



# AMBIENTE DIRITTO

All'interno i contributi dei seguenti autori:

**Giovanni Giannotti, Daniele Porena, Giuliano Scarselli, Giuseppina Lofaro, Marco Calabrò, Giuseppe Poderati, Damiano Fuschi, Agatino Cariola, Fabio Ratto Trabucco, Giuseppe La Rosa, Paolo Giangaspero, Ludovico A. Mazzaroli, Ruggero Picone, Pietro Cucumile, Danilo Ceccarelli Morolli, Adriana Ciafardoni, Lucia G. Sciannella, M. T. Paola Caputi Jambrenghi, Giacomo Vivoli, Marco Brocca, Gaetano Armao, Francesco Perchinunno, Claudia De Simone, Giovanni Savarese, Annamaria Bonomo, Francesco Antonino Laneri, Marco Buccarella, Saverio F. Regasto, Giuseppe Poderati, Antonio Persico, Luisa Giurato, Fabio Carchidi, Cristina Fraenkel-Haeberle, Manlio D'agostino Panebianco, Niccolò Ludovici, Luca Maria Tonelli.**

RIVISTA SCIENTIFICA IN **CLASSE A** – ANVUR

ISSN 1974-9562

AMBIENTEDIRITTO – EDITORE®



Anno 2021



# AmbienteDiritto.it

## **Rivista Scientifica di Fascia A**

*Testata registrata presso il Tribunale di Patti (Reg. n. 197 del 19/07/2006)*

**ISSN 1974-9562**

*Inserita nell'area 12 delle Riviste Scientifiche Giuridiche - Classe A - ANVUR*

DIRETTORE RESPONSABILE: **Fulvio Conti Guglia**

### **DIRETTORI SCIENTIFICI:**

**Giuseppe Albenzio** *Vice Avvocato Generale dello Stato*; **Raffaele Chiarelli** *Professore Straordinario di Istituzioni di Diritto Pubblico (IUS/09) Università degli Studi Guglielmo Marconi*; **Claudio Rossano** *Professore Emerito di Istituzioni di Diritto Pubblico (IUS/09) Università degli Studi di Roma La Sapienza*.

\*\*\*

### **COMITATO DIRETTIVO:**

**Paolo Bianchi** *Professore Ordinario di Diritto Costituzionale (IUS/08) Università degli Studi di Camerino*; **Simone Budelli** *Professore Associato di Istituzioni di Diritto Pubblico (IUS/09) Università degli Studi di Perugia*; **Agatino Cariola** *Professore Ordinario di Diritto Costituzionale (IUS/08) Università degli Studi di Catania*; **Guglielmo Cevolin** *Professore Aggregato di Istituzioni di Diritto Pubblico (IUS/09) Università degli Studi di Udine*; **Salvatore Cimini** *Professore Ordinario di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi di Teramo*; **Gian Paolo Dolso** *Professore Associato di Diritto Costituzionale (IUS/08) Università degli Studi di Trieste*; **Angelo Lalli** *Professore Associato di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi La Sapienza*; **Alfredo Morrone** *Docente a contratto di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi Chieti - Pescara*; **Saverio Regasto** *Professore Ordinario di Diritto Pubblico Comparato (IUS/21) Università degli Studi di Brescia*.

\*\*\*

### **COMITATO SCIENTIFICO:**

**Richard Albert** *Full Professor in Constitutional Law at University of Texas at Austin*; **Stefano Agosta** *Professore Associato di Diritto Costituzionale (IUS/08) Università degli Studi di Messina*; **Domenico Amirante** *Professore Ordinario di Diritto Pubblico Comparato (IUS/21) Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli*; **Gaetano Armao** *Professore Associato di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi di Palermo*; **Francisco Balaguer Callejón** *Professore Ordinario di Diritto*

Costituzionale (IUS/08) Università degli Studi di Granada; **Michele Belletti** Professore Ordinario di Istituzioni di Diritto Pubblico (IUS/09) Università degli Studi di Bologna; **Mario Bertolissi** Professore Ordinario di Diritto Costituzionale (IUS/08) Università degli Studi di Padova; **Francesca Biondi** Professoressa Ordinaria di Diritto Costituzionale (IUS/08) Università degli Studi di Milano; **Elena Buoso** Professoressa Associata di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi di Padova; **Paola Caputi Jambrenghi** Professoressa Ordinaria di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi di Bari "Aldo Moro"; **Sabino Cassese** Giudice emerito della Corte Costituzionale, Professore emerito della Scuola Normale Superiore di Pisa; **Marcello Cecchetti** Professore Ordinario di Istituzioni di Diritto Pubblico (IUS/09) Università degli Studi di Sassari; **Cristiano Celone** Professore Associato di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi di Palermo; **Alfonso Celotto** Professore Ordinario di Diritto Costituzionale (IUS/08) Università degli Studi "Roma Tre"; **Ginevra Cerrina Feroni** Professoressa Ordinaria di Diritto Pubblico Comparato (IUS/21) Università degli Studi di Bologna; **Mario Pilade Chiti** Professore Ordinario di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi di Firenze; **Antonio Colavecchio** Professore Ordinario di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi di Foggia; **Cologero Commandatore** Magistrato presso TAR Sicilia Palermo; **Gabriella De Giorgi Cezzi** Professoressa Ordinaria di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli studi del Salento; **Emanuele Di Salvo** Presidente della quarta sezione penale della Corte di cassazione; **Marina D'Orsogna** Professoressa Ordinaria di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi di Teramo; **Vera Fanti** Professoressa Ordinaria di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi di Foggia; **Renato Federici** Professore Associato di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi di Roma La Sapienza; **Leonardo Ferrara** Professore Ordinario di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi di Firenze; **Giancarlo Antonio Ferro** Professore Associato di Diritto Costituzionale (IUS/08) Università degli Studi di Catania; **Fabrizio Fracchia** Professore Ordinario di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi di Milano "Luigi Bocconi"; **Diana Urania Galetta** Professoressa Ordinaria di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi di Milano; **Giuseppe Garzia** Professore Aggregato di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università di Bologna; **Paolo Giangaspero** Professore Ordinario di Diritto Costituzionale (IUS/08) Università degli Studi di Trieste; **Loredana Giani** Professoressa Ordinaria di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università Europea di Roma; **Walter Giulietti** Professore Ordinario di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi dell'Aquila; **Matteo Gnes** Professore Ordinario di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi di Urbino Carlo Bo; **Andrea Gratteri** Professore Associato di Diritto Costituzionale (IUS/08) Università degli Studi di Pavia; **Lorenzo Ieva** Magistrato TAR Puglia - Bari - Dottore di ricerca in diritto pubblico dell'economia; **Dimitris Liakopoulos** Full Professor of European Union Law in Fletcher School of Law and Diplomacy - Tufts University; **Vincenzo Lippolis** Professore Ordinario di Diritto Pubblico Comparato (IUS/21) Università degli Studi Internazionali di Roma; **Fabrizio Lorenzotti** Professore Associato di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi di Camerino; **Francesco Longobucco** Professore Associato di Diritto Privato (IUS/01) Università Roma Tre; **Giuseppe Losappio** Professore Associato di Diritto Penale (IUS/17) Università degli studi di Bari "Aldo Moro"; **Antonella Massaro** Professoressa Associata Diritto penale (IUS/17) Università degli Studi Roma Tre; **Ludovico Mazzaroli** Professore Ordinario di Diritto Costituzionale (IUS/08) Università degli Studi di Udine; **Agostino Meale** Professore Ordinario di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi di Bari; **Marisa Meli** Professoressa Ordinaria di Diritto Privato (IUS/01) Università degli Studi di Catania; **Cesare Mirabelli** Professore Ordinario di Diritto Ecclesiastico (IUS/11) Università degli Studi Roma Tor Vergata, Presidente Emerito della Corte costituzionale; **Gracia Luchena Mozo** Professore Ordinario Universidad de Castilla-la Mancha; **Stefano Nespore** Professore a contratto di Diritto Amministrativo (IUS/10) Politecnico di Milano; **Dante Flávio Oliveira Passos** Professor Adjunto de Administração, Universidade Estadual de Paraíba; **Marco Olivi** Professore Associato di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università Ca' Foscari di Venezia; **Gabriel**

**Doménech Pascual** *Profesor Titular de Derecho Administrativo (IUS/10) Universitat de Valencia*; **Paolo Passaglia** *Professore Ordinario di Diritto Pubblico Comparato (IUS/21) Università di Pisa*; **Aristide Police** *Professore Ordinario di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università di Roma Tor Vergata*; **Nicoletta Rangone** *Professoressa Ordinaria di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università di Roma LUMSA*; **Cecilia Ricci** *Professoressa Associata di Storia Romana (L-ANT/03) Università degli Studi del Molise*; **Maurizio Riverditi** *Professore Associato di Diritto Penale (IUS/17) Università degli Studi di Torino*; **Raffaele Guido Rodio** *Professore Ordinario di Diritto Costituzionale (IUS/08) Università degli studi di Bari*; **Roberto Romboli** *Professore Ordinario di Diritto Costituzionale (IUS/08) Università degli Studi di Pisa*; **Tulio Raul Rosembuj** *Professore Ordinario di Diritto Tributario IUS/12 (Universidad de Barcelona) e Prof. a contratto in LUISS*; **Antonio Saitta** *Professore Ordinario di Diritto Costituzionale (IUS/08) Università degli Studi di Messina*; **Ugo Salanito** *Professore Ordinario di Diritto Privato (IUS/01) Università degli Studi di Catania*; **Giuliano Scarselli** *Professore Ordinario di Diritto Processuale Civile (IUS/15) Università degli Studi di Siena*; **Andrea Scella** *Professore Ordinario di Diritto Processuale Penale (IUS/16) Università degli Studi di Udine*; **Elisa Scotti** *Professoressa Associata di Diritto Amministrativo - Docente di Diritto dell'Ambiente - (IUS/10) Università degli Studi di Macerata*; **Andrea Simoncini** *Professore Ordinario di Diritto Costituzionale (IUS/08) Università degli Studi di Firenze*; **Sara Spuntarelli** *Professoressa Ordinaria di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi di Camerino*; **Ernesto Sticchi Damiani** *Professore emerito di Diritto Amministrativo Università del Salento*; **Antonio Leo Tarasco** *Professore Ordinario Abilitato di Diritto Amministrativo (IUS/10) Dirigente MiBAC (Ministero Beni e Attività Culturali)*; **Fabrizio Tigano** *Professore Ordinario di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi di Messina*; **Dario Elia Tosi** *Professore Associato di Diritto Pubblico Comparato (IUS/21) Università degli Studi della Valle d'Aosta*; **Duccio Traina** *Professore Associato di Istituzioni di Diritto Pubblico (IUS/09) Università degli Studi di Firenze*; **Silvio Troilo** *Professore Ordinario di Istituzioni di Diritto Pubblico (IUS/09) Università degli Studi di Bergamo*; **Francesco Fabrizio Tuccari** *Professore Associato di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi del Salento*.

\*\*\*

### **COMITATO DI REDAZIONE:**

**Camilla Della Giustina** *(Cultrice della materia per l'insegnamento di Diritto costituzionale c/o l'Università degli Studi di Padova)*; **Daniela Di Paola** *(Funzionario MIUR)*; **Maria Assunta Icolari** *(Professore Associato Università degli Studi G. Marconi di Roma - Resp. Diritto Tributario Ambientale)*; **Chiara Ingenito** *(Dottoranda di ricerca in Diritto Pubblico Comparato Internazionale, Università degli studi di Roma La Sapienza)*; **Giuseppina Lofaro** *(Dottore di ricerca in Diritto Pubblico ed Economia - Università degli Studi Mediterranea di Reggio Calabria)*; **Agatino Giuseppe Lanzafame** *(Assegnista di ricerca in Diritto Costituzionale Comparato, Università degli studi di Catania)*; **Nicoletta Laurenti Collino** *(Dottoranda in Diritto Pubblico, interateneo Trieste-Udine)*; **Antonio Mitrotti** *(Assegnista di ricerca, Università degli Studi di Trieste)*; **Antonio Persico** *(Dottorando in Diritto Pubblico - Università degli studi di Roma La Sapienza)*; **Cecilia Raimondi** *(Dottoranda in Diritto Pubblico - Università degli studi di Roma La Sapienza)*; **Agostino Sola** *(Praticante avvocato presso l'Avvocatura dello Stato)*; **Leo Stilo** *(Cultore della materia in Diritto Amministrativo, già Direttore della Rivista Il Nuovo Diritto)*; **Alessia Tersigni** *(Università degli studi La Sapienza - Assistente di cattedra di Diritto Processuale Amministrativo)*; **Luca Maria Tonelli** *(Cultore della materia in Diritto costituzionale, Università degli Studi di Foggia)*; **Giacomo Vivoli** *(Professore a contratto in Diritto dell'ambiente, Università degli Studi di Firenze)*.

\*\*\*

**ELENCO DEI REFEREES:**

**Giuseppe Ugo Abate** (*Università degli Studi di Palermo*); **Xavier Arbos Marin** (*Universidad de Barcelona*); **Annamaria Bonomo** (*Università degli Studi di Bari*); **Marco Brocca** (*Università degli Studi del Salento*); **Maria Agostina Cabiddu** (*Politecnico di Milano*); **Marco Calabrò** (*Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli*); **Hilde Caroli Casavola** (*Università degli Studi del Molise*); **Achille Antonio Carrabba** (*Università degli Studi di Bari Aldo Moro*); **Matteo Carrer** (*Università degli Studi di Bergamo*); **Gian Franco Cartei** (*Università degli Studi di Firenze*); **Giovanni Catalisano** (*Università degli Studi di Enna Kore*); **Valentina Cavanna** (*Università degli Studi di Torino*); **Marta Silvia Cenini** (*Università degli Studi dell'Insubria*); **Omar Chessa** (*Università degli Studi di Sassari*); **Stefano Ciampi** (*Università degli Studi di Trieste*); **Alberto Clini** (*Università degli Studi di Urbino "Carlo Bo"*); **Daniele Sebastiano Coduti** (*Università degli Studi di Foggia*); **Luigi Colella** (*Università della Campania Luigi Vanvitelli*); **Fabio Corvaja** (*Università degli Studi di Padova*); **Juan Carlos Covilla Martínez** (*Universidad Externado de Colombia*); **Gianni Cortigiani** (*Avvocato Distrettuale dello Stato di Firenze*); **Manlio d'Agostino Panebianco** (*CeSIntES dell'Università degli Studi di Roma Tor Vergata*); **Simona D'Antonio** (*Università degli Studi di Teramo*); **Sandro De Götzen** (*Università degli Studi di Trieste*); **Lorenzo De Gregoriis** (*Università degli Studi di Teramo*); **Viviana Di Capua** (*Università di Napoli Federico II*); **Maria Rosaria Di Mattia** (*Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli*); **Ruggero Dipace** (*Università degli Studi del Molise*); **Enzo Di Salvatore** (*Università degli Studi di Teramo*); **Caterina Drigo** (*Università di Bologna*); **Pietro Faraguna** (*Università degli Studi di Trieste*); **Daniela Ferrara** (*Università degli studi di Palermo*); **Maria Dolores Ferrara** (*Università degli Studi di Trieste*); **Luigi Ferrara** (*Università degli Studi di Napoli Federico II*); **Biagio Giliberti** (*Universitas Mercatorum*); **Valentina Giomi** (*Università degli Studi di Pisa*); **Dimitri Giroto** (*Università degli Studi di Udine*); **Emanuele Guarna Assanti** (*Università degli Studi Guglielmo Marconi*); **Francesca Guerriero** (*Avv. penalista del Foro di Roma*); **Anna Rita Iacopino** (*Università degli Studi dell'Aquila*); **Armando Lamberti** (*Università degli Studi di Salerno*); **Vito Sandro Lecce** (*Università degli Studi di Bari*); **Anna Lorenzetti** (*Università degli Studi di Bergamo*); **Morena Luchetti** (*Avv. amministrativista del Foro di Macerata*); **Cesare Mainardis** (*Università degli Studi di Ferrara*); **Marco Mancini** (*Università Ca' Foscari di Venezia*); **Giovanna Marchianò** (*Università degli Studi di Bologna*); **Karla Georgina Martinez Herrera** (*Università degli Studi di Brescia*); **Donatantonio Mastrangelo** (*Università degli Studi di Bari*); **Roberto Miccù** (*Università degli Studi La Sapienza*); **Giulia Milo** (*Università degli Studi di Trieste*); **Giuseppe Misserini** (*Università degli Studi di Bari*); **Viviana Molaschi** (*Università degli Studi di Bergamo*); **Davide Monego** (*Università degli Studi di Trieste*); **Alberto Oddenino** (*Università degli Studi di Torino*); **Sandra Regina Oliveira Passos Bragança Ferro** (*Centro Universitario Estácio da Amazônia*); **Vittorio Pampanin** (*Università degli Studi di Pavia*); **Paolo Patrino** (*Università degli Studi di Torino*); **Mauro Pennasilico** (*Università degli Studi di Bari Aldo Moro*); **Vincenzo Pepe** (*Università degli studi della Campania Luigi Vanvitelli*); **Francesco Perchinunno** (*Università degli Studi di Bari*); **Alberto Pierobon** (*Consulente degli Enti in materia ambientale*); **Olivia Pini** (*Università degli Studi di Modena*); **Rolando Pini** (*Università degli Studi di Bologna*); **Patrizia Pinna** (*Avvocato dello Stato presso l'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Firenze*); **Carmine Petteruti** (*Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli*); **Oreste Pollicino** (*Università Bocconi*); **Daniele Porena** (*Università degli Studi di Perugia*); **Edoardo Carlo Raffiotta** (*Università degli Studi di Bologna*); **Carlo Rapicavoli** (*Direttore Generale presso Provincia di Treviso - Direttore ANCI Veneto e UPI Veneto*); **Nino Olivetti Rason** (*Università degli studi di Padova*); **Pierpaolo Rivello** (*Università degli Studi di Torino*); **Mariano Robles** (*Università degli Studi degli Studi di Bari*); **Paolo Rossi** (*Università degli Studi di Perugia*); **Gianluca Ruggiero** (*Università del Piemonte Orientale*); **Gianpaolo Maria Ruotolo** (*Università di Foggia*); **Francesco Emanuele Salamone** (*Università degli Studi della Toscana*); **Antonio Saporito**

*(Università degli Studi Niccolò Cusano); **Ciro Sbailò** (Università degli Studi internazionali di Roma); **Maria Stefania Scardigno** (Università degli Studi di Bari); **Andrea Sticchi Damiani** (Cultore di diritto amministrativo - Avv. Foro di Lecce); **Anna Tacente** (Università degli Studi di Bari); **Alma Lucia Tarantino** (Università degli Studi di Bari); **Marco Terrei** (Centrale di committenza del Comune di Lanciano); **Tommaso Ventre** (LUISS Guido Carli); **Marcello Vernola** (Università di' Cassino e del Lazio Meridionale); **Donato Vese** (Università degli Studi di Torino).*



# AmbienteDiritto.it

## MISSION:

Lo scopo principale della Rivista Giuridica AmbienteDiritto.it (RGA) è quello di favorire il più ampio confronto interdisciplinare - a livello internazionale - nonché lo sviluppo della ricerca scientifica sulle complesse tematiche del Diritto pubblico, in senso esteso ed evoluto, con una particolare, e naturale, predilezione per l'approfondimento della materia 'interdisciplinare' del Diritto ambientale, con i suoi peculiari - e 'naturali' - risvolti costituzionali ed amministrativi (oltre che i 'connaturali' e, alle volte, inscindibili aspetti penalistici e civilistici).

La Rivista, per queste ragioni, accetta sia contributi in italiano che in qualsiasi altra lingua che, ovviamente, sia conosciuta dai *referees*. I componenti della Rivista, i suoi collaboratori, nonché gli autori - che, secondo le linee ANVUR sono in larghissima parte strutturati presso Università italiane e straniere - fanno parte ed aderiscono alla *mission* a titolo squisitamente gratuito.

*Tutti i contributi pubblicati nel presente fascicolo sono stati sottoposti a referaggio doppio cieco conformemente alla Classe A – ANVUR eccetto i focus e gli osservatori.*

**AmbienteDiritto.it** - Rivista Giuridica Telematica - Electronic Review Law Public - Via Filangeri, 19 - 98078 Tortorici ME - Tel +39 0941 327734 - Fax digitale +39 1782724258 - Mob. +39 3383702058 - info (at) ambientediritto.it - (C.C. REA): 182841- Direttore Responsabile, Proprietario ed Editore: Fulvio Conti Guglia - C.F.: CNTFLV64H26L308W - P.IVA 02601280833 - Pubblicata in Tortorici dal 2000 Testata registrata presso il Tribunale di Patti Reg. n. 197 del 19/07/2006 - ISSN 1974-9562 - (BarCode 9 771974 956204) - Pubblicazione quotidiana in formato elettronico - CopyrightAD - AmbienteDiritto - Editore®



**AMBIENTE  
DIRITTO**

## INDICE GENERALE

<i>Rivista Scientifica di Fascia A</i> .....	2
<b>LA REVIDIERTE VERFASSUNGPRUSSIANA DEL 31 GENNAIO 1850: UNA INTRODUZIONE di Giovanni Giannotti</b> .....	11
<b>NELL'EPOCA DELLA GLOBALIZZAZIONE: IL POTERE OLTRE LA SOVRANITÀ di Daniele Porena</b> .....	42
<b>NORMATIVA COVID 19 E COSTITUZIONE DISCUSSIONE SULLE NOSTRE LIBERTÀ di Giuliano Scarselli</b> .....	64
<b>NOVITA' NORMATIVE IN TEMA DI FISCALITA' AMBIENTALE NELLA PROMOZIONE DI UN PROCESSO DI ECONOMIA CIRCOLARE: PROFILI FINANZIARI E FISCALI DEL C.D. CIRCULAR ECONOMY PACKAGE di Giuseppina Lofaro</b> .....	81
<b>L'INEFFICACIA DEL PROVVEDIMENTO TARDIVO DI CUI AL NUOVO ART. 2, CO. 8-BIS DELLA L.N. 241/1990 E GLI EFFETTI SULLA DISCIPLINA DEL SILENZIO ASSENSO: PRIMI PASSI NELL'OTTICA DELLA CERTEZZA DEL DIRITTO di Marco Calabrò</b> .....	103
<b>AN ISLAMIC PERSPECTIVE OF ENVIRONMENTAL LAW AND POLICY di Giuseppe Poderati</b> .....	126
<b>IL SISTEMA SANITARIO ITALIANO ALLA PROVA DELLE CRISI SISTEMICHE E DEL MUTATO CONCETTO DI SALUTE di Damiano Fuschi</b> .....	156
<b>COSTITUZIONE E STATO DI PARTITI: QUALCHE RIFLESSIONE di Agatino Cariola</b> .....	168
<b>L'INIZIATIVA REGIONALE PER IL REFERENDUM ABROGATIVO NAZIONALE: CORRETTIVO DEL PARLAMENTARISMO ITALIANO? di Fabio Ratto Trabucco</b> .....	197
<b>LA RIDETERMINAZIONE DEI POTERI DEL GSE NEL D.L. SEMPLIFICAZIONI E LA (APPARENTE) STABILITÀ DEGLI INCENTIVI PER L'ENERGIA DA FONTE RINNOVABILE di Giuseppe La Rosa</b> .....	271
<b>CONSIDERAZIONI A PRIMA LETTURA SUL PRIMO CASO DI SOSPENSIONE CAUTELARE DI UNA LEGGE NEL GIUDIZIO DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE IN VIA PRINCIPALE di Paolo Giangaspero</b> .....	301
<b>«C'E QUALCOSA DI NUOVO OGGI NEL SOLE, ANZI D'ANTICO»: LA «MAGISTRATURA - CORPORAZIONE» NON SMENTISCE SE' STESSA NEMMENO QUANDO POTREBBE E, SOPRATTUTTO, DOVREBBE di Ludovico A. Mazzaroli</b> .....	316
<b>ENVIRONMENT AND WASTE AS AN IRRECONCILABLE DICHOTOMY: LESSONS LEARNED FROM ITALIAN ENVIRONMENTAL CASES BEFORE THE TWO EUROPEAN COURTS di Ruggero Picone</b> .....	341
<b>IL "GREEN DEAL" EUROPEO di Pietro Cucumile</b> .....	391
<b>ALCUNI CENNI SULLA RILEVANZA DEL 'FATTORE AMBIENTALE' IN RELAZIONE AL DIRITTO SECONDO IL PENSIERO DI MONTESQUIEU di Danilo Ceccarelli Morolli</b> .....	428
<b>BREVI CONSIDERAZIONI SULLA GESTIONE DEI RIFIUTI AL TEMPO DELL'EMERGENZA SANITARIA di Adriana Ciafardoni</b> .....	435
<b>E-GOVERNMENT E ACCESSIBILITÀ AI SERVIZI: IL "SINGLE DIGITAL GATEWAY" di Lucia G. Sciannella</b> .....	458
<b>QUALE SPAZIO PER LA NORMAZIONE SICILIANA IN MATERIA DI LAVORI PUBBLICI? di Agatino Cariola</b> .....	482

<b>RISPARMIO DEL SUOLO E TURISMO NATURALISTICO: SPUNTI DI RIFLESSIONE SULLO SVILUPPO SOSTENIBILE NELLA PEREQUAZIONE URBANISTICA</b> di M. T. Paola Caputi Jambrenghi .....	489
<b>DANNI DA FAUNA SELVATICA E COMPETENZE REGIONALI</b> di Giacomo Vivoli .....	515
<b>NOTE IN TEMA DI VERDE URBANO</b> di Marco Brocca .....	534
<b>IL SERVIZIO DI DISTRIBUZIONE DEL GAS TRA REGOLAZIONE STATALE E REGIONALE DOPO LA SENTENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE N. 16 DEL 2020</b> di Gaetano Armao .....	570
<b>LA TUTELA DEL DIRITTO ALLA SALUTE MENTALE DEI DETENUTI NEL RECENTE APPRODO COSTITUZIONALMENTE ORIENTATO DELLA CONSULTA</b> di Francesco Perchinunno .....	592
<b>DAL RIUSO DELLE FONTI PUBBLICHE ALLA "EUROPEAN STRATEGY OF DATA"</b> di Claudia De Simone .....	621
<b>SITI CONTAMINATI. UN'ANALISI DEL PROCEDIMENTO DI CARATTERIZZAZIONE E BONIFICA ALLA LUCE DEL DECRETO LEGGE 16 LUGLIO 2020, N. 76</b> di Giovanni Savarese .....	647
<b>GLI ASSENSI AMBIENTALI E IL CONTAGIO DA VIRUS SEMPLIFICATORIO: RIFLESSIONI ... CRITICHE</b> di Annamaria Bonomo .....	667
<b>RICORDO DI PIERO CALAMANDREI</b> di Giuliano Scarselli .....	692
<b>L'IMMUNITÀ QUALIFICATA DELLE FORZE DELL'ORDINE NEL DIRITTO STATUNITENSE</b> di Francesco Antonino Laneri .....	710
<b>ALCUNE CONSIDERAZIONI SULLE PRINCIPALI NOVITÀ INTRODOTTE DAL DECRETO SEMPLIFICAZIONI IN MATERIA DI DIRITTO AMBIENTALE</b> di Marco Buccarella .....	724
<b>BREVI NOTE SULLA CITTADINANZA NELL'ORDINAMENTO FRANCESE</b> di Saverio F. Regasto .....	742
<b>INTERNATIONAL STANDARDS FOR ENVIRONMENTAL AND SOCIAL IMPACT ASSESSMENT: INCREASING EFFECTIVENESS OF INTERNATIONAL ENVIRONMENTAL LAW</b> di Giuseppe Poderati .....	760
<b>ORDINANZA 16 DICEMBRE 2020 DEL TRIBUNALE DI ROMA IN MATERIA DI LOCAZIONI AD USO NON ABITATIVO</b> di Antonio Persico .....	794
<b>ALCUNE CONSIDERAZIONI SU RUOLO E FUNZIONI DELLA CORTE SUPREMA DEGLI STATI UNITI D'AMERICA</b> di Saverio F. Regasto .....	816
<b>IL PERCORSO DELLA TRANSIZIONE ENERGETICA: DA UN'ECONOMIA BASATA SULL'ENERGIA PULITA ALLA "RIVOLUZIONE VERDE E TRANSIZIONE ECOLOGICA" DEL RECOVERY PLAN</b> di Luisa Giurato .....	841
<b>I PARLAMENTARISMI DEL NOVECENTO FRA RAPPRESENTANZA E GOVERNABILITÀ. UNA RIFLESSIONE PER IL FUTURO</b> di Saverio F. Regasto .....	867
<b>«SI JE DEVIENS ARCHEVEQUE, JE NE POURRAI PLUS ETRE VOTRE AMI»</b> di Agatino Cariola .....	913
<b>LA CERTEZZA GIURIDICA TRA PRINCIPI E REGOLE NELLA TRANSIZIONE DAL «DIRITTO AMMINISTRATIVO DELL'EMERGENZA»</b> AL «DIRITTO AMMINISTRATIVO DEL RISCHIO» di Giuseppina Lofaro .....	926
<b>IL METODO GIURIDICO DI LUIGI ARCIDIACONO</b> di Agatino Cariola .....	959

<i>ASPETTI PROBLEMATICI DI INQUADRAMENTO DELLA GIURISDIZIONE E DELL'AUTORITÀ DI CONTROLLO COMPETENTE NEI TRATTAMENTI DI DATI TRANSFRONTALIERI</i> di Fabio Carchidi .....	972
<i>LA RESILIENZA AI CAMBIAMENTI CLIMATICI NELLA GESTIONE DEL TERRITORIO: UNO SGUARDO AL SISTEMA TEDESCO</i> di Cristina Fraenkel-Haeberle .....	983
<i>DIGITAL IDENTITY: BETWEEN HUMAN RIGHTS AND CYBERCRIMES</i> di Manlio D'agostino Panebianco .....	1002
<i>FOCUS: RIFLESSIONI CRITICHE SUL SISTEMA DELL'AUTOCERTIFICAZIONE</i> di Niccolò Ludovici .....	1029
<i>L'INTERESSE NAZIONALE TRA (PRESUNTA) SCOMPARSA E NUOVE PROPOSTE DI FORMALE REINTRODUZIONE</i> di Luca Maria Tonelli.....	1041
<i>LE INCOSTITUZIONALITÀ DEL DECRETO LEGGE AVENTE AD OGGETTO I VACCINI OBBLIGATORI PER IL PERSONALE SANITARIO E IL C.D. SCUDOPENALE</i> di Giuliano Scarselli.....	1064
<i>OSSERVATORIO SULLA GIURISPRUDENZA CONTABILE</i> a cura di Luca Maria Tonelli ..	1091
<i>Collaborazione con AMBIENTEDIRITTO.IT – Rivista Giuridica</i> .....	1097

# LA REVIDIERTE VERFASSUNGPRUSSIANA DEL 31 GENNAIO 1850: UNA INTRODUZIONE

**Giovanni Giannotti**

**ABSTRACT** [ITA]: Il lavoro analizza la storia costituzionale prussiana, in particolare la Costituzione prussiana del 1850. Dopo un *excursus* sulle origini e sul consolidamento della Prussia, il lavoro prosegue con le riforme di Federico II il Grande, l'ALR vale a dire il Codice prussiano e l'epoca napoleonica. Il lavoro continua con l'analisi delle costituzioni del *Vörmärz*, gli eventi del 1848, la Costituzione di Francoforte e la Costituzione prussiana del 1850.

**ABSTRACT** [ENG]: *The essay examines Prussian constitutional history and in particular the Constitution of 1850. After an excursus on origin and consolidation of Prussia, the work analyzes the reforms of Frederick II the Great, ALR namely the Prussian code and the Napoleonic era. The essays continues with the analysis of Vörmärz constitutions, the events of 1848, Constitution of Frankfurt and the Prussian Constitution of 1850.*

**SOMMARIO.** **1.** La Germania tra il XIV e il XV secolo. - **2.** Il panorama tedesco dopo il Trattato di Westfalia. - **3.** Consolidamento dello Stato prussiano. L'ALR- **4.** La Germania durante l'epopea napoleonica. - **5.** Le Costituzioni del *Vormärz*. - **6.** Il biennio '48 - 49 e la Costituzione di Francoforte. - **7.** L'evoluzione costituzionale dello Stato prussiano. - **8.** La *revidierte Verfassung* del 31.01.1850. - **9.** Conclusioni.

## 1. La Germania tra il XIV e il XV secolo.

Questa disamina, quantomeno nelle sue linee essenziali, della *revidierte Verfassung* prende le mosse dallo scenario germanico del quindicesimo secolo. Su questo solco si inseriscono le tematiche sviluppate nel corso del lavoro, vale a dire la genesi dello Stato prussiano, l'epoca napoleonica, l'età della Restaurazione, il biennio '48 - 49. Su queste vicende storiche si intersecano le origini del costituzionalismo tedesco e l'evoluzione della rappresentanza nel contesto germanico a cavallo tra l'età moderna e contemporanea, da «cettuale» ossia imperniata sui tradizionali «ceti» fino all'istituzione di assemblee rappresentative in senso moderno. Nella transizione dalla fase iniziale a quella matura dell'esperienza costituzionale germanica, la *revidierte Verfassung* rappresenta per un verso un punto di passaggio, per l'altro verso è propedeutica agli sviluppi del costituzionalismo germanico nella seconda metà dell'ottocento.

Agli inizi del XV secolo il Sacro Romano Impero, che nelle intenzioni di Carlo Magno avrebbe dovuto essere “universale”, era oramai diventato un'istituzione tedesca, al punto da acquisire la denominazione di Sacro Romano Impero della Nazione Tedesca – *Heiliges Römisches Reich Deutscher*<sup>1</sup> - si trattava però di «una contraddizione di termini che testimoniava la sua incapacità di diventare o un organismo nazionale o uno stato nazionale tedesco<sup>2</sup>». Per di più l'*Heiliges Römisches Reich Deutscher* al contempo attribuiva e negava al popolo tedesco un'esistenza nazionale<sup>3</sup>. Come ha osservato A.J.P. Taylor «il *Reich* era la maggiore fra le

<sup>1</sup> A. J. P. TAYLOR, *The course of German history*, tr. it. *Storia della Germania* a cura di Alberto Aquarone, Longanesi, Milano, 1971, p. 10. «Alla fine del XV secolo – scrive Tullio Treves – il Sacro Romano Impero, alla cui testa si era insediata la Casa degli Asburgo, perse ogni residuo carattere di potestà universale (che del resto anche nei secoli precedenti non si era fatta valere al di là dell'Europa centrale) per divenire il sacro romano impero della nazione germanica (*Heiliges römisches Reich Deutscher Nation*) e per trovarsi condizionato non solo dal potere dei principi elettori, arbitri del conferimento della dignità imperiale, ma anche dall'indipendenza di fatto e dalla divisione religiosa delle circa 350 entità politiche (tra grandi e piccole) che costituivano le tessere del mosaico imperiale. L'ultimo tentativo dell'impero, appoggiato in vario modo dalla Sede apostolica e dal movimento della Controriforma, per contrastare la diffusione del protestantesimo nei paesi germanici e per riaffermare il potere imperiale dette luogo alla lunga e travagliata crisi, nota sotto il nome di guerra dei trent'anni (1618-1648), nella quale tutta l'Europa continentale si trovò coinvolta. Ma la prova, dopo alterne vicende, si risolse in una disfatta per l'impero. La pace (detta di Westfalia) fu ristabilita separatamente a Osnabrück il 6 agosto e a Münster il 24 ottobre 1648 nei trattati (considerati costituire un sol tutto) firmati al termine di un complesso negoziato fra i plenipotenziari dei sovrani protestanti e dei sovrani cattolici, da una parte, e i plenipotenziari dell'imperatore e dei suoi alleati, dall'altra». T. TREVES, *Diritto Internazionale. Problemi fondamentali*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 6.

<sup>2</sup> A. J. P. TAYLOR, *op. loc. ult. cit.*

<sup>3</sup> A. J. P. TAYLOR, *op. loc. ult. cit.*

organizzazioni feudali<sup>4</sup>» e nella «nazione tedesca» erano inclusi i principi laici ed ecclesiastici, le città libere e i maggiori tra i feudatari. Gli imperatori – quando non impegnati ad inseguire le ambizioni universalistiche - per secoli tentarono quantomeno di ridurre all'obbedienza i grandi feudatari, tuttavia gli sforzi imperiali non ebbero mai successo<sup>5</sup>.

Il mondo germanico era contrassegnato dunque da una pluralità di diritti e da un pluralismo politico<sup>6</sup>; d'altro canto l'unità dell'Impero era del tutto impalpabile a seguito dell'affermarsi della potestà dei maggiori principi tedeschi, i quali a partire dalla Bolla d'oro del 1356 avevano ottenuto il riconoscimento di amministrare la giustizia nei loro territori nonché di eleggere il titolare della corona imperiale<sup>7</sup>.

Nei principali domini interni dell'Impero – questi facevano capo ai *Reichsstände*, costituiti sia dai principi elettori sia da altri grandi signori territoriali – era rimasta inalterata la tradizionale ripartizione in territori, i cosiddetti *Länder*, ognuno con le proprie tradizioni giuridiche salvaguardate dal principe o dal signore locale; in ogni *Land* inoltre gli *Stände* ossia i ceti si avvalevano dei loro diritti tradizionali e li difendevano da qualunque tentativo di intaccarli, sforzi spesso portati avanti dal signore o dai suoi sodali; per la soluzione delle controversie i ceti unitamente al

<sup>4</sup> A. J. P. TAYLOR, *op. loc. ult. cit.*

<sup>5</sup> A. J. P. TAYLOR, *op. loc. ult. cit.*

<sup>6</sup> «Nell'età medievale fino al secolo XIII l'area germanica si caratterizza, a livello politico, – scrive Paolo Grossi – per un frammentatissimo assetto di tipo feudale, a livello giuridico, per il predominio [...] di risalenti regole consuetudinarie che, nella loro grossolana immediatezza, rispecchiavano coerentemente la coscienza collettiva locale. Appartato rispetto alla grande riflessione scientifica che già aveva cominciato a svilupparsi nelle piaghe mediterranee, questo ricco ma grezzo materiale consuetudinario trovava i suoi interpreti efficaci in giudici privi di qualsiasi capacità teorizzatrice perché privi di una dimensione culturale, però esperti nella prassi tradizionale e muniti di grosso prestigio sociale grazie alla costante appartenenza al ceto nobiliare. Un sistema giuridico indubbiamente rudimentale ma che poteva anche essere appagante in una società interamente agraria abbastanza fissa in una sua staticità. Quando, però, nel tardo Medioevo, la società semplice acquisisce una sua dinamicità e complessità differenziandosi sia sul piano sociale sia sul piano economico, consuetudini e giudici pratici non bastano più; prende l'avvio un processo storico, che segna il futuro della esperienza giuridica in terra di Germania e che viene sommariamente identificato con il termine *Rezeption*, «recezione». P. GROSSI, *L'Europa del Diritto*, Laterza, Roma – Bari, 2011, pp. 155-156.

<sup>7</sup> M. CARVALE, *Storia del diritto nell'Europa moderna e contemporanea*, Laterza, Roma – Bari, p. 132. In Germania il re veniva designato, sulla base di quanto stabilito dalla Bolla d'oro del 1356, da un collegio di sette (poi dieci) grandi elettori laici ed ecclesiastici (*Kurfürsten*) ed acquistava, unitamente al titolo regio, la carica di imperatore. «Anche se la nomina – scrive Antonio Padoa Schioppa – avveniva seguendo linee di filiazione dinastica ereditaria, non vi era automatismo nella successione al trono. Inoltre il re-imperatore doveva impegnarsi con giuramento ad osservare una serie di regole e di limiti (*Wahlkapitulationen*) che erano il frutto di trattative con il collegio che lo nominava e con gli altri principi del regno, cioè con l'organizzazione per ceti (*Stände*). Il risultato fu che, dagli inizi del Cinquecento in poi, i poteri che il sovrano esercitava in modo autonomo – senza tenere conto della volontà dei ceti – si ridussero considerevolmente». A. PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto in Europa. Dal medioevo all'età contemporanea*, il Mulino, Bologna, 2007, p. 239.

signore ricorrevano all'assemblea territoriale ossia la Dieta – il *Landtag* – cui partecipavano pertanto sia gli *Stände* che il principe<sup>8</sup>.

## 2. Il panorama tedesco dopo il Trattato di Westfalia.

Nel XVII secolo si ebbero rilevanti innovazioni nelle strutture istituzionali imperiali, dal momento che la pace di Westfalia<sup>9</sup> del 1648 riconobbe a tutti i *Reichsstände* sia lo *ius territori et superiorioritatis* che il diritto di stringere alleanze e di dichiarare guerre *pro sua cuiusque conservatione et securitate*<sup>10</sup> purché non si trattasse di conflitti contro l'Impero germanico, tuttavia era una delimitazione vaga e poteva essere aggirata con il sistema delle alleanze difensive, stipulate contro o all'esterno dell'Impero<sup>11</sup>.

<sup>8</sup> M. CARVALE, *op. loc. ult. cit.*

<sup>9</sup> M. CARVALE, *op. loc. ult. cit.* «La pace di Westfalia – scrive Herbert Fisher – corrispondente all'equilibrio delle forze politiche e religiose dell'epoca, determinò per molte generazioni la politica pubblicistica dell'Europa. Ciascuno dei protagonisti ottenne una soddisfazione mondana; l'imperatore la corona boema, riconosciuta ereditaria alla sua famiglia, la Francia il langraviato dell'Alsazia, la Svezia la Pomeriana occidentale e i Vescovati di Brema e Verden, e la Baviera il Palatinato superiore.» H.A.L FISHER, *Storia d'Europa. Tomo II. Dall'età dell'assolutismo all'epoca dei totalitarismi*, Newton Compton, Roma, p. 23.

<sup>10</sup> M. CARVALE, *op. loc. ult. cit.*

<sup>11</sup> G. NEGRELLI, *L'età moderna*, Palumbo, Padova, 1992, p. 296. «La sovranità territoriale dei Principi – scrive Giorgio Negrelli – s'è precisata attraverso un cammino secolare ed è testimoniata pure da riconoscimenti formali, evidenti specie a partire dall'epoca di Federico II ed accentuatasi dopo il riconoscimento («Bolla d'oro»: 1356) della piena sovranità e giurisdizione dei «Grandi elettori» imperiali [...]. Tra loro, tali realtà politiche regionali possono avvertire un legame solo di tipo federale, per la comune appartenenza ad una più ampia – e più vaga – unione (Impero – Regno di Germania) al cui vertice è posta un'autorità elettiva. Man mano che tale autorità si confonderà con una dinastia (sarà il caso degli Asburgo) collegata ad un complesso politico particolare, anche tale tipo di legame federale si farà più evanescente». G. NEGRELLI, *L'età moderna*, p. 76. «La complessità della struttura istituzionale dei paesi germanici – scrive Antonio Padoa Schioppa – si riflette anche nei modi della partecipazione al potere degli organi rappresentativi. Al livello superiore, gli stati di nazione tedesca dell'Impero [...] avevano il diritto di riunirsi in un'assemblea (il *Reichstag*), composta dai ceti (*Stände*), cioè dai rappresentanti della nobiltà maggiore e minore, dei prelati e delle città imperiali. Spettava a loro di cooperare con il proprio voto all'approvazione e all'interpretazione delle leggi imperiali [...] di deliberare sui nuovi tributi, di decidere sulla guerra, sulle alleanze e sui trattati di pace. In queste materie l'imperatore e re di Germania aveva bensì l'iniziativa ma – sebbene nessuna decisione potesse essere assunta senza il suo volere – occorreva comunque il previo consenso dell'assemblea dei ceti. Un analogo ordinamento rappresentativo troviamo anche all'interno dei numerosi principati territoriali della Germania. L'assemblea (*Landtag*) comprendeva in collegi distinti (*Kurien*) i nobili, i prelati e i rappresentati delle città appartenenti al Land; solo in alcuni territori (tra i quali Tirolo, Voralberg, Frisia, Schwiza) anche il ceto rurale ottenne di essere autonomamente rappresentato. Le più rilevanti questioni politiche, economiche e giuridiche del principato erano trattate nel *Landtag*, in particolare quelle di natura tributaria e le innovazioni legislative, che richiedevano l'approvazione dei tre collegi del *Landtag* per divenire legge». A. PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto in Europa. Dal medioevo all'età contemporanea*, pp. 241-242.

Il trattato di pace di Westfalia presentava pertanto una duplice natura: per un verso di trattato internazionale, per l'altro verso di legge fondamentale dell'Impero germanico e quest'ultima caratteristica finiva con l'accentuare la complessità dell'*Heiliges Römisches Reich Deutscher*. Nel panorama tedesco, a differenza di quanto stava avvenendo in altri paesi europei quali la Francia, la potestà sovrana unitaria subiva un indebolimento nei confronti delle signorie territoriali, le quali al contrario rafforzavano la propria individualità. L'Impero, seppur indebolito, non si era dissolto; l'imperatore, come in passato, era eletto dai principi elettori e il suo ruolo era comunque impregnato di quella tradizionale sacralità che lo rendeva in ogni caso superiore rispetto alle signorie territoriali, inoltre manteneva rilevanti *iura reservata* e *iura feudalia* mentre il *Reichskammergericht* – era il supremo Tribunale Camerale dell'Impero - conservava la sua precedente autorità, tuttavia la possibilità per l'imperatore di prendere decisioni politiche unitarie subiva forti limitazioni, dal momento che era subordinata al consenso della Dieta Imperiale, composta dai *Reichsstände*<sup>12</sup>. Il panorama tedesco viveva una situazione opposta rispetto ad altri paesi europei, quali Inghilterra, Francia e Spagna; dato che in Germania si rafforzarono i principati e le signorie locali a danno dell'imperatore, che vantava un'autorità più nominale che sostanziale<sup>13</sup>.

L'*Heiliges Römisches Reich Deutscher* presentava dunque un ordinamento al contempo unitario e plurimo, in esso si mescolavano sia la tradizione che le concrete esigenze delle singole realtà locali, difatti ne faceva parte anche l'elettorato di Brandeburgo, paese descritto da A.J.P. Taylor come «uno Stato di frontiera lungo i sabbiosi deserti della Germania nord-orientale [...] remoto e oscuro, sembrava appartenere a malapena alla Germania<sup>14</sup>». La Casa regnante era quella degli Hohenzollern, dinastia che a dire il vero non aveva nessun legame di lunga data con l'Elettorato del Brandeburgo<sup>15</sup>. Alberto di Hohenzollern, divenuto Gran Maestro dell'Ordine dei Cavalieri Teutonici – ordine crociato che nei secoli precedenti aveva

---

<sup>12</sup> «Un vero abisso separa la Germania di Federico Barbarossa – scrive Fisher – dalla debole federazione di circa trecento e cinquanta stati (ciascuno dei quali autorizzato a seguire una propria politica finché non si opponesse a quella dell'imperatore) uscita dal congresso di Westfalia. Mentre il Barbarossa esercitava sulla Germania un'autorità reale, anche se irregolare, ora la potenza dell'Imperatore, benché riconfermata nell'Austria, nella Boemia e nell'Ungheria, non era che un'ombra fra i tedeschi». H.A.L. FISHER, *Storia d'Europa. Tomo II. Dall'età dell'assolutismo all'epoca dei totalitarismi* p. 23.

<sup>13</sup> P. G. LUCIFREDI, *Appunti di diritto costituzionale comparato. Il sistema tedesco*, Giuffrè, Milano, 1986, p. 1.

<sup>14</sup> A. J. P. TAYLOR, *op. cit.* p. 23.

<sup>15</sup> A. J. P. TAYLOR, *op. loc. ult. cit.*

convertito a forza al cristianesimo le popolazioni slave che ancora praticavano il paganesimo lungo la costa baltica – secolarizzò l’ordine, unendolo ai domini di famiglia<sup>16</sup>; era l’embrione di quello Stato che in seguito divenne la Prussia, la quale mantenne quelle regole ferree che erano state proprie dell’Ordine difatti, come ha osservato Pierre La Fue «passando completamente alla Riforma insieme al Gran-Maestro Alberto di Brandeburgo, l’Ordine Teutonico si era laicizzato, conservando però la sua disciplina monacale, di cui allorché ereditò lo Stato prussiano, lo Stato per antonomasia, si servì per svolgere la sua missione di trionfare nell’anarchia germanica<sup>17</sup>».

### 3. Consolidamento dello Stato prussiano. L’ALR.

La Prussia era nata come Stato autonomo solo nel 1525, quando Alberto di Hohenzollern secolarizzò l’Ordine Teutonico, che nei secoli passati aveva ampliato i propri possedimenti colonizzando l’Est Europa e convertendo al cristianesimo le popolazioni slave ancora pagane<sup>18</sup>.

Alla fine del ‘600 lo Stato prussiano si era rafforzato e aveva intrapreso una politica di sviluppo, avendo accolto i protestanti in fuga dalla Francia. Nel 1701 il

<sup>16</sup> A. J. P. TAYLOR, *op. loc. ult. cit.* L’ordine dei Cavalieri Teutonici, nato in Palestina nel XII secolo per assistere crociati e pellegrini di nazione germanica, indirizzò la propria attività verso l’Europa nord-orientale all’inizio del ‘200. Nel 1226 Federico II di Svevia concesse ai Cavalieri la sovranità sulle terre che essi si proponevano di conquistare nella regione prussiana, non ancora convertita al cristianesimo. Base di partenza della conquista fu la città di Torun, fondata dai Cavalieri sulla Vistola nel 1231. Dopo la fusione con i Cavalieri Portaspada l’ordine Teutonico continuò le conquiste nei secoli successivi. «A metà Trecento – scrive Giorgio Negrelli – l’Ordine è al culmine della sua potenza: è in Prussia, Curlandia, Livonia; entra in conflitto con i Lituani, ma prosegue nella sua opera di evangelizzazione e colonizzazione sistematica. Fonda villaggi e città che vanno a fare parte dell’Hansa [...]. Ma con il nuovo secolo le rigide strutture feudali dell’Ordine scricchiolano di fronte alla crescita economica e politica delle zone ad esse sottoposte; di più, Lituania e Polonia unite rappresentano un grave pericolo militare. Sono queste ad infliggere all’Ordine quella sconfitta di Tannenberg (1410) che segna il rapido declino della sua potenza. Anche i nobili e le città della Prussia sono ormai in grado di organizzarsi in Lega e, con l’appoggio polacco, di sconfiggerli: con la pace di Thorn (1466), la Piccola Pomerania (o Pomerelia) con il porto di Danzica passa alla Polonia, mentre i territori orientali dell’Ordine restano terre tedesche in una zona, d’origine finnica, nell’area di espansione slava». G. NEGRELLI, *L’età medioevale*, Palumbo, Padova, 1989, p. 400. Nel 1525 il Gran Maestro Alberto di Hohenzollern – sconfitto dai polacchi dopo un conflitto durato un paio di anni – secolarizza l’Ordine dei monaci-cavalieri, trasformandolo nel Ducato di Prussia. G. NEGRELLI, *L’età moderna*, p. 72.

<sup>17</sup> P. LA FUE, *Histoire de l’Allemagne, Storia della Germania*, tr. it. di Ivo Luzzatti, Cappelli, Bologna, 1958, p. 271.

<sup>18</sup> M. ASCHERI, *Introduzione storica al diritto moderno e contemporaneo*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 225.

principe elettore Federico III trasformò il Ducato in Regno<sup>19</sup>, venendo incoronato a Königsberg re di Prussia con il nome di Federico I<sup>20</sup>. Da allora la Prussia acquisì una posizione centrale in Germania sia per il poderoso esercito di cui disponeva sia per l'attenta politica mercantilistica intrapresa. Durante i regni di Federico I e Federico Guglielmo I fu creata un'amministrazione centrale con burocrati di professione, assunti a tempo pieno e regolarmente retribuiti, conseguentemente lo Stato prussiano emerse nel panorama europeo, ponendosi all'avanguardia per la sua efficienza amministrativa<sup>21</sup>. Le riforme intraprese nel primo Settecento furono portate avanti da Federico II il Grande<sup>22</sup>, che si ispirò agli ideali riformatori dell'Illuminismo<sup>23</sup>; il monarca rappresentava «il più tipico sovrano dell'assolutismo illuminato<sup>24</sup>» e fu coadiuvato a lungo dal giurista Samuel Von Cocceji; Federico II era una figura insolita per i suoi tempi, per usare le parole di Golo Mann, infatti «Federico non era solo un soldato e uomo d'azione, ma scrittore, filosofo, letterato: una combinazione singolare<sup>25</sup>»; dotato di una vasta cultura e al corrente delle nuove idee circolanti in Europa<sup>26</sup>, il re tentò di incarnare il buon sovrano voluto da Voltaire, di cui fu amico e ammiratore<sup>27</sup>. Nel 1750 espresse l'intenzione di introdurre una legislazione chiara e precisa, volta ad evitare ogni arbitrio applicativo e garantire la pubblica felicità dei sudditi<sup>28</sup>. Lo straordinario fascino che la personalità dinamica e riformatrice di Federico II suscitava in Europa – anche durante il drammatico periodo della guerra dei sette anni, combattuta dal 1756 al 1763, che lo oppose agli Asburgo e alla Francia – è espressa da fonti dell'epoca, tra le quali vi è anche quella di Goethe nei ricordi dei suoi anni giovanili.<sup>29</sup>

Federico II attuò importanti riforme giudiziarie. In primo luogo recise i legami delle strutture giudiziarie prussiane con quelle imperiali; in secondo luogo professionalizzò l'amministrazione della giustizia. Nella sua opera di riforma

<sup>19</sup> M. ASCHERI, *op. loc. ult. cit.*

<sup>20</sup> M. CARAVALE, *op. cit.* p. 158.

<sup>21</sup> M. ASCHERI, *op. loc. ult. cit.*

<sup>22</sup> M. ASCHERI, *op. loc. ult. cit.*

<sup>23</sup> M. CARAVALE, *op. cit.* p. 160.

<sup>24</sup> M. ASCHERI, *op. loc. ult. cit.*

<sup>25</sup> G. MANN, *Deutsche Geschichte des 19. Und. 20 Jahrhunderts, Storia della Germania moderna, 1798 – 1958*, Sansoni, Firenze, 1964, p.26.

<sup>26</sup> A. PADOA SCHIOPPA, *op. cit.* p. 411.

<sup>27</sup> M. ASCHERI, *op. cit.* p. 249.

<sup>28</sup> M. ASCHERI, *op. loc. ult. cit.*

<sup>29</sup> A. PADOA SCHIOPPA, *op. cit.* p. 411.

Federico II per un verso eliminò una volta per tutte i residui legami con l'autorità giudiziaria imperiale ottenendo nel 1746 il *privilegium de non appellando illimitatum* che poneva le corti superiori prussiane come ultimo grado di giudizio nel regno e al fine di corroborare tale *privilegium*, pose il divieto per le corti regie di trasmettere gli atti processuali alle università straniere per riceverne pareri; per un altro verso delimitò la giustizia signorile al primo grado delle sole vertenze economiche e da allora i giureconsulti la interpretarono come una concessione regia, non più originaria<sup>30</sup>. La riforma del 1746 attribuì pertanto una netta individualità al sistema giudiziario prussiano rispetto a quello imperiale, conferendogli una struttura unitaria e unificando le corti di giustizia regia nelle singole province<sup>31</sup>.

Coadiuvato da Samuel von Cocceji, furono promulgati dal sovrano due progetti di regolamento giudiziario estremamente innovativi per la Pomerania e per il Brandeburgo<sup>32</sup>. Il reclutamento e l'ordinamento dei giudici, le regole di procedura e i procedimenti speciali ebbero un'ordinata trattazione in tre parti, modificando l'impostazione del processo romano canonico. Fu previsto il reclutamento per esame dei giudici<sup>33</sup>, introdotto il principio della subordinazione dei giudici soltanto alla legge, l'obbligo di motivazione delle sentenze<sup>34</sup>, prevista l'assistenza d'ufficio per i poveri e soldati e la conciliazione obbligatoria prima del processo<sup>35</sup>.

Federico II nominò una commissione per la redazione di un codice civile e affidò a Cocceji il compito di «compilare una codificazione generale del diritto tedesco basato solamente sulla ragione e sulle leggi nazionali<sup>36</sup>». Cocceji, seguace delle idee di Pufendorf ed esperto conoscitore del diritto comune, incluse nel progetto codicistico regole e categorie provenienti dalla tradizione romanistica. Tale impostazione non era però condivisa da Federico II, poiché il sovrano desiderava superare il diritto comune romano, adottando le tradizionali consuetudini del territorio prussiano e introducendo una chiara legislazione, ispirata ai dettami della ragione. Il monarca

<sup>30</sup> M. CARVALE, *op. cit.* pp. 161 – 162. Sulla riforme introdotte da Federico II v. C. DUFFY, *The army of Frederick the Great*, The Emperor's Press, Chicago, 1996; G. RITTER, *Federico il Grande*, il Mulino, Bologna, 2000; D. FRASER, *Frederick the Great, King of Prussia*, Penguin Press, London, 2000.

<sup>31</sup> M. CARVALE, *op. loc. ult. cit.*

<sup>32</sup> A. PADOA SCHIOPPA, *op. cit.* p. 412.

<sup>33</sup> A. PADOA SCHIOPPA, *op. cit.* p. 412.

<sup>34</sup> M. MAZZA, *Il potere giudiziario* in P. CARROZZA, A. DI GIOVINE, G.F. FERRARI, *Diritto costituzionale comparato*, Laterza, Roma – Bari, Tomo II, 2014, p. 1058.

<sup>35</sup> A. PADOA SCHIOPPA, *op. cit.* p. 412.

<sup>36</sup> R. VAN CAENEGEM, *An Historical Introduction to Private Law*, tr. it *Introduzione storica al diritto privato*, il Mulino, Bologna, 1995, p. 152.

inoltre non aspirava di certo ad eliminare l'ordinamento cetuale nei rapporti di diritto privato e nell'organizzazione per ceti<sup>37</sup>.

Conseguentemente il progetto predisposto, pubblicato peraltro nel 1751 in francese con il titolo di *Code Frédéric*<sup>38</sup> e ammirato in tutta Europa<sup>39</sup>, non fu approvato e non entrò mai in vigore, in quanto tacciato di eccessivo egualitarismo<sup>40</sup>.

La codificazione proseguì comunque negli anni successivi e nel 1780 il lavoro fu ripreso da giuristi di formazione più genuinamente giusnaturalistica, quali Von Carmr, Svare e Klein<sup>41</sup>. Tra il 1780 e il 1782 fu elaborato un primo progetto<sup>42</sup>; un secondo progetto fu elaborato tra il 1784 e il 1788, infine nel 1794 entrò in vigore l'ALR (*Allgemeines Landrecht für die Königlich-Preußischen Staaten* ossia il Diritto territoriale generale per gli Stati prussiani). Tale codice era estremamente rilevante, dato che eliminava il diritto comune come normativa generale e superiore, ponendosi come legislazione comune al Regno di Prussia<sup>43</sup>, tuttavia non sostituiva i diritti particolari e locali, che dunque rimanevano in vigore anche se era previsto per essi un raccordo con il codice<sup>44</sup>.

L'ALR presentava caratteri complessi ed eterogenei. Nell'introduzione erano posti alcuni principi di carattere generale quale l'elenco dei diritti che derivavano dal singolo dalla nascita, dal ceto e dalle norme positive. Il libro I dell'ALR regolamentava il diritto civile, il libro II disciplinava i rapporti di famiglia, il diritto successorio, il diritto pubblico generale e il diritto penale. Il diritto penale era stato incluso nell'ALR in virtù del pregiudizio causato da un'azione illecita, dunque, in questa prospettiva, le norme penali erano poste dallo Stato a tutela del corpo sociale<sup>45</sup>. L'ALR peraltro prevedeva che il giudice dovesse attenersi alla lettera della

<sup>37</sup> A. PADOA SCHIOPPA, *op. cit.* p. 412

<sup>38</sup> M. CARVALE, *op. cit.* p. 179.

<sup>39</sup> M. ASCHERI, *op. cit.* p. 250.

<sup>40</sup> L. SOLIDORO MARUOTTI, *La tradizione romanistica nel diritto europeo. Dalla crisi dello ius commune alle codificazioni moderne, Lezioni*. Volume 2, Giappichelli, Torino, 2010, p. 84.

<sup>41</sup> L. SOLIDORO MARUOTTI, *op. loc. ult. cit.*

<sup>42</sup> A. PADOA SCHIOPPA, *op. cit.* p. 413.

<sup>43</sup> M. ASCHERI, *op. cit.* p. 250.

<sup>44</sup> A. PADOA SCHIOPPA, *op. cit.* p. 413.

<sup>45</sup> A. PADOA SCHIOPPA, *op. loc. ult. cit.* «L'ALR – scrive Adriano Cavanna – si struttura in due libri, preceduti da una *Introduzione* dedicata alle “Leggi in generale”. [...] Il primo libro, che ricomprende pressoché interamente (ma non interamente) le materie che noi oggi concepiamo come attinenti al diritto civile, è dedicato al soggetto di diritto in generale, alle cose, agli atti giuridici, alla proprietà, al possesso, alle servitù, nonché alla disciplina delle obbligazioni e ai contratti, ai modi di acquisto dei diritti tra vivi, agli atti di ultima volontà, alla garanzia e all'estinzione delle obbligazioni, ai diritti reali minori e all'espropriazione. Il secondo libro, oltre a disciplinare la

legge e valutarla in rapporto alla connessione dei termini<sup>46</sup>, privilegiando quindi l'interpretazione letterale. Il codice stabiliva che lo status cetuale si acquisiva con la nascita; esso era ripartito nelle tre categorie tipiche dell'antico Regime: la nobiltà, la borghesia delle città e il ceto rurale, ripartito a sua volta in contadini liberi e servi<sup>47</sup>.

Il codice prussiano manifestò ben presto i suoi limiti, dovuti in parte al suo carattere sperimentale<sup>48</sup>. L'ALR era marcatamente illuministico, contrassegnato da un'assoluta quanto acritica fede nella ragione e improntato dalla diffidenza nei confronti dei cittadini; tuttavia il maggior difetto per la compilazione derivò dalla presunzione del legislatore prussiano di poter regolamentare tutti i rapporti intersoggettivi sulla base di regole ferree ed immutabili<sup>49</sup>. Un codice dunque per molti aspetti di antico regime sia in relazione al sistema delle fonti che in relazione alla disciplina differenziata per ceti sia infine per la contemporanea inclusione di norme di diritto pubblico e di diritto privato nel medesimo testo<sup>50</sup>.

#### **4. La Germania durante l'epopea napoleonica.**

Nella *Costituzione della Germania*, scritto giovanile dei primissimi anni del XIX secolo Hegel scriveva: «L'ostinazione del carattere tedesco non si è lasciata sopraffare sino al punto che le singole parti sacrificassero le loro particolarità alla società, che si riunissero tutte in un universale e trovassero la libertà nella comune sottomissione sotto una forza statale suprema<sup>51</sup>».

La critica di Hegel in primo luogo investiva la mancata evoluzione unitaria del Sacro Romano Impero, le cui istituzioni erano anacronistiche se raffrontate con il nuovo ordinamento statale sorto in Francia dopo la Rivoluzione; in secondo luogo

parte residuale – secondo la nostra concezione – del diritto civile (matrimonio, famiglia, successioni ab intestato), sciorina una ulteriore quindicina di titoli di contenuto pubblicistico: un fiume di articoli, cioè, relativi all'organizzazione delle classi sociali (o 'stati' o *Stände*), ai rapporti feudali e alle corporazioni interne a ciascuna classe, all'esercito, al clero, a scuole e università, ai diritti e doveri dello Stato nei suoi rapporti con i cittadini e infine – titolo XX – al diritto penale (che si compendia di per se solo in 1577 articoli» A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa. Tomo II. Le fonti e il pensiero giuridico*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 238.

<sup>46</sup> M. ASCHERI, *op. cit.* p. 250.

<sup>47</sup> A. PADOA SCHIOPPA, *op. cit.* p. 413

<sup>48</sup> L. SOLIDORO MARUOTTI, *op. cit.* p. 85.

<sup>49</sup> L. SOLIDORO MARUOTTI, *op. loc. ult. cit.*

<sup>50</sup> A. PADOA SCHIOPPA *op. cit.* p. 414. Sull'ALR cfr. P. CARONI, *Saggi di storia delle codificazioni*, pp. 56 – 59; R. VAN CAENEGEM, *An Historical Introduction to Private Law, tr. it. Introduzione storica al diritto privato*, pp. 153 – 154.

<sup>51</sup> G. HEGEL, *Scritti politici (1768 – 1806)* a cura di A. PLEBE, Laterza, Bari, 1961, p. 16.

ridimensionava le riforme introdotte nel corso del Settecento dai principi tedeschi. Gli anni napoleonici furono contrassegnati da un lato dall'assenza di iniziative volte a rendere unitario il Sacro Romano Impero; dall'altro lato dalla continuazione del riformismo di matrice illuministica in alcuni principati germanici, inoltre alcune regioni furono assoggettate ai francesi ed adottarono gli ordinamenti importati dai transalpini<sup>52</sup>.

La distruzione dell'*Heiliges Römisches Reich Deutscher*, il quale durante il medioevo e l'età moderna aveva costituito il legame ideale del popolo tedesco fece sorgere l'esigenza di creare un nuovo vincolo, mentre si rafforzava la coscienza nazionale germanica contro i conquistatori francesi. Il vetusto e ormai scomparso legame imperiale fu sostituito dall'idea di patria e dal sogno di creare una nazione tedesca. Inoltre la battaglia di Jena e l'umiliazione subita dall'esercito prussiano sembravano la fine per coloro che volevano una Germania unita. Guardando la carta geografica della Germania nel 1807 non si poteva del resto pensare diversamente. Il Sacro Romano Impero, che nei secoli precedenti aveva costituito una forma di unione almeno simbolica, si era disciolto; la riva sinistra del Reno era andata persa mentre il *Rheinbund* era un mosaico di stati privo di alcun legame, sembrava, per usare le parole di Pierre La Fue che «fosse tornato il tempo della dinastia carolingia che aveva regnato sia sulla Germania che sulla Francia<sup>53</sup>».

L'azione del Re di Prussia Federico Guglielmo III e del primo Ministro Karl Von Stein si mosse sul solco delle riforme settecentesche: nel 1804 fu proclamata la libertà personale dei contadini delle terre demaniali mentre nel 1807 un editto la estese ai contadini delle signorie fondiarie unitamente alla liberalizzazione delle vendite di queste terre e alle procedure per il riscatto dei lotti lavorati dai contadini stessi<sup>54</sup>.

Il 19 novembre 1808 entrò in vigore lo *Städteordnung* vale a dire il nuovo ordinamento cittadino. Con tale legge Karl von Stein e i suoi collaboratori vollero chiamare il ceto cittadino a esercitare in prima persona il governo dei comuni urbani. Mediante lo *Städteordnung* il governo delle città fu sostanzialmente costituzionalizzato, dato che al borgomastro e al magistrato, tradizionali organi di direzione degli affari municipali, fu affiancato un organo rappresentativo. Lo *Städteordnung* poneva il consiglio al centro della costituzione comunale; il ruolo

<sup>52</sup> M. CARVALE, *op. cit.* p. 259.

<sup>53</sup> P. LA FUE, *op. cit.* p. 391.

<sup>54</sup> M. CARVALE, *op. cit.* p. 260

centrale dell'assemblea consiliare era stabilito dall'articolo 108, a mente del quale: «I consiglieri ottengono dallo loro elezione l'illimitato mandato di rappresentare la comunità dei cittadini in tutti gli affari della comunità cittadina». Era un vero e proprio organo rappresentativo in senso moderno, eletto da circoscrizioni territoriali e non da gilde o da corporazioni, sulla base di un suffragio sì censitario ma relativamente ampio e sottratto per esplicita prescrizione al vincolo del mandato imperativo<sup>55</sup>.

Le città erano ripartite in piccole, medie e grandi e il numero dei membri dei rispettivi consigli era compreso tra 24 e 102, due terzi dei quali dovevano possedere una casa nella città. L'elettorato attivo e passivo era invece riservato ai cittadini proprietari di casa o in possesso di un censo stabilito dalla legge sulla base della grandezza della città ma comunque modesto. I consiglieri erano eletti per circondario e rimanevano in carica tre anni, ma per un terzo di essi era prevista la decadenza e la sostituzione annuale. Conseguentemente, in virtù dell'ampio numero di membri, della frequenza della rotazioni e dell'esiguità del censo richiesto per il voto, era attribuito un carattere partecipativo al consiglio, che si poneva in posizione di preminenza rispetto al magistrato, il quale svolgeva compiti di mera esecuzione<sup>56</sup>. Nel novembre 1808 fu riformato il governo centrale, ripartito in cinque sezioni – finanze, interni, giustizia, esteri, esercito – guidate da ministri responsabili verso il re, i quali erano tenuti a controfirmare i decreti del monarca; tale riforma fu accompagnata dall'abolizione del Direttorio generale e delle Camere provinciali di guerra e del demanio e conseguentemente introdusse una decisa razionalizzazione amministrativa. Infine tra il 1807 e il 1814 fu riorganizzato l'esercito prussiano<sup>57</sup>. Nelle altre regioni tedesche avvennero profonde trasformazioni durante il periodo napoleonico. Il 12 luglio 1806 sedici principi tedeschi si staccarono dall'*Heiliges Römisches Reich deutscher Nation*<sup>58</sup> per aderire alla *Rheinbund*, vale a dire la Confederazione del Reno, di cui assunse la guida Napoleone<sup>59</sup>; al contempo Francesco d'Asburgo scelse di rinunciare alla corona di sacro romano imperatore; dichiarò il legame imperiale disciolto e liberò gli Stati tedeschi dai loro obblighi,

<sup>55</sup> F. RUGGE, *Il governo delle città prussiane tra '800 e '900*, Giuffrè, Milano, 1989, p. 46

<sup>56</sup> F. RUGGE, *op. loc. ult. cit.*

<sup>57</sup> M. CARVALE, *op. cit.* p. 260.

<sup>58</sup> G. NEGRELLI, *L'età contemporanea*, Palumbo, Padova, 1992, p. 552.

<sup>59</sup> M. CARVALE, *op. cit.* p. 261.

accontentandosi del titolo, già istituito nel 1804, di imperatore d'Austria<sup>60</sup>. La decisione di Francesco d'Asburgo era dettata dalla volontà di rafforzare la sovranità territoriale e di purificarla dagli elementi universalistici che l'avevano caratterizzata fino a quel momento<sup>61</sup>.

A guida del *Rheinbund* si pose Napoleone e alla Confederazione aderirono sia i principati tedeschi dell'area occidentale sia i principati di recente istituzione, quali il Granducato di Berg e il Regno di Westfalia, le cui corone erano state assegnate a familiari di Bonaparte<sup>62</sup>.

Nel 1807 Bonaparte concesse una costituzione al Regno di Westfalia e un'altra nel 1808 al Granducato di Berg. Erano carte costituzionali che si inserivano nel solco delle riforme settecentesche, poiché non miravano all'abolizione del tradizionale sistema cetuale, bensì a consolidare l'uniformità istituzionale dei territori sottoposti all'autorità del sovrano. Difatti queste Costituzioni prevedevano la rappresentanza dei ceti, collocandola però non nei *Landtage* dei singoli *Länder* ma in un'assemblea cetuale unitaria con funzioni di natura finanziaria. Appariva per la prima volta un'istituzione neocetuale distinta dalle tradizionali assemblee poiché la rappresentanza cetuale assumeva un respiro unitario e superava la ripartizione territoriale, presentandosi come unica per tutto il regno<sup>63</sup>.

## 5. Le Costituzioni del *Vormärz*.

Sconfitto Napoleone, con la pace di Parigi del maggio 1814 fu stabilito all'art. 6 c. che "*Les États d'Allemagne seront indépendants et unis par un lien fédératif*" mentre con il Congresso di Vienna fu deliberata la nascita della Confederazione Germanica – *Deutscher Bund* – il cui ordinamento fu poi completato dall'Atto finale del Congresso di Vienna<sup>64</sup>. La Confederazione era contrassegnata da una cronica debolezza causata da un lato dalla regola dell'unanimità necessaria per assumere le decisioni più importanti da parte del *Bundesversammlung*, ossia l'organo assembleare comune agli

---

<sup>60</sup> G. MANN, *op. cit.* p. 43.

<sup>61</sup> M. CARVALE, *op. cit.* p. 261.

<sup>62</sup> M. CARVALE, *op. loc. ult. cit.*

<sup>63</sup> M. CARVALE, *op. loc. ult. cit.*

<sup>64</sup> M. D. POLI, *Bundesverfassungsgericht e Landesverfassungsgerichte: un modello "policentrico" di giustizia costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 58.

Stati membri, dall'altro lato dalle tensioni tra Austria e Prussia per avere l'egemonia in Germania. Istituzione unitaria del *Deutscher Bund* era la Dieta, con sede a Francoforte, ove si riunivano i rappresentanti degli Stati sotto la presidenza dell'Austria<sup>65</sup>.

Nonostante l'articolo 13 dell'Atto costitutivo della Confederazione germanica – *Deutsche Bundesakte* – dell'8 giugno 1815 stabilisse che ogni stato aderente al *Deutscher Bund* avrebbe dovuto promulgare una «*Landständische Verfassung*» ossia una Costituzione cetuale-territoriale e la *Wiener Schlußakte* del 1820 all'articolo 57 precisasse che “*Poiché la Confederazione tedesca, se si escludono le città libere, risulta costituita da principi sovrani così il complessivo potere dello Stato – conformandosi al succitato principio – deve rimanere concentrato nelle mani del Capo dello Stato. Il Sovrano può attraverso una Costituzione cetuale-territoriale essere limitato solo nell'esercizio di determinati diritti dalla collaborazione dei ceti*” le costituzioni promulgate nel corso della prima metà del XIX secolo finirono con il disattendere l'ordine costituzionale imposto dal Congresso di Vienna<sup>66</sup> mentre l'inciso “*eine landständische Verfassung*”, espressione che i firmatari dell'atto indicava una costituzione fondata sulla tradizionale articolazione cetuale dei singoli territori<sup>67</sup>, fu interpretato dai liberali come strumento per introdurre rappresentanze nazionali<sup>68</sup>.

Inoltre l'articolo 13 del *Deutsche Bundesakte* consacrava per la prima volta nella storia costituzionale tedesca l'autonomia costituzionale dei *Länder*, consentendole di divenire un elemento trainante nello sviluppo dello stato centrale<sup>69</sup>. Al riguardo Dian Schefold ha scritto: «L'unificazione tedesca si è creata nell'Ottocento come nel secondo dopoguerra sulla base di Länder preesistenti e già dotati di Costituzioni. Questo è vero per la Germania del periodo del Risorgimento quando, sulla base dell'art. 13 dell'Atto della Confederazione germanica, ogni stato membro fu obbligato

<sup>65</sup> G. PARODI in P. CARROZZA, A. DI GIOVINE, G.F. FERRARI (curr.), *op. cit.* p. 149. Sul *Deutscher Bund* v. J. MÜLLER, *Der deutsche Bund 1815 – 1866*, München, Oldenbourg, 2016; D. GRIMM, *Deutsche Verfassungsgeschichte 1776 – 1866*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1988, pp. 142 ss. Vedi altresì H. LUTZ, *Zwischen Habsburg und Preußen. Deutschland 1815-1866*, Berlin, Wolf Jobs Siedler Verlag GmbH, 1985 tr. it., *Tra Asburgo e Prussia. La Germania dal 1815 al 1866*, tr. it a cura di Paolo Pombeni, il Mulino, Bologna, 1992.

<sup>66</sup> E. DI SALVATORE, *Appunti per uno studio sulla libertà nella tradizione costituzionale europea in A.A. V.V.. Itinerari giuridici per il quarantennale della Facoltà di Giurisprudenza dell'Abruzzo*. Giuffrè, Milano, pp. 364 – 365.

<sup>67</sup> F. LANCHESTER, *Le Costituzioni tedesche da Francoforte a Bonn. Introduzione e testi*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 24.

<sup>68</sup> M. D. POLI, *op. cit.* p. 59.

<sup>69</sup> M. D. POLI, *op. loc. ult. cit.*

a darsi una costituzione con rappresentanza degli interessi (*landständische Verfassung*). Erano le Costituzioni emanate in questa via che servirono come base del movimento unitario prima del 1848/49, poi dell'unificazione imperiale dal 1866 al 1871. Malgrado l'importanza della Prussia – quantitativa e di potere – nessuno avrebbe pensato di sostituire le Costituzioni dei *Länder* con quelle della Prussia che, è vero, è di massima importanza, ma completata a livello di Costituzione imperiale, dalla Costituzione Bismarckiana del 1867/1871<sup>70</sup>».

Sebbene la formula adoperata dal citato articolo 13 fosse vaga e nonostante il tentativo profuso da Metternich durante la Conferenza di Vienna di imporre un'interpretazione nel segno della Restaurazione, la norma ebbe effetti dirompenti. Tra il 1815 e il 1830 difatti molti Stati si dotarono di carte costituzionali: a parte la Costituzione del Granducato di Nassau promulgata nel 1814 e precedente la nascita della Confederazione Germanica, testi costituzionali furono emanati nel principato di Schwarzburg-Rudolstadt nel 1816; nello stesso anno in Schaumburg-Lippe, Waldreck, Saschsen-Weimar-Eisenach; nel 1818 in Sachsen-Hildurghausen, Bayern e Baden; nel 1819 in Württemberg; nel 1820 in Hesse-Darmstadt<sup>71</sup>. Alcune di queste carte erano ottriate, quali la Costituzione del Regno di Baviera del 26 maggio 1818 e del Baden del 22 agosto 1818; altre frutto di accordi tra il principe e i ceti<sup>72</sup>; in quest'ultima categoria rientravano la *Verfassungsurkunde für das Königreich Württemberg* del 25 settembre 1819 e la *Verfassungsurkunde für das Königreich Sachsen* del 4 settembre 1831, due casi di contratto costituzionale tra il principe e il popolo<sup>73</sup>. Tra questi testi emergevano sia per il loro contenuto materiale che per la pienezza del concetto di Costituzione adottato i *Verfassungsurkunden* approvati dal Regno di Baviera, dal Granducato di Baden e dal Regno di Württemberg<sup>74</sup>. Nel complesso tra il 1814 e il 1824 furono introdotte Costituzioni scritte in 15 Stati, mentre altri

<sup>70</sup> D. SCHEFOLD, *Funzione, contenuto e limiti delle Costituzioni dei Länder in Germania*, in A.A.V.V., *La potestà statutaria nella riforma della Costituzione. Temi rilevanti e profili comparati. Materiali della Commissione di Studio e Atti del Seminario, Roma 29 marzo 2001*, Giuffrè, Milano, 2001, pp. 176 – 177; ID., *Federalismo, Regionalismo e riforma del federalismo tedesco (giugno – luglio 2006)* consultabile sul sito <http://www.issirfa.cnr.it>

<sup>71</sup> M.D. POLI, *op. cit.* p. 60.

<sup>72</sup> M. D. POLI, *op loc. ult. cit.*

<sup>73</sup> F. LANCHESTER, *op. cit.* p. 25; cfr. inoltre ID., *Alle origini di Weimar. Il dibattito costituzionalistico tedesco tra il 1900 e il 1918*, Giuffrè Milano, 1985, p. 39.

<sup>74</sup> M.D. POLI, *op. cit.* p. 60.

principati tedeschi, quali l'Assia l'Elettorale e la Sassonia adottarono un regime costituzionale sull'onda degli effetti della rivoluzione del 1830 in Francia<sup>75</sup>.

Le Carte costituzionali promulgate nei principati tedeschi vennero influenzate dalla *Charte octroyée* di Luigi XVIII<sup>76</sup>; esse introducevano un sistema bicamerale,<sup>77</sup> dato che constavano di due camere: una aristocratica, l'altra eletta a suffragio censitario e composta dai membri dei ceti e degli ordini professionali<sup>78</sup>. Le assemblee, manifestazione dell'indirizzo neocetuale, svolgevano per lo più un ruolo semplicemente consultivo e partecipavano all'esercizio del potere legislativo, la cui iniziativa spettava al sovrano, solamente per l'approvazione delle leggi tributarie, per le quali era necessario il loro consenso. Le assemblee erano l'espressione della tradizionale forma di rappresentanza della comunità; ma si distinguevano dal passato sotto due aspetti: in primo luogo la rappresentanza non era espressa nei tradizionali *Landtage* dei singoli territori, ma in un'assemblea unica per tutto il principato; in secondo luogo alla rappresentanza cetuale fu affiancata quella delle professioni<sup>79</sup>.

Nel sistema delineato dagli ordinamenti costituzionali il perno era il monarca, cui era attribuito sia il potere esecutivo sia il comando dell'esercito sia il potere legislativo, con il solo limite delle leggi che incidevano sulla libertà personale, per le quali invece era necessario il consenso delle assemblee rappresentative, inoltre sancivano la responsabilità dei ministri e una riserva di legge per gli interventi in materia di libertà<sup>80</sup>.

Le Costituzioni erano quindi imperniate sul principio monarchico, esaltato dallo *Schlussakte* del Congresso di Vienna come fondamento delle istituzioni germaniche; difatti l'articolo 57 del *Wiener Schlussakte*, i cui intenti non erano certamente progressisti<sup>81</sup>, stabiliva l'inalterabilità della previsione che il complessivo potere dello

<sup>75</sup> A.G.MANCA, *Costituenti e Costituzioni nell'Europa del 1848-49: la vicenda tedesca in Costituenti e Costituzioni. Daniele Manin e la repubblica di Venezia*, a cura di P.L.BALLINI, Istituto Veneto di Scienze, Lettere ed Arti, Venezia, 2002, p. 34.

<sup>76</sup> M.D. POLI, *op. cit.* p. 60. Per quanto riguarda le Costituzioni concesse durante la Restaurazione dai principi tedeschi v. P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Introduzione al Diritto costituzionale comparato. Le forme di stato e le forme di governo. Le Costituzioni moderne*, Giuffrè, Milano, 1980, pp. 515 – 516; G. MORBIDELLI, L. PEGORARO, A. REPOSO, M. VOLPI, *Diritto pubblico comparato*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 66.

<sup>77</sup> M. CARVALE, *op. cit.* p. 263.

<sup>78</sup> M. CARVALE, *op. loc. ult. cit.*

<sup>79</sup> M. CARVALE, *op. loc. ult. cit.*

<sup>80</sup> M. D. POLI, *op cit.* p. 60.

<sup>81</sup> F. LANCHESTER, *op. cit.* p. 24

Stato dovesse rimanere concentrato nel Capo dello Stato, il quale poteva concedere attraverso una Costituzione cetual territoriale – *landständische Verfassung* – ai ceti – *Stände* - di collaborare nell'esercizio di determinati diritti<sup>82</sup>. La “natura” del principio monarchico rappresentava per un verso una cesura con la monarchia di diritto divino, per l'altro verso si poneva in continuità con il leopoldismo; al riguardo Otto Brunner ha rilevato come l'elemento cardine della forma di Stato vale a dire il principio monarchico fosse stato sostanzialmente laicizzato divenendo una formula del diritto di Stato, rispetto al quale non si poteva tornare indietro<sup>83</sup>.

## 6. Il biennio '48-49 e la Costituzione di Francoforte.

Nel 1834 era stata fondata l'Unione doganale – *Zollverein* – la cui presidenza era stata assunta dalla Prussia; l'istituzione dello *Zollverein* da un lato diede impulso allo sviluppo economico tedesco, dall'altro lato rappresentò un passo in prospettiva dell'unificazione del paese<sup>84</sup> e consentì allo stato prussiano di guadagnare credito agli occhi dei patrioti, i quali guardarono alla Prussia come stato in grado di realizzare l'aspirazione di unificare la Germania<sup>85</sup>.

Nel marzo 1848, sulla scia dell'onda rivoluzionaria che ormai pervadeva l'Europa, emerse in Germania un movimento che richiese l'unificazione nazionale, la libertà di riunione e le libertà borghesi<sup>86</sup>, in effetti il marzo del 1848 ha rappresentato una data simbolo per le regioni tedesche e austriache, poiché separa il periodo della Restaurazione ossia il *Vörmarz* dalla seconda metà dell'Ottocento, il c.d. *Nachmärz*, nella quale vi furono profonde trasformazioni nelle loro strutture politico-istituzionali<sup>87</sup>.

Durante il *Vörmarz* erano sorte tre correnti all'interno del movimento liberale in Germania e Austria; la prima sosteneva l'istituzione di una Costituzione cetuale; la seconda chiedeva una monarchia costituzionale improntata al modello francese; la

<sup>82</sup> V.O. BRUNNER, *Vom Gottesgnadentum zum Monarchischen Prinzip in Die Entstehung des modernen souveränen Staates*, cur. H. Hoffmann, Kiepenheure, Koln – Berlin, 1967, 64.

<sup>83</sup> F. LANCHESTER, *op. cit.* p. 24.

<sup>84</sup> A. PADOA SCHIOPPA, *op. cit.* p. 519

<sup>85</sup> G. CORNI, *Introduzione alla storia della Germania contemporanea*, Mondadori, Milano, 1995, p. 84.

<sup>86</sup> F. LANCHESTER, *op. cit.* p. 33.

<sup>87</sup> M. CARVALE, *op. cit.* p. 301. Sugli eventi del '48/49 vedi H. JESSEN (a cura di), *Die deutsche Revolution 1848/49 in Augenzeugenberichten*, Düsseldorf, 1968.

terza auspicava una monarchia parlamentare; a queste correnti si aggiungeva – ma era in netta minoranza – un orientamento repubblicano. La prima delle tre correnti trovò espressione nelle Costituzioni promulgate nei principati tedeschi di piccola e media entità, mentre nei principali paesi dell'area germanica ossia Regno di Prussia e Impero d'Austria non era stato seguito alcun indirizzo liberale. I moti italiani scoppiati all'inizio del 1848 e gli eventi francesi del febbraio dello stesso anno portarono le altre due correnti ad assumere la guida del movimento liberale<sup>88</sup> mentre la questione nazionale e la questione costituzionale si sovrapposero.

Nella Chiesa di San Paolo – *Paulskirche* – di Francoforte sul Meno, ove in passato erano stati eletti gli imperatori del Sacro Romano Impero si riunì tra il 31 marzo e il 3 aprile 1848 un'Assemblea preparatoria – *Vorparlament* - costituita da 574 membri<sup>89</sup>; la convocazione del *Vorparlament* è emblematicamente descritta da Ernesto Sestan con queste parole «Il Parlamento preliminare [...] si veniva riunendo a Francoforte in un'aura di straordinaria euforia, di vero e proprio tripudio, di ottimismo sconfinato per le sorti della futura Germania, che esso e l'assemblea costituente che lo avrebbe seguito, avrebbero preparato, forte soltanto della sua investitura della volontà popolare, del suo ardente amor patrio, della sua capacità, intelligenza, disinteresse dei suoi membri<sup>90</sup>». Il *Vorparlament* deliberò l'elezione di un'Assemblea Nazionale Costituente – *Nationalversammlung* - avvenuta l'1 maggio dello stesso anno a suffragio prevalentemente maschile<sup>91</sup>.

I lavori dell'Assemblea nazionale si concretizzarono innanzitutto nell'approvazione della legge sui diritti fondamentali del popolo tedesco, articolata in nove articoli e ripartita in cinquanta paragrafi; il testo prevedeva il diritto di cittadinanza tedesca per ogni abitante dei territori germanici; l'inviolabilità della persona e la sua libertà; la libertà di stampa; la libertà di coscienza e di culto. La legge fu pubblicata sulla Gazzetta ufficiale del Reich Tedesco il 28 dicembre 1848 e ad essa si interessò un giurista della levatura di Theodor Mommsen, che la commentò immediatamente, articolo per articolo, paragrafo per paragrafo<sup>92</sup>.

---

<sup>88</sup> M. CARVALE, *op. loc. ult. cit.*

<sup>89</sup> F. LANCHESTER, *op. cit.* p. 33

<sup>90</sup> E. SESTAN, *La Costituente di Francoforte (1848-1849)*, Sansoni, Firenze, 1946, p. 27.

<sup>91</sup> F. LANCHESTER, *op. cit.*

<sup>92</sup> G. FERRARA, *La Costituzione. Dal pensiero politico alla norma giuridica*, Feltrinelli, Milano, 2006, p. 160.

Secondo quanto stabilito dal primo articolo de “I Diritti fondamentali” il popolo tedesco era costituito dai cittadini degli Stati che contribuivano a formare il *Reich*. Tale disposizione era di enorme importanza, in virtù del suo intento di unificare in una sola cittadinanza tutti i sudditi degli Stati germanici e in un solo *Reich* tutti gli Stati tedeschi. Conseguenza di questa disposizione era il successivo paragrafo, a mente del quale ad ogni tedesco sarebbe spettato il diritto di cittadinanza e quelli che derivavano da esercitare in tutti i territori tedeschi. L’intento unificante era espresso poi dal paragrafo successivo, che sottraeva ai singoli Stati il potere di dettare la legge elettorale per il parlamento del Reich, attribuendolo allo stesso Reich<sup>93</sup>; al riguardo era positiva l’opinione di Mommsen, secondo l’illustre studioso tale disposizione avrebbe contribuito ad eliminare «la distinzione tutt’altro che naturale, figlia dell’innaturalissima frammentazione della Germania, tra i Tedeschi dei diversi Stati<sup>94</sup>».

I lavori della *Nationalversammlung*, approvata la Legge sui Diritti Fondamentali, si concentrarono in seguito sulla elaborazione del testo costituzionale vale a dire la *Frankfurter Reichsverfassung* promulgata nel marzo 1849<sup>95</sup>. Il modello statale delineato

<sup>93</sup> G. FERRARA, *op. cit.* p. 161.

<sup>94</sup> T. MOMMSEN, *Die Grundrechte des deutschen Volkes*, tr. it *I diritti fondamentali del popolo tedesco. Commento alla costituzione del 1848* cur. G. VALERA tr. di Benedetta Giordano, il Mulino, Bologna, 1994, p. 11. Ritengo opportuno riportare l’art. I – II de *I diritti fondamentali*, vale a dire quelli relativi alla cittadinanza e l’uguaglianza davanti alla legge.

“Articolo I - Diritto di cittadinanza

§. 1. Il popolo tedesco è costituito dai cittadini degli stati che formano il Reich tedesco.

§. 2. Ogni Tedesco ha il diritto di cittadinanza del Reich e può esercitare in tutti i territori tedeschi i diritti che da esso gli derivano. Sul diritto a votare per l’Assemblea del Reich disporrà una legge elettorale emanata dal Reich.

§. 3. Ogni Tedesco ha il diritto di soggiornare e di risiedere in qualsiasi luogo del Reich, di acquistare e disporre in tale luogo di beni immobili di qualsiasi tipo, di praticarvi qualsiasi arte o mestiere e di acquisirvi il diritto di cittadinanza. Le condizioni per il soggiorno e la residenza verranno stabilite per tutta la Germania dal potere del Reich con una legge specifica sul diritto patrio, quelle per le attività produttive con un regolamento in materia di professioni e mestieri.

§. 4. Nessuno stato tedesco può operare distinzioni nel diritto penale, processuale e civile tra i propri cittadini e gli altri Tedeschi, ponendo i secondi, come stranieri, una posizione di inferiorità.

§. 5. La pena della morte civile non deve essere più applicata e, dove sia già stata inflitta, ne dovranno cessare gli effetti, salvo che ciò non comporti la lesioni di diritti privati già acquistati.

§. 6. La libertà di emigrazione non è limitata dallo Stato. Non si possono riscuotere tasse di emigrazione. Su tutte le questioni concernenti l’emigrazione vige la tutela e l’assistenza del Reich.

Articolo II - Uguaglianza davanti alla legge

§. 7. Davanti alla legge non vige nessuna differenza di ceto. È abolita la nobiltà in quanto ceto. Tutti i privilegi di ceto sono aboliti. Tutti i Tedeschi sono uguali davanti alla legge. Sono soppressi e non possono essere più introdotti, tutti i titoli che non siano legati ad una carica. Nessun cittadino può accettare decorazioni da uno stato straniero. Tutti gli idonei, indistintamente, possono accedere alle cariche pubbliche. Il servizio militare è obbligatorio per tutti. Non sono consentite sostituzioni nell’assolvimento dello stesso”.

<sup>95</sup> F. LANCHESTER, *op. cit.* p. 35.

dalla Costituzione di Francoforte era denominato “Impero” ma in realtà era un *Bundestaat* ossia uno Stato federale<sup>96</sup> nel quale, come statuito dal paragrafo cinque «I singoli Stati conservano la loro autonomia nella misura in cui questa non è limitata dalla costituzione imperiale e hanno tutti i diritti e i poteri non esplicitamente attribuiti all’Impero<sup>97</sup>». Per l’esercizio delle competenze imperiali, invero molto ampie – erano regolate dal paragrafo 6 al paragrafo 67 – la Costituzione di Francoforte aveva previsto i seguenti organi: un vertice massimo dell’impero e un governo imperiale; una dieta imperiale; un tribunale imperiale<sup>98</sup>.

La *Frankfurter Reichsverfassung* era dunque una Costituzione liberal-borghese che tentò di risolvere il problema nazionale all’interno di una federazione piccolo tedesca guidata dal Re di Prussia Federico Guglielmo IV<sup>99</sup>, cui l’Assemblea di Francoforte offrì la corona di imperatore<sup>100</sup>, ma di fatto rimase inattuata per il rifiuto del sovrano prussiano di accettare la carica imperiale<sup>101</sup>.

## 7. L’evoluzione costituzionale dello Stato prussiano.

Il 22 ottobre 1818 Georg Wilhelm Friedrich Hegel tenne la sua prima prolusione nell’Università di Berlino. Egli partiva dall’esperienza delle guerre di liberazione contro i francesi e delineava il grandioso quadro di un’umanità e di uno spirito pubblico più maturi, tali da caratterizzare sia la vita che le esperienze dello Stato prussiano<sup>102</sup>. Scriveva Hegel: «*Quella grande battaglia del popolo in unione coi suoi principi, battaglia per l’autodeterminazione, per l’annientamento di tirannie straniere senz’anima e per la libertà, ha avuto i suoi più alti inizi nei sentimenti: è la potenza morale dello spirito che si percepisce nella sua energia, innalza la sua bandiera e ciò trasforma il suo*

<sup>96</sup> A. G. MANCA, *Costituenti e Costituzioni nell’Europa del 1848-49: la vicenda tedesca in Costituenti e Costituzioni. Daniele Manin e la repubblica di Venezia* p. 45

<sup>97</sup> Costituzione di Francoforte del 28 marzo 1849, Titolo I, Il Reich: §5 «I singoli *Länder* tedeschi conservano la loro autonomia fin quando essa non incontri limiti nella Costituzione del Reich; essi conservano la loro sovranità nazionale ed i loro diritti fin quando questi non siano espressamente trasferiti all’autorità del Reich». Per consultare la *Paulskirchenverfassung* ho adoperato F. LANCHESTER, *Le Costituzioni tedesche da Francoforte a Bonn. Introduzione e testi*, pp. 155 – 182. La Costituzione di Francoforte è stata tradotta da Andrea De Petris.

<sup>98</sup> A. G. MANCA, *Costituenti e Costituzioni nell’Europa del 1848-49: la vicenda tedesca in Costituenti e Costituzioni. Daniele Manin e la repubblica di Venezia* p. 45.

<sup>99</sup> F. LANCHESTER, *op. cit.* p. 35.

<sup>100</sup> M. CARVALE, *op. cit.* p. 305.

<sup>101</sup> G.F. FERRARI *Le libertà e i diritti* in P. CARROZZA, A. DI GIOVINE, G.F. FERRARI, *op. cit.* p. 1168.

<sup>102</sup> H. LUTZ, *op. cit.*, p. 31.

*sentimento in forza e potere della realtà... In tale profonda ed onnicomprensiva realtà lo spirito si eleva alla sua dignità, e la piattezza della vita e l'insulsaggine degli interessi si annienta<sup>103</sup>».*

La Prussia, oramai divenuta la nuova patria di Hegel, sembrava il simbolo di una nuova unione di spirito e di potenza, rimaneva però insoluta la “questione costituzionale”.

La promessa di promulgare una Costituzione non fu mantenuta<sup>104</sup> da Federico Guglielmo III, del resto si trattava di un sovrano debole e poco coerente; per di più la sua dipendenza dalle correnti reazionarie della corte e dai settori della nobiltà orientati su schemi veterocetuali lo dissuase, come ha scritto Heinrich Lutz «dal tenere fede alle promesse di costituzione solennemente ripetute e pronunciate<sup>105</sup>». Agli inizi degli anni quaranta, a seguito dell'avvento al trono di Federico Guglielmo IV ci si illuse, anche per gli orientamenti incerti e ambigui del nuovo re, che potessero aprirsi prospettive di rinnovamento politico ed istituzionale<sup>106</sup>: la censura fu attenuata, concessa maggior libertà ai docenti dell'Università di Berlino e predisposti progetti costituzionali<sup>107</sup>.

A partire dal 1847 sia i giornali tedeschi – facevano eccezione quelli di ispirazione democratica - sia alcuni eminenti organi di stampa estera, tra i quali «Times» e «Globe» iniziarono a menzionare l'ingresso della Prussia nelle file dei paesi dotati di una Carta costituzionale<sup>108</sup> incorrendo così, per usare di parole di Friedrich Engels nella «trappola tesa al popolo prussiano<sup>109</sup>» da Federico Guglielmo IV, il quale era divenuto re nel 1840.

<sup>103</sup> G. W. HEGEL, *Werke*, vol. X, Frankfurt am Main, 1970, p. 400 in H. Lutz Zwischen, *Habsburg und Preußen. Deutschland 1815-1866*, Berlin, Wolf Jobst Siedler Verlag GmbH, 1985 tr. it *Tra Asburgo e Prussia. La Germania dal 1815 al 1866*, p. 31.

<sup>104</sup> «Nonostante le scelte moderatamente costituzionali – scrive Pasquale Villani – di alcuni stati (Baden, Württemberg), che richiamavano più le tradizioni di rappresentanza cetuale che le nuove istanze liberali, dopo il 1818 la pressione austriaca prevalse nettamente e dopo i decreti di Carlsbad (1819) di Federico Guglielmo III di Prussia che rafforzavano la censura sulla stampa e il controllo sulle università la promessa di una costituzione, fatta intravedere ai suoi sudditi durante la guerra di liberazione contro i francesi, svanì completamente». P. VILLANI, *L'età contemporanea, XIX-XX secolo*, il Mulino, Bologna, 1993, p. 139.

<sup>105</sup> H. LUTZ, *op. cit.* p. 32.

<sup>106</sup> P. VILLANI, *op. cit.* 140.

<sup>107</sup> P. VILLANI, *op. loc. ult. cit.*

<sup>108</sup> A. G. MANCA, *La sfida delle riforme. Costituzione e politica nel liberalismo tedesco (1850-1866)*, p. 37; cfr. inoltre F. ENGELS, *Die preußische Verfassung* in *The Northern Star* nr. 489, 6 marzo 184, p. 30 consultabile sul sito [http://www.mlwerke.de/me/me04/me04\\_030.htm](http://www.mlwerke.de/me/me04/me04_030.htm)

<sup>109</sup> F. ENGELS, *Die preußische Verfassung* (6 marzo 1847), p. 30. Riporto il testo sia in lingua originale che nella traduzione italiana «*Endlich ist das lang erwartete Kunstwerk da! Endlich ist Preußen - wenn wir der "Times"*,

Il 3 febbraio 1847 il sovrano aveva promulgato un'ordinanza, con la quale veniva convocata per la prima volta la Dieta Unificata ossia una rappresentanza nazionale del popolo prussiano<sup>110</sup>. La Dieta, riunitasi per la prima volta a Berlino l'11 aprile 1847, risultava dalla convocazione simultanea delle otto preesistenti diete provinciali istituite il 5 giugno 1823, ove si riunivano le rappresentanze «neocetuali» dei signori fondiari, delle città e dei contadini, unitamente all'alta nobiltà<sup>111</sup>.

La Dieta unificata, in virtù di una peculiare struttura interna delle rappresentanze cetuali di antico regime, constava di due curie: la curia dei signori – *Herrenkurie* – composta da 72 membri ovvero i principi delle case un tempo regnanti più l'alta nobiltà, in altri termini era «il Primo ceto» delle diete provinciali e la curia dei tre ceti – *Dreiständekurie* – di cui facevano parte 537 deputati; di questi ultimi 231 erano in rappresentanza del ceto dei signori fondiari, 182 delle città e 124 dei comuni rurali<sup>112</sup>. La prima Dieta unificata in materia finanziaria godeva dei seguenti poteri: autorizzava la concessione di nuovi crediti allo Stato in tempo di pace – peraltro era

---

*dem "Globe", einigen französischen und einigen deutschen Blättern Glauben schenken - in die Reihen der konstitutionellen Länder eingetreten. Der "Northern Star" hat jedoch bereits genügend bewiesen, daß diese sogenannte Verfassung nichts anderes ist als eine dem preußischen Volk gestellte Falle, um es um die Rechte zu betrügen, die der verstorbene König zu einer Zeit, als er die Hilfe des Volkes brauchte, versprochen hatte. Daß dem so ist, daß Friedrich Wilhelm mit dieser sogenannten Verfassung Geld zu bekommen versucht, ohne verpflichtet zu sein, der öffentlichen Meinung Konzessionen zu machen, steht völlig außer Zweifel. Die demokratischen Zeitungen aller Länder - in Frankreich besonders der "National" und die "Réforme", ja sogar das ministerielle "Journal des Débats" - stimmen darin überein. Die gefesselte deutsche Presse stammelt Worte, die keinen anderen Schluß zulassen, als daß die Bewegungspartei in Preußen sich völlig im klaren ist über die schlaun Absichten ihres "offenherzigen, edelmütigen" Königs. Es ergibt sich also folgende Frage: Wird der König mit seinen Plänen Erfolg haben? Wird der Vereinigte Landtag entweder dumm oder feige genug sein, eine neue Anleihe zu bewilligen, ohne dem Volke umfassende Freiheiten zu sichern, und auf diese Weise dem König die Mittel geben, das gegenwärtige System beliebig lange fortzusetzen?» tr. it «L'opera d'arte tanto attesa è finalmente arrivata! Finalmente la Prussia - se crediamo al Times, al Globe, ad alcuni giornali francesi e ad alcuni tedeschi - è entrata nelle file dei paesi costituzionali. Tuttavia, la "Stella del Nord" ha già dimostrato a sufficienza che questa cosiddetta costituzione non è altro che una trappola tesa al popolo prussiano per truffarlo dei diritti che il re defunto aveva in un momento in cui aveva bisogno dell'aiuto del popolo aveva promesso. Non c'è assolutamente alcun dubbio che Federico Guglielmo stia cercando di ottenere denaro con questa cosiddetta costituzione senza essere obbligato a fare concessioni all'opinione pubblica. I giornali democratici di tutti i paesi - in Francia specialmente il "National" e il " " poi il partito del movimento in Prussia è del tutto chiaro sulle astute intenzioni del loro re "dal cuore aperto e dal cuore nobile". Quindi sorge la domanda: il re riuscirà nei suoi piani? La Dieta Unita sarà abbastanza stupida o codarda da approvare un nuovo prestito senza garantire ampie libertà al popolo, dando così al re i mezzi per continuare a tempo indefinito il sistema attuale? poi il partito del movimento in Prussia è del tutto chiaro sulle astute intenzioni del loro re "dal cuore aperto e dal cuore nobile". Quindi sorge la domanda: il re riuscirà nei suoi piani? La Dieta Unita sarà abbastanza stupida o codarda da approvare un nuovo prestito senza garantire ampie libertà al popolo, dando così al re i mezzi per continuare a tempo indefinito il sistema attuale?».*

<sup>110</sup> A.G. MANCA, *op. loc. ult. cit.*

<sup>111</sup> A.G. MANCA, *op. cit.* p. 38.

<sup>112</sup> A.G. MANCA, *op. cit.* p. 39.

un diritto già assicurato ai ceti dall'Editto del 17 gennaio 1820 – autorizzava altresì l'imposizione di nuove tasse o l'aumento di quelle esistenti.

Per quanto concerne l'ambito legislativo, la Dieta godeva del diritto di essere consultata – *Mitspracherecht* – sui progetti di legge governativi, tuttavia il suo parere non era vincolante. Fu attribuito alla Dieta il diritto di indirizzare petizioni al re in relazione ai problemi interni del paese, ma fu negata qualunque regolarità nella convocazione, lasciata alla discrezionalità del sovrano<sup>113</sup>.

L'opinione di Engels sulla politica del monarca prussiano era negativa, non a caso scriveva nell'articolo *Die Preußische Verfassung*, pubblicato sul settimanale inglese *The Northern Star* il 6 marzo 1847: «Non c'è assolutamente alcun dubbio che Federico Guglielmo con questa costituzione cerca di prendere soldi senza essere però obbligato a fare concessioni all'opinione pubblica<sup>114</sup>».

Le intenzioni di Federico Guglielmo IV si palesarono nel suo discorso di apertura della Dieta dell'11 aprile 1847, quando puntualizzò: «né ora né mai permetterò che tra il nostro Signore Dio in cielo questo paese di frapponga un foglio scritto .... per governarci con i suoi paragrafi<sup>115</sup>». Nei mesi successivi a questa dichiarazione il sovrano oppose un netto rifiuto alle petizioni dei deputati liberali che reclamavano la periodica convocazione della Dieta; la regolare riunione del consesso non a torto era ritenuto dai liberali come unico mezzo per garantire la continuità dell'azione della Dieta nell'esercizio di controllo del debito pubblico<sup>116</sup>.

L'insoddisfazione dei liberali per la piena attuazione del sistema costituzionale in Prussia si concretizzò in una risoluzione di 138 membri della Dieta contro il cosiddetto *Februarpatent*, il cui testo secondo i firmatari della risoluzione doveva essere modificato. Esso difatti non solo non avrebbe allargato le competenze dei ceti ma avrebbe pregiudicato anche la certezza del diritto già esistente ossia dei diritti riconosciuti ai ceti sin dalla legge del 1823 dell'istituzione della Diete provinciali sia dall'Editto del 1820<sup>117</sup>. Federico Guglielmo IV rispose negativamente alla risoluzione della Dieta di estendere la competenza dei ceti e il consesso dal suo canto, risentito per l'arroganza del sovrano, reagì con una decisione esemplare ossia negando al

<sup>113</sup> A.G. MANCA, *op. cit.* p. 40.

<sup>114</sup> "The Northern Star" n. 489, 6 marzo 1847.

<sup>115</sup> A. G. MANCA, *La sfida delle riforme. Costituzione e politica nel liberalismo tedesco (1850-1866)*, p. 43.

<sup>116</sup> A. G. MANCA, *op. cit.* p. 44.

<sup>117</sup> A. G. MANCA, *op. loc. ult. cit.*

governo lo stanziamento dei crediti da esso richiesti per il proseguimento dei lavori dell'*Ostbahn*<sup>118</sup>.

L'elevato livello di conflittualità politica sviluppatosi in seno alla prima Dieta prussiana era tale nel contesto politico prussiano che il sovrano, preoccupato per le continue istanze di periodica convocazione della Dieta, il 26 giugno 1847 decise di chiuderla; ma, in seguito agli eventi rivoluzionari del marzo 1848 Federico Guglielmo IV preannunciò l'imminente riapertura nonché di stabilire la data di inizio della seconda sessione. L'incalzato ritmo con cui lo stato prussiano precipitava nel vortice dell'ondata rivoluzionaria rese vano il suo gesto – seppur tardivo – di riconciliazione. La Dieta unificata, riunitasi per la seconda ed ultima volta il 2 aprile 1848, deliberò un progetto di legge governativo contenente la legislazione elettorale con la quale avrebbe dovuto essere eletta la futura rappresentanza nazionale del popolo prussiano. L'8 aprile 1848 fu varata una legge elettorale, sulla cui base poi fu eletta l'8 maggio l'Assemblea Costituente del popolo prussiano, che fu la prima rappresentanza politica nazionale moderna e non più cetuale<sup>119</sup>. Elettori per la Costituente furono i cittadini maschi che avevano superato i 24 anni d'età – furono esclusi dal voto coloro che erano incapaci di scrivere – inoltre il voto era uguale e segreto ma indiretto. L'elezione dei deputati si svolse mediante due gradi di elezione: gli elettori primari – *Urwähler* – selezionarono i grandi elettori – *Wahlmänner* – i quali a loro volta elessero i deputati alla Costituente<sup>120</sup>. L'assemblea, composta da 402 deputati e incaricata di predisporre la Costituzione – da concordare con la Corona, lavorò dal 22 maggio 1848 al 9 novembre dello stesso anno, senza riuscire a concludere i lavori ed elaborò un progetto costituzionale, di cui il governo tenne conto nell'elaborazione dell'*oktrojierte Verfassung*. Alcuni giorni prima della proclamazione dello stato d'assedio a Berlino – avvenne il 12 novembre 1848 – la Costituente fu aggiornata dal sovrano e poi sciolta il 5 dicembre 1848<sup>121</sup>. Lo stesso giorno il sovrano decise di concedere una Costituzione, la cosiddetta *oktrojierte*

---

<sup>118</sup> A. G. MANCA, *op. loc. ult. cit.*

<sup>119</sup> A. G. MANCA, *Costituzione e amministrazione della monarchia prussiana (1848-1870)*, il Mulino, Bologna, p. 65

<sup>120</sup> A. G. MANCA, *op. loc. ult. cit.*

<sup>121</sup> A. G. MANCA, *op. cit.* p. 66.

*Verfassung*<sup>122</sup>, la quale, secondo l'art. 112, avrebbe dovuto essere rivista dal re e dai suoi ministri.<sup>123</sup>

La Costituzione del 1848, rilevava Grunthäl, «dava ad intendere di non essere un *Definitivum* giacché ci si riservava di sottoporla a revisione; essa era però un *Definitivum* in tutti casi in cui si era trattato di assicurare la prerogativa regia<sup>124</sup>».

Come è stato osservato sia dagli studiosi coevi che da Grunthäl la carta del 1848 era contrassegnata da un elemento inquietante ossia il diritto, previsto dall'art. 105 di emanare ordinanze con forza di legge nei periodi in cui non erano riunite le Camere<sup>125</sup>. Fu proprio l'articolo 105 a fornire la base giuridica per l'introduzione del sistema elettorale a tre classi – *Dreiklassenwahlrecht* – il quale sostituì la precedente legge elettorale<sup>126</sup>.

Dalla revisione della Costituzione del 1848 scaturì infine quella del 31 gennaio 1850, che per questo motivo fu detta *revidierte Verfassung*.

## **8. La *revidierte Verfassung* del 31.01.1850.**

Tra le istituzioni statali preesistenti alla *konstitutionelle Verfassung* del 31 gennaio 1850 anzitutto vi era il sovrano, il quale era il Capo di Stato, in continuità con l'epoca precostituzionale e nel rispetto dell'art. 57 dell'Atto finale del Congresso di Vienna del 15 maggio 1820<sup>127</sup>, disposizione che appunto statuiva come il «complessivo potere dello Stato» doveva «rimanere concentrato nelle mani del Capo dello Stato» e il sovrano poteva «attraverso una costituzione cetuale-territoriale essere limitato solo

<sup>122</sup> A. G. MANCA, *op. loc. ult.* cit. Cfr. *Verfassungskurkunde für den preußischen Staat* (5.12.1848).

<sup>123</sup> A. G. MANCA, *op. loc. ult.*

<sup>124</sup> G. GRÜNTAL, *Parlamentarismus in Preußen 1848/9 - 1857/58*, Düsseldorf, 1982, p. 65 in A. G. MANCA, *Costituzione e politica nel liberalismo prussiano (1850-1866)*, p. 60.

<sup>125</sup> *Verfassungskurkunde für den Preußischen Staat* del 5.12.1848, «Art. 105, comma 2: Nel mentre le camere non sono riunite, possono essere emanate in casi urgenti e sotto la responsabilità di tutto il governo, ordinanze con forza di legge; essere devono però essere sottoposte all'approvazione delle camera non appena queste si siano nuovamente riunite».

<sup>126</sup> A.G. MANCA, *Costituzione e politica nel liberalismo prussiano (1850-1866)*, p. 62.

<sup>127</sup> Wiener Schlußakt, Art. 57: «*Da der deutsche Bund, mit Ausnahme der freien Städte, aus souverainen Fürsten besteht, so muß dem hierdurch gegebenen Grundbegriffe zufolge die gesammte Staats-Gewalt in dem Oberhaupte des Staats vereinigt bleiben, und der Souverain kann durch eine landständische Verfassung nur in der Ausübung bestimmter Rechte an die Mitwirkung der Stände gebunden werden*».

nell'esercizio di determinati diritti dalla collaborazione dei ceti<sup>128</sup>». I poteri di cui godeva il sovrano nella Costituzione riveduta – *revidierte Verfassung* – del 31 gennaio 1850<sup>129</sup>, modellata sulla Carta costituzionale belga del 1831<sup>130</sup>, erano quasi identici a quelli previsti dalla monarchia costituzionale delineata dalla costituzione del 5 dicembre 1848, la cosiddetta *oktroierte Verfassung*<sup>131</sup>. Come ha osservato Anna

<sup>128</sup> Riporto la traduzione italiana dell'articolo 57 dell'Atto finale del Congresso di Vienna: «Poiché la Confederazione tedesca, se si escludono le città libere, risulta costituita da principi sovrani, così il complessivo potere dello Stato – conformandosi al succitato principio – deve rimanere concentrato nelle mani del Capo dello Stato. Il Sovrano può attraverso una Costituzione cetual-territoriale essere limitato solo nell'esercizio di determinati diritti dalla collaborazione dei ceti».

<sup>129</sup> La Costituzione prussiana del 1850 constava di 9 titoli: I. Del territorio statale; II. Dei diritti dei prussiani. III. Del Monarca. IV. Dei ministri. V. Delle Camere. VI. Del potere giudiziario. VII. Dei funzionari statali non appartenenti al ceto giudiziario. VIII. Delle finanze. IX, Dei comuni, delle circoscrizioni, dei distretti e delle province. I nove titoli erano poi seguiti dalle Disposizioni generali (artt. 106 – 111) e dalle disposizioni transitorie (artt. 112 – 119).

<sup>130</sup> M. CARAVALE, *Storia del diritto nell'Europa moderna e contemporanea*, p. 318. Sulla Costituzione belga del 1831 v. J.B. BIVORT, *Constitution belge expliquée et interpretée*, Bruxelles, 1840; J.J. THONNEN, *La constitution belge annotée*, Bruxelles, 1979; J. GILISSEN, *La Constitution belge de 1831 : ses sources, son influence*, in *Res Publica*. X, 1968, pp. 107 – 141. Il testo della Costituzione belga del 1831 è consultabile sul sito <http://www.dircost.unito.it/index.shtml> nella sezione Archivio della Costituzioni Storiche. Sulla Carta Costituzionale belga cfr. inoltre P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Costituzioni Straniere Contemporanee*, Volume primo, Giuffrè, Milano, 1980 pp. 25 – 48.

<sup>131</sup> A. G. MANCA, *Costituzione e amministrazione della monarchia prussiana (1848-1870)*, il Mulino, Bologna, 2016, p. 29. I poteri del re nella costituzione del 5 dicembre 1848 – cosiddetta *oktroierte Verfassung* - erano delineati nel Titolo III Riporto il testo, consultabile sul sito <http://www.documentarchiv.de/index.html> Titel III. Vom Könige

Artikel 41: «Die Person des Königs ist unverletzlich».

Artikel 42: «Seine Minister sind verantwortlich. - Alle Regierungs-Akte des Königs bedürfen zu ihrer Gültigkeit der Gegenzeichnung eines Ministers, welcher dadurch die Verantwortlichkeit übernimmt».

Artikel 43: «Dem Könige allein steht die vollziehende Gewalt zu. Er ernennt und entläßt die Minister. Er befiehlt die Verkündigung der Gesetze und erläßt unverzüglich die zu deren Ausführung nöthigen Verordnungen».

Artikel 44: «Der König führt den Oberbefehl über das Heer».

Artikel 45: «Er besetzt alle Stellen in demselben, sowie in den übrigen Zweigen des Staatsdienstes, in sofern nicht das Gesetz ein Anderes verordnet».

Artikel 46: «Der König hat das Recht, Krieg zu erklären, Frieden zu schließen und Verträge mit fremden Regierungen zu errichten. Handelsverträge, sowie andere Verträge, durch welche dem Staate Lasten oder einzelnen Staatsbürgern Verpflichtungen auferlegt werden, bedürfen zu ihrer Gültigkeit der Zustimmung der Kammern».

Artikel 47: «Der König hat das Recht der Begnadigung und Strafmilderung. Zu Gunsten eines wegen seiner Amtshandlungen verurtheilten Ministers kann dieses Recht nur auf Antrag derjenigen Kammer ausgeübt werden, von welcher die Anklage ausgegangen ist. Er kann bereits eingeleitete Untersuchungen nur auf Grund eines besonderen Gesetzes niederschlagen».

Artikel 48: «Dem Könige steht die Verleihung von Orden und anderen mit Vorrechten nicht verbundenen Auszeichnungen zu. Er übt das Münzrecht nach Maßgabe des Gesetzes».

Artikel 49: «Der König beruft die Kammern und schließt ihre Sitzungen. Er kann sie entweder beide zugleich oder nur eine auflösen. Es müssen aber in einem solchen Falle innerhalb eines Zeitraums von 40 Tagen nach der Auflösung die Wähler und innerhalb eines Zeitraums von 60 Tagen nach der Auflösung die Kammern versammelt werden».

Artikel 50: «Der König kann die Kammern vertagen. Ohne deren Zustimmung darf diese Vertagung die Frist von 30 Tagen nicht übersteigen und während derselben Session nicht wiederholt werden».

Gianna Manca il termine «Verfassung» nel pensiero di Ludwig Von Rönne presentava, come nella tradizione giusnaturalistica del *Vörmärz*, un'accezione semplicemente giuridica e un campo di applicazione ben delimitato, né del resto in Rönne è possibile rilevare una contrapposizione tra i termini *Verfassung* e *Konstitution*.

Il re di Prussia nell'epoca costituzionale, così come avveniva nel periodo precostituzionale, era titolare in via esclusiva del potere esecutivo; spettava pertanto al sovrano la nomina dei ministri, la promulgazione delle leggi e l'emanazione delle ordinanze necessarie ad attuarle<sup>132</sup>, dunque, come ha osservato Mario Caravale, il fondamento dell'ordinamento era rappresentato sempre dal re, ma il principio monarchico non era delineato nei termini presentati dalle costituzioni tedesche del *Vörmärz* – come un potere originario, indefinibile e precedente la legge fondamentale, dalla quale poteva solamente subire limitazioni – bensì sotto forma di un lista di poteri attribuiti al sovrano.

I poteri del sovrano erano elencati nella costituzione del 1850 nel titolo III – tale titolo includeva gli articoli dal 43 al 59 – il quale era sostanzialmente identico a quello della costituzione concessa nel dicembre 1848.

---

Artikel 51: «Die Krone ist, den Königlichen Hausgesetzen gemäß, erblich in dem Mannsstamme des Königlichen Hauses nach dem Rechte der Erstgeburt und der agnatischen Linealfolge».

Artikel 52: «Der König wird mit Vollendung des 18. Lebensjahres volljährig. Er leistet in Gegenwart der vereinigten Kammern das eidliche Gelöbniß, die Verfassung des Königreichs fest und unverbrüchlich zu halten und in Uebereinstimmung mit derselben und den Gesetzen zu regieren».

Artikel 53: «Ohne Einwilligung beider Kammern kann der König nicht zugleich Herrscher fremder Reiche sein».

Artikel 54: «Im Fall der Minderjährigkeit des Königs vereinigen sich beide Kammern zu Einer Versammlung, um die Regentschaft und die Vormundschaft anzuordnen, in sofern nicht schon durch ein besonderes Gesetz für Beides Vorsorge getroffen ist».

Artikel 55: «Ist der König in der Unmöglichkeit zu regieren, so beruft der Nächste zur Krone oder Derjenige, der nach den Hausgesetzen an dessen Stelle tritt, beide Kammern, um in Gemäßheit des Artikels 54 zu handeln».

Artikel 56: «Die Regentschaft kann nur einer Person übertragen werden. Der Regent schwört bei Antretung der Regentschaft einen Eid, die Verfassung des Königreichs fest und unverbrüchlich zu halten und in Uebereinstimmung mit derselben und den Gesetzen zu regieren».

Artikel 57: «Dem Kron-Fideikommiß-Fonds verbleibt die durch das Gesetz vom 17. Januar 1820 auf die Einkünfte der Domainen und Forsten angewiesene Rente».

<sup>132</sup> A. G. MANCA, *Costituzione e amministrazione della monarchia prussiana (1848-1870)*, p. 30. *Verfassungskurkunde für den Preußischen Staat*, art. 45 – Dem Könige allein steht die vollziehende Gewalt zu. Er ernennt und entläßt die Minister. Er befiehlt die Verkündigung der Gesetze und erläßt die zu deren Ausführung nöthigen Verordnungen, tr it. Costituzione di Prussia Art. 45 - «Al re solo appartiene il potere esecutivo. Egli nomina e dimette i ministri. Ordina la promulgazione delle leggi e dà le provvidenze opportune per la loro esecuzione».

Il re, come statuito dall'articolo 53, era tale per diritto ereditario; il sovrano era titolare esclusivo del potere esecutivo. La sua persona era dichiarata inviolabile e conseguentemente irresponsabile, mentre erano responsabili i ministri, ma non era chiarito espressamente nella carta di fronte a chi fossero responsabili, a differenza invece di quanto previsto per i singoli Stati del *Bund* dal § 186 della Costituzione di Francoforte, in altri termini i responsabili dei dicasteri erano politicamente responsabili verso il monarca e avevano una semplice responsabilità giuridica verso le Camere<sup>133</sup>.

Il titolo II – erano inclusi in esso gli articoli 3 – 42 – della costituzione prussiana del 1850 concerneva i diritti individuali di libertà ma non era intitolato «*Die Grundrechte*» come era avvenuto per il titolo relativo ai diritti contenuto nella *Paulskirchenverfassung* del 1849, bensì «*Von den Rechten der Preussen*» e non era una semplice casualità. Difatti quelli previsti dalla costituzione del 31 gennaio 1850 non erano diritti fondamentali intesi come diritti naturali che si estinguono con la vita stessa di ogni individuo e che esistono prima e indipendentemente da ogni diritto positivo che possa riconoscerli come inviolabili e inalienabili; piuttosto erano diritti di cui avrebbero potuto godere i cittadini del Regno di Prussia, in linea peraltro con quell'orientamento alla “territorializzazione” dei diritti che aveva trovato espressione nei «*Grundrechte*» ossia nei Diritti fondamentali del popolo tedesco previsti dalla Costituzione di Francoforte<sup>134</sup>. I principi enunciati dal titolo II avevano tuttavia valore meramente programmatico e non prescrittivo e la stessa attuazione legislativa dei “diritti dei prussiani” passò sovente tramite riforme attuate in senso sostanzialmente burocratico volte a limitarne e circoscriverne il potenziale di liberalizzazione politica<sup>135</sup>.

Il potere legislativo era attribuito al sovrano e al Parlamento, che constava di due Camere: la Camera dei signori – *Herrenhaus* – e la Camera dei Deputati – *Abgeordnetenhaus* – eletta mediante il sistema delle tre classi – il cosiddetto *Dreiklassenwahlrecht* – il quale ripartiva gli elettori in tre categorie<sup>136</sup>, in base alla loro contribuzione tributaria; era, come ha rilevato Thomas Kühne, una legge elettorale

<sup>133</sup> M. CARVALE, *Storia del diritto nell'Europa moderna e contemporanea*, p. 318.

<sup>134</sup> A.G.MANCA, *I diritti dei prussiani tra costituzione, legislazione e amministrazione (1850 – 1870)*, in *Giornale di storia costituzionale*, XXVIII, 2014, p. 153.

<sup>135</sup> F. PROCCHI in *Regole e garanzie nel processo criminale romano* a cura di L Solidoro, Giappichelli, Torino, 2016, p. 134.

<sup>136</sup> M. CARVALE, *op. cit.* p. 318.

che attribuiva il diritto di voto all'interno di un sistema di carattere plutocratico e con un contenuto criptocorporativo<sup>137</sup>. La partecipazione dei ceti sociali, secondo questa prospettiva, si palesava in forme differenziate, corrispondenti all'importanza di ciascuna classe all'interno dello stato; per di più la legge elettorale a tre classi rispecchiava le gerarchie economiche e sociali della comunità, rafforzando così la visione corporativa della società<sup>138</sup>.

Il meccanismo del *Dreinklassenwahlrecht* era il seguente: in ciascun comune gli elettori furono divisi in tre classi per soddisfare entrambi gli scopi: quello plutocratico e quello corporativo. La ripartizione degli elettori in ciascuna classe avveniva sulla base del gettito fiscale e mirava – almeno nelle intenzioni degli ideatori di tale sistema – a riunire «le persone accomunate dallo stesso punto di vista e dagli stessi desideri a causa della condivisione del medesimo stile di vita e dei medesimi bisogni<sup>139</sup>». Come ha osservato Thomas Kühne, fra il 1849 e il 1918 la prima classe fu costituita da circa il 3-5% degli elettori, la seconda dall'11-16% e la terza dall'80-86%. Una stima approssimativa per di più ha rilevato come il peso della prima classe avesse un peso superiore di 20-25 volte rispetto a quella della terza e in alcuni distretti – uno ogni dieci nell'ultimo decennio dell'800 – addirittura maggiore. Oltre i caratteri corporativi ed elitari vi era un ulteriore elemento che contribuiva a rafforzare la disparità del diritto di voto, vale a dire le modalità con le quali era organizzata la procedura elettorale indiretta. Essa avveniva in modo collettivo, poiché ciascuna classe votava i propri delegati sulla base di una sequenza predeterminata: prima votavano gli elettori della terza classe, poi della seconda, infine quelli della prima; conseguentemente i lavoratori, che appartenevano alla terza classe, votavano sotto il vigilante occhio dei loro datori di lavoro<sup>140</sup>.

## 9. Conclusioni.

Gli studiosi sono d'accordo sull'intento delle due Costituzioni ossia la creazione di uno Stato costituzionale di diritto, ma da un attento esame sia dell'*oktrojierte*

---

<sup>137</sup> T. KÜHNE, *Il caso tedesco in I sistemi elettorali in Europa tra otto e novecento*, a cura di M.S. Piretti, Laterza, Roma – Bari, p. 40.

<sup>138</sup> T. KÜHNE, *op. loc. ul. cit.*

<sup>139</sup> T. KÜHNE, *op. lo cult. cit.*

<sup>140</sup> T. KÜHNE, *op. cit.* p. 41.

*Verfassung* che della *revidierte Verfassung* non è sufficiente sostenere che entrambe le carte prevedessero l'instaurazione di una monarchia costituzionale. Come ha osservato Anna Gianna Manca, difatti, «sembra si possano e si debbano dare risposte differenti, per le due costituzioni, alla questione dell'intrinseca "inclinazione" del modello statale monarchico-costituzionale delineato sulla carta a collocare il parlamento, o il monarca [...] con il suo governo, al centro di direzione e decisione politica»<sup>141</sup>.

Alcuni studiosi hanno recepito la definizione ottocentesca di parte conservatrice della carta costituzionale prussiana come di una costituzione fondata sul principio monarchico; altri invece hanno contestato l'interpretazione della carta costituzionale prussiana come di una carta conservatrice *tout court* e hanno messo in risalto gli elementi progressisti e innovativi che il biennio rivoluzionario aveva depositato nella costituzione: la legge di bilancio approvata ogni anno per legge, il diritto di iniziativa legislativa delle Camere, i diritti costituzionali di un moderno deputato, la modifica della costituzione con procedura aggravata<sup>142</sup>.

La possibilità di realizzare un regime parlamentare in Prussia, come ha osservato Costantino Mortati, era in aperta contraddizione con la presenza di un esecutivo talmente forte da impedire l'affermazione della supremazia parlamentare<sup>143</sup>.

A partire dal fallimento delle soluzioni liberali emerse con la rivoluzione del 1848, l'elemento militare in Prussia tese ad avvicinarsi sempre di più all'area di determinazione delle scelte costituzionali. Pur rimanendo in mano al sovrano il potere di decisione nelle questioni relative alla sicurezza, i vertici militari riuscirono gradualmente a sottrarsi alla dipendenza del cancelliere e a quelle forme di controllo indiretto svolto dalla camera sull'organizzazione militare mediante il controllo diretto sul ministero. Tale evento fu possibile in primo luogo tramite l'esonero dal giuramento di fedeltà alla costituzione – era già stato previsto dall'art. 108 della costituzione del 1848 – in secondo luogo sottraendo, in base ad un decreto del 1861, alla controfirma ministeriale gli atti del capo dello stato relativi al comando, al servizio militare e agli affari del personale militare; in ultimo svuotando di un potere sostanziale sull'amministrazione militare il ministro della guerra a vantaggio dello

<sup>141</sup> A.G. MANCA, *Costituenti e Costituzioni nell'Europa del 1848-1849: la vicenda tedesca, in 1848 – 1849. Costituenti e Costituzioni. Daniele Manin e la repubblica di Venezia*, (a cura di P. Ballini) Istituto Veneto di Scienze, Lettere ed Arti, Venezia, 2002, p. 67.

<sup>142</sup> A.G. MANCA, *op. cit.* pp. 68 – 69.

<sup>143</sup> C. MORTATI, *Le forme di governo. Lezioni*, Cedam, Padova, 1973, p. 144.

stato maggiore e del gabinetto militare – quest'ultimo era composto da militari e direttamente collegato al sovrano nonché privo di qualunque forma di responsabilità di fronte al parlamento – con l'affermazione nel 1874 del principio del controllo saltuario e limitato del parlamento sull'amministrazione militare<sup>144</sup>.

La storia costituzionale prussiana difatti fu caratterizzata dai tentativi di Otto von Bismarck, indirizzati ad impedire che la rappresentanza politica assumesse un effettivo ruolo nella determinazione dell'indirizzo di governo. La borghesia in Prussia non fu in grado di assumere un ruolo centrale negli affari pubblici, poiché la strategia attuata da Bismarck – egli nella sua azione ottenne anche l'appoggio del proletariato mediante una politica di assistenza sociale – svuotò la borghesia di qualunque forza rivoluzionaria e la ridusse a un ruolo marginale, subordinandola all'interesse nazionale di perseguire una politica espansionistica.<sup>145</sup>

---

<sup>144</sup> G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale comparato*, Cedam, Padova, 1981, pp. 627 – 628.

<sup>145</sup> C. MORTATI, *op .cit.* p. 144- 145.

# NELL'EPOCA DELLA GLOBALIZZAZIONE: IL POTERE OLTRE LA SOVRANITÀ

## UNA RIFLESSIONE

**Daniele Porena**

*Professore associato di Istituzioni di diritto pubblico  
Università degli Studi di Perugia*

**ABSTRACT** [ITA]: Il saggio si sofferma sull'analisi dei concetti di sovranità e di globalizzazione. Dopo una breve disamina delle due categorie, il saggio analizza i possibili terreni di conflitto tra sovranità nazionale e globalizzazione e tra quest'ultima e il concetto di nazione.

**ABSTRACT** [ENG]: *The essay analyzes the concepts of sovereignty and globalization. After a brief examination of the two categories, the essay analyzes the possible conflicts between national sovereignty and globalization and between the latter and the concept of nation.*

**SOMMARIO:** **1.** Introduzione. – **2.** Sul concetto di sovranità. Brevi cenni. – **3.** Il problema della globalizzazione. – **4.** Sovranità vs. globalizzazione? – **5.** Riflessioni conclusive.

## 1. Introduzione.

L'accostamento dei concetti di globalizzazione e sovranità è indubbiamente complesso e, per molti aspetti, scivoloso e problematico<sup>1</sup>.

La categoria della sovranità, come noto, è stata ampiamente tematizzata nel quadro della teoria generale del diritto e della filosofia del diritto come anche nel quadro del diritto internazionale e del diritto pubblico. Invero, si tratta di una categoria e di una espressione che, da oltre quattrocento anni, ha alimentato e condizionato lo sviluppo del sapere giuridico.

Da Hobbes<sup>2</sup>, Locke<sup>3</sup>, Sieyès<sup>4</sup>, Rousseau<sup>5</sup>, Bodin<sup>6</sup> sino a Heller<sup>7</sup>, Schmitt<sup>8</sup>, Kelsen<sup>9</sup> e Romano<sup>10</sup>, il problema della sovranità ha attraversato la gran parte del pensiero politico-giuridico occidentale moderno e contemporaneo.

La concettualizzazione del fenomeno della globalizzazione è invece venuta a delinearsi, con una certa compiutezza, solo in epoche assai più recenti e, per lo più, in ambito politologico e sociologico<sup>11</sup>.

La riflessione su sovranità e globalizzazione è dunque chiamata a confrontarsi con insidie tutt'altro che irrilevanti: tra queste, si segnalano l'appartenenza dei due

<sup>1</sup> Di recente, il tema è stato affrontato sia in prospettiva giuridica che in prospettiva socio-politologica: tra gli altri da A. BALDASSARRE, *Globalizzazione contro democrazia*, Roma-Bari, 2002; A. CARRINO, *Il problema della sovranità nell'età della globalizzazione*. Da Kelsen allo Stato-Mercato, Soveria Mannelli, 2014; M. R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione: diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, 2000; L. LEVI – A. MOSCONI, *Globalizzazione e crisi dello Stato sovrano*, TORINO, 2005; V. MASTROIACOVO, *Le sovranità nell'era della post globalizzazione*, Pisa, 2019; A. MONTANARI – D. UNGARO (a cura di), *Globalizzazione, politica e identità*, Torino, 2004.

<sup>2</sup> T. HOBBS, *Leviatano*, trad. it., *Leviathan* (1651), Firenze, 1987.

<sup>3</sup> J. LOCKE, *Il secondo Trattato sul governo*, trad. it., *An Essay concerning the true original, extent, and end of civil government* (1688), a cura di T. Magri, Milano, 1998.

<sup>4</sup> E. J. SIEYÉS, *Écrits politiques, Édition des archives contemporaines*, Paris, 1985; Id., *Qu'est-ce que le Tiers-Etat?*, a cura di U. Cerroni, Roma, 1989.

<sup>5</sup> J.-J. ROUSSEAU, *Il contratto sociale o principi di diritto politico*, in M. Garin (a cura di), *Scritti politici*, Vol. 2, Roma-Bari, 1994.

<sup>6</sup> J. BODIN, *I sei libri dello Stato*, Torino, 1997.

<sup>7</sup> H. HELLER, *La sovranità. Contributo alla teoria del diritto dello Stato e del diritto internazionale*, trad. it., *Die Souveränität. Ein Beitrag zur Theorie des Staats- und Völkerrechts* (1927), a cura di P. Pasquino, Milano, 1987.

<sup>8</sup> C. SCHMITT, *Teologia politica. Quattro capitoli sulla sovranità*, trad. it. *Politische Theologie, Vier Kapitel zur Lehre der Souveränität* (1934, II ed.), in Id., *Le categorie del politico*, Bologna, 1972.

<sup>9</sup> H. KELSEN, *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale. Contributo per una dottrina pura del diritto*, trad. it. a cura di A. Carrino, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer Reinen Rechtslehre* (1920), Milano, 1989.

<sup>10</sup> S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, Milano, 1969.

<sup>11</sup> Secondo A. MORRONE, *Sovranità*, in *Rivista Aic*, n. 3/2017, p. 84, quello della «globalizzazione è concetto sfuggente e ambiguo: poco chiari sono i fenomeni che normalmente ad essa vengono ricondotti. Possiamo distinguere due ambiti, l'economico e il giuridico-istituzionale. La globalizzazione indica processi economici di scambio di persone, di beni e di capitali. Questi processi storici non sono lineari, alternandosi fasi di globalizzazione e di de-globalizzazione».

concetti a tradizioni ed aree del sapere differenti (ancorché contigue), la diversa natura “ontologica” dei due concetti (categoria giuridica il primo, fenomeno culturale e socio-economico il secondo) e, non in ultimo, una tensione “dialettica” tra sovranità e globalizzazione che, proprio per la solo più recente irruzione della seconda, risulta ancora poco collaudata nell’esperienza dei sistemi istituzionali. Cionondimeno, sembra anche vero che entrambi i concetti hanno nel tempo assunto la posizione di “figure limite” nell’ambito delle rispettive aree scientifico-culturali<sup>12</sup>: con ciò assumendo, sovente, una collocazione trasversale capace di attraversare i confini delle tradizionali partizioni del sapere.

La nozione di sovranità non sembra infatti poter prescindere, tra l’altro, da contenuti suoi propri che hanno a che fare con la dimensione pre-giuridica del politico <sup>13</sup> : sia nel senso aristotelico dell’autodeterminazione democratico repubblicana della comunità, sia nel senso schmittiano che vede la decisione sovrana posizionata anche nel contesto di un gruppo politico fondato su ragioni di tipo identitario.

Di più: se la definizione sul perimetro dello *status civitatis* rappresenta il “chi siamo” di una comunità<sup>14</sup>, l’esercizio del potere sovrano rappresenta il “cosa vogliamo” di una comunità: entrambi i concetti – che non a caso concorrono ad identificare gli elementi costitutivi della tradizionale nozione di Stato<sup>15</sup> – sembrano rappresentare autentiche “porte di ingresso” del *politico* nel mondo del *giuridico*.

Dall’altro lato, il concetto di globalizzazione - forse il più trasversale che gli studi socio-politologici hanno conosciuto nel corso dell’ultimo secolo - sembra offrire una descrizione fedele degli stati di avanzamento e di evoluzione di quella *societas* che – in senso istituzionalistico – sorregge ed anticipa la formazione dello *ius*.

In quest’ottica, non sembra un caso che i processi di giuridicizzazione delle varie forme di sovranazionalità (autenticamente democratica o asseritamente tale<sup>16</sup>) si siano diffusi e sempre più rafforzati solo nel corso degli ultimi decenni e in corrispondenza alla progressiva affermazione dell’insieme delle fenomenologie che,

<sup>12</sup> Cfr. C. SCHMITT, Teologia politica. Quattro capitoli sulla sovranità, trad it. Politische Theologie, Vier Kapitel zur Lehre der Souveränität (1934, II ed.), in Id., Le categorie del politico, Bologna, p. 33, secondo cui la sovranità è un concetto limite, «la sua definizione non può applicarsi al caso normale, ma ad un caso limite».

<sup>13</sup> Di sovranità quale razionalizzazione del potere politico parla A. MITROTTI nel bel saggio dal titolo Sovranità e interesse nazionale nel nuovo accordo di governo. Populismo o semplice espressione di un ‘classico’ principio costituzionale?, in *Ambientediritto.it*, p. 4.

<sup>14</sup> Sul punto, sia consentito un rinvio a D. PORENA, Il Problema della cittadinanza. Diritti, sovranità, democrazia, Torino, 2011.

<sup>15</sup> Il riferimento, ovviamente, è all’opera di G. Jellinek, Allgemeine Staatslehre, Berlino, 1914, pp. 394 e ss. Nella quale il giurista tedesco ha illustrato la propria teoria della tripartizione degli elementi costitutivi dello Stato: sovranità, popolo e territorio.

<sup>16</sup> «In un mondo di sovranità diseguali e di crescente interdipendenza, non è più vero che le decisioni più rilevanti spettino a poteri direttamente o indirettamente democratici e subordinati alla legge», così L. FERRAJOLI, Costituzionalismo oltre lo Stato, Modena, 2017, p. 45.

comunemente, vengono ricondotte – pur con qualche approssimazione – al concetto di globalizzazione.

Sebbene entrambe le categorie sembrino dunque non tollerare forme di compressione di tipo categorico-dogmatico, un ragionamento sulle criticità che animano la tensione dialettica tra i due concetti non può prescindere dalla preliminare condivisione di una loro rispettiva descrizione concettuale.

L'uso dell'espressione "condivisione" non è casuale: tali e così diversificate tra loro sono le rappresentazioni che sono state offerte sia della sovranità che del fenomeno della globalizzazione che meglio non si può fare se non che selezionare quella descrizione dei due concetti che, rispetto ad altre, appare rispettivamente più persuasiva.

## 2. Sul concetto di sovranità. Brevi cenni.

Nel plurisecolare corso dell'esperienza giuridica moderna il concetto di sovranità si è collocato, senz'altro, tra le categorie più esplorate del pensiero occidentale.

Nel tentativo di ridurre a sintesi il concetto, la manualistica è generalmente impegnata a descrivere lo stesso secondo una sua duplice declinazione: verso l'esterno, la sovranità si esprimerebbe attraverso il concetto della originarietà del relativo potere, come tale, *superiorem non recognoscens*<sup>17</sup>. All'interno dell'ordinamento, la sovranità assumerebbe invece quei caratteri di absolutezza propri di un potere munito del monopolio della forza legittima<sup>18</sup> e capace di determinare esistenza e consistenza di tutti gli altri ordinamenti particolari<sup>19</sup>.

La descrizione che precede tende a valorizzare quelle che sembrano, in effetti, caratteristiche "estrinseche" del concetto di sovranità<sup>20</sup>.

<sup>17</sup> Anche nell'Opera di Bodin, «sovrano è in realtà solo chi non può essere comandato da nessuno e può comandare a tutti», J. BODIN, I sei libri dello Stato, II, Torino, 1988, p. 567.

<sup>18</sup> Cfr. M. WEBER, Economia e società, IV, Sociologia politica, trad. it. Wirtschaft und Gesellschaft (1922), Torino, 1999, pp. 479-480.

<sup>19</sup> Secondo C. MORTATI, Istituzioni di diritto pubblico, I, Padova, 1969, p. 91 «il concetto di sovranità viene così a designare il modo di essere proprio del potere statale, e, se si tiene conto della duplice direzione verso cui esso assume rilievo, risulta contrassegnato, sotto un aspetto, dall'indipendenza dello stato di fronte ad altri ordinamenti esterni al suo territorio, e, sotto un altro, dalla supremazia che ad esso compete di fronte ai singoli ed alle comunità esistenti nell'interno del territorio stesso (quella che Bodin – il quale è fra coloro che più contribuiscono all'affermazione del concetto – chiamava la "summa in cives ac subditos legibusque soluta potestas")».

<sup>20</sup> Cfr., inoltre, A. MITROTTI, Sovranità e interesse nazionale nel nuovo accordo di governo. Populismo o semplice espressione di un 'classico' principio costituzionale?, in *Ambientediritto.it*, p. 3, il quale evidenzia che «sovranità esterna e sovranità interna sono accomunate da identica ratio: l'essere superior, infatti, esprime, in ogni caso, un concetto di relazione con un altro soggetto - si può essere superior soltanto allorché esista un qualcuno da poter mettere da parte, da escludere dai rapporti - laddove, cioè, chi è superanus pretende una esclusività sull'altro che è espressione peculiare di quel tradizionale - e forse abusato - brocardo conclamante "Rex superiorem non recognoscens in regno suo est imperator"».

Più profonda, sul piano contenutistico, è la descrizione che del concetto viene offerta nel momento in cui si riconosca nello stesso quel potere di *determinare le finalità generali che un gruppo politico prefigge in capo a se stesso*<sup>21</sup>. La capacità di imporre all'interno dell'ordinamento l'osservanza delle predette finalità generali - come anche la loro libera autodeterminazione verso l'esterno - rappresentano, dunque, elementi che concorrono a definire la categoria ma che, in assenza di una sua concettualizzazione sul piano contenutistico, potrebbero apparire approssimativi.

Al nucleo del concetto di sovranità sono state ricondotte le potestà di comando - legislative, esecutive e giurisdizionali - fatte proprie dall'ordinamento giuridico<sup>22</sup>. E, in effetti, la descrizione weberiana - di una sovranità peraltro diffusa tra i vari livelli di governo - è riaffiorata, tra le altre, anche in occasione del convegno che l'Associazione dei costituzionalisti ha dedicato anche a questo tema nel 2016.

Seguendo tale impostazione, manifestazioni di legalità quali la sentenza e l'atto amministrativo concorrerebbero, assieme alla norma, nel descrivere lo strumentario di cui il potere sovrano sarebbe dotato.

Rimanendo fedeli ad una impostazione più tradizionale, sembra tuttavia che il vero è più autentico nucleo concettuale della sovranità risieda, piuttosto, nel solo potere di normazione<sup>23</sup>.

È alla normazione che si deve, infatti, la determinazione - *libera nei fini*<sup>24</sup> - delle generali preferenze che il gruppo politico intende perseguire. Viceversa, il contenuto dell'atto di giurisdizione o di amministrazione, pur preceduto da interpretazione il primo e discrezionalità il secondo - e pur munito anch'esso di valore e forza decisoria

<sup>21</sup> In ciò, peraltro, risiederebbe il carattere della generalità della norma. Nelle parole di J.-J. ROUSSEAU, *Il contratto sociale o principi di diritto politico*, in M. Garin (a cura di), *Scritti politici*, Vol. 2, Roma-Bari, p. 112: «quando dico che l'oggetto delle leggi è sempre generale, intendo dire che la legge considera i sudditi come corpo collettivo e le azioni come astratte, mai un uomo come individuo o un'azione particolare».

<sup>22</sup> Cfr. M. WEBER, *Herrschaft. Wirtschaft und Gesellschaft die Wirtschaft und die gesellschaftlichen Ordnungungen und Mächte*, J.C.B Mohr, Tübingen, 2005, trad. ital. *Dominio. Economia e società*, Roma, 2012, 24 ss. Secondo M.S. GIANNINI, *Sovranità*, in *Enc.dir.*, XLIII, Milano, 1990, p. 225, la sovranità è «la somma delle potestà pubbliche dello Stato».

<sup>23</sup> Cfr. A. MORRONE, *Sovranità*, in *Rivista Aic*, n. 3/2017, p. 19 il quale, nel commentare l'opera di Bodin, osserva che «la sovranità è il fondamento di legittimità del potere politico e la causa del potere legislativo come potere costitutivo dell'ordine giuridico». E ancora, nel commentare l'opera di Hobbes (*ibidem*, p. 36) «la sovranità è soprattutto legislazione, fonte di leggi civili, contrapposte alle leggi di natura che, con la retta ragione, l'uomo può attingere nello stato di natura». Infine, nel ricordare l'opera di Locke (*ibidem*, p. 47) «La "prima e fondamentale legge positiva di tutti gli Stati è l'istituzione del poter legislativo", perché la "prima e fondamentale legge di natura, che governa il legislativo stesso, è la salvaguardia della società e (per quanto sarà compatibile con il pubblico bene) di ciascuna persona che ne fa parte."». Fare le leggi non identifica soltanto "il potere supremo dello Stato", ma esso viene configurato come "sacro e inalterabile nelle mani in cui la comunità l'ha collocato.". Qualsiasi atto dei pubblici poteri deve trovare la propria norma di riconoscimento nella legge civile: infatti, "l'edito di chicchessia" non può "avere la forza e l'obbligatorietà di una legge, se non ha la sua sanzione da quel legislativo che il pubblico ha scelto e designato."».

<sup>24</sup> Salvo il rispetto dei limiti che le stesse costituzioni impongono all'esercizio della sovranità.

- non è, tuttavia, *libero nei fini*: esso si esprime sempre, infatti, mai *contra legem* ma, al contrario, sempre secondo la legge alla quale è di volta in volta assoggettato<sup>25</sup>.

Di ciò peraltro vi è conferma, con specifico riguardo al nostro ordinamento, nel principio di soggezione del giudice alla legge e nella violazione della legge quale condizione viziante dell'atto amministrativo.

L'esclusività del legame tra sovranità e normazione sembra inoltre trovare conferma nella politicità dei contenuti che affiorano sia nel potere sovrano che nell'atto di normazione che, del primo, rappresenta concreta manifestazione.

La norma canonizza una specifica espressione di volontà politica: una particolare sintesi di interessi apprezzati come tali e che, in definitiva, abbraccia finalità ben più ampie rispetto al contenuto decisorio di una sentenza o di un atto amministrativo. Anche quando la norma incontra vincoli e limiti derivanti dalla sua peculiare collocazione nel sistema delle fonti, quel margine di discrezionalità che in ogni caso le rimane rappresenta, sempre e comunque, un margine di *discrezionalità politica*: cosa questa, evidentemente, ben diversa dal concetto di discrezionalità amministrativa o dalle possibilità interpretative entro le quali muove la decisione giudiziale.

Il punto, dunque, ruota intorno alla *categoria del politico*, che precede ed innerva il potere sovrano, e la norma, quale concreta manifestazione dello stesso.

La categoria della sovranità sembra dunque collocarsi nel quadro di un rapporto coesistente nell'ambito del quale rifluiscono potere politico e potere di normazione.

### 3. Il problema della globalizzazione.

Il perimetro definitorio del fenomeno sociale comunemente descritto attraverso l'espressione 'globalizzazione' sembra aver finito per assumere contorni assai più incerti.

L'espressione, ampiamente diffusa sia nel lessico comune che in quello scientifico, identificherebbe processi di omologazione politica, economica, industriale, commerciale, culturale e, non in ultimo, giuridica provocati dal progressivo rafforzamento delle interrelazioni tra i diversi (ma, invero, sempre meno diversi) sistemi sociali<sup>26</sup>.

<sup>25</sup> Nell'analisi del pensiero di Jean-Jacques Rousseau sulla separazione dei poteri e sul ruolo del legislativo, cfr. P. TINCANI, *Filosofia del diritto*, Firenze, 2019, p. 120. Sul «potere di giudicare come potere sub lege e secundum legem, come esecuzione della legge», cfr. A. MORRONE, *Sovranità*, in *Rivista Aic*, n. 3/2017, p. 49.

<sup>26</sup> «Introdotta sia nel linguaggio comune che in quello scientifico a partire dagli anni Novanta, il termine globalizzazione viene riferito ai più diversi contesti e fenomeni. In prima approssimazione, la globalizzazione denota profondi mutamenti in scala, ampiezza e rapidità delle interrelazioni economiche, culturali e politiche», così M. CESA, *Globalizzazione*, in N. Bobbio – N. Matteucci – G. Pasquino (a cura di), *Il Dizionario di politica*, Torino, 2004, p. 399. Sul concetto di globalizzazione la letteratura scientifica è ormai sterminata. Tra gli altri, si veda Z. BAUMAN, *Dentro la globalizzazione. Le conseguenze sulle persone*, Roma-Bari 1998; Z. BAUMAN, *La solitudine del cittadino globale*, Milano 2000; U. BECK, *Che cos'è la globalizzazione. Rischi e prospettive della società planetaria*, Firenze, 1997; F. CARDINI, *La globalizzazione. Tra nuovo ordine e caos*, Rimini 2005;

In particolare, lo sviluppo dei trasporti, dei rapporti commerciali, industriali e finanziari, unitamente all'irruzione della telematica - nata dalla rivoluzione informatica e delle telecomunicazioni - ha condotto, nel giro di poco più di qualche decennio, alla costruzione di nuovi spazi e contesti sociali<sup>27</sup>.

Se, ancora nel 2000, gli utenti connessi alla rete internet si attestavano nell'ordine di circa duecento milioni di unità nel mondo, oggi più di quattro miliardi di persone risultano connesse alla rete.

Probabilmente, è ancora presto per giudicare gli effetti di una rivoluzione sociale così rapida, recente e massiva. Tuttavia, non è difficile intravedere nella stessa le condizioni per la progressiva edificazione di una nuova *societas*, fondata sull'apertura di uno spazio di dibattito pubblico globale, sulla continuativa condivisione di categorie e sulla maturazione di opinioni pubbliche transnazionali che, pressoché per induzione, si diffondono e si radicano negli stessi modi di pensare di ciascun individuo<sup>28</sup>. D'altronde - seguendo Luhmann nella sua teoria dei sistemi sociali - sarebbe proprio la comunicazione a costituire la base dei sistemi stessi<sup>29</sup>. In definitiva, se le "infrastrutture" dei sistemi sociali sono rappresentate dalle reti e dai processi di comunicazione, è evidente che, alla progressiva edificazione di una infrastruttura comunicativa unica, non può che accompagnarsi la costruzione di un unico ed unitario sistema sociale.

---

W. ELLWOOD, *La globalizzazione*, Urbino 2003; M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, 2000; H. LINDAHL, *Fault Lines of Globalization: Legal Order and the Politics of ALegality*, Oxford University Press, 2013; R. ROBERTSON, *Globalizzazione. Teoria sociale e cultura globale*, Trieste 1999; D. RODRIK, *La globalizzazione intelligente*, Roma, 2011; S. SASSEN, *Città globali*, Bologna 1997; J. E. STIGLITZ, *La globalizzazione e i suoi oppositori*, Torino, 2002; J. E. STIGLITZ, *La globalizzazione che funziona*, traduzione di Daria Cavallini, Torino 2006; D. ZOLO, *Globalizzazione. Una mappa dei problemi*, Roma-Bari, 2004.

<sup>27</sup> Cfr. O. CHESSA, *Sovranità: temi e problemi di un dibattito giuspubblicistico ancor attuale*, in *Rivista Aic*, n. 3/2017, p. 26, secondo cui «la globalizzazione è insieme un fenomeno tecnologico ed economico. La rivoluzione digitale e informatica abbatte le barriere spaziali e temporali, stendendo nel globo una rete virtuale nella quale transitano dati e informazioni e favorendo l'estensione globale del modo di produzione capitalistico con la liberalizzazione dei movimenti di capitale».

<sup>28</sup> Cfr. A. MORRONE, *Sovranità*, in *Rivista Aic*, n. 3/2017, p. 86, secondo cui ciò che è «rilevante, ai fini di una discussione sui rapporti tra globalizzazione (dell'economia e del diritto) e sovranità politica, è che tutti quelli descritti sono essenzialmente riconducibili ad un solo fenomeno notevole: la creazione, in fieri, di un ordine giuridico naturale o spontaneo».

<sup>29</sup> «Soltanto la comunicazione è necessariamente e intrinsecamente sociale. L'azione non lo è. Inoltre l'azione sociale già implica la comunicazione: implica quanto meno la comunicazione del senso dell'azione o dell'intento dell'attore, e implica anche la comunicazione della definizione della situazione, dell'attesa di essere compresa e così via. Soprattutto, la comunicazione non è un tipo di azione, perché essa contiene sempre un senso molto più ricco dell'enunciazione o della sola trasmissione del messaggio. [...]. [I]l compimento della comunicazione implica la comprensione, e la comprensione non è una parte dell'attività di chi comunica e non può essergli attribuita. Perciò la teoria dei sistemi sociali autopoietici richiede un'evoluzione concettuale entro la sociologia: richiede di sostituire la teoria dell'azione con una teoria della comunicazione come caratterizzazione del livello operativo elementare del sistema», così N. LUHMANN, *The Autopoiesis of Social Systems*, in F. Geyer, J. van der Zouwen, *Sociocybernetic Paradoxes: Observation, Control and Evolution of SelfSteering Systems*, Londra, 1986 (trad. It. *L'autopoiesi dei sistemi sociali*, in R. Genovese (a cura di), *Filosofia e teoria dei sistemi*, I, Modi di attribuzione, Napoli, 1992, p. 247).

Alcune esemplificazioni non credo abbiano valore meramente suggestivo.

Le “primavere” arabe dei primi anni del decennio passato sono state definite, da alcuni e con espressione non solo giornalistica, le “rivoluzioni di *facebook*”<sup>30</sup>: decine di migliaia di giovani hanno contribuito al tramonto (forse troppo frettoloso e forse, in parte, anche indotto) di poteri sovrani precedentemente costituiti. E ciò, secondo alcuni, anche sull’abbrivio delle ormai note condizioni di libertà e realizzazione della personalità garantite ai loro coetanei occidentali.

Ancora, il lavoratore scarsamente sindacalizzato di un paese in via di sviluppo acquisisce, sempre più, progressiva coscienza delle conquiste operaie raggiunte in altri sistemi e comincia a reclamarne di analoghe anche per il proprio.

Nel contempo, l’apertura dei mercati allo scambio commerciale transnazionale pone severe criticità ai sistemi produttivi occidentali finendo per favorire tendenze all’impoverimento delle garanzie erette in tutela dei lavoratori.

Opposte pressioni – sostenute da interrelazioni comunicative e commerciali - sembrano quindi favorire la tendenza dei sistemi a conformarsi secondo modalità che li rendono progressivamente sempre più simili tra di loro.

Una società “naturale” nuova, fondata cioè sulle naturali interazioni che gli individui stabiliscono tra loro grazie ai nuovi strumenti a loro disposizione, sembra ormai farsi strada e, verosimilmente, sembra prospettare le condizioni per una sua stessa evoluzione in *società civile* o *società politica*. Mai prima che nella nostra epoca, sembrano essersi realizzate condizioni sostanziali capaci di sorreggere l’orizzonte kantiano-kelseniano di una *civitas maxima* e di sconfiggere, sempre in senso kelseniano, ogni residua resistenza opposta dalle sovranità nazionali.

#### 4. Sovranità vs. globalizzazione?

Ove si aderisca alle premesse definitorie che precedono, risulta dunque quanto mai chiaro che globalizzazione e sovranità nazionale rappresentano categorie irrimediabilmente in conflitto tra loro. Parimenti, sembra credibile la prospettiva secondo cui le opposte tendenze che si esprimono nell’una e nell’altra categoria finiscano per produrre differenti descrizioni: ciò, non soltanto sul piano della scienza del diritto ma, senz’altro, anche sulla stessa scienza dell’uomo. I fenomeni tipicamente derivanti dalla dinamica globalizzatrice introducono e favoriscono, infatti, le forme dell’*homme abstrait*<sup>31</sup>: una sorta di *reductio ad unum* - già anticipata

<sup>30</sup> Cfr. N. GIORDANELLA, *Rivoluzioni arabe e social network*, Milano, 2012

<sup>31</sup> La distinzione tra individuo astratto della teoria liberale e *homme situé* si deve a Georges Burdeau, *Traité de science politique*, VII, *la démocratie gouvernante, son assise sociale et sa philosophie politique*, Parigi, 1973, pp. 37 e ss. «Contemporary life, Burdeau argues, is concrete and participatory, fully mediated through social groups and mass parties. Man is no longer the abstract citizen of liberal theory; he is the *hommé situé*, embedded in the

dalla teorica universalista dei diritti fondamentali - che oggi sembra imporsi alla stessa percezione che ciascun individuo ha del proprio *io*.

In altre parole, se la percezione “narrativa” della propria identità rappresenta il frutto di un processo continuativo di riconoscimento/disconoscimento nell’*altro*<sup>32</sup>, è del tutto evidente che una tale percezione tende ad assumere forme sempre più rarefatte man mano che l’*altro* viene rintracciato nel *resto del mondo*.

Sicché, se la teorica dei diritti fondamentali ha tessuto un vestito non sempre adeguato ad essere agevolmente indossato ovunque – ciò a causa delle differenti forme e “corporature” maturate alle varie latitudini delle tradizioni giuridiche e culturali - e, ancora, se la teorica dei diritti universali sembra talvolta aver realizzato una sorta di capovolgimento nel rapporto generativo tra *societas* e *ius*, la globalizzazione – con questa sua spinta alla progressiva omologazione in senso sostanziale – pare rappresentare un fenomeno in grado di recuperare il ritardo che, in questo caso, la *societas* avrebbe accumulato rispetto allo *ius*.

Su tutt’altro versante, i perduranti richiami alla sovranità nazionale sembrano invece contenere e preservare la dimensione dell’*homme situé*. La dimensione, cioè, di colui che ha percezione di sé nelle forme proprie dell’appartenenza al gruppo sociopolitico e culturale nell’ambito del quale egli forma e realizza la propria personalità.

E, ancora, di colui che, specularmente, reclama al gruppo di appartenenza la prerogativa di autodeterminarsi liberamente.

Nonostante quanto sinora osservato, il problema della “collisione tra categorie” non sembrerebbe, invero, prodursi tra globalizzazione da un alto e, dall’altro, una nozione di sovranità *non ulteriormente aggettivata*<sup>33</sup>.

Se si assimila infatti il concetto funzionale di sovranità a quello di decisione politica quest’ultima finisce infatti per identificare uno strumento che non muta le

welfare politics of his own destiny», così J. ARMSTRONG KELLY, *Hegel's Retreat from Eleusis: Studies in Political Thought*, Princeton, 1978, p. 194.

<sup>32</sup> Come osserva A. MACINTYRE, *After Virtue*, Notre Dame, 1981 p. 204 ss., «we all approach our own circumstances as bearers of a particular social identity. I am someone’s son or daughter, someone’s cousin or uncle; I am a citizen of this or that city, a member of this or that guild or profession; I belong to this clan, that tribe, this nation. Hence what is good for me has to be the good for one who inhabits these roles. As such, I inherit from the past of my family, my city, my tribe, my nation, a variety of debts, inheritances, rightful expectations and obligations. These constitute the given of my life, my moral starting point. This is in part what gives my own life its moral particularity. (...) For the story of my life is always embedded in the story of those communities from which I derive my identity. I am born with a past; and to try to cut myself off that past, in the individualist mode, is to deform my present relationships».

<sup>33</sup> Come osserva A. MORRONE, *Sovranità*, in *Rivista Aic*, n. 3/2017, p. 16, di recente, quasi a testimoniare un “bisogno di sovranità” «accanto agli accostamenti concettuali tradizionali (come sovranità dello stato, sovranità della costituzione, sovranità del popolo, ecc.), sono stati inseriti nel nostro linguaggio, e sono oggetto di discussione

ricorrente, espressioni come sovranità economica, sovranità fiscale, sovranità monetaria, sovranità dei diritti, sovranità dei valori, sovranità dell’io, sovranità del bios, sovranità alimentare, sovranità del produttore e sovranità del consumatore, sovranità delle istituzioni globali, sovranità del diritto globale, ecc.».

proprie caratteristiche per il solo fatto di essere nella disponibilità di una *civitas* dalle dimensioni ridotte ovvero, addirittura, di una *civitas maxima*. In altri termini, la scelta politica non muta la propria natura in base alla moltitudine, più o meno estesa, di coloro i quali partecipano alla *politeia*.

D'altronde è ormai ampiamente metabolizzata l'idea che la stessa adesione del nostro ordinamento a quello comunitario abbia comportato la cessione di una parte di quella sovranità che, in precedenza, si esauriva interamente entro i confini dello Stato<sup>34</sup>.

In sintesi, dunque, la diversa collocazione della sovranità non muterebbe la natura del concetto. Il problema si pone, invece, rispetto a quella particolare forma di sovranità che procede dal concetto sostanziale di *nazione* sino a trovare forma giuridico-costituzionale in quello di *stato*. In altri termini è la sovranità *nazionale* che sembra scontare, sempre più, le severe criticità introdotte dalla globalizzazione. Ancora, è la sovranità reclamata dal corpo politico che trae dalla nazione le proprie ragioni di identità - e che nella nazione reperisce quelle affinità che, in senso schmittiano, descrivono i confini tra "amico" e "nemico"<sup>35</sup> - ad apparire sempre più minacciata dall'avanzata della globalizzazione.

Ciò, essenzialmente, in quanto la fenomenologia globalizzatrice si manifesterebbe come un processo di erosione che, all'interno e con progressione di tipo virale, finirebbe per compromettere il "dna" identitario che costituisce il corpo sostanziale della nazione.

Il vero *punctum dolens* sembra dunque quello che si manifesta nei momenti di attrito tra globalizzazione e *sovranità nazionale*. Né sembra che la questione possa essere annacquata dietro l'asserita scomparsa della sovranità nazionale<sup>36</sup> come sostituita dalla sovranità popolare<sup>37</sup>. Al di là, infatti, delle difficoltà di costringere la

<sup>34</sup> A questo proposito, si ricordi quanto affermato in Corte Cost., sent. n. 348/2007, laddove la Corte ha osservato che «con l'adesione ai Trattati comunitari, l'Italia è entrata a far parte di un "ordinamento" più ampio, di natura sopranazionale, cedendo parte della sua sovranità, anche in riferimento al potere legislativo, nelle materie oggetto dei Trattati medesimi, con il solo limite dell'intangibilità dei principi e dei diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione».

<sup>35</sup> «Il significato della distinzione tra amico e nemico è di indicare l'estremo grado di intensità di un'unione o di una separazione, di un'associazione o di una dissociazione (...). Non vi è bisogno che il nemico politico sia moralmente cattivo, o esteticamente brutto; egli non deve necessariamente presentarsi come concorrente economico e forse può anche essere vantaggioso concludere affari con lui. Egli è semplicemente l'altro, lo straniero e basta alla sua essenza che egli sia esistenzialmente, in un senso particolarmente intensivo, qualcosa d'altro e di straniero (...)», C. SCHMITT, Il concetto di politico (1932), in Id., Le categorie del politico, Bologna, 1972, p. 109.

<sup>36</sup> Sulla appartenenza della sovranità allo Stato-Nazione si ricordi la ricostruzione di C. ESPOSITO, Lo Stato e la Nazione italiana, in Scritti giuridici scelti, II, pp. 205 ss., secondo il quale «la potestà d'imperio non può riferirsi e non appartiene allo Stato come persona giuridica ma come ente di fatto, e perciò in Italia allo Stato-Nazione».

<sup>37</sup> Sul concetto di sovranità popolare, cfr. A. MORRONE, Sovranità, in Rivista Aic, n. 3/2017, pp. 87 e ss. e, ancora, p. 83 dove osserva che «la sovranità popolare – lungi dall'essere un mero omaggio formale all'erompere delle masse nella scena politica, necessario dopo il secondo dopoguerra – costituisce la base materiale della sovranità, la fonte di imputazione e di responsabilità dei poteri costituzionali, l'essenza della Repubblica e dell'ordinamento costituzionale». Sul rapporto tra sovranità statale e sovranità popolare, cfr. O. CHESSA,

nozione di popolo entro i soli confini “reali” rappresentati dalla semplice sommatoria dei titolari dello *status civitatis* - con ciò prescindendo da ogni e qualunque ricostruzione della nozione anche in senso *ideale* (e, dunque, anche storico, culturale ed intergenerazionale)<sup>38</sup> - continua comunque a sopravvivere la percezione della nazione nei meccanismi funzionali della sovranità.

Di ciò si reperisce un'evidenza, peraltro, nella stessa nostra struttura costituzionale che, se da un lato riconosce al popolo la titolarità della sovranità, dall'altro richiama al principio secondo cui ogni membro del Parlamento rappresenta la *nazione*<sup>39</sup>.

Insomma, l'idea di nazione sembra tutt'altro che scomparsa dal lessico giuridico o, come nell'esempio di cui sopra, dalla struttura e dagli impianti costituzionali. E, ancora, è con una certa profondità che - anche nel dibattito politologico - continua ad essere percepito il concetto di sovranità nazionale.

Il problema vero che sembra porsi, allora, non è tanto quello del conflitto tra globalizzazione e sovranità quanto, piuttosto, quello del conflitto tra *globalizzazione* e *nazione*. Ed infatti, la questione della sovranità - in questa chiave - altro non fa che problematizzare questo conflitto sostanziale su un piano giuridico e costituzionale.

Se quanto prospettato corrisponde al vero, il ragionamento richiede dunque una sorta di “regressione” logica. Dal concetto di sovranità occorre infatti spostarsi e tornare all'indietro, sino a quello di nazione.

Cosa è una nazione - parafrasando il celebre saggio di Renan - è questione non poco dibattuta.

La concezione volontaristica ed elettiva della nazione come “plebiscito quotidiano”<sup>40</sup> ha trovato ampia eco nel programma culturale repubblicano che, in

Sovranità: temi e problemi di un dibattito giuspubblicistico ancor attuale, in *Rivista Aic*, n. 3/2017, p. 4 e, ancora, pp. 8-9 dove osserva che «la sovranità dello Stato, in definitiva, nulla dice sulla forma di Stato ed è perciò compatibile con più regimi politici, democratici e non. Invece la formula della “sovranità popolare” segnala il carattere democratico dell'ordinamento statale: questo però a condizione che poi la sovranità statale, intesa come somma dei poteri pubblici, come ordine costituzionale delle competenze, sia articolata in modo coerente con la proclamazione della sovranità popolare, cioè prevedendo organi elettivi, contemplando la possibilità che nel tempo indirizzi diversi si avvicendino nella direzione politica e assegnando direttamente al popolo l'esercizio di talune competenze. Ma in ogni caso il principio della sovranità del popolo deve convivere col fenomeno della sovranità statale, non foss'altro per il fatto che questa è comunque lo strumento tecnico necessario al servizio di quella, nel senso che la sovranità popolare si esprime essenzialmente mediante la sovranità statale: non molto, anzi pochissimo può essere deciso direttamente dal popolo senza il supporto della mediazione rappresentativa statale». Cfr., ancora, V. CRISAFULLI, *La sovranità popolare nella Costituzione italiana (note preliminari) (1954-1955)*, in *Id.*, *Stato Popolo Governo. Illusioni e delusioni costituzionali*, Milano, 1985, pp. 95 ss.

<sup>38</sup> Cfr. C. ROSSANO, *Manuale di diritto pubblico*, Napoli 2007, pp. 58-59, secondo cui «il popolo è una unità ideale di uomini organizzata politicamente che nella vita sociale si presenta unitariamente. In quanto unità ideale comprende anche le generazioni passate e quelle future e non va confuso con la somma dei singoli individui che ne fanno parte in un dato momento storico, né con il corpo elettorale, che è solo uno strumento mediante il quale si forma e si manifesta formalmente la sua volontà all'esterno in occasione di elezioni e di espressioni del voto nelle diverse situazioni politiche e amministrative. (...) Un popolo non necessariamente si costituisce in Stato, come, ad esempio, avviene con i popoli nomadi».

<sup>39</sup> Cfr. art. 67 Cost.

epoche più recenti, ha radicato nell'idea del patriottismo costituzionale la dimensione partecipativa dell'individuo alla comunità. Il dibattito pubblico costituirebbe l'*agorà* nel contesto della quale la comunità si manifesta e si identifica come nazione.

Di tipo organicista, comunitarista ed identitario è invece la concezione che descrive la nazione come una "comunità di destino"<sup>41</sup>, unita da vincoli di tipo naturale che affondano nella razza, nella cultura, nelle tradizioni, nella religione e nella lingua. Invero, quest'ultima ricostruzione sconta ormai il peso di categorie che appaiono, sul piano sia empirico che analitico, largamente recessive.

L'espressione 'razza', benché ampiamente collaudata nel lessico giuridico (a partire, nel nostro caso, dall'art. 3 della Costituzione), sembra oramai identificare un concetto superato – sul piano demo-antropologico - dall'impatto sempre più diffuso di ibridismi e meticcianti<sup>42</sup>. D'altronde, la dimensione degli spostamenti degli individui sulla terra, solo risibilmente ostacolabili dal pattugliamento della motovedetta della marina militare e, ancora, le complessità legate alle traiettorie quantitative che sembrano assumere gli sviluppi demografici, prospettano scenari - sempre più prossimi - nei quali il concetto di razza appare destinato a scomparire pressoché del tutto<sup>43</sup>. Anche i profili di omogeneità culturale e religiosa, che concorrerebbero a descrivere il portato di una nazione, appaiono tendenzialmente sempre più sbiaditi sotto il peso della globalizzazione culturale. Anche in questo caso, mi si perdoni un'esemplificazione apparentemente suggestiva.

Nel giro di pochi anni, alla commemorazione dei defunti - in precedenza solennemente ancorata ad un sentimento di *pietas* dalle radici storiche, culturali e religiose antiche ed apparentemente inveterate - è stato rapidamente sostituito, nelle

<sup>40</sup> Il riferimento è alla tesi proposta da E. RENAN quando, in occasione della nota lettura tenuta alla Sorbonne l'11 marzo del 1882, osservò che «une nation est donc une grande solidarité, constituée par le sentiment des sacrifices qu'on a faits et de ceux qu'on est disposé à faire encore. Elle suppose un passé; elle se résume pourtant dans le présent par un fait tangible: le consentement, le désir clairement exprimé de continuer la vie commune. L'existence d'une nation est (pardonnez-moi cette métaphore) un plébiscite de tous les jours, comme l'existence de l'individu est une affirmation perpétuelle de vie», E. RENAN, *Qu'est-ce qu'une nation?*, Paris, 1882.

<sup>41</sup> Come ricorda F. CERRONE, *La cittadinanza e i diritti*, in R. NANIA-P. RIDOLA (a cura di), *I diritti costituzionali*, Torino, 2001, p. 244, è particolarmente negli scritti di Fichte che emerge la «preoccupazione per il dilagare di un individualismo corruttore e di una miope visione illuminista del mondo, incapace di cogliere le finalità collettive della consociatio politica. È dunque necessaria un'opera educativa radicale che sappia convertire la decadenza della nazione in nuovo impegno, rifondazione della collettività dei tedeschi, consapevolezza della propria storia, della comunanza di origini, lingua e cultura. Il popolo tedesco, stretto insieme dall'amor di patria, dovrà trovare in sé, nella condivisione di un comune destino e nella fiducia per le sorti della nazione, il senso della propria differenza da ogni altro e del proprio impegno per le sorti comuni».

<sup>42</sup> Sul punto, sia consentito un rinvio a D. PORENA, *Le buone ragioni dello ius culturae: note a margine dell'ennesimo tentativo di revisione della legge sulla cittadinanza*, in *Rivista Aic*, n. 4/2020, pp. 228 e ss.

<sup>43</sup> Peraltro, «la globalizzazione dell'economia ha rotto quell'unità di ordinamento e localizzazione caratteristica dello *ius publicum europaeum* (...); ma ha anche generato nuovi flussi migratori che, nel vecchio continente, hanno cambiato il volto del "popolo", presupposto dalla Costituzione. In un'epoca apparentemente senza confini e, soprattutto, senza i punti di riferimento che la politica aveva assicurato nel Novecento, è l'individuo, i suoi bisogni, le sue pretese, i suoi poteri, che conoscono i maggiori cambiamenti», così A. MORRONE, *Sovranità*, in *Rivista Aic*, n. 3/2017, p. 16.

manifestazioni popolari più comuni, un festeggiamento “colorato” diffuso in altre tradizioni culturali e religiose.

Ciò che invero sembra reggere – in ultima analisi e pur sotto il peso omologante delle tendenze globalizzatrici - è *l'elemento linguistico*. La lingua, assai più difficile da sradicare nei suoi usi comuni e quotidiani, continua infatti a caratterizzare, per lo più, i profili identitari delle diverse nazioni. Non credo che la circostanza, nella sua più ampia portata, possa essere trascurata. Al contrario, mi sembra che l'elemento linguistico possa essere considerato come il più autentico e profondo fattore unificante di una nazione: e ciò, a prescindere dal fatto che la stessa venga intesa quale “comunità di destino” o come un “plebiscito quotidiano”. Ed infatti – malgrado l'unità naturale che discende dall'uso di una lingua comune costituisca tradizionale argomento delle tesi comunitariste - anche il programma repubblicano, con il suo costante richiamo alla partecipazione al dibattito pubblico, assai difficilmente sembra poter accettare la rinuncia alla condivisione di una identità linguistica.

A ben vedere – ed approfondendo il ragionamento - l'elemento linguistico non costituisce, peraltro, mero strumento a mezzo del quale è dato ai consociati di interagire tra loro.

L'elemento della precomprensione concettuale, che attribuisce alla parola una proiezione ed una profondità che oltrepassa la mera considerazione “strumentale” del vocabolo, concorre infatti a delineare differenti *forme mentali* almeno quante sono le tradizioni e i diversi ceppi linguistici<sup>44</sup>. Detto in altri termini, la lingua non costituirebbe mero strumento di traduzione di pur identiche categorie e strutture mentali ma, al contrario, costituirebbe la *fonte* stessa di queste ultime. Nella condivisione della stessa lingua non risiederebbe il solo intendersi l'un l'altro ma, ancor prima, il *pensare* – se non allo stesso modo – sulla base di uguali categorie astratte<sup>45</sup>. Se l'elemento della precomprensione linguistica finisce per giocare un ruolo

<sup>44</sup> Sul concetto di precomprensione, cfr. H. G. Gadamer, *Verità e metodo*, trad. it. di G. Vattimo, Milano 1995; J. HESSER, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, Napoli, 2010.

<sup>45</sup> Si tratta nella nota ipotesi della relatività linguistica (nota anche come Sapir-Whorf Hypothesis): la lingua condiziona le strutture con le quali il parlante concepisce la realtà, «la nostra analisi della natura segue linee tracciate dalle nostre lingue madri. Le categorie e le tipologie che individuiamo nel mondo dei fenomeni non le troviamo lì come se stessero davanti agli occhi dell'osservatore; al contrario, il mondo si manifesta in un flusso caleidoscopico di impressioni che devono essere organizzate dalle nostre menti, cioè soprattutto dai sistemi linguistici nelle nostre menti. Noi tagliamo a pezzi la natura, la organizziamo in concetti, e nel farlo le attribuiamo significati, in gran parte perché siamo parti in causa in un accordo per organizzarla in questo modo; un accordo che resta in piedi all'interno della nostra comunità di linguaggio ed è codificato negli schemi della nostra lingua... tutti gli osservatori non sono guidati dalle stesse prove fisiche verso la stessa immagine dell'universo, a meno che i loro bagagli linguistici siano simili, o possano essere in qualche modo calibrati», così B. L. WHORF, *Language, Thought and Reality*, Cambridge, 1956, p. 212. Invero, il dibattito sul rapporto tra lingua e astrazione, e sulla asserita precedenza della prima sulla seconda, non sembra aver condotto ad esiti univoci: tuttavia, malgrado, come osserva R. SACCO, *Antropologia giuridica*, Bologna, 2007, «questa o quella astrazione possono abitare per un certo tempo nella mente, prima di esprimersi nella lingua» e malgrado l'esperienza e i referenti empirici ed oggettivi costituiscano una base all'astrazione mentale, sembra esistere un

tutt'altro che trascurabile nella stessa interpretazione normativa, anche quando realizzata da attori operanti nello stesso ordinamento ed attraverso lo stesso strumentario linguistico, è evidente – rispetto a differenti ceppi linguistici – che la varietà delle percezioni e sfumature suscitate dalla rispettiva traduzione di un medesimo concetto appare tale da impedire, in effetti, che quel concetto sia percepito in modo identico da tutti gli interlocutori.

Sicché, nell'elemento linguistico sarebbe radicato non solamente un ulteriore, naturale perimetro di affinità tale da alimentare la partizione schmittiana tra “amico” e “nemico” ma, anche, il fattore unificante ed indispensabile alla conservazione di un dibattito pubblico di impronta repubblicana: tra le altre, la tradizione repubblicana francese, da sempre ben attenta ai profili dell'assimilazionismo linguistico<sup>46</sup>, sembra offrire – tra gli altri - un elemento di conferma di come la comunità linguistica rappresenti fattore unificante e vivificante della nazione in qualunque versione teorica la si voglia intendere. In effetti, se non altri, questo elemento sembra quindi costituire un argine assai robusto rispetto all'irruzione delle varie globalizzazioni ed alla correlativa e definitiva erosione e consumazione delle sovranità nazionali.

Persino *l'european federalizing process*, che pure poggia su una comune esperienza storica e su valori e tradizioni giuridiche largamente condivise, sembra incontrare elementi di rallentamento nella pluralità dei diversi ceppi culturali e linguistici. Il balzo dalla unione economico-commerciale e monetaria a quella politica (non intesa, quest'ultima, come mero trasferimento di competenze) si scontra con la persistenza, a mio parere ineliminabile, di diversi gruppi sociali, culturali e politici che, nel senso più profondo dell'espressione, parlano lingue differenti, si identificano come tali e tutt'ora percepiscono un legame naturale profondo che li vincola ai rispettivi statinazione.

Ciò, a meno che si arrivi a dubitare del fatto che un italiano, un tedesco o un greco percepisca se stesso come tale prima ancora che come europeo<sup>47</sup>.

---

intreccio ed un legame di forte e oggettiva interdipendenza tra pensiero e parola. Come già ricordato in altra sede (D. PORENA, *Il principio di sostenibilità. Contributo allo studio di un programma costituzionale di solidarietà intergenerazionale*,

Torino, 2017, p. 48) «gli esseri umani» – osserva Charles Taylor – «non acquisiscono i linguaggi di cui hanno bisogno per autodefinirsi da soli». Le espressioni che gli individui utilizzano per definire se stessi sono apprese attraverso lo scambio con altri e la stessa genesi della mente umana è dialogica, non monolitica. Ancora, la conversazione prosegue, all'interno dell'individuo, anche laddove lo stesso finisce per emanciparsi dall'altro: anche nel momento in cui cessa la relazione con il genitore continua, nel figlio, la relazione dialogica virtuale grazie alla quale egli definisce se stesso, cfr. C. TAYLOR, *La politica del riconoscimento*, in J. HABERMAS-C. TAYLOR, *Multiculturalismo. Lotte per il riconoscimento*, Milano, 2008, p. 17 ss.

<sup>46</sup> La norma che dichiaratamente orienta l'intero modello francese lungo una prospettiva assimilazionistico-culturale è quella di cui all'art. 21, n. 24 del Codice civile, secondo cui «nul ne peut être naturalisé s'il ne justifie de son assimilation à la communauté française, notamment par une connaissance suffisante, selon sa condition, de la langue française».

<sup>47</sup> Cfr. E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Diritto e secolarizzazione. Dallo Stato moderno all'Europa unita*, ed. it. Roma-Bari, 2007, secondo il quale «l'Unione europea consiste attualmente di popoli e nazioni, ma non ha come fondamento né un popolo europeo né ancora una nazione di europei».

Se la sopravvivenza dell'elemento identitario nazionale continua ancora oggi a confermare una pretesa diffusa - ed a mio avviso non meramente "reazionaria" - alla conservazione delle sovranità nazionali europee, tanto più questo elemento sembra poter concorrere a preservare la categoria della sovranità nazionale nel più ampio scenario geopolitico globale. Le considerazioni che precedono non debbono, tuttavia, autorizzare l'equivoco secondo cui la prospettata perdurante *esistenza* delle nazioni delle rispettive sovranità possa essere confusa con una loro immutata *consistenza*.

Non sembra infatti revocabile in dubbio il fatto che il destino delle sovranità nazionali, quantunque se ne ipotizzi la sopravvivenza, si prospetti in forme assai differenziate rispetto a quelle venute a consolidarsi nel corso degli ultimi tre secoli.

La stessa tradizionale ricostruzione del diritto internazionale, come popolato da una comunità di soli stati<sup>48</sup>, appare ormai, per molti aspetti, ampiamente superata. Già la progressiva giuridicizzazione, nelle varie carte internazionali, dei diritti fondamentali, individuali ed universali ha contribuito a collocare l'uomo, come tale, nel quadro dei rapporti sovra-statali arrivando, con ciò, ad emanciparlo da una posizione che lo vedeva, in passato, relegato al solo ruolo di *cittadino* e nel solo ambito dei rapporti relazionali instaurati con il rispettivo stato di appartenenza.

In estrema sintesi, nella traiettoria storico-giuridica che ha assistito all'evoluzione dell'individuo da mera *res* a *subjectus* ed ancora, con le costituzioni liberali ottocentesche, a *cittadino*, l'individuo ha ormai conquistato una sua nuova posizione giuridica soggettiva, che si esprime nei rapporti sovra-statali e che lo vede *titolare* di posizioni giuridiche definite e giustiziabili innanzi a corti internazionali chiamate a giudicare su individui e su diritti e doveri individuali.

Sicché, non sembra più nella disponibilità esclusiva degli Stati e delle rispettive comunità nazionali, l'ordine, la natura e la strutturazione dei rapporti con l'individuo.

Ancora, l'irruzione nello scenario internazionale di poteri e centri di interesse economico in passato sconosciuti per dimensioni e peso specifico finisce per condizionare, alla radice, i margini di effettività in precedenza assicurati alla decisione sovrana di ciascuno stato.

Imprese multinazionali quali *Walmart* o *Exxon*, per rimanere sul terreno degli esempi, producono un fatturato annuo superiore al prodotto interno lordo di tutti gli stati del mondo, singolarmente considerati, ad eccezione di quelli del G20<sup>49</sup>.

---

<sup>48</sup> Cfr. C. FOCARELLI, *Lezioni di storia del diritto internazionale*, Perugia, 2007, pp. 2 e ss. secondo il quale, a fronte di una nozione tradizionale di diritto internazionale che avrebbe negli stati gli unici referenti soggettivi, «una parte sempre più considerevole della dottrina ritiene oggi che gli individui abbiano una rilevanza internazionale autonoma. La prova sarebbe data dalle norme internazionali attualmente vigenti sulla protezione dei diritti umani, cioè sulla tutela degli individui a prescindere dalla loro cittadinanza, ed in particolare dalle norme internazionali sulla responsabilità personale per crimini (...). Tali norme infatti attribuirebbero agli individui rispettivamente dei diritti, da far valere anche nei confronti del proprio stato nazionale (...).»

<sup>49</sup> Come osserva L. FERRAJOLI, *Costituzionalismo oltre lo Stato*, Modena, 2017, p. 45, «nell'età della globalizzazione il futuro di ciascun Paese, soprattutto dei Paesi poveri, dipende sempre meno dalle politiche

È del tutto evidente che la capacità di movimentazione di capitali, risorse – non soltanto finanziarie - e, in generale, di interessi da parte di attori del mercato globale di dimensioni ponderose appare tale da comprimere, sul piano effettivo, gli spazi di manovra e le scelte politiche che ciascuno stato, in precedenza, avocava a se stesso in base alle proprie prerogative sovrane<sup>50</sup>.

Ciò, peraltro, appare ancor più vero nei paesi dell'area euro, laddove il processo di "aziendalizzazione" degli Stati, favorito dalla perdita delle rispettive sovranità monetarie, ha finito per collocare gli stessi ad un ruolo non dissimile da una qualunque, *fallibile* società commerciale. Gli Stati dell'area euro - soggetti a procedure di *rating* economico-finanziario come fossero imprenditori bisognosi di un affidamento bancario, alla perenne e tormentosa ricerca delle risorse necessarie a finanziare i propri bilanci, severamente esposti alle volatili oscillazioni valutarie e dei mercati - possono sempre meno prendersi il lusso di disporre o di condizionare, in base alle rispettive scelte politiche, le diverse aree del mercato economico<sup>51</sup>.

## 5. Riflessioni conclusive.

Avviando il ragionamento alle proprie conclusioni, sembra che il ruolo ed il peso delle sovranità nazionali finisca dunque per giocarsi, sempre più, sul piano dell'*effettività*<sup>52</sup>. E probabilmente, è proprio la categoria della sovranità quella che, sul piano del diritto pubblico, esprime con maggiore profondità il rapporto problematico tra *fatto* e *diritto*<sup>53</sup>.

---

interne e sempre più da decisioni esterne, assunte in sedi politiche extra-statali o da poteri economici globali: precisamente dalle politiche decise dalle maggiori potenze e dalle istituzioni internazionali da esse controllate – la Banca Mondiale, il Fondo Monetario, l'Organizzazione mondiale del commercio, lo stesso Consiglio di sicurezza dell'Onu, i vari G8, G20 o G4 – nonché dalle grandi imprese multinazionali. E' perciò saltato o si è quanto meno indebolito, ed è destinato a divenire sempre più debole, il nesso democrazia/popolo e poteri decisionali/stato di diritto, tradizionalmente mediato dalla rappresentanza politica e dal primato della legge votata da istituzioni rappresentative».

<sup>50</sup> Come osserva O. CHESSA, *Sovranità: temi e problemi di un dibattito giuspubblicistico ancor attuale*, in *Rivista Aic*, n. 3/2017, p. 27, nel nuovo regime internazionale dei rapporti economico-finanziari «è intervenuta una forte liberalizzazione finanziaria che ha messo i capitali nella condizione di poter circolare liberamente oltre i confini nazionali e praticamente per tutto il globo: questo, in sé, non è di aiuto alla causa del costituzionalismo democratico-sociale».

<sup>51</sup> Sul punto, si vedano le notazioni di A. MITROTTI, *Il vizioso circolo per le scelte di politica economica: e l'invisibile gabbia dorata delle istituzioni politiche, tra discrezionalità tecnica vs discrezionalità politica*, in *Critica del diritto*, n. 2/2017, p. 190 e ss. secondo cui «in un contesto economico globalizzato – e completamente aperto al libero mercato nell'eurozona – è sempre maggiormente avvertita nell'opinione pubblica la preoccupazione che – sebbene gli Stati rimangano formalmente liberi di adottare gli indirizzi politici che ritengono più opportuni – manchi, di fatto, quella vera ed effettiva indipendenza politica, essenziale all'esercizio del potere sovrano».

<sup>52</sup> Cfr. F. BILANCIA, *Sovranità*, in *Rivista Aic*, n. 3/2017, p.5.

<sup>53</sup> Come osserva G. FERRARA, *La sovranità popolare e le sue forme*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. 1/2006, p. 1, la sovranità è «esposta da sempre alla verifica dell'effettività del potere che incorpora e manifesta e si identifica con tale effettività e con siffatto potere». Il radicamento della sovranità politica nello stato di fatto costituisce

L'effettività o, in altri termini, il consolidamento della condizione di fatto, rappresenta rispetto al potere sovrano un elemento coesenziale e costitutivo. La circostanza trova conferma, peraltro, anche nelle più diffuse dinamiche che orientano i meccanismi di riconoscimento reciproco tra stati. Ancora, le sovranità non nascono o si riconoscono sulla base dell'asserita superiorità assiologica di una procedura di legittimazione rispetto ad un'altra. Le sovranità nascono, e si riconoscono vicendevolmente, sulla base dello stato di fatto in forza del quale il potere di una autorità riesce ad imporre la stessa nei confronti di altre<sup>54</sup>.

Per quanto "tribale" possa apparire una tale descrizione essa sembra trovare conferma, ancora una volta, sia sul piano empirico che su quello teorico-analitico.

Sicché, se è nel binomio *effettività-sovranià* che si radica l'essenza sia genetica che funzionale del supremo potere di autodeterminazione, le "sfide" che le sovranità nazionali incontrano, nell'epoca corrente, sembrano prospettarsi – invero – rispetto al *grado di effettività* con cui ciascun ordinamento sovrano riesce ad imporre le proprie determinazioni nello scenario globale<sup>55</sup>.

Seguendo questa linea di ragionamento appare ormai piuttosto evidente che le sovranità nazionali, pur sopravvivendo ed operando nel contesto internazionale, iniziano ad incontrare una serie di limitazioni *effettive* che, limitando le traiettorie e le concrete ricadute di ciascuna decisione, finiscono in parte per sterilizzarle. Che quanto sopra possa adombrare una sorta di definitivo tramonto delle sovranità nazionali è questione sulla quale conservo i miei dubbi: ciò anche per le ineliminabili ragioni di coesione nazionale che poc'anzi ho tentato di rintracciare. Cionondimeno, sembra altrettanto vero che l'epoca corrente abbia ormai consolidato un potere *oltre la sovranità* o, meglio, una serie di poteri, di centri e modelli decisionali capaci di prescindere dalla stretta osservanza delle sovranità nazionali<sup>56</sup>. Ciò che muta,

---

acquisizione ormai tradizionale: si pensi ad esempio agli approdi dell'empirismo britannico e alle constatazioni di John Austin, secondo il quale «le nozioni di sovranità e società politica indipendente possono essere espresse in modo coinciso così: se un determinato superiore umano, che non ha l'abitudine ad obbedire a un simile superiore, riceve abituale obbedienza dalla massa di una data società, allora quel determinato superiore è sovrano in quella società, e la società (incluso il superiore) è una società politica indipendente», J. AUSTIN, *The province of jurisprudence determined* (1832), New York, 2007, p. 166 (la citazione tratta da P. Tincani, *Filosofia del diritto*, Milano, 2017, p. 228).

<sup>54</sup> Cfr., ancora, G. FERRARA, *La sovranità popolare e le sue forme*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. 1/2006, p. 1, il quale osserva che «il riconoscimento della sovranità di uno stato e quindi della sua soggettività di diritto internazionale deriva da tale ordinamento, ma è subordinato ad un dato fattuale interno allo stesso stato».

<sup>55</sup> Cfr. F. BILANCIA, *Sovranità*, in *Rivista Aic*, n. 3/2017, p. 30, secondo il quale la crisi attuale della nozione di giuridicità è riconducibile «essenzialmente ad una perdita di effettività proprio della funzione politica della sovranità, sia essa o meno impegnata da vincoli, obblighi e pressioni materiali generati dalla rete di relazioni sovra- ed ultrastatali».

<sup>56</sup> Come osserva S. CASSESE, *Oltre lo Stato*, Bari, 2006, pp. 44 e ss., «i sistemi regolatori globali sono molto diffusi. Un esame rapido dei settori nei quali operano, della quantità di regolatori e della molteplicità dei regolatori in molti settori consente di rendersi conto della densità della regolazione globale. Il commercio, la finanza, l'ambiente, la pesca, lo sfruttamento delle risorse marine, la navigazione marittima e quella aerea, l'agricoltura, l'alimentazione, la posta, le telecomunicazioni, la proprietà intellettuale, l'uso dello spazio e

dunque, è la forma ed il grado di consistenza delle sovranità nazionali: in particolare, la loro assolutezza - come anche l'esclusività nella detenzione del potere - cedono oggi il passo ad uno scenario nel quale concorrono, assieme alle sovranità nazionali, ulteriori forme di potere con cui le prime sono necessariamente tenute a reperire, di volta in volta, difficili condizioni di non sempre stabile mediazione<sup>57</sup>. Nel quadro descritto, si sono susseguite ormai da tempo ricostruzioni orientate alla descrizione di nuove forme di costituzionalismo: si parla ormai sempre più di frequente di costituzionalismo multilivello, di costituzionalismo transnazionale o, ancora, di *global consitutionalism*.

Le predette ricostruzioni sembrano tutte avere, come presupposto, il superamento della concezione tradizionale orientata ad esaurire il concetto di costituzione in quello di stato nazionale.

Il tema, dunque, si declina essenzialmente nella identificazione di una o più costituzioni senza stato o, comunque, oltre gli stati. Sul piano concettuale, la propensione in favore di forme di costituzionalismo sovranazionale muove da una concezione di costituzione quale "patto di convivenza" che, come tale, non richiederebbe presupposti di omogeneità identitaria ma, al contrario, ben potrebbe intervenire anche tra comunità e gruppi socio-culturali tra loro profondamente diversi<sup>58</sup>. L'idea di costituzione quale patto è largamente diffusa negli studi filosofico giuridici e costituzionalistici. Peraltro, la possibilità che un tale patto possa in effetti intervenire anche ad un livello sovrastatale sembra corroborata dall'ampia diffusione di principi e valori comuni ormai largamente radicati all'interno di pur differenti tradizioni giuridiche.

Dalla proclamazione dei diritti universali si è arrivati, più di recente, ad ipotizzare una sorta di costituzionalismo dei beni fondamentali: esso tenderebbe ad imporre all'osservanza degli stati il rispetto di essenziali modalità di utilizzo di risorse quali l'acqua, l'aria o, più in generale, il complesso delle risorse naturali che - anche in base all'ormai radicato principio di sostenibilità - finirebbero per costituire una sorta di "demanio globale" sottratto alla disponibilità dei singoli stati<sup>59</sup>.

---

dell'energia nucleare, le fonti di energia sono oggetto di disciplina globale. (...) Può dirsi che non vi sia campo dell'azione umana nel quale non sia presente una qualche forma di disciplina ultrastatale o globale».

<sup>57</sup> D'altronde, come ricorda A. MORRONE, Sovranità, in *Rivista Aic*, n. 3/2017, p. 65, «tutti coloro che vogliono eliminare la sovranità, ritenendo superato il concetto, ci riescono, in realtà, solo spostandola altrove».

<sup>58</sup> Come sostiene L. FERRAJOLI, *Manifesto per l'uguaglianza*, Bari, 2019, «le Costituzioni sono patti di convivenza tanto più necessari quanto maggiori sono le differenze personali e collettive che sono chiamate a tutelare e le diseguaglianze economiche e sociali che hanno il compito di rimuovere o di ridurre. I diritti in esse stabiliti valgono non già perché voluti da tutti, ma perché garantiscono tutti. E l'esistenza del popolo con riferimento al quale sono istituite è assai più un effetto (...) che un presupposto degli iura paria costituzionalmente stabiliti».

<sup>59</sup> Ad esempio, secondo L. FERRAJOLI, *Costituzionalismo oltre lo Stato*, Modena, 2017, p. 42-43, «la protezione di questi beni vitali impone oggi una dimensione nuova e ormai inderogabile della democrazia e del costituzionalismo. Richiede che alla categoria dei diritti fondamentali venga aggiunta quella non meno essenziale dei beni fondamentali, la cui tutela non può, in molti casi, essere garantita a livello statale ma solo, o soprattutto, a livello globale. (...) Trattandosi di beni comuni, attualmente utilizzati come *res nullius* anziché

Il punto, tuttavia, sembra dover essere ricercato anche altrove.

Un primo aspetto che richiede approfondimento ruota intorno alla questione secondo cui - se anche si intende la costituzione come un patto di convivenza - sembra, comunque, ineliminabile dal concetto di costituzione la necessaria idoneità della stessa ad imporsi ad ogni altra fonte di produzione giuridica. Sicché la costituzione per essere tale, anche quale 'patto', non potrebbe - a sua volta - assumere posizione recessiva, cedevole o derivata rispetto ad altre fonti.

Invero, oltre alle costituzioni nazionali, non sembrano reperibili fonti che, *ab origine*, siano munite di una tale prerogativa.

Ed infatti, quand'anche l'adesione a sistemi ed organizzazioni giuridiche sovranazionali determini la prevalenza delle fonti proprie di questi ultimi su quelle nazionali, ciò non sembra privare le costituzioni nazionali della loro centralità. Ciò, in particolare, in quanto sarebbe comunque ascrivibile alle determinazioni dei rispettivi organi costituiti anche la più ampia delega di funzioni se non, addirittura, la cessione di parti della sovranità nazionale<sup>60</sup>.

D'altronde, anche il sistema unionale, che - specie per quanto riguarda il nostro ordiamento - si fonderebbe sulle rispettive cessioni di sovranità operate dagli stati membri non arriva, come vi è nella recente esperienza, ad escludere la possibilità che delle rispettive sovranità a suo tempo cedute gli stati intendano riappropriarsi.

Persino rispetto al riconoscimento delle consuetudini internazionali, il meccanismo di adattamento - quand'anche automatico come nel nostro caso - è il frutto di una decisione operata dalla costituzione nazionale.

Sicché, invero, laddove si accrediti l'idea di una sovranità della costituzione, non pare sia reperibile una costituzione globale sovrana, o più costituzioni sovranazionali sovrane, capaci di trarre da se stesse la propria legittimazione.

Sul piano dei valori e dei principi che, in effetti, largamente richiamerebbero l'intera comunità internazionale all'osservanza di un comune patrimonio giuridico, sembra dover essere considerato, invece, un altro aspetto.

---

come "patrimonio comune dell'umanità", si giustificerebbe altresì una tassazione sovranazionale del loro uso». Il tema è stato introdotto anche da S. RODOTA', *Il diritto di avere diritti*, Bari, 2012, p. 121 «l'intreccio tra beni comuni e diritti fondamentali produce un concreto arricchimento della sfera dei poteri personali, che a loro volta realizzano precondizioni necessarie per l'effettiva partecipazione al processo democratico». In tema M. R. MARELLA, *Introduzione*, in M. R. Marella (a cura di), *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, Verona, 2012, p. 17 osserva che «un primo problema da affrontare quando si parla di un possibile statuto giuridico dei beni comuni è dato dall'ampiezza e varietà, diciamo pure dall'estrema eterogeneità, delle situazioni in cui il sintagma è attualmente usato: si parla di acqua e ambiente come beni comuni, di sapere, di conoscenza, di genoma umano beni comuni, ma anche di sanità, di università, persino di lavoro e da ultimo di democrazia come beni comuni».

<sup>60</sup> Come osserva O. CHESSA, *Sovranità: temi e problemi di un dibattito giuspubblicistico ancor attuale*, in *Rivista Aic*, n. 3/2017, pp. 27-28, i sistemi di governance e i sistemi policentrici di cooperazione istituzionale sovranazionale trovano fondamento, in ultima analisi, nella decisione ascrivibile ad un atto di sovranità interna. «Anche quando queste strutture e soggettività tendono a operare in modo sempre più autonomo, c'è sempre un nesso di derivazione giuridica con organizzazioni di tipo statale: è sempre il diritto sovrano dello Stato il titolo originario di legittimazione».

La stessa costruzione dei diritti universali pare incontrare, sul piano empirico, un limite nel fatto che la scaturigine culturale dei predetti principi è di matrice, in effetti, occidentale<sup>61</sup>. Pur largamente riconosciuti alle diverse latitudini dei sistemi giuridici, non sembra che tali diritti occupino una posizione esclusiva al vertice assiologico di una gerarchia dei valori globali. In particolare, è largamente radicata – tra l’altro in numerose tradizioni giuridiche afro-asiatiche - l’idea che i diritti fondamentali individuali debbano essere bilanciati con autentici diritti fondamentali di gruppo, cui corrispondono altrettanti doveri legati alla appartenenza allo stesso<sup>62</sup>.

Invero, lo stesso tema ambientale – sul terreno del quale di giuoca la gran parte delle occasioni di confronto in seno alla comunità internazionale – non sembra aver assunto orientamenti univoci.

Ed infatti, gli stessi principi di protezione ambientale via via enunciati dalla comunità internazionale - e, nel tempo, fatti propri dagli stati - sembrano rivelare, talvolta, alcune intime e reciproche contraddizioni. Si pensi, in proposito, al principio del libero sfruttamento delle proprie risorse naturali (sovente invocato dagli stati che solo più recentemente hanno intrapreso la via dello sviluppo industriale) ed il principio stesso della sostenibilità (alla cui osservanza, prevalentemente, richiamano le economie già industrializzate)<sup>63</sup>.

In estrema sintesi, se di “accordo costituzionale globale” si vuol parlare, non sembra che allo stato vi siano elementi sufficienti per dire che il detto accordo sarebbe stato già raggiunto. Né, ancora, che sia stato raggiunto un qualche accordo capace di imporsi inderogabilmente alle sovranità nazionali.

L’idea del costituzionalismo globale non credo possa quindi essere descritta, in termini tradizionali, nelle forme di un atto giuridico fondativo<sup>64</sup>.

<sup>61</sup> Cfr. S. CASSESE, *Oltre lo Stato*, Bari, 2006, p. 94, secondo cui la stessa Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo è «sempre più l’oggetto di critiche. Nel mondo islamico e nelle culture africane subsahariane si prospetta la tesi che sia impossibile accogliere i valori politici della modernità occidentale. (...) L’universalità – è stato sottolineato - è un mito. I diritti umani, infatti, sono osservati in modo assai diverso nei vari Paesi, a seconda delle tradizioni culturali e degli assetti politici».

<sup>62</sup> Una dimensione inscindibilmente dialettica tra la dimensione individuale e quella collettiva dei diritti si coglie, ad esempio, anche nella Carta africana dei diritti dell’uomo e dei popoli adottata a Nairobi il 28 giugno 1981 dalla Conferenza dei Capi di Stato e di Governo dell’Organizzazione dell’Unità Africana ed entrata in vigore il 21 ottobre 1986.

<sup>63</sup> Sul punto sia consentito un rinvio a D. PORENA, *La protezione dell’Ambiente tra Costituzione italiana e «Costituzione globale»*, Torino, 2009, pp. 17 e ss. Sul fatto che «environmental problems have become part of the North-South conflict», cfr. B. BOCZEC, *International Law*, Lanham, Maryland, 2005, p. 222. Sui principi volti a

bilanciare lo sforzo richiesto ai fini ambientali tra Paesi industrializzati e Paesi in via di sviluppo, cfr. F. ANTICH, *Origine ed evoluzione del diritto internazionale ambientale. Verso una governance globale dell’ambiente*, in [www.ambientediritto.it](http://www.ambientediritto.it).

<sup>64</sup> Come osserva S. CASSESE, *Oltre lo Stato*, Bari, 2006, p. 188, «oltre lo Stato è difficile individuare una costituzione. Non c’è un potere costituente, perché gli sviluppi avvengono per evoluzione, non per rivoluzioni. Non c’è una comunità in grado di legittimare una costituzione globale (...) non c’è un contratto tra cittadini e poteri pubblici, perché non c’è democrazie cosmopolitica. Non c’è un documento che possa definirsi costituzionale (...). C’è, però, anche nell’ordine giuridico globale una “sostanza costituzionale”, costituita dalla

Piuttosto, alla stessa sembra corrispondere l'ipotesi di un lento e faticoso processo-senz'altro supportato dalle dinamiche globalizzatrici e dal mercato globale – nel contesto del quale si assiste al progressivo raggiungimento di approdi giuridici comuni e fondati su rapporti di sempre più stretta interazione e complementarità tra differenti tradizioni costituzionali<sup>65</sup>.

A mio parere rimane di fondo, tuttavia, la perdurante centralità delle costituzioni statuali quali “fonti sulle fonti”: non solo su quelle interne, ma anche su quelle internazionali e sovranazionali.

Le osservazioni che precedono includono, evidentemente, dirette ricadute sul problema del metodo giuridico.

Sul piano della produzione normativa si imporrebbe, appunto come “questione di metodo”, quella di analizzare il contesto della normazione sovranazionale a partire dalla costituzione nazionale. E, con ciò, reperire ogni conseguente indicazione circa il perimetro, la forza ed i limiti con i quali le fonti sovranazionali si pongono all'interno degli ordinamenti.

Sul piano della interpretazione normativa appare invece necessario un costante adeguamento metodologico capace di assorbire i frutti offerti dai processi di interazione che coinvolgono, come detto, le differenti tradizioni giuridiche.

Sempre più di frequente, le corti nazionali operano richiami costanti alla giurisprudenza propria di altri ordinamenti o alla giurisprudenza di corti sovranazionali o internazionali: ciò, in parte, per assecondare la tendenza a reperire una descrizione ed una percezione, più largamente condivisa possibile, di uno stesso valore o di un principio<sup>66</sup>.

In particolare, è nella c.d. interpretazione per valori e, segnatamente, nella interpretazione costituzionale, che pare dover giocare un ruolo sempre più centrale il metodo della integrazione reciproca tra esperienze giuridiche.

È l'attività ermeneutica che sembrerebbe più di altre, allo stato, concorrere al processo di “giuridificazione” della globalizzazione.

---

consacrazione di alcuni diritti fondamentali, dalla delineazione di una separazione di poteri o di funzioni, dall'istituzione di un sistema di garanzie».

<sup>65</sup> Cfr. S. CASSESE, *Oltre lo Stato*, Bari, 2006, p. 62, secondo cui, pur in assenza di una base costituzionale del più sviluppato diritto amministrativo globale, vi sono segni «di un processo di costituzionalizzazione del diritto internazionale: riconoscimento di diritti umani, disciplina delle fonti del diritto, affermazione di una potestà punitiva e di una disciplina penalistica».

<sup>66</sup> Sempre S. CASSESE, *op. cit.*, p. 181, ricorda come gli studi comparativi relativi alle costituzioni assumano che «il costituzionalismo si estenda oltre lo Stato; che vi siano ideali costituzionali universali; che i diritti costituzionali nazionali siano influenzati da quelli di altri Paesi; che nell'interpretazione della costituzione si possa fare ricorso all'autorità di diritti stranieri, per lo stesso motivo per cui sarebbe sciocco non usare il chinino solo perché non cresce nel proprio orto (...)».

Per altro verso, il processo di globalizzazione – non solo, dunque, dei mercati o delle comunicazioni - concorrerebbe a rendere sempre meno “tiranna” la posizione dei valori<sup>67</sup> e, specularmente, sempre meno arbitraria l’interpretazione degli stessi.

---

<sup>67</sup> L’espressione, tratta dal celebre saggio di SCHMITT C., *La tirannia dei valori*, in *Rassegna di diritto pubblico*, 1970, p. 27, è stata utilizzata per la prima volta da Nicolai Hartmann. Schmitt, nel suo saggio, cita il passo in cui il filosofo ebbe ad osservare che «ogni valore, una volta che abbia guadagnato potere su una persona, ha la tendenza ad erigersi a tiranno unico di tutto l’ethos umano, e ciò a spese di altri valori, anche di quelli che non gli sono diametralmente opposti», così N. HARTMANN, *Ethik*, Berlino, 1926, p. 524.

# **NORMATIVA COVID 19 E COSTITUZIONE DISCUSSIONE SULLE NOSTRE LIBERTÀ\***

**Giuliano Scarselli**

*Professore ordinario nell'Università di Siena – Avvocato*

**SOMMARIO:** **1.** L'art. 16 Cost. e il diritto alla libera circolazione. – **2.** L'art. 13 Cost. e il diritto alla libertà personale. – **3.** L'art. 14 Cost. e il diritto all'inviolabilità del domicilio. – **4.** L'art. 32 Cost. e (l'obbligo o) la libertà di vaccinazione. – **5.** L'art. 32 Cost., il segreto medico e il diritto alla riservatezza del paziente.

---

\* Parte di questo scritto, e con diverso titolo, è stato oggetto di una mia relazione tenuta ad un incontro di studio organizzato da AIAF Lombardia (Associazione italiana avvocati della famiglia) il 21 dicembre 2020. Lo scritto è dedicato a mia moglie Maria, quale piccolo segno di ringraziamento per le tante cose che mi dona.

## 1. L'art. 16 Cost. e il diritto alla libera circolazione.

1. Entro senza alcun preambolo nella trattazione delle questioni rese oggetto di questo scritto, solo premettendo che il tutto viene fatto da parte mia con la massima modestia, e semplicemente con l'intento di sollevare temi di discussione che certamente possono trovare altri su posizioni diverse.

Inizio queste analisi dal diritto alla circolazione, il quale, non v'è dubbio, può trovare delle limitazioni per ragioni di salute.

Ciò è espressamente sancito dall'art. 16 Cost. per il quale *“Ogni cittadino può circolare e soggiornare liberamente in qualsiasi parte del territorio nazionale, salvo le limitazioni che la legge stabilisce in via generale per motivi di salute e di sicurezza”*.

Il problema, però, è che nell'ottica dei nostri costituenti tale limite era inteso come un divieto, potremmo dire, di *“moto a luogo”*, ovvero come impossibilità di recarsi in un luogo perché in quel luogo vi sono ragioni di salute o di sicurezza che ostano allo spostamento, mentre oggi si invoca questa norma a copertura costituzionale di un divieto che potremmo invece definire di *“moto da luogo”*, ovvero a copertura di disposizioni che vietano al cittadino di spostarsi da dove si trova in qualunque altro luogo ove questi voglia recarsi.

In questo modo, il divieto di circolazione assume evidentemente un significato diverso, poiché non costituisce più un divieto che ha ad oggetto *un luogo*, ma rappresenta più incisivamente un divieto che ha ad oggetto *la persona*; e quindi il tutto, direi, si pone probabilmente oltre e fuori la disciplina dell'art. 16 Cost. (su questa distinzione, in senso analogo, mi sembra MAZZIOTTI *Circolazione e soggiorno (libertà di)*, *Enc. del Diritto*, Milano, 1960, VII, 16, il quale ha scritto: *“Quando uno di tali provvedimenti impone un obbligo positivo di circolare o soggiornare solo entro una data circoscrizione territoriale, esso limita la libertà personale, mentre, se contiene esclusivamente un obbligo negativo di non circolare o soggiornare in determinati parti del territorio, limita la libertà di circolazione e di soggiorno”*).

Oltre a ciò, deve anche sottolinearsi che l'art. 16 Cost. pone il diritto di circolazione quale regola e il divieto al diritto di circolazione quale eccezione, e quindi il divieto di circolazione, quale eccezione ad una regola, deve avere dei limiti temporali, ovvero deve darsi non solo per casi eccezionali, ma anche per tempi contenuti.

Al contrario, noi siamo ora in gennaio 2021 a fronte di uno stato di emergenza dichiarato il 31 gennaio 2020, quindi è un anno che siamo in questa situazione, e v'è da chiedersi se un anno di tempo possa continuare a considerarsi un tempo eccezionale rispetto al diritto di circolazione riconosciuto a tutti i cittadini dalla carta costituzionale.

E così, dunque, mentre l'art. 16 Cost. prevede il divieto di recarsi per ragioni sanitarie in luoghi determinati per periodi di tempo determinati, la normativa Covid

19 prevede l'impossibilità di muoversi dal luogo dove ci si trova per un tempo che, continuamente prorogato, non può più dirsi determinato.

Personalmente, sia consentito, ho forti dubbi che questi limiti possano giustificarsi alla luce dell'art. 16 Cost.

Peraltro, non sono mancati, e non mancano, provvedimenti che non solo vietano ogni moto a luogo, ma altresì impediscono alle persone di raggiungere le proprie proprietà (o altri immobili dei quali possano avere possesso o detenzione) se non costituenti abitazione principale.

Ora, che ognuno di noi debba evitare di assemblarsi quale comportamento volto alla prevenzione dei contagi è evidente (e una cosa è assemblarsi, altra cosa circolare) ma che taluno, magari individualmente e con proprio mezzo privato, non possa recarsi in una sua proprietà se poi, raggiunta la stessa, rispetta tutte le norme sanitarie relative al luogo dove la proprietà si trova, sinceramente penso sia divieto che possa essere considerato oltre il dettato dell'art. 16 Cost.

Non ha infatti precedenti nella nostra storia repubblicana che si vieti a taluno di potersi recare presso un immobile del quale abbia la proprietà e/o la disponibilità.

Ma questo è quanto, viceversa, sta avvenendo in questo periodo.

**1.1.** Si dirà che siamo in una situazione di emergenza e ciò giustifica soluzioni che possono apparire non perfettamente in linea con i dettati della costituzione.

Io credo, però, che ogni giurista debba porre la distinzione tra *crisi sanitaria*, la cui esistenza non può essere messa in discussione, e *Stato di emergenza*, la cui esistenza è viceversa discutibile.

Lo Stato di emergenza è stato infatti dichiarato dal Consiglio dei Ministri in base agli artt. 7, 1° comma lettera c) e 24, 1° comma del decreto legislativo 2 gennaio 2018 n. 1, ovvero in base a legge ordinaria detta *Codice della protezione civile*, e non in base a Costituzione.

Ora, io credo che nessuno possa pensare che lo *Stato di emergenza* dichiarato in base alla normativa della protezione civile possa far venir meno i diritti previsti dalla carta costituzionale; e ciò appare confermato proprio dalla circostanza che quella legge prevede infatti che detta emergenza sia dichiarata dal Consiglio dei Ministri, con un atto che non possa al vaglio ne' della Presidenza della Repubblica ne' del Parlamento. Par evidente, al contrario, che ove lo stato di emergenza avesse avuto conseguenze di rilevanza costituzionale, lì sarebbero stati necessari gli interventi del Parlamento e della Presidenza della Repubblica.

Conferma di ciò si ha altresì dalla circostanza che per lo stesso d. lgs. 1/2018 lo Stato di emergenza di cui all'art. 7, semplicemente autorizza "l'emanazione delle ordinanze di protezione civile di cui all'articolo 25", ovvero autorizza provvedimenti che sono stati pensati per far fronte, ad esempio, ad un terremoto o ad una alluvione, ma non ad una pandemia virale quale quella che stiamo vivendo, e che comunque

devono essere adottati, sempre in forza dell'art. 25 d. lgs. 1/2018, *“nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico e dell'Unione europea”*.

Dunque, pare fuori da ogni ragionevole dubbio che uno stato di emergenza dichiarato dal Consiglio dei Ministri in base alle norme del codice della protezione civile non può far venir meno i principi della nostra carta costituzionale ne' quelli dell'Unione europea (in questo senso direi oggi anche Trib. Roma, 16 dicembre 2020 n. 45986).

Ne', si aggiunga, la normativa anti Covid 19 che ne è seguita può essere giustificata quali provvedimenti della P.A. c.d. contingibili ed urgenti il base al vecchio TU di pubblica sicurezza, poiché anche le ordinanze contingibili ed urgenti, già con le pronunce della Corte costituzionale 2 luglio 1956 n. 8 e Corte Cost. 27 maggio 1961 n. 26, in tanto sono legittime in quanto non portino deroga ai valori costituzionali e non intervengano in materie coperte da riserva di legge.

**1.2.** Ciò premesso, il diritto di circolazione dei cittadini è attualmente regolato in questo modo:

a) all'interno del territorio nazionale ciò dipende da un colore che si dà alla regione; se il colore è giallo si hanno maggiori libertà, se il colore è arancione si hanno minori libertà, e se infine il colore è rosso le libertà si riducono quasi completamente; da precisare che anche se la regione si colloca in colore giallo vi sono egualmente dei limiti alla circolazione, primo fa tutti il coprifuoco dopo le ore 22,00 e la chiusura di bar e ristoranti dalle ore 18,00.

b) Viceversa, per quanto riguarda la possibilità di recarsi all'estero, da tempo esiste un allegato n. 20 con il quale, all'interno delle lettere A, B, C, D e E, si collocano gli Stati esteri, anche della Comunità europea e anche appartenenti all'accordo Schengen; ed anche qui, a seconda di dove si trovi lo Stato, discendono limiti alla circolazione più o meno incisivi.

Orbene, il problema è che il colore alla regione, o l'inserimento di uno Stato estero in una lettera piuttosto che in un'altra, dipende da un provvedimento del Ministro della Salute, così come risulta, fra i tanti provvedimenti, dagli artt. 2 e 3 del DPCM 3 novembre 2020.

Ora, se prima della pandemia qualcuno ci avesse detto che le libertà dei cittadini dipendono da provvedimenti di un Ministro, avremmo gridato allo scandalo, e avremmo detto che la cosa è totalmente in contrasto non solo con la lettera ma anche con lo spirito della nostra carta costituzionale.

Tuttavia oggi è proprio questa la realtà che stiamo vivendo.

A questa osservazione si replicherà che i provvedimenti del Ministro della salute non devono considerarsi in violazione della riserva di legge contenuta nell'art. 16 Cost. in quanto il Ministro prende delle decisioni non solo sulla base di dati tecnico/scientifici, ma anche legittimato a ciò da un decreto del Presidente del

Consiglio dei Ministri, DPCM, il quale poi è legittimato da un decreto legge, DL; dal che la riserva di legge contenuta nell'art. 16 Cost. è osservata, perché rispettata dalla catena che si crea dalla connessione dei vari atti normativi, dal primo fino all'ultimo.

Ma è chiaro, anche qui, che questo ragionamento con difficoltà può farsi nelle ipotesi di riserva di legge c.d. rafforzata, o assoluta, qual è quella, direi, contenuta nell'art. 16 Cost.

Da sempre si è ritenuto che in ipotesi di riserva di legge rafforzata, le deroghe ai diritti costituzionalmente garantiti devono essere date direttamente dalla legge, e non delegate a fonti normative secondarie, se non per aspetti di mero dettaglio.

Alla luce di ciò, dunque, resta dubbio che provvedimenti del Ministro della Salute, ancorché dipendenti da altri, possano incidere sul diritto costituzionale dei cittadini alla libera circolazione; e discorso analogo vale con riferimento ai DPCM, anche perché ai sensi dell'art. 76 Cost. il Parlamento può delegare la funzione legislativa al Governo inteso in senso collegiale, ma non al suo Presidente singolarmente con l'emanazione di atti aventi natura amministrativa (in questo senso direi oggi anche Trib. Roma, 16 dicembre 2020 n. 45986).

Peraltro, poi, da aggiungere, che per il nostro sistema costituzionale un decreto legge è legittimo se convertito in legge entro sessanta giorni dal Parlamento, e v'è da chiedersi altresì se l'emanazione di decreti legge che hanno vigore per 15/20 giorni, e/o di DPCM che hanno efficacia temporanea e che poi vengano continuamente rinnovati, siano rispettosi degli artt. 76 e 77 Cost. (in questo senso direi oggi anche TAR Lazio, 4 dicembre 2020 n. 7468).

## **2. L'art. 13 Cost. e il diritto alla libertà personale.**

2. I problemi principali, però, sorgono quando la riflessione si sposti dall'art. 16 Cost. all'art. 13 Cost. ovvero si sposti dal diritto alla circolazione a quello della libertà personale.

E' evidente, infatti, che se io colloco il divieto di *allontanarsi dalla propria residenza se non per spostamenti individuali limitati nel tempo e nello spazio*, secondo la formula adottata in numerosi decreti, quale limite alla libertà personale e non solo al diritto di circolazione, lì la questione diventa più delicata, poiché, come è noto, l'art. 13 Cost. considera il diritto alla libertà personale quale diritto inviolabile, nonché diritto garantito da una doppia riserva, di legge e di giurisdizione.

E, se questo è vero, ne' il Governo ne' il Parlamento possono disporre restrizioni della libertà personale, poiché trattasi di un diritto inalienabile (art. 2 Cost.), che nessun'altra ragione può impedire, e che, se del caso, può essere contratto solo nelle strette ipotesi previste dalla legge con provvedimento dall'autorità giudiziaria.

Dal che, in questi termini, tutta la legislazione anti Covid 19 avente ad oggetto restrizioni della libertà personale sarebbe da considerare incostituzionale.

2.1. Ora, a fronte di questa radicale posizione, si potrebbero sollevare talune obiezioni, la prima tra le quali è quella che l'art. 13 Cost. si riferisce solo ai limiti di libertà dovuti ad arresto e detenzione e non può applicarsi ad altri casi.

L'obiezione, però, se sollevata, non coglierebbe nel segno, perché, come è noto, l'art. 13 Cost. espressamente aggiunge alle ipotesi di detenzione, ispezione e perquisizione personale *"qualsiasi altra restrizione della libertà personale"*; dal che è chiaro che l'art. 13 Cost. non ha inteso limitare le garanzie della riserva di legge e di giurisdizione alle sole ipotesi di traduzione in carcere o di soppressione assoluta della libertà personale.

Peraltro, ciò è quanto emerge dagli stessi lavori dell'Assemblea costituente, e può al riguardo leggersi ancora una volta l'intervento di CORSANEGO, condiviso da tutti i partecipanti alla sottocommissione e per il quale: *"E' favorevole a conservare nel primo capoverso dell'articolo la formula proposta dai relatori. La libertà personale non si viola soltanto coll'arresto e con il fermo di polizia; vi sono state o vi sono altre forme di violazione della libertà personale"* (v. Prima Sottocommissione, seduta del 12 settembre 1946, Roma, 1971, VI, 348).

2.2. Una seconda obiezione è quella di chi considera la libertà personale un semplice valore liberale, individualistico; addirittura v'è stato chi ha detto che, in questo momento, difendere la libertà personale è tenere un comportamento egoistico, e quindi tenere un comportamento non meritevole di tutela.

Ora, se pur sia vero che la libertà personale è un valore dell'individuo, è parimenti vero che essa è parimenti un valore universale, già riconosciuto tra quelli contenuti nella *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789*, e quindi non è solo un valore liberale, o tanto meno un valore da potersi bollare quale egoistico.

Al riguardo mi preme ricordare che in Assemblea Costituente i maggiori difensori e propulsori dell'art. 13 Cost. furono Palmiro Togliatti e Aldo Moro, e quindi le sinistre e il mondo cattolico, non i laici o i liberali.

Ed in particolare ricordo che a LOMBARDI, il quale riteneva sufficiente tutelare la libertà personale con una mera riserva di legge, si opposero proprio Palmiro Togliatti e Aldo Moro, secondo i quali, trattandosi la libertà personale di un diritto inalienabile, essa non poteva essere rimesso al legislatore e doveva necessariamente essere fissato in costituzione come diritto inalienabile. (MORO *"rileva che l'onorevole Lombardi ha delle idee singolari sui rapporti tra costituzione e leggi speciali"*). (TOGLIATTI *"rinviare tutto alla legge apre una quantità di eccezioni e allora sarà la legge che deciderà l'habeas corpus e non la costituzione.....Per quanto riguarda la questione di rinviare alla legge o specificare in sede costituzionale, è d'accordo con l'onorevole Moro. Tutti questi rinvii distruggono l'habeas corpus il quale non verrebbe più ad essere quello che tutti vogliono"* (in

Sottocommissione nell'Adunanza tenutasi in data 12 settembre 2046, Roma, VI, 344-5).

**2.3.** Una terza obiezione è quella che in questo momento storico v'è da tutelare la salute, e il dovere di tutelare la salute supera ogni altra libertà che ai cittadini possa esser riconosciuta dalla costituzione, dal che ha poco senso, in questo contesto, richiamare l'art. 13 Cost.

Si tratta di un tema delicatissimo, poiché se da una parte nessuno mette in discussione il valore della salute e il dovere dello Stato di proteggerla, dall'altra parte gli equilibri tra contrapposti valori devono, o dovrebbero, sempre trovare disciplina direttamente nella carta costituzionale, poiché se l'equilibrio viene dato fuori dalla carta costituzionale, e con operazioni che non emergono in modo chiaro dal testo scritto della costituzione, allora tutto diventa incerto e relativo.

L'art. 13 Cost., a differenza dell'art. 16 Cost., non pone condizioni al diritto alla libertà personale, e quindi porre ad esso dei limiti che non emergono dal tenore letterale della norma è, a mio sommessimo parere, operazione rischiosa.

Anche perché, par evidente, oggi, nel far ciò, si contrappone alla libertà personale un valore senz'altro fondamentale quale quello della salute, ma domani potrebbe contrapporsi un altro valore, e poi un altro ancora, e, alla fine, se passa il principio secondo il quale il potere politico ha la possibilità di contrapporre al riconoscimento dei diritti costituzionali una contrapposta esigenza, non prevista dal testo della carta ma egualmente affermata esistente, e che ne' impedisce in concreto il riconoscimento, allora quei diritti costituzionali non esistono più, e cadono, così, nell'ambito della discrezione.

Se si vuole, una simile operazione è addirittura in contrasto con la stessa funzione di una carta costituzionale.

Se qualcuno di noi ancor oggi si dovesse domandare a cosa serve una carta costituzionale, si dovrebbe senz'altro rispondere che essa serve ad assicurare ai cittadini certi diritti sociali, politici e di libertà a fronte dalle ingerenze del potere politico, e per questo sorsero infatti le costituzioni dopo la rivoluzione francese, dalle costituzioni c.d. ocriate dell'ottocento fino a quelle dei nostri giorni.

Ma se, tutto al contrario, questa garanzia viene meno, allora rischia di venire meno anche il senso di una carta costituzionale.

**2.4.** Una ultima obiezione che può sollevarsi all'applicazione al caso di specie dell'art. 13 Cost. è quella di rilevare che, per quanto sia vero che la norma non si riferisce solo alla detenzione e all'arresto, essa comunque entra in gioco solo ove si abbia una sufficiente limitazione alla libertà del corpo, ove si abbia, cioè, una concreta offesa a *l'habeas corpus*, e quindi una degradazione della dignità della persona; e poiché, invece, il precetto di non uscire di casa se non per ragioni di

necessità non costituisce una vera e propria offesa a *l'habeas corpus*, il richiamo all'art. 13 Cost. non è pertinente.

Certo, se qualcuno ritiene che una permanenza domiciliare per tempo da considerare indeterminato non costituisca limitazione alla libertà del corpo, allora è evidente che l'art. 13 Cost. non può essere invocato; però io credo che sostenere una simile cosa comporti un mutamento dei rapporti tra cittadino e Stato, e significa far scadere la libertà delle persone da diritto naturale a facoltà concessa dal potere politico; significa negare la nostra storia, che dall'umanesimo all'illuminismo, dalla rivoluzione francese alla lotta partigiana, ha fatto della libertà il primo valore dell'uomo.

La Corte costituzionale ha asserito da tempo che l'art. 13 Cost. rileva in tutte le ipotesi nelle quali si abbia una menomazione o mortificazione della dignità o del prestigio della persona, e in questo ambito ha ricompreso, ad esempio, l'ipotesi del prelievo ematico (Corte Cost. 9 luglio 1996 n. 238) o dell'ammonimento (Corte Cost. 3 luglio 1956 n. 11); e se un prelievo ematico o un ammonimento, o addirittura una ispezione corporale, richiamata espressamente dall'art. 13 Cost. (v. anche Corte Cost. 5 febbraio 1975 n. 23) costituiscono degradazione della persona, trovo difficile che una permanenza domiciliare non abbia invece questa caratteristica.

Altrimenti, un domani, il potere politico potrebbe imporre questa misura anche a prescindere dall'esigenza di contenere la propagazione di un virus, e magari ogni volta pretendere di alzare l'asticella del concetto di *habeas corpus*, fino a ricomprendere le sole ipotesi di arresto e detenzione, in contrasto con il tenore e lo spirito dell'art. 13 Cost.

Abbiamo, al contrario, tutti, il dovere di non dimenticare il nostro passato; ed anzi io credo che il fatto che qualcuno ritenga oggi normale che le persone possano al massimo andare a lavorare e poi stare a casa, costituisca uno dei problemi, oltre la pandemia, che questa epoca purtroppo sta vivendo.

### **3. L'art. 14 Cost. e il diritto all'inviolabilità del domicilio.**

3. Meno problematiche sono invece le questioni legate all'art. 14 Cost. e all'inviolabilità del domicilio.

Seppur l'ultimo DL 18 dicembre 2020 n. 172 abbia previsto all'art. 1 che: "*Durante i giorni compresi tra il 24 dicembre 2020 e il 6 gennaio 2021 è altresì consentito lo spostamento verso una sola abitazione privata, ubicata nella medesima regione, una sola volta al giorno, in un arco temporale compreso fra le ore 5,00 e le ore 22,00 e nei limiti di due persone ulteriori rispetto a quelle ivi già conviventi, oltre ai minori di anni 14 sui quali tali persone esercitano la potestà genitoriale*", e quindi abbia previsto limiti che concernono la vita all'interno delle abitazioni, a nessuno, quanto meno al momento, è venuto in mente di poter

effettuare controlli del rispetto di queste norme all'interno delle case private, poiché ogni controllo all'interno dell'abitazione è disciplinato dall'art. 14 Cost., che regola l'inviolabilità del domicilio allo stesso modo di come è regolata la libertà personale dall'art. 13 Cost., ovvero con la doppia riserva di legge e di giurisdizione; cosicché nessun controllo dentro ambienti privati è possibile se non per provvedimento dell'autorità giudiziaria.

Duole poi constatare che la forma utilizzata dal decreto non è quella di vietare certi spostamenti o certi raduni in negativo, ma quella di consentirli in positivo ("*è altresì consentito lo spostamento*", ecc.....), come se lo spostamento verso una abitazione privata fosse comportamento da necessitare autorizzazione da parte del potere politico.

E duole anche leggere espressioni quali quelle *una sola volta al giorno, in un arco temporale compreso fra le ore 5,00 e le ore 22,00*, poiché l'espressione, oltre a suscitare dubbi circa il corretto equilibrio tra le contrapposte esigenze della tutela della salute da una parte e del rispetto delle libertà personali dei cittadini dall'altra parte, può suonare, direi, offensiva.

Evidentemente si considera normale trattare i cittadini come irresponsabili cui vanno imposti i giusti comportamenti che altrimenti senz'altro non terrebbero, o come ignoranti a cui servono solo educazione e rigore.

Non era questa, però, sia consentito, l'idea di *popolo* che ebbero i nostri costituenti con gli artt. 1, 2 e 3 Cost.

In questo contesto è da ricordare anche l'art. 17 Cost. il quale pone limiti al diritto di riunione se trattasi di riunione in luogo pubblico o aperto al pubblico, ma non pone alcun limite per la riunione di più persone in ambito e in ambienti privati, visto che il 1° comma dispone quale principio generale che "*I cittadini hanno diritto di riunirsi pacificamente e senz'armi*".

Sta però egualmente alla responsabilità di ognuno di noi di evitare che anche in ambito privato si formino riunioni in grado di compromettere la salute.

#### **4. L'art. 32 Cost. e (l'obbligo o) la libertà di vaccinazione.**

4. Un tema attualissimo è poi quello della vaccinazione.

Qui, evidentemente, in discussione non è il vaccino, che costituisce un bene che sta fuori da ogni possibile, serio dibattito, ma solo la sua giuridica obbligatorietà, visto che, seppur in via generale si affermi che ognuno debba avere al riguardo libertà di scelta, non manca chi, in modo più o meno diretto, affermi invece che il vaccino debba essere reso obbligatorio per la tutela della salute pubblica.

In questo ultimo caso, poi, si tratterebbe di stabilire quale sanzione prevedere per chi non si adegui a tale obbligo.

Tra queste contrapposte posizioni, infine, v'è anche chi sostiene che la vaccinazione possa rimanere libera, e tuttavia chi non si vaccini debba essere escluso dall'esercizio di certi diritti.

Si è detto, da parte di questi ultimi, che potrebbe crearsi un c.d. "patentino" del vaccino, così da disporre che chi si trovi senza "patentino" non possa più accedere nei posti di lavoro, in aeroporto, in treno, recarsi all'estero, se non addirittura a teatro, al cinematografo, al ristorante, al bar.

Questi, dunque, i temi da approfondire, sulla premessa tuttavia che obbligare taluno a vaccinazione costituisce, evidentemente, trattamento sanitario obbligatorio, e quindi che l'eventuale obbligo di vaccinazione non può, se del caso, che esser stabilito per legge, visto che l'art. 32, 2° comma Cost. recita che *"Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge"*.

**4.1.** Ora, in via preliminare, vorrei evidenziare che a mio parere le scelte che si possono fare sono solo due, e sono quelle di rendere la vaccinazione libera oppure obbligatoria, mentre non è pensabile, e non ha senso, sostenere che la vaccinazione possa essere libera ma chi non si vaccini debba subire talune conseguenze sanzionatorie.

L'obbligatorietà di un precetto giuridico, infatti, è strettamente connessa alla sanzione prevista per la sua violazione; cosicché, tutte le volte che un precetto è subordinato ad una sanzione, quel precetto non è mai libero, ma sempre, appunto, dovuto.

E quindi, se la mancata vaccinazione viene sanzionata, quella vaccinazione è obbligatoria; al contrario, se la si vuole lasciare libera nessuna conseguenza pregiudizievole deve essere immaginata per il cittadino che abbia fatto la scelta di non vaccinarsi.

Ciò è detto, sia chiaro, anche ai fini della riserva di legge di cui all'art. 32 Cost.

Non si pensi, infatti, di poter evitare la riserva di legge immaginando che la vaccinazione sia libera, e quindi la sua disciplina non necessiti di trovarsi nella legge, ma poi, con atti normativi secondari diversi dalla legge, si creda di sanzionare chi non si vaccini o regolare il c.d. patentino del vaccino.

Ciò, a mio parere, costituirebbe violazione dell'art. 32 . 2° comma Cost., poiché, come detto, se la mancata vaccinazione ha delle conseguenze pregiudizievoli, quelle conseguenze pregiudizievoli costituiscono sanzione; e se la mancata vaccinazione è sanzionata, allora la vaccinazione è obbligatoria; ed ancora, se la vaccinazione è obbligatoria, allora il tutto deve essere regolato dalla legge nel rispetto del principio costituzionale richiamato.

**4.2.** Quanto alla legittimità costituzionale dell'obbligo vaccinale anti Covid 19 per tutti, io nutro delle perplessità che qui mi permetto di esternare.

a) In primo luogo vorrei sottolineare che a mio parere la questione è nuova, poiché il tema di vaccini obbligatori nei confronti di adulti in modo generalizzato non è mai stato affrontato dalla Corte costituzionale.

La Corte costituzionale si è pronunciata in materia ad oggi in soli due casi: a) questioni varie collegate ai vaccini obbligatori che riguardino i minori *ex l.* 28 luglio 2017 n. 119 (Corte Cost. 22 giugno 1990 n. 307; Corte Cost. 27 marzo 1992 n. 132; Corte cost. 23 giugno 1994 n. 258, e Corte Cost. 18 gennaio 2018 n. 5); b) e ipotesi di indennizzo per danni derivanti da vaccini in ipotesi di non obbligatorietà degli stessi soprattutto *ex art.* 1 della l. 25 febbraio 1992 n. 210 (Corte Cost. 18 aprile 1996 n. 118; Corte Cost. 26 febbraio 1998 n. 27; Corte Cost. 22 giugno 2000 n. 226; Corte Cost. 16 ottobre 2000 n. 423; Corte Cost. 26 aprile 2012 n. 107; Corte Cost. 14 dicembre 2017 n. 268; Corte Cost. 23 giugno 2020 n. 118).

Io ritengo, pertanto, che questa giurisprudenza non abbia un'attinenza centrale per risolvere la questione; e tuttavia, anche a voler andare di contrario avviso, e ritenere viceversa quelle pronunce risolutive, il problema non muta, perché è quella stessa giurisprudenza a chiedere di valutare, per la liceità dell'obbligo, *“se il trattamento sia diretto non solo a migliorare o a preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato ma anche a preservare lo stato di salute degli altri “* (così, per tutte, Corte Cost. 22 giugno 1990 n. 307 e Corte cost. 23 giugno 1994 n. 258).

E poiché la scienza medica, allo stato attuale, non assicura né che il vaccino non sia pregiudizievole per chi lo riceve, né che il vaccino possa evitare al vaccinato di trasmettere ad altri l'infezione, va da sé che non vi sono comunque i presupposti voluti dalla Corte costituzionale per stare nei limiti dell'art. 32 Cost.

b) In secondo luogo ricordo che l'obbligatorietà vaccinale che taluni immaginano costituirebbe una novità nel nostro sistema; ad oggi non mi risulta si siano mai avuti obblighi vaccinali generalizzati nei confronti di persone adulte, e ogni trattamento sanitario obbligatorio è stato normalmente circoscritto e previsto per soggetti non capaci, quali i minori e/o i portatori di deficit mentali, come anche si ricava dagli artt. 33 e ss. l. 23 dicembre 1978 n. 833; e ciò anche perché, se un trattamento sanitario viene reso obbligatorio per la persona capace, esso contrasta con il diritto alla libertà di cura e al consenso informato, che pure sono considerati valori a protezione costituzionale (sulla libertà di cura v. ora anche TAR Lazio, 12 dicembre 2020 n. 7097).

c) La stessa vaccinazione obbligatoria su minori, in realtà, è obbligatoria solo da un punto di vista teorico, poiché in pratica il legislatore non è andato oltre certi limiti, se solo si pensa che ai sensi dell'art. 1, 4° comma del DL 73/2017 il mancato rispetto delle vaccinazioni comporta una sanzione amministrativa da € 100,00 ad € 500,00, ed esso non ha poi conseguenze personali per i bambini da 6 anni di età, poiché l'art. 3 del medesimo decreto legge prevede che il vaccino costituisca condizione di accesso alle sole scuole dell'infanzia e agli asili, mentre *“per gli altri gradi di istruzione”* (ovvero già

dalle scuole elementari) “la presentazione della documentazione di cui al comma 1 non costituisce requisito di accesso alla scuola e agli esami”.

d) Si afferma, poi, che il vaccino serve per la protezione della salute di chi si vaccina e così, al tempo stesso, per la tutela della salute degli altri.

Su questa affermazione, corretta, devono però a mio sommo parere darsi alcune precisazioni sia per quanto attenga alla *salute per sé* e sia per quanto attenga alla *salute per gli altri*.

E per quanto attenga alla salute di chi si vaccina, se trattasi di persona adulta e capace di intendere e volere, la vaccinazione non può essere imposta, poiché ciò contrasterebbe con la libertà di cura del singolo, visto che ognuno di noi, per sé, ha diritto di stabilire quali rischi sanitari correre e quali invece evitare, e ciò emerge in modo chiaro dal nostro sistema in base alla legge 22 dicembre 2017 n. 219, detta del “consenso informato”, e in forza di pronunce che già si sono avute sul diritto alla libertà di cura di cui a Corte Cost. 16 novembre 2018 n. 207 e Corte Cost. 22 novembre 2019 n. 242, e, prima ancora, a Corte Cost. 23 dicembre 2008 n. 438 e Corte Cost. 30 luglio 2009 n. 253.

e) Ovviamente il tema centrale non è quello della *salute per sé* bensì quello della *salute per gli altri*.

Ora, direi, che il problema nemmeno si pone se è vero quello che molti sostengono, ovvero che il vaccino, per lo meno al momento, interviene sulla malattia ma non sul virus, e ciò nel senso che chi si vaccina evita di ammalarsi, ma può egualmente trasmettere ad altri il virus.

Se così è, si comprende allora che il vaccino, costituendo solo protezione per chi si vaccina, non può essere imposto, proprio perché non in grado di svolgere alcuna funzione di protezione e/o prevenzione per gli altri.

E parimenti il problema nemmeno si pone se obbligare alla vaccinazione si consideri una violazione del *habeas corpus*, poiché in questo caso, di nuovo, l'obbligatorietà del vaccino sarebbe esclusa dall'art. 13 Cost. in combinato disposto con l'art. 32 Cost.

Ad ogni modo, anche a voler ritenere eccessiva questa ultima considerazione, ricordo che la libertà di determinazione del proprio corpo era quanto, nel diritto romano, contrapponeva gli schiavi alle persone libere, e oggi contrappone gli Stati democratici a quelli dittatoriali.

f) Ed inoltre, anche se così non fosse, ovvero anche se il vaccino dovesse proteggere gli altri, salvo commettere errori dovuti alla circostanza che, evidentemente, non sono un medico, direi che il non vaccinato non ha comunque alcuna possibilità di contaminare il vaccinato, perché il vaccinato, diremmo con linguaggio giuridico, è vaccinato *erga omnes*; dal che il non vaccinato potrebbe, se del caso, solo contaminare chi parimenti non si sia sottoposto al vaccino, ovvero solo chi,

come lui, e fuori dei rarissimi casi nei quali un soggetto non possa vaccinarsi per ragioni indipendenti dalla sua volontà, abbia accettato il rischio sanitario.

Si vede, allora, che l'idea che taluno possa vaccinarsi per la salute degli altri vale normalmente nei confronti di quei soggetti che parimenti abbiano fatto la scelta di non vaccinarsi, ovvero di chi volontariamente abbia accettato quel medesimo rischio a cui si è sottoposto il soggetto che dovrebbe essere il portatore della malattia.

E dunque, se così è, si può affermare che chi non si vaccina può danneggiare solo chi come lui abbia fatto la medesima scelta, non altri che al vaccino si siano sottoposti; e quindi, si comprende, diventa in questi termini difficile immaginare la sussistenza di un interesse pubblico alla salute che prevalga sul diritto di libertà ai trattamenti sanitari.

g) Infine, anche nella ipotesi si dovesse invece ritenere corretto rendere obbligatoria la vaccinazione anti Covid 19, troverei in ogni caso fuori luogo prevede che la mancata vaccinazione possa comportare la degradazione di alcuni diritti della persona, quali quelli, ad esempio, del posto di lavoro, di andare all'estero, al cinematografo, al ristorante, al bar.

Io credo che regole minime di civiltà giuridica impongano al legislatore di non sanzionare illeciti civili o amministrativi con la degradazione dei diritti della persona. Una idea del genere mi fa tornare in mente una vecchia norma, ovvero l'art. 7 della legge 9 dicembre 1998 n. 431, dichiarato infatti incostituzionale due anni dopo da Corte Cost. 5 ottobre 2001 n. 333, che prevedeva che al mancato adempimenti degli obblighi fiscali relativi alla casa il proprietario immobiliare perdesse il diritto all'azione di rilascio assicurata dall'art. 24 Cost.

E credo, *mutatis mutandis*, che anche con riferimento ai vaccini anti Covid 19, debba ribadirsi il principio secondo il quale una sanzione non può avere ad oggetto la perdita di uno o più diritti costituzionalmente garantiti, poiché immaginare cose del genere significa imbarbarire il nostro sistema giuridico, e perché le sanzioni amministrative si configurano di regola quali sanzioni pecuniarie in base all'art. 10 della legge 24 novembre 1981 n. 689. Ne' possono crearsi nuove sanzioni amministrative di tipo non pecuniario, poiché nella misura in cui il nostro sistema riconosce le pene accessorie solo a fronte di delitti puniti con particolare severità, queste non possono darsi a fronte di un illecito amministrativo quale potrebbe essere quello della mancata vaccinazione; ne' ancora, e per finire, può argomentarsi che il nostro sistema conosce anche talune sanzioni amministrative accessorie, poiché esse, soprattutto presenti nel codice della strada, hanno sempre durata limitata nel tempo, attengono ad aspetti del tutto secondari. e non sono certo capaci di incidere su momenti centrali della vita della persona.

## 5. L'art. 32 Cost., il segreto medico e il diritto alla riservatezza del paziente.

5. Desidero porre l'ultima riflessione sul segreto medico, e premetto che si tratta di argomento affrontato qui solo per cenni, con questioni tutte che andrebbero meglio studiate e approfondite.

Direi che, da sempre, il rapporto tra medico e paziente è caratterizzato dal c.d. segreto medico, ovvero dal dovere del medico di non trasmettere a terzi le informazioni e/o le confidenze che il paziente a lui riferisce.

Penso, anzi, si possa affermare che il segreto medico è elemento portante del rapporto di fiducia tra medico e paziente, e che la confidenza, talvolta anche intima, che tra questi deve instaurarsi, poggia proprio sulla regola del segreto, cosicché al dovere del medico al segreto, sta la libertà del paziente di potersi confidare.

Ora, per quanto, evidentemente, il segreto medico già conoscesse in passato dei precisi temperamenti e limiti a tutela della salute pubblica, penso possa dirsi egualmente che, a seguito della pandemia Covid 19, esso ha subito un ribaltamento, tanto che credo non sia errato affermare che esso non esista praticamente più, e che oggi, tutto al contrario, il medico abbia di regola il dovere giuridico di comunicare alla pubblica autorità quanto viene a conoscenza nell'esercizio della sua professione.

In proposito mi limito qui a ricordare l'art. 17 *bis* del DL 17 marzo 2020 n. 27, avente ad oggetto *Disposizioni sul trattamento dei dati personali nel contesto emergenziale*, con il quale si stabilisce che gli operatori sanitari: *“possono effettuare trattamenti, ivi inclusa la comunicazione tra loro, dei dati personali, anche relativi agli articoli 9 e 10 del regolamento (UE) 2016/679, che risultino necessari all'espletamento delle funzioni ad essi attribuite nell'ambito dell'emergenza determinata dal diffondersi del Covid 19”*.

Si tratta, a mio sommesso parere, di una novità di non poco conto, che merita riflessioni anche in ambito giuridico, e che invece fa parte dei temi per niente affrontati con riferimento a questo periodo di emergenza.

5.1. Su questo tema ho trovato un articolo su *Le Monde* del 10 ottobre 2020, (Catherine Vincent, *Le segret medical au risque du Covid 19*), dal quale mi permetto di trarre qualche informazione.

Il segreto medico ha origini antichissime e lo si trova nel giuramento di Ippocrate: *“Ammesso nell'intimità delle persone, io tacerò sui segreti che mi saranno confidati. Ricevuto all'interno delle case, io rispetterò i segreti di quelle famiglie”*. Ma tradizioni non dissimili dalla nostra occidentale si hanno anche in altri ambiti: così, nel *Giuramento di Asaph*, il più antico testo medico ebraico (VI sec. D.c.) si legge che: *“Non rivelerete i segreti che vi sono stati affidati”*; e nel codice di *Mohmed Hosin* (testo islamico scritto in Persia nel XVIII secolo ma che riflette più antiche tradizioni, si legge egualmente che:

*“Il medico deve proteggere i segreti dei pazienti e non rivelarli, specialmente a coloro ai quali i pazienti non vogliono farli conoscere”.*

Seppur il segreto medico non sia sempre adottato e/o seguito nel periodo medioevale, e seppur nel XIII esso non figure nello statuto della facoltà di medicina di Parigi, non di meno esso vi riappare con il rinascimento.

Nel codice civile napoleonico esso viene previsto in modo categorico per tutti i medici e i loro ausiliari, facendo della Francia il primo paese a trasformare una regola deontologica in una di legge.

Agli inizi del XX secolo, con la propagazione della sifilide, malattia trasmissibile e allora mortale, si accende il dibattito tra i medici circa la necessità di mantenere la tradizione del segreto oppure in questi casi porvi deroga.

Il prof. Paul Brouardel (1837 – 1906), preside della facoltà di medicina di Parigi, avverte i colleghi sui rischi di infrangere la tradizione del segreto medico, e, sotto la sua guida, il dibattito porta così ad un compromesso, appunto in grado di non infrangere (*briser*) il segreto medico: l'informazione può darsi alla famiglia, ma non oltre l'ambito familiare.

Con l'avvicinarsi poi ai nostri giorni, con l'evolversi della scienza medica, e con il progressivo aumento dei rapporti di confidenza tra medici e pazienti, il segreto medico ancora si rafforza, così da trovarlo nella dichiarazione di Ginevra adottata dall'Assemblea medica mondiale nel 1948: *“Rispetterò i segreti che mi saranno confidati, addirittura dopo la morte del mio paziente”.*

**5.2.** Ovviamente anche in Italia il principio del segreto medico si perde nella notte dei tempi.

Esso viene sostanzialmente riconosciuto dal regolamento sanitario del Regno d'Italia, r.d. 3 febbraio 1901 n. 45, il quale, anche a fronte delle malattie infettive, non contiene espressa e generalizzata deroga al segreto medico, disponendo che: *“In tutti i casi di malattie infettive e diffusive, il medico curante dovrà dare alle persone, che assistono o avvicinano l'infermo, le istruzioni necessarie per impedire la propagazione del contagio. Nei casi indicati nella lettera a) dell'art. 129, dovrà inoltre suggerire il conveniente isolamento dell'infermo e delle persone che lo assistono, e, all'occorrenza, richiedere dal comune il trasporto del malato in località d'isolamento”.*

Più recentemente, e ovviamente senza alcuna pretesa di completezza, deve ricordarsi per l'infezione HIV, ovvero per i casi di AIDS, che la regola della segretezza è sostanzialmente mantenuta, considerato che l'art. 5 della legge 5 giugno 1990 n. 135 dispone *“la tutela della riservatezza della persona assistita”*, e che i rilievi statistici devono darsi *“con modalità che non consentano l'identificazione della persona”.*

E qualcosa di analogo si dispone nei confronti dei tossicodipendenti, i quali, nei percorsi medico-terapeutici per il recupero socio-riabilitativo, ai sensi dell'art. 120, DPR 10 ottobre 1990 n. 309: *“possono beneficiare dell'anonimato nei rapporti con i servizi, i*

*presidi e le strutture delle aziende unità sanitarie locali, e con le strutture private autorizzate ai sensi dell'articolo 116, nonché con i medici, gli assistenti sociali e tutto il personale addetto o dipendente".*

Ed ancora qualcosa del genere è previsto dall'art. 9 del codice deontologico medico, in base al quale: *"Il medico deve mantenere il segreto su tutto ciò che gli è confidato o che può conoscere in ragione della sua professione; deve, altresì, conservare il massimo riserbo sulle prestazioni professionali effettuate o programmate, nel rispetto dei principi che garantiscano la tutela della riservatezza".*

**5.3.** Ovviamente, il segreto medico ha sempre parimenti trovato delle eccezioni:

a) l'art. 254 del Regio decreto 27 luglio 1934 n. 1265 prevedeva che il medico, venuto a conoscenza di malattia infettiva, avesse il dovere di denuncia al podestà e all'ufficiale giudiziario;

b) nel 1996 il precetto di cui all'art. 9 del codice deontologico veniva integrato con deroga al segreto medico nei casi in cui vi sia *"l'urgenza di salvaguardare la vita o la salute di terzi, anche nel caso di diniego dell'interessato, ma previa autorizzazione del Garante per la protezione dei dati personali"*;

c) la normativa sulla protezione dei dati personali prevedeva e prevede all'art. 24 del d. lgs. 30 giugno 2003 n. 196 che il consenso del malato non sia necessario a fronte della *"salvaguardia della vita o dell'incolumità fisica di un terzo"*; il Garante della privacy ha poi risposto ad una serie di quesiti relativi al rapporto tra segretezza dei dati personali e normativa anti Covid 19 in [www.garanteprivacy.it/temi/coronavirus/faq](http://www.garanteprivacy.it/temi/coronavirus/faq);

d) il decreto del Ministro della Salute 15 dicembre 1990 (Gazz. Uff. 8 gennaio 1991 n. 6) dispone la notifica obbligatoria per tutte le malattie infettive e diffusive all'autorità sanitaria competente, e ne stabilisce le modalità di segnalazione;

e) infine qualcosa di analogo si trova nell'art. 6 del Regolamento Sanitario Internazionale dell'OMS, già ratificato e reso esecutivo in Italia dalla legge 6 febbraio 1982 n. 106.

**5.4.** Dunque, è evidente che non costituisce novità della normativa anti Covid 19 quella di porre deroga al segreto medico, poiché il segreto medico conosceva già molte deroghe anche in passato.

Ma, sempre che io non commetta errori (e quindi considerate queste mie parole solo come suggerimenti per un approfondimento), una cosa è porre quale regola il segreto medico e poi prevedere delle eccezioni a fronte di malattie diffusive gravi e rare, altra cosa è ricomprendere tra le ipotesi nelle quali spetta al medico la denuncia e/o la notificazione anche solo i casi sospetti di positività al virus Covid 19.

Poiché, par evidente, una cosa è il dovere del medico di segnalare casi quali quelli di colera, peste, febbre gialla, tifo, rabbia, tetano, ecc.... (li traggo dal decreto del Ministro della Salute 15 dicembre 1990), altra cosa è il Covid 19, che presentando dei

sintomi, quanto meno iniziali, non diversi da quelli influenzali, tende di fatto a cancellare la regola del segreto medico e a sostituirla con quella che potremmo definire di sorveglianza sanitaria.

Se, infatti, anche solo un mal di gola, un po' di febbre', un naso che cola, la tosse, possono essere sintomi di Covid 19, va da sé che nessuna libertà confidenziale tra paziente e medico si mantiene, e che ogni paziente sa che tutto quello che lo riguarda, e di cui il medico è a conoscenza, può esser elemento di fatto trasferibile alla pubblica amministrazione.

E poiché poi, ancora, il trasferimento di questi dati alla pubblica amministrazione può avere conseguenze sulla libertà della persona, è evidente che il Covid 19 possa costituire altresì elemento di rivoluzione del rapporto tra medico e paziente.

Con questo, non metto in discussione l'esigenza di segnalare i casi sospetti, ne' di porre in essere quello che viene chiamato *Contact tracing*.

Invito solo i giuristi a riflettere su questi temi, poiché essi, a mio parere di non secondaria importanza, non mi sembra siano stati ad ora oggetto dell'attenzione che meritano.

# **NOVITA' NORMATIVE IN TEMA DI FISCALITA' AMBIENTALE NELLA PROMOZIONE DI UN PROCESSO DI ECONOMIA CIRCOLARE: PROFILI FINANZIARI E FISCALI DEL C.D. *CIRCULAR ECONOMY PACKAGE***

**Giuseppina Lofaro\***

**ABSTRACT** [ITA]: Il presente contributo, nell'illustrare in chiave ricostruttiva i profili generali della recente riforma del Codice dell'ambiente di cui al decreto legislativo 3 settembre 2020, n. 116, recante attuazione della direttiva (UE) 2018/851 relativa ai rifiuti nonché attuazione della direttiva (UE) 2018/852 sugli imballaggi ed i rifiuti di imballaggio, si sofferma specificamente sugli aspetti finanziari e fiscali del c.d. *Circular Economy Package*, esprimendo considerazioni perplesse sulla coerenza delle disposizioni legislative introdotte, auspicando una ricomposizione del quadro normativo di riferimento attraverso un approccio concreto.

**ABSTRACT** [ENG]: *This essay, by illustrating the general profiles of the recent reform of the Environmental Code referred to Legislative Decree 3 September 2020, no. 116, implementing Directive (EU) 2018/851 relating to waste as well as implementing Directive (EU) 2018/852 on packaging and packaging waste, specifically focuses on the financial and tax aspects of the so-called Circular Economy Package, in a reconstructive key, expressing perplexed considerations on the consistency of the legislative provisions introduced, hoping for a recomposition of the reference regulatory framework through a concrete approach.*

---

\* Dottore di ricerca in Diritto ed Economia, Università degli Studi *Mediterranea* di Reggio Calabria.

**SOMMARIO:** **1.** Premessa. – **2.** Aspetti finanziari delle riforme al Codice dell’ambiente nelle disposizioni generali in tema di gestione dei rifiuti e di bonifica dei siti inquinati. – **2.1** La responsabilità finanziaria estesa del produttore. – **2.2** I criteri di priorità nella gestione dei rifiuti, il Programma nazionale di prevenzione dei rifiuti e le clausole *ad hoc* di invarianza finanziaria. – **2.3** Il processo di classificazione dei rifiuti e l’adozione di linee guida del Sistema nazionale per la Protezione dell’Ambiente (SNPA). – **2.4** *End of Waste*, economia circolare e mancati formali effetti sulla finanza pubblica. – **2.5** Il sistema di tracciabilità dei rifiuti, le nuove funzioni di vigilanza e controllo ed i connessi profili finanziari. – **2.6** Considerazioni critiche, esplicative e propositive sugli aspetti finanziari e fiscali del c.d. *Circular Economy Package*. – **3.** Il Servizio di gestione integrata dei rifiuti, le funzioni dell’Istituto Superiore per la Protezione e la Ricerca Ambientale (ISPRA) ed i connessi dubbi sulla sussistenza di oneri a carico della finanza pubblica. – **4.** La gestione degli imballaggi, dei rifiuti di imballaggio e gli strumenti economici, finanziari e fiscali per la promozione della gerarchia dei rifiuti. – **4.1** La rimodulazione dei costi di raccolta differenziata: una nuova entrata per le amministrazioni locali, con un effetto di perequazione nei confronti dei cittadini. – **4.2** Riflessioni a margine sugli strumenti finanziari trasposti nell’ordinamento nazionale. – **5.** Sistema sanzionatorio, effetti di gettito e disposizioni finali. – **6.** Gli allegati ex art. 8 del D. Lgs. 3 settembre 2020, n. 116 di riforma della parte IV del Codice dell’ambiente: il nuovo allegato L-ter e la globale clausola di invarianza finanziaria. – **7.** Conclusioni.

## 1. Premessa.

Il decreto legislativo 3 settembre 2020, n. 116<sup>1</sup> reca attuazione della direttiva (UE) 2018/851 che modifica la direttiva 2008/98/CE relativa ai rifiuti nonché attuazione della direttiva (UE) 2018/852 che riforma la direttiva 1994/62/CE sugli imballaggi ed i rifiuti di imballaggio.

Il termine di recepimento di tali direttive, indicato nell'articolato delle medesime, era stato originariamente fissato al 5 luglio 2020. Tuttavia, è stata successivamente prevista una proroga di tre mesi<sup>2</sup>.

Si tratta dell'adozione del c.d. *Circular Economy Package* che incide *funditus* sulla parte quarta del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 1522, ossia sul c.d. T.U. sull'ambiente<sup>3</sup>.

In questo quadro, le misure di carattere fiscale appaiono necessarie in un'ottica di promozione del modello di cd. fiscalità circolare<sup>4</sup>, ossia il complesso dei tributi<sup>5</sup>

<sup>1</sup> Il d.lgs. 3 settembre 2020, n. 116 è uno dei quattro decreti legislativi di recepimento delle quattro direttive europee in materia; gli altri d.lgs. emanati sempre in data 3 settembre 2020 sono: il d. lgs. n. 117 recante "Attuazione dell'articolo 1 della direttiva (UE) 2018/849, che modifica la direttiva 2000/53/CE relativa ai veicoli fuori uso"; il d. lgs. n. 118 contenente "Attuazione degli articoli 2 e 3 della direttiva (UE) 2018/849, che modificano le direttive 2006/66/CE relative a pile e accumulatori e ai rifiuti di pile e accumulatori e 2012/19/UE sui rifiuti di apparecchiature elettriche ed elettroniche"; il d. lgs. n. 121 intitolato "Attuazione della direttiva (UE) 2018/850, che modifica la direttiva 1999/31/CE relativa alle discariche di rifiuti".

<sup>2</sup> Difatti, nel preambolo del D. Lgs. 3 settembre 2020, n. 116 è riportato testualmente che: «Visto l'articolo 1 della legge 24 aprile 2020, n. 27, di conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, ed in particolare il comma 3, il quale dispone che i termini per l'adozione di decreti legislativi con scadenza tra il 10 febbraio 2020 e il 31 agosto 2020, che non siano scaduti alla data di entrata in vigore della legge, sono prorogati di tre mesi, decorrenti dalla data di scadenza di ciascuno di essi».

<sup>3</sup> Per un illuminante inquadramento dell'ambiente quale bene comune, v. M. T. PAOLA CAPUTI JAMBRENGHI, *Note minime sui beni comuni e funzione amministrativa*, in *Costituzionalismo.it*, Fasc. n. 1/2017, 81-113. In particolare, L'Aurice riflette sulle funzioni amministrative esercitate nella gestione del territorio, dell'ambiente e del paesaggio, beni comuni che le istituzioni governano nell'interesse della collettività. Ancora, esaminando la nozione di bene comune offerta dalla dottrina giuridica e da quella economista nonché attraverso i principi comunitari, la riflessione scientifica *de qua* offre spunti di approfondita analisi tecnico-giuridica sull'obbligo di tutela e sulla funzione amministrativa in relazione all'ambiente, al paesaggio ed ai beni culturali, «ove dimorano molti *commons*».

<sup>4</sup> Oltrepassare il modello della fiscalità lineare, indifferente alle dinamiche della spesa ed invece sensibile a quelle del prelievo e del gettito, per giungere a quello della fiscalità circolare, implica l'apprezzamento della "dimensione promozionale del fisco", ossia tassare lo scarto e promuovere il riuso ed il riciclo. Si esprimono così A. F. URICCHIO, G. CHIRONI, F. SCIALPI, *Sostenibilità e misure fiscali e finanziarie del D.L. Clima*, in *Riv. Giur. AmbienteDiritto.it*, Anno XX, Fasc. 3/2020, 2 ss.

<sup>5</sup> Sulla tassazione ambientale secondo l'UE ed in particolare sulle questioni aperte in tema di distinzioni tra tributi ambientali in senso proprio e tributi con finalità ambientale, con le connesse forme esemplificative, cfr. A. TROPEA, *L'armonizzazione europea della tassa rifiuti. L'applicazione del principio pay as you throw*, in *Dir. e pratica tributaria internazionale*, 3/2019, 703-720. Nello specifico, l'UE ha orientato gli ordinamenti nazionali verso forme di imposizione che incidessero direttamente sugli effetti inquinanti, attraverso l'istituzione di tributi ambientali in senso proprio, contemporaneamente, scoraggiando l'adozione di sistemi di tassazione che misurano l'entità del prelievo ancorandola al costo dell'attività pubblica di bonifica ambientale, funzione che

finalizzati a disincentivare comportamenti non sostenibili, come sprechi di risorse, inquinamento<sup>6</sup>, nonché degli incentivi orientati ad incoraggiare comportamenti sostenibili, altresì mediante aliquote ridotte per le produzioni che garantiscano cicli di vita ai prodotti particolarmente duraturi o a quelle che riducono o eliminano la produzione di rifiuti, limitando l'utilizzo di risorse scarse, ottimizzando i cicli di vita dei prodotti.

Le misure di carattere fiscale si rinviengono proprio nell'allegato IV *bis* della direttiva 851/2018/UE recepita col d. lgs. in esame che contempla una serie di strumenti economici e misure incentivanti la transizione verso l'economia circolare.

L'applicazione di tributi ambientali<sup>7</sup> sulle produzioni impattanti sull'ambiente<sup>8</sup>, in quanto causanti una distruzione di risorse, nonché il ricorso alle c.d. *tax expenditures*<sup>9</sup>, ossia ad ecoincentivi fiscali, implementano il modello di economia circolare, promuovendo un'efficiente allocazione delle risorse.

La fiscalità ambientale<sup>10</sup>, quale nucleo di un rinnovato sistema impositivo, può operare sul versante negativo mediante la tassazione<sup>11</sup> della causa dello spreco o

contradistingue precipuamente i tributi con finalità ambientale. Pertanto, nei tributi ambientali in senso proprio il deterioramento delle risorse naturali è il presupposto del sacrificio fiscale. Mentre, nei tributi con funzione ambientale, la protezione delle risorse naturali è unicamente un fine extrafiscale ed il gettito derivante da questi tributi, collegati in via mediata alla tutela ambientale, viene vincolato per finanziare i costi di ripristino. Tuttavia, costituire un tributo come tassa, quale mezzo di finanziamento del servizio di riparazione ambientale, causerebbe l'effetto di fornire una sorta di autorizzazione all'inquinatore, pur facendo poi gravare su di lui le spese occorrenti per il risanamento.

<sup>6</sup> L'inquinamento è un costo sociale che deve necessariamente essere internalizzato tra i costi dell'inquinatore. L'ordinamento deve riuscire a caricare il costo ambientale sul soggetto inquinante, altrimenti ne deriverebbe una distorsione economica costituita dal conseguimento di un beneficio a favore dell'inquinatore, i cui costi marginali di produzione ricadono sulla collettività. Lo strumento più efficace di correzione di tale distorsione è rappresentato dai tributi ambientali, funzionali a colpire i fenomeni di deterioramento di risorse ambientali. Cfr. R. ALFANO, *Tributi ambientali. Profili interni ed europei*, Torino, 2012, 17, che ricostruisce il pensiero di A. C. Pigou espresso nella celebre Opera *L'economia del benessere* del 1920.

<sup>7</sup> Per un'approfondita e recente ricostruzione sui tributi ambientali, specialmente sotto il profilo discrezionale, v. M. AULENTA, *Ambiente: piccoli tributi crescono*, in *Riv. di dir. finanziario e scienza delle finanze*, LXXIX, 1, I, 2020, 71-132. Per un'analisi un po' più datata ma sempre valida sotto un profilo dogmatico, cfr. F. BATISTONI FERRARA, *I tributi ambientali nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. trib.*, fasc. 12, 2008, 1090 ss..

<sup>8</sup> D. PORENA, "Ambiente": complessità di una nozione giuridica, in *Riv. Giur. AmbienteDiritto.it*, Anno XX, Fasc. 3/2020, 1-17, offre una ricostruzione costituzionale dell'ambiente emancipata dalla dimensione antropocentrica, concentrandosi su orientamenti di tipo ecocentrico e biocentrico che iniziano pure a caratterizzare alcune codificazioni giuridiche.

<sup>9</sup> Sulle *tax expenditures* nell'ordinamento italiano si cfr. M. AULENTA, *Tax expenditures negli enti territoriali*, in *Riv. dir. fin. e sc. fin.*, 2015, 544 ss.; ID., *Tax expenditures negli enti territoriali*, in *Riv. dir. fin. e sc. fin.*, in A. URICCHIO – M. AULENTA – G. SELICATO (a cura di), *La dimensione promozionale del fisco*, Bari, 2015, 33 ss..

<sup>10</sup> A. BUCCISANO, *Fiscalità ambientale tra principi comunitari e costituzionali*, in *Diritto e Pratica Tributaria*, 2/2016, 590-652, rileva, a tal proposito che la *quaestio* ambientale, nell'ambito della ricerca da parte degli Stati di mezzi normativi efficaci per prevenire e ridurre le condotte pregiudizievoli per l'ambiente, ha acquisito rilievo sotto il profilo tributario in relazione alla possibile introduzione di tributi ambientali commisurati ai fatti inquinanti, con la *ratio* implicita di orientare le scelte dei produttori e dei consumatori. Nell'ordinamento italiano, l'ammissibilità di tributi con finalità ambientale extrafiscale o di tributi ambientali propri, riconosciuta a livello comunitario, è revocata in dubbio nella fase di valutazione della compatibilità di un'imposta ambientale avente quale presupposto un fatto inquinante, con il principio di capacità contributiva. La dottrina maggioritaria

dell'inquinamento, nonché su quello positivo attraverso la concessione di agevolazioni fiscali per incoraggiare l'innovazione di prodotto e di processo in un'ottica di sviluppo sostenibile<sup>12</sup>.

## 2. Aspetti finanziari delle riforme al Codice dell'ambiente nelle disposizioni generali in tema di gestione dei rifiuti e di bonifica dei siti inquinati.

L'art. 1 del D. Lgs. *de quo* apporta alcune modifiche al decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, come già evidenziato, recante il T.U. ambiente, nella parte IV contenente norme in materia di gestione dei rifiuti e di bonifica dei siti inquinati.

In particolare, il comma 1 dell'art.1 del D. Lgs. in analisi modifica l'art. 177 inerente il campo di applicazione e le finalità, evidenziando l'indirizzo complessivo della direttiva verso lo sviluppo dell'economia circolare<sup>13</sup>. Tuttavia, si evidenzia che l'attuale sistema produttivo-consumistico, sotto un aspetto (tecno)logico, produce beni, prodotti, rifiuti che non sono *naturaliter* riciclabili, in linea con ciò che invece presuppone l'economia circolare<sup>14</sup>. Un mutamento in tal senso necessiterebbe un cambio di prospettiva, propendendo verso una visione economica non più estrattiva di risorse, che risulti invece generativa, anche di secondo livello, ossia "dal rifiuto al

---

esclude che i fatti inquinanti possano rappresentare indici diretti o indiretti di forza economica, limitando perciò l'uso di tributi ambientali solo nelle fattispecie in cui essi possano essere legittimati da una funzione indennitaria o risarcitoria. Specialmente a livello internazionale, avanzano i tentativi di rendere coerente il tributo ambientale col principio di capacità contributiva: il presupposto ambientale o fatto inquinante può rappresentare un indice di forza economica, ossia un parametro per stimare la capacità di concorrere alle spese pubbliche, suddividendo così l'onere fiscale tra i contribuenti sulla base del differente impatto sull'ambiente della fattispecie imponibile da essi prodotta e, perciò, correlandolo alla diversa manifestazione di capacità contributiva.

<sup>11</sup> Sulla tassazione ambientale, cfr. P. SELICATO, *La tassazione ambientale: nuovi indici di ricchezza, razionalità del prelievo e principi dell'ordinamento comunitario*, in *Riv. dir. trib. int.*, 2004, 277; F. GALLO, F. MARCHETTI, *La tassazione ambientale*, in *Rass. trib.*, 1999, 115 ss..

<sup>12</sup> Cfr. in tema di fiscalità ambientale e sviluppo sostenibile, S. CANNIZZARO, *Spunti di riflessione sulla possibile introduzione di aliquote Iva ridotte per beni e servizi "verdi"*, in V. FICARI (a cura di), *I nuovi elementi di capacità contributiva. L'ambiente*, Roma, 2018, 163; S. CIPOLLINA, *Osservazioni sulla fiscalità ambientale nella prospettiva del federalismo fiscale*, in L. ANTONINI (a cura di), *L'imposizione ambientale nel quadro del nuovo federalismo fiscale*, Napoli, 2010, 90 ss.; S. DORIGO, *La nozione di ambiente ed il ruolo della fiscalità per la sua tutela*, in S. DORIGO – P. MASTELLONE, *La fiscalità per l'ambiente. Attualità e prospettive della tassazione ambientale*, Roma, 2013, 137-138.; F. FRACCHIA, *La tutela dell'ambiente come dovere di solidarietà*, in L. ANTONINI (a cura di), *L'imposizione ambientale nel quadro del nuovo federalismo fiscale*, 2010, 20 ss..

<sup>13</sup> A. PIEROBON, *Prime notazioni sul D. Lgs. 116 del 2020 sui rifiuti e sull'economia circolare*, in *Rivista Giuridica AmbienteDiritto.it*, Anno XX, Fasc. 4/2020, *passim.*, a tal proposito, si esprime in termini critici, evidenziando, che tale recepimento «richiama il vuoto che prima esisteva (anche nella norma positiva) tra i due concetti di prodotto e di rifiuto che viene ora così riempito, nel principio (astratto) della economia circolare». All'Autore pare che si auspichi, nella *ratio* della riforma *de qua*, che con l'economia circolare «si riporti il rifiuto al prodotto, in una sorta di eterno ritorno», evitando la continua estrazione di risorse naturali, in modo tale da soddisfare le esigenze ambientali, tacitando i timori di sempre imminenti catastrofi.

<sup>14</sup> V. F. DE LEONARDIS, *Economia circolare: saggio sui suoi tre diversi aspetti giuridici. Verso uno stato circolare?*, in *Dir. Amm.*, fasc.1, 2017, 163 ss.

prodotto". Opportunamente, andrebbero riportati a coerenza il livello sociale, operativo, giuridico e tecnico e per perseguire tale fine, che si ritiene necessario, pare non sia sufficiente la sola *voluntas legislatoris*.

Alla luce della relazione tecnica che corredata il decreto<sup>15</sup>, si tratta di disposizione di natura ordinamentale che non comporta nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica<sup>16</sup>.

Nell'ambito di questo nuovo scenario, mutano anche gli attori coinvolti nella *governance* della c.d. gestione *lato sensu* dei rifiuti, introducendo - fermo restando, *ex ante*, la prevenzione e la riduzione - nuovi processi di intervento e di responsabilizzazione, a titolo esemplificativo, in capo al soggetto produttore dei prodotti, in applicazione del principio di capacità finanziaria di contribuzione al riutilizzo e riciclo dei rifiuti<sup>17</sup>.

## 2.1 La responsabilità finanziaria estesa del produttore.

Nella nuova versione integrata del T.U. sull'ambiente, la responsabilità estesa del produttore si rinviene nel campo di applicazione e nelle finalità di cui all'art. 177, nell'art. 178-*bis*, nei requisiti minimi *ex art.* 178-*ter*, fermo restando la responsabilità della gestione dei rifiuti di cui all'art. 188 nonché i criteri di priorità nella gestione dei rifiuti ai sensi dell'art. 179 del d.lgs. n.152 del 2006.

L'art. 183, comma 1, lett. *g-bis*), delimita, richiamando obiettivi, responsabilità, costi e adempimenti, il regime di responsabilità estesa del produttore facendo riferimento alle misure finalizzate a garantire che ai produttori di prodotti spetti la

<sup>15</sup> Cfr. Schema di decreto legislativo recante attuazione della direttiva (UE) 2018/851, che modifica la direttiva 2008/98/CE relativa ai rifiuti e della direttiva (UE) 2018/852, che modifica la direttiva 1994/62/CE sugli imballaggi ed i rifiuti di imballaggio, *Atto del Governo n. 169, XVIII legislatura, Servizio del bilancio del Senato della Repubblica, Dossier Maggio 2020*, consultabile su [www.senato.it](http://www.senato.it).

<sup>16</sup> I commi 3 e 4 sostituiscono l'articolo 178-*bis* che disciplina la responsabilità estesa del produttore ed introducono l'articolo 178-*ter* relativo ai requisiti generali minimi in materia di responsabilità estesa del produttore. Tra l'altro si stabilisce che le amministrazioni interessate dall'articolo 177 provvedano agli adempimenti in esso previsti con le risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente, senza nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica. Inoltre, si prevede che il Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare eserciti la funzione di vigilanza e controllo sul rispetto degli obblighi derivanti dalla responsabilità estesa del produttore. In particolare, il Ministero: raccoglie i dati trasmessi dai produttori; analizza i bilanci ed effettua analisi comparative tra i diversi sistemi collettivi evidenziando eventuali anomalie; analizza la determinazione del contributo ambientale; controlla che vengano raggiunti gli obiettivi previsti negli accordi di programma. Si istituisce il Registro nazionale dei produttori presso il Ministero medesimo, senza nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica.

<sup>17</sup> A. PIEROBON, *Prime notazioni sul D. Lgs. 116 del 2020 sui rifiuti e sull'economia circolare*, cit., 4, esprime considerazioni perplesse su tale aspetto, sostenendo che: «non esiste, se non forse per le anime belle, un'irenica economia circolare, perché in questo contesto e momento storico, rimangono da gestire come rifiuti quelli che non sono - da questo punto di vista (a tacere delle problematiche di ricalibrazione del sistema nel complesso) - riciclabili e non recuperabili, quantomeno per la parte degli "scarti"».

responsabilità finanziaria o la responsabilità finanziaria ed organizzativa della gestione della fase del ciclo di vita in cui il prodotto diventa un rifiuto.

Per quel che concerne i “Criteri direttivi dei sistemi di gestione” *ex art. 237*, comma 3, i produttori dispongono dei mezzi finanziari ed organizzativi della gestione della fase del ciclo di vita in cui il prodotto diventa rifiuto; la responsabilità finanziaria *de qua* riguarda determinati servizi quali operazioni preliminari, raccolta, trasporto e viene limitata ai costi necessari dei servizi stessi che sono determinati in modo trasparente tra gli attori interessati, inclusi i produttori, nonché i sistemi collettivi che operano per loro conto e le autorità pubbliche.

Con riferimento all’intero *corpus* normativo in esame, pare utile sottolineare che gli impatti finanziari derivanti dalla normativa inerente la responsabilità estesa del produttore non sono mai riferiti alla finanza pubblica né statale né locale poiché sono in capo ai produttori che in virtù del principio comunitario di responsabilità estesa devono farsi carico dei costi di gestione del “fine vita” dei loro prodotti immessi sul mercato.

## **2.2 I criteri di priorità nella gestione dei rifiuti, il Programma nazionale di prevenzione dei rifiuti e le clausole *ad hoc* di invarianza finanziaria.**

Proseguendo con l’analisi del nuovo dato normativo, nello specifico, il comma 5 modifica l’articolo 179 del T.U. sull’ambiente, concernente i criteri di priorità nella gestione dei rifiuti<sup>18</sup>, chiarendo in quali casi ed ipotesi sia possibile discostarsi dall’ordine di preminenza delineato della gerarchia dei rifiuti.

Il comma 6 sostituisce l’articolo 180 che disciplina la prevenzione della produzione di rifiuti. Nello specifico, si implementa il Programma nazionale di prevenzione adottato dal Ministero dell’ambiente<sup>19</sup> con un decreto interministeriale e si prevede un unico piano nazionale di prevenzione senza obbligatoria pianificazione a livello regionale. In particolare, il Programma nazionale di prevenzione conterrà ulteriori misure tra cui quelle concernenti la prevenzione della dispersione dei rifiuti in ambiente<sup>20</sup> naturale e della riduzione dello spreco alimentare. Infine, si prevede che il

---

<sup>18</sup> L. SALVEMINI, *Rifiuti ed emergenza sanitaria: l’(in)certezza normativa*, in *Riv. Giur. AmbienteDiritto.it*, Anno XX, Fasc. 3/2020, *passim.*, ha il pregio di ricostruire accuratamente la stratificazione normativa e provvedimentale recente sul tema *de quo*. L’Autore rileva infatti che la gestione dei rifiuti, negli ultimi mesi, è stata oggetto di emblematiche note, linee guida, circolari ministeriali e ordinanze regionali che hanno generato un piano normativo e provvedimentale complesso nonché caratterizzato da rilevanti aspetti critici.

<sup>19</sup> Sulla configurazione dell’ambiente quale valore, bene, diritto si v. B. CARAVITA, *Diritto dell’ambiente*, Bologna, 2005, 39-40.

<sup>20</sup> Per un’analisi esaustiva sull’evoluzione dell’ambiente, quale bene salvaguardato sia a livello nazionale che sovranazionale, v. R. CERRATO, *L’ambiente “bene” da tutelare*, in *Riv. Giur. AmbienteDiritto.it*, Anno XX, Fasc. 3/2020, *passim.*

Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare e il Ministero delle politiche agricole, alimentari e forestali controllino e valutino le misure di prevenzione dei rifiuti alimentari. L'articolo è corredato di un'apposita clausola di invarianza finanziaria.

La disposizione relativa all'adozione del Programma nazionale di prevenzione dei rifiuti ha natura esclusivamente ordinamentale e non determina alcun effetto sulla finanza pubblica. Per quanto riguarda i contenuti del nuovo Programma nazionale di prevenzione, la disposizione ha una portata meramente definitoria e, pertanto, non determina alcun effetto sulla finanza pubblica. Per quel che concerne le campagne di informazione per sensibilizzare alla prevenzione e alla dispersione dei rifiuti, si tratta di attività con oneri a carico dei privati rispetto alle quali il Ministero svolge un ruolo di mero stimolo e supporto, senza che ne derivino ulteriori oneri a carico della finanza pubblica.

Il comma 7 sostituisce l'articolo 181 del T.U. sull'ambiente, inerente la preparazione per il riutilizzo, riciclaggio e recupero dei rifiuti. Il nuovo articolo non è corredato di apposita clausola di invarianza finanziaria. Tuttavia dai lavori preparatori al d. lgs. in analisi<sup>21</sup> si evince che la disposizione è di natura ordinamentale e non comporta nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica.

Il comma 8 sostituisce l'articolo 182-ter concernente i rifiuti organici<sup>22</sup>. In buona sostanza, è risultato doveroso richiamare le Regioni, gli enti di governo ed i comuni a privilegiare la prevenzione dei rifiuti anche nel campo della gestione dei rifiuti organici, in linea con quanto richiesto dalla direttiva in tema di riduzione del *food waste* nonché provvedere, in secondo luogo, al riciclaggio degli stessi. Si tratta delle medesime competenze già in capo ai ministeri e alle regioni e pertanto queste non comportano nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, essendo tra l'altro mantenuta la previgente clausola di invarianza finanziaria.

Si evidenzia che nei nuovi testi degli articoli 181, 182-ter sono state espunte le singole clausole di invarianza presenti nei testi previgenti, anche se per l'intero provvedimento in esame è prevista analoga clausola al successivo articolo 9 del D.

---

<sup>21</sup> Cfr. Schema di decreto legislativo recante attuazione della direttiva (UE) 2018/851, che modifica la direttiva 2008/98/CE relativa ai rifiuti e della direttiva (UE) 2018/852, che modifica la direttiva 1994/62/CE sugli imballaggi ed i rifiuti di imballaggio, *Atto del Governo n. 169, XVIII legislatura, Servizio del bilancio del Senato della Repubblica, Dossier Maggio 2020*, consultabile su [www.senato.it](http://www.senato.it).

<sup>22</sup> In particolare, si prevede che il Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare e, il Ministero delle politiche agricole, alimentari e forestali, e le Regioni, nell'ambito delle risorse previste a legislazione vigente, siano tenuti ad incentivare il riciclaggio dei rifiuti organici e a dare priorità a questo rispetto ad altre modalità di gestione dei rifiuti organici. Si sancisce un obbligo per il Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, le Regioni, gli enti di governo dell'Ambito e i comuni di promuovere le attività di compostaggio sul luogo di produzione anche attraverso gli strumenti di pianificazione della gestione dei rifiuti nonché quella urbanistica. Infine, si prevede che le Regioni promuovano la produzione e l'utilizzo di materiali ottenuti da rifiuti.

lgs. emanato nel settembre 2020. Per di più, i compiti attribuiti agli enti pubblici dai nuovi testi differiscono spesso da quelli previgenti. Nello specifico, il nuovo articolo 181 affida ad enti pubblici di vario livello compiti di promozione della preparazione per il riutilizzo, riciclaggio o recupero mentre il testo previgente faceva riferimento ai criteri con i quali i comuni realizzano la raccolta differenziata. Il nuovo testo dell'articolo 182-ter prevede misure di incentivo del riciclaggio, compostaggio e digestione dei rifiuti organici, di promozione delle attività di compostaggio sul luogo di produzione e della produzione e utilizzo dei materiali ottenuti dai rifiuti organici mentre il testo previgente faceva riferimento a misure volte a incoraggiare raccolta differenziata, trattamento e riutilizzo dei rifiuti organici.

Pertanto, a fronte di dichiarati formali mancati effetti sulla finanza pubblica, appaiono opportune delucidazioni puntuali sulla sostenibilità in concreto di tali attività a valere delle risorse disponibili.

### **2.3 Il processo di classificazione dei rifiuti e l'adozione di linee guida del Sistema Nazionale per la Protezione dell'Ambiente (SNPA).**

Il comma 9 modifica l'articolo 183 relativo alle nozioni, introducendo le definizioni di "rifiuto non pericoloso", "rifiuti urbani", "rifiuti da costruzione e demolizione", "rifiuti organici", "rifiuti alimentari", "recupero di materia", "riempimento", "deposito temporaneo prima della raccolta". Anche quest'ultima disposizione è di natura ordinamentale ed è priva di effetti sulla finanza pubblica.

Il comma 10 riforma l'articolo 184 concernente la classificazione dei rifiuti, operandone una riformulazione. Di rilievo appare la previsione della redazione, entro il 31 dicembre 2020, da parte del Sistema Nazionale per la Protezione dell'Ambiente (SNPA), di linee guida, volte ad aiutare i produttori nel processo di classificazione dei rifiuti, approvate con decreto del Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, tenuto altresì ad effettuare la notifica prevista dall'articolo 7 della direttiva 2008/98 in favore della Commissione europea. Anche tale disposizione è di natura ordinamentale ed è priva di effetti sulla finanza pubblica.

Il comma 11 modifica l'articolo 184-bis recante la disciplina applicabile al sottoprodotto. In particolare, si agevola l'utilizzo accorto e razionale delle risorse naturali nonché gli accordi produttivi fra industrie. La disposizione è priva di effetti sulla finanza pubblica in quanto gli oneri sono posti in capo ai soggetti privati che adottano misure volte a ridurre l'uso delle risorse naturali e ad avviare pratiche replicabili di simbiosi industriale.

## **2.4 End of Waste, economia circolare e mancati formali effetti sulla finanza pubblica.**

Il comma 12 modifica l'articolo 184-ter che disciplina la cessazione della qualifica di rifiuto (*End of Waste*), prevedendo specifiche prescrizioni in capo alle persone fisiche o giuridiche.

La tematica della cessazione della qualifica di rifiuto afferisce al trattamento di rifiuti, finalizzato a recuperare materia e contestualmente reimmettere un nuovo "prodotto" o "sostanza" nel ciclo produttivo. Perciò, può ritenersi che l'*End of Waste*<sup>23</sup> generi percorsi virtuosi di transizione verso l'economia circolare che ha, tra i suoi principi cardine, l'incentivazione alla sostituzione di materie prime vergini con materie provenienti da filiere di recupero. La disposizione *de qua* è priva di effetti sulla finanza pubblica poiché gli oneri sono posti in capo ai soggetti privati.

## **2.5 Il sistema di tracciabilità dei rifiuti, le nuove funzioni di vigilanza e controllo ed i connessi profili finanziari.**

Proseguendo con l'analisi delle novità normative rilevanti introdotte ad opera del d. lgs. in esame, il comma 16 sostituisce l'articolo 188-bis concernente il sistema di tracciabilità dei rifiuti<sup>24</sup>. A tal proposito, pare utile rammentare che l'istituzione del registro elettronico nazionale, disposta ai sensi del decreto-legge 14 dicembre 2018 n. 135, è già stata finanziata con le risorse stanziare dall'articolo 6, comma 3-*quater* del richiamato decreto-legge, il quale ha attribuito per gli oneri di istituzione la somma di 1,61 milioni di Euro. Pertanto, la disposizione non comporta nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica.

<sup>23</sup> Cfr. G. BIASUTTI, *Autorizzazioni ambientali ed end of waste. Tra procedimenti amministrativi sui generis e garanzie in favore del privato*, in *federalismi.it*, n. 29/2020, 17-42, analizza il d.l. 101/2019 che interviene in tema di autorizzazioni ambientali per procedimenti *end of waste*, legittimando la prassi delle amministrazioni locali di prevedere nuovi criteri di cessazione della qualifica di rifiuto, prevedendo anche un singolare procedimento di controllo sui provvedimenti locali.

<sup>24</sup> In particolare, si prevede a livello nazionale la tenuta di un Registro elettronico nazionale, istituito dall'articolo 6 del decreto-legge 14 dicembre 2018, n. 135, nonché la realizzazione di un sistema di tracciabilità informatica dei rifiuti al fine di ottenere un flusso di dati riguardanti i rifiuti stessi per l'intero territorio geografico dello Stato. Si demanda ad un atto regolamentare la definizione e la modalità di organizzazione e funzionamento del Registro. Con decreto ministeriale sono individuate, in relazione alle esigenze organizzative e operative delle Forze armate, delle Forze di polizia e del Corpo nazionale dei vigili del fuoco, le procedure e le modalità con le quali il sistema di tracciabilità dei rifiuti si applica alle corrispondenti Amministrazioni centrali. Si delinea la struttura del Registro quale piattaforma digitale realizzata e gestita con il supporto tecnico operativo dell'Albo nazionale dei gestori. In particolare, il Registro è articolato in: a) una sezione Anagrafica; b) una sezione Tracciabilità. I decreti attuativi disciplinano anche l'organizzazione e il funzionamento del sistema di tracciabilità consentendo l'interoperabilità dei dati con i sistemi gestionali delle imprese, garantendo un periodo preliminare di sperimentazione e la sostenibilità dei costi a carico degli aderenti al sistema.

Il comma 18 modifica l'articolo 190 relativo ai registri di carico e scarico. In particolare, sono previste le indicazioni che devono essere riportate nel Registro di carico e scarico, quale strumento gestionale in capo agli operatori, con precipuo riferimento alle quantità dei prodotti e dei materiali ottenuti dalle operazioni di preparazione per il riutilizzo e di riciclaggio nonché da altre operazioni di recupero, anche al fine di poter interagire con il Registro Elettronico Nazionale. La disposizione *de qua* inerisce gli obblighi delle imprese e degli operatori e perciò non costituisce un onere a carico della finanza pubblica.

## **2.6 Considerazioni critiche, esplicative e propositive sugli aspetti finanziari e fiscali del c.d. *Circular Economy Package*.**

Pare a tal punto utile rilevare che in generale le disposizioni in analisi, nel complesso, prevedono in capo alle Amministrazioni pubbliche interessate dal provvedimento (Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, Istituto Superiore per la Protezione e la Ricerca Ambientale ossia ISPRA, Regioni, enti di governo d'ambito territoriale ottimale, comuni ecc.) una serie di attività e compiti per i quali, nell'ambito dei lavori preparatori, la Relazione tecnica corredata allo schema del d.lgs. in esame assicura l'assenza di oneri a carico della finanza pubblica e l'espletamento delle connesse incombenze attraverso le risorse previste a legislazione vigente. A tal proposito, al fine di chiarire i profili finanziari discendenti dal rinnovato dato normativo, ossia gli oneri connessi e le relative risorse previste a legislazione vigente a copertura, appare opportuno offrire ulteriori aspetti di dettaglio.

A titolo esemplificativo, con riferimento alle nuove funzioni di vigilanza e controllo conferite *ex* articolo 178-*ter*, comma 4, si rileva che il rinvio all'articolo 206-*bis* operato dall'art. 2, comma 4-*bis* del D. Lgs. in analisi, per cui i relativi costi sarebbero addebitati ai sistemi collettivi, non sembra poter operare considerato che il comma 6 dell'articolo 206-*bis* inerisce all'onere derivante dalle funzioni di vigilanza e controllo di cui al medesimo articolo, non potendo perciò riferirsi alle funzioni di cui al nuovo articolo 178-*ter*. Appare perciò indispensabile un chiarimento sulla neutralità delle nuove funzioni di vigilanza e controllo oppure, in una prospettiva *de iure condendo*, andrebbe valutata una modifica normativa.

Andrebbe poi assicurato che le attività in capo ai comuni, quali la predisposizione di punti di raccolta da parte dei centri di raccolta comunale e la promozione delle attività di compostaggio sul luogo di produzione, siano effettuabili nell'ambito delle risorse a bilancio disponibili a tal fine.

In relazione alle attività ed ai servizi svolti dalle pubbliche amministrazioni per cui è prevista la copertura dei costi a carico degli operatori privati, andrebbe garantito

che il sistema tariffario sia tale da prevederne la copertura integrale dei costi nonché l'allineamento sotto un profilo temporale nell'ambito dello stesso esercizio finanziario.

Con riferimento all'istituzione del registro elettronico nazionale *ex art. 188-bis*, considerato che essa è già stata finanziata con le risorse stanziare dall'articolo 6, comma 3-*quater* del decreto-legge n. 135 del 2018 per 1,61 milioni di euro nel 2019 e a decorrere dal 2020 con i contributi a carico degli operatori, andrebbe opportunamente specificato: se il Registro è stato in effetti istituito nel 2019 o nel caso opposto se le risorse sono ancora disponibili; se la normativa ulteriore sancita dal nuovo articolo 188-*bis*, che contempla l'interoperabilità con i sistemi gestionali delle imprese, non determini nuovi oneri ed in ogni caso se essi possano essere coperti dai versamenti effettuati dagli operatori, visto che gli importi sono aggiornati ogni tre anni<sup>25</sup> e pertanto non sarebbe possibile nell'immediato un loro aumento.

In linea con quanto sin qui rilevato, la stessa specificazione andrebbe offerta altresì in relazione all'istituzione del Registro nazionale dei produttori, contemplata sempre dall'articolo 178-*ter*, comma 6 a cui è connessa *ad hoc* una clausola di invarianza d'onori. Può ritenersi che il Registro *de quo* costituisca una sezione specifica del citato Registro elettronico nazionale di cui all'articolo 6 del D.L. 135/2018. Tuttavia, sarebbe utile chiarire se la previsione di tale nuovo registro dei produttori non generi un effetto di aumento degli oneri contemplati/annunciati/programmati in fase istitutiva del registro stesso.

### **3. Il Servizio di gestione integrata dei rifiuti, le funzioni dell'Istituto Superiore per la Protezione e la Ricerca Ambientale (ISPRA) ed i connessi dubbi sulla sussistenza di oneri a carico della finanza pubblica.**

Per quel che concerne le modifiche al d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, nella parte IV recante norme in materia di gestione dei rifiuti e di bonifica dei siti inquinati, al titolo I relativo alle Gestione dei rifiuti, specificamente con riferimento al Servizio di gestione integrata dei rifiuti, l'art. 2, comma 1 di introduzione dell'art. 198-*bis*, stabilisce che il Ministero dell'ambiente della tutela del territorio e del mare predisponga il Programma nazionale per la gestione dei rifiuti, di cui si definiscono altresì il contenuto, i termini di adozione nonché di aggiornamento.

L'art. 199 è innovato ad opera del successivo comma 2 che prevede le modalità di approvazione dei piani regionali di gestione dei rifiuti, ampliandone il contenuto, determinando, in particolare, la ricognizione degli impianti di trattamento,

<sup>25</sup> Cfr. D.L. n. 135/2018, art.6, co. 3-*quater*.

smaltimento e recupero già sussistenti, un sistema incentivante di premialità per gli ambiti territoriali più virtuosi, tenuto conto delle risorse disponibili a legislazione vigente; vengono altresì fissati i criteri di individuazione di aree non idonee alla localizzazione di impianti di recupero e smaltimento nonché di luoghi idonei, strumenti per contrastare e prevenire la dispersione dei rifiuti ed altresì per rimuovere le diverse tipologie di rifiuti dispersi.

L'art. 199, comma 11, disciplina l'uso della piattaforma telematica "*MonitorPiani*" per le comunicazioni tra le Regioni, le province autonome e il Ministero dell'ambiente in relazione all'adozione o alla revisione dei piani di gestione regionali nonché dell'attuazione delle misure stabilite dai piani. La piattaforma *de qua* ha la funzione di gestione delle informazioni concernenti l'attività di vigilanza sulla gestione dei rifiuti. L'ISPRA ha accesso alla piattaforma telematica per i dati di competenza. Sul punto, la riforma appare carente sotto un profilo informativo, in particolare con riferimento alle modalità di realizzazione della piattaforma; inoltre, a tal proposito, non sussiste un'esplicita esclusione di eventuali oneri a carico della finanza pubblica.

Una serie di deroghe alla raccolta dei rifiuti differenziati sono previste dal comma 3 dell'art. 2 che modifica l'art. 205 del Codice dell'ambiente ed inoltre dispone che il Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare operi la promozione, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, della demolizione selettiva.

Il successivo comma 4 innesta l'art. 205-*bis* concernente le Regole per il calcolo degli obiettivi di riutilizzo, riciclaggio e recupero dei rifiuti nonché alcune regole che deve ossequiare l'ISPRA ai fini della verifica del raggiungimento di alcuni *target*.

Si tratta di norme di tipo ordinamentale che pertanto non implicano oneri a carico del bilancio dello Stato.

Appare utile precisare come emerge *ictu oculi* che i piani regionali di gestione dei rifiuti siano di specifica competenza delle amministrazioni regionali.

Pare altresì agevole ritenere, coerentemente, che le funzioni attribuite all'ISPRA rientrino nell'alveo della convenzione già sussistente con il Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare.

In relazione alle competenze delle regioni sui piani regionali, sarebbe stato opportuno confermare esplicitamente che le stesse possano essere svolte nell'ambito delle risorse previste a valere sui bilanci regionali disponibili a tal fine, senza che possa avanzarsi il dubbio della sussistenza di ulteriori oneri aggiuntivi a carico della finanza pubblica.

#### **4. La gestione degli imballaggi, dei rifiuti di imballaggio e gli strumenti economici, finanziari e fiscali per la promozione della gerarchia dei rifiuti.**

Ai sensi del successivo art. 3, comma 1, vengono apportate delle modifiche alla rubrica dell'art. 217 del T.U. sull'ambiente nonché, ex comma 2 del medesimo articolo, viene riformato l'elenco delle definizioni concernenti la gestione degli imballaggi e dei rifiuti di imballaggio.

Il comma 3 riforma l'art. 219 avente ad oggetto i criteri che informano l'attività di gestione integrata dei rifiuti di imballaggio. Nello specifico, vengono previsti *ex novo* criteri per l'utilizzo di strumenti economici orientati a promuovere l'applicazione della gerarchia dei rifiuti<sup>26</sup>, incentivare l'uso dei materiali ricavati da imballaggi riciclati e recuperati, la cooperazione tra soggetti pubblici e privati, i sistemi di restituzione disponibili nonché l'impiego di borse di plastica biodegradabili e compostabili. L'onere (*rectius*: obbligo) informativo ai consumatori di cui al comma 3 è posto in capo ai produttori ed agli utilizzatori.

Risulta utile rilevare, sempre con riferimento a tale disposizione, che l'introduzione del riferimento agli strumenti economici e finanziari permette al Governo di poter attivare specifiche politiche, le cui risorse necessarie dovranno opportunamente essere contemplate in apposita legge di bilancio.

Appare interessante evidenziare che l'allegato L-ter, inserito dal successivo articolo 8, comma 6, del d. lgs. 3 settembre 2020, n. 116, esplicita, a titolo esemplificativo, strumenti economici nonché altre misure incentivanti l'attuazione della gerarchia dei rifiuti: «1) tasse e restrizioni, 2) tariffe puntuali, 3) incentivi fiscali per la donazione di prodotti, 4) responsabilità estesa del produttore, 5) sistemi di cauzione-rimborso, 6) investimenti in infrastrutture, 7) appalti, 8) eliminazione delle sovvenzioni, 9) misure fiscali o altri mezzi, 10) sostegno alla ricerca e innovazione, 11) utilizzo delle migliori tecniche, 12) incentivi economici, 13) campagne di sensibilizzazione, 14) sistemi di coordinamento, 15) dialogo e cooperazione tra le parti».

Con riferimento ai criteri informatori dell'attività gestoria integrata dei rifiuti di imballaggi *ex art* 219, sarebbero necessari ulteriori elementi di dettaglio connessi ai profili onerosi derivanti dall'introduzione dell'impiego di mezzi economici orientati all'implementazione dell'applicazione della gerarchia dei rifiuti nonché dalla cooperazione tra i soggetti pubblici e privati<sup>27</sup>. In linea con quanto evidenziato dalla relazione illustrativa allo schema del D. Lgs. in esame, l'utilizzo di strumenti economici permette al Governo di attivare specifiche politiche tramite reperimento delle risorse in future leggi di bilancio. Alla luce della direttiva comunitaria recepita con il D. Lgs. in analisi, gli Stati membri ricorrono a strumenti economici nonché ad

<sup>26</sup> Cfr. in particolare Allegato L-ter, inserito dal successivo art. 8, comma 6, d. lgs. 3 settembre 2020, n. 116.

<sup>27</sup> Cfr. Schema di decreto legislativo recante attuazione della direttiva (UE) 2018/851, che modifica la direttiva 2008/98/CE relativa ai rifiuti e della direttiva (UE) 2018/852, che modifica la direttiva 1994/62/CE sugli imballaggi ed i rifiuti di imballaggio, *Atto del Governo n. 169, XVIII legislatura, Servizio del bilancio del Senato della Repubblica, Dossier Maggio 2020*, consultabile su [www.senato.it](http://www.senato.it).

altre misure per incoraggiare ed estendere l'applicazione della gerarchia dei rifiuti, quali quelli di cui all'allegato IV *bis* della direttiva o altri strumenti e misure idonei *ex art. 4*. Per di più, ai sensi dell'art. 11, par. 3, se lo Stato membro intende rinviare il termine per il conseguimento degli obiettivi previsti, deve presentare un piano di attuazione contenente gli strumenti economici opportuni nonché altre misure finalizzate ad incentivare l'applicazione della gerarchia dei rifiuti. Pertanto, sarebbe necessario chiarire se l'Italia risulti rispettosa di tali disposizioni nonostante in sede di trasposizione si preveda soltanto un elenco a titolo esemplificativo al nuovo allegato L-*ter*, che riprende l'allegato IV della direttiva, e pertanto le risorse sarebbero reperite con leggi future. In riferimento a ciò, sarebbe utile un chiaro quadro degli strumenti<sup>28</sup> economici già sussistenti.

Con riguardo al sistema di riutilizzo di determinate tipologie di imballaggi, il successivo comma 4 sostituisce l'art. 219-*bis* ed estende a tutti gli imballaggi la finalità di aumentare la percentuale degli stessi riutilizzabili, immessi poi nuovamente sul mercato. A tal proposito, rilevante appare la previsione per cui con decreto ministeriale siano sancite misure finalizzate ad agevolare e sostenere forme di riutilizzo degli imballaggi, anche mediante l'erogazione di premialità nonché di incentivi economici. Per quel che concerne l'obiettivo di incrementare la percentuale di imballaggi riutilizzabili immessi sul mercato di cui al pocanzi citato comma 4 del D. Lgs. in analisi, si ritiene che la disposizione *de qua* non determini nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica poiché le misure di promozione sono collocate a carico degli operatori economici.

Ad opera del comma 5 vengono introdotte alcune modifiche all'art. 220, prevedendo nuove norme in relazione al calcolo degli obiettivi di recupero e riciclaggio. Tali disposizioni incidono su *target (id est: traguardi)* che gli operatori economici devono raggiungere e perciò non comportano oneri gravanti sulla finanza pubblica.

#### **4.1 La rimodulazione dei costi di raccolta differenziata: una nuova entrata per le amministrazioni locali, con un effetto di perequazione nei confronti dei cittadini.**

Il successivo comma 8 riforma l'art. 222 concernente la raccolta differenziata ed i connessi obblighi pubblicistici. Nello specifico, vengono aggiornati gli obblighi della Pubblica Amministrazione, ossia degli enti di governo d'ambito territoriale o dei Comuni, riguardanti le operazioni di raccolta differenziata. In particolare, si

---

<sup>28</sup> Specificamente, sulle agevolazioni in tema di tributi ambientali, cfr. la puntuale analisi di G. SELICATO, *Profili teorici e lineamenti evolutivi degli strumenti agevolativi a carattere fiscale e non fiscale per la promozione dello sviluppo sostenibile*, in *Riv. dir. trib. int.*, fasc. 2-3, 2004, 399 ss.

stabilisce di mettere a carico dei produttori e degli utilizzatori i costi per questo servizio, in una misura non inferiore all'80 %. Tali importi dovranno essere versati ai bilanci con destinazione vincolata, al fine di essere impiegati nel piano economico finanziario relativo alla determinazione della tassa sui rifiuti (TARI) e perciò coprire parte dei costi del servizio a carico dei cittadini. Gli enti di governo dell'ambito territoriale ottimale ossia i Comuni garantiscono l'espletamento del servizio di raccolta differenziata di ulteriori classi (tipi) di rifiuti. Con riferimento al comma 8, può quindi ritenersi che le disposizioni normative ivi previste contemplino oneri a carico dei soggetti privati a supporto dei costi di raccolta differenziata finora sostenuti integralmente dalle amministrazioni locali. Con riferimento ai rifiuti urbani soggetti alla raccolta differenziata, i produttori dovranno sostenere almeno l'80% dei costi finora affrontati e coperti dai Comuni tramite gli introiti derivanti dalla Tari. Pertanto, rispetto alla normativa vigente, è importante rilevare come sia stata qui prevista una nuova entrata per le amministrazioni locali, con un effetto di perequazione nei confronti dei cittadini che sino ad ora hanno dovuto sostenere (il 100% di) tali costi. Perciò la norma *de qua* non comporta oneri a carico della finanza pubblica poiché anche l'eventuale 20% sarà messo a carico, in linea con quanto finora avvenuto, della tassazione generale, ossia della Tari.

Tuttavia, per quel che concerne il nuovo testo dell'art. 222, nello specifico con riferimento all'attribuzione a carico dei produttori di almeno l'80% dei costi affrontati per i rifiuti urbani soggetti alla raccolta differenziata, finora gravanti sui comuni e coperti tramite la Tari, sarebbe necessario chiarire se l'aumento dei costi in capo ai produttori potrebbe generare sia pure in via indiretta degli effetti mediati di diminuzione del gettito tributario.

L'art. 227 del T.U. sull'ambiente è sostituito dal comma 10 che disciplina i rifiuti elettrici ed elettronici, rifiuti di pile e accumulatori, rifiuti sanitari<sup>29</sup>, veicoli fuori uso e prodotti contenenti amianto.

## **4.2 Riflessioni a margine sugli strumenti finanziari trasposti nell'ordinamento nazionale.**

Con riferimento al c.d. *Circular Economy Package* nel suo complesso, appare utile sottolineare che gli strumenti finanziari di cui all'allegato L-ter, costituiscono una trasposizione nell'ordinamento nazionale degli strumenti che l'Unione Europea (UE)<sup>30</sup> prevede specificamente nell'allegato IV-bis della direttiva comunitaria e che

<sup>29</sup>Cfr. V. DI CAPUA, I. FORGIONE, *Le ordinanze contingibili e urgenti in materia di rifiuti "alla prova" dell'emergenza epidemiologica da covid-19*, in *Riv. Giur. AmbienteDiritto.it*, Anno XX, Fasc. 3/2020, *passim*.

<sup>30</sup> In tale ambito, anche se un po' risalente, rimane utile la ricostruzione tecnico-giuridica di M. BASILAVECCHIA, *L'evoluzione della politica fiscale dell'Unione europea*, in *Riv. dir. trib.*, fasc. 4, 2009, 361 ss.

risultano conformi all'ossequio del principio della concorrenza<sup>31</sup> nell'ambito del mercato<sup>32</sup> interno. Pertanto, si tratta unicamente del recepimento degli strumenti idonei, secondo le indicazioni dell'UE, per il settore che quindi non costituiscono ulteriori specifiche misure finanziarie o incentivi o regimi di aiuto<sup>33</sup>.

Le disposizioni normative, salvo diversamente specificato nel *corpus* del d. lgs. in esame, appaiono nella *voluntas legislatoris* di tipo ordinamentale e perciò formalmente non involgono oneri a carico della finanza pubblica.

## 5. Sistema sanzionatorio, effetti di gettito e disposizioni finali.

Con riferimento alle modifiche al decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, nella parte IV, recante norme in materia di gestione dei rifiuti e di bonifica dei siti inquinati, nel Titolo VI sul Sistema sanzionatorio e disposizioni finali, al Capo I sulle Sanzioni, la norma contenuta nell'art. 4 completa l'articolo 258 concernente la violazione degli obblighi di comunicazione, di tenuta dei registri obbligatori e dei formulari nonché l'articolo 263 relativo ai proventi delle sanzioni amministrative pecuniarie. Nello specifico, viene sancita l'applicazione di queste ultime per la mancata o irregolare iscrizione al Registro di cui all'articolo 188-*bis*, nonché per la mancata o incompleta trasmissione dei dati informativi e la destinazione dei proventi delle sanzioni, previa riassegnazione al Ministero dell'ambiente, agli interventi di bonifica dei siti *ex art.* 252, comma 5.

Alla norma pocanzi evidenziata non vengono ascritti effetti di gettito.

Certamente, le sanzioni in analisi sono nuove e, allo stato, il loro gettito non può essere quantificato, neppure in via presuntiva.

<sup>31</sup> Sotto un profilo collegato, si v. l'interessante saggio di C. BUZZACCHI, *Tassazione e concorrenza: la via dei correttivi fiscali alle disfunzioni dei mercati finanziari*, in *Concorrenza e mercato*, fasc. 1, 2014, 5 ss., che in particolare tratta della fiscalità finanziaria a correzione della concorrenza, rilevando analogie con la fiscalità ambientale.

<sup>32</sup> Sul rapporto tra mercato e fiscalità ambientale, v. le chiare note di M.A. ICOLARI, *Fiscalità dell'ambiente, mercato e sviluppo sostenibile: un equilibrio possibile?*, in *Riv. Giur. AmbienteDiritto.it*, Anno XX, Fasc. 1/2020, 225-236. L'Autrice effettua una ponderata analisi tecnico-giuridica tra tassazione ambientale, mercato e sviluppo sostenibile, scandagliando la complessità in cui versa attualmente la fiscalità ambientale, descrivendo accuratamente come l'assenza di un criterio informatore si ripercuota sulla prerogativa del tributo di finanziare il diritto all'ambiente. Fulcro della riflessione risulta la mancanza di corrispondenza tra fattore inquinante e presupposto del tributo nonché il raffronto tra risorse naturali, benessere ed economia circolare. Il diritto all'ambiente, quale diritto sociale fondamentale, va realizzato in via sostanziale, concreta, anche attraverso una fiscalità adeguata, senza trascurare «la sfida principale dell'ordinamento tributario moderno di concorrere alla realizzazione sia del processo di integrazione europea che dello sviluppo del regionalismo».

<sup>33</sup> Sulla tematica degli aiuti di stato, cfr. G. PIZZONIA, *Aiuti di stato mediante benefici fiscali ed efficacia nell'ordinamento interno delle decisioni negative della Commissione UE. Rapporti tra precetto comunitario e procedure fiscali nazionali*, in *Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze*, LXIV, 3, I, 2005, 384-400; *Id.*, *Recovery in the Case of Aid Schemes in Tax Matters*, in A. Santa Maria, *Competition and State Aid An Analysis of the EU Practice*, Alphen Aan Den Rijn - Nld, 2015, 179-199.

Il seguente art. 6, al comma 1, stabilisce che i soggetti sottoposti a regimi di responsabilità estesa del produttore, istituiti anteriormente all'entrata in vigore del D. Lgs. in analisi, si conformino alle disposizioni da esso dettate in materia di responsabilità estesa del produttore entro il termine del 5 gennaio 2023<sup>34</sup>.

Si tratta di disposizioni di tipo ordinamentale, prive di effetti sulla finanza pubblica.

L'articolo 7 del D. Lgs. in analisi contiene una serie di abrogazioni di disposizioni del decreto legislativo n. 152 del 2006, del decreto-legge n. 91 del 2017 e del decreto-legge n. 135 del 2018. Anche la disposizione *de qua* è di tipo ordinamentale e pertanto non genera effetti sulla finanza pubblica.

## **6. Gli allegati ex art. 8 del D. Lgs. 3 settembre 2020, n. 116 di riforma della parte IV del Codice dell'ambiente: il nuovo allegato L-ter e la globale clausola di invarianza finanziaria.**

La norma di cui all'articolo 8 del D. Lgs. in esame, recante modifiche al decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152 nella Parte IV contenente norme in materia di gestione dei rifiuti e di bonifica dei siti inquinati, riforma gli allegati del T.U. sull'ambiente al fine di adeguarli alle direttive recepite.

Il comma 1 modifica l'allegato C della parte IV del Codice dell'ambiente, che riporta un elenco non esaustivo di operazioni di recupero, intervenendo sulle operazioni R3, R4 e R5, in linea con quanto previsto dall'art. 1, paragrafo 31 della direttiva 2018/851, riguardanti, rispettivamente, il Riciclo/recupero delle sostanze organiche non utilizzate come solventi (comprese le operazioni di compostaggio ed altre trasformazioni biologiche), il Riciclaggio/recupero dei metalli e dei composti metallici e il Riciclaggio/recupero di altri materiali inorganici.

Il comma 2 sostituisce l'allegato D, che contiene l'elenco dei rifiuti con i relativi codici di classificazione, con l'allegato che riporta il nuovo elenco dei rifiuti europeo presente nella decisione 955/2014.

<sup>34</sup> Il successivo comma 2 del medesimo articolo prevede che i soggetti di cui al comma 1 hanno l'obbligo di comunicare al Ministero dell'ambiente le modifiche statutarie apportate entro il 1° giugno 2022. Nei sessanta giorni successivi alla predetta comunicazione, il Ministero può indicare le variazioni che devono essere effettuate da tali soggetti nei successivi trenta giorni susseguenti alla comunicazione.

Ai sensi del seguente comma 3, in difetto di adeguamento alle modifiche indicate nel comma 2, ovvero nel caso in cui le riforme apportate non siano ritenute adeguate, il Ministero apporta d'ufficio le modifiche necessarie nei trenta giorni successivi alla comunicazione, in caso di mancato adeguamento, ovvero alla trasmissione delle modifiche, in caso di nuove proposte non ritenute adeguate.

Il comma 4 prevede che gli statuti si intendono approvati in caso di mancata comunicazione, da parte del Ministero, delle modifiche da apportare entro il termine di cui al comma 2 ovvero, in caso di mancata modifica d'ufficio, nel termine di cui al comma 3. Il testo integrale della versione definitiva del D. Lgs. 3 settembre 2020, n. 116 è rinvenibile su [www.normattiva.it](http://www.normattiva.it).

Il comma 3 integra il disposto dell'allegato E alla parte IV del Codice dell'ambiente al fine di recepire, in maniera fedele, i nuovi obiettivi minimi di riciclaggio in materia di imballaggi previsti, per il 2025 e il 2030, dall'art. 1, punto 5), lettera a), della direttiva 2018/852/UE.

Il comma 4 rimodula l'allegato F alla parte IV del Codice, che individua - nelle more di una regolamentazione specifica adottata con l'apposito decreto del Ministro dell'ambiente previsto dall'art. 226, comma 3, del Codice - i requisiti essenziali che devono essere posseduti dagli imballaggi ai fini della loro commercializzazione. In concreto, la riscrittura della normativa in esame non apporta modifiche sostanziali al testo vigente dell'allegato F, ma si limita ad una riorganizzazione delle disposizioni dell'allegato stesso.

Il comma 5 sostituisce l'allegato I con l'allegato III della direttiva 2008/98, recante le caratteristiche di pericolo dei rifiuti, con l'obiettivo di adeguarlo alle modifiche introdotte dal Regolamento 1357/2014 e dal Regolamento 2017/997.

Come già accennato, il comma 6 introduce un nuovo allegato L-ter alla parte IV del Codice dell'ambiente, che riproduce fedelmente l'allegato IV-bis della direttiva 2008/98 (introdotto dalla direttiva (UE) 2018/851). L'allegato *de quo* contiene un elenco esemplificativo di strumenti economici ed altre misure volte ad incentivare l'applicazione della gerarchia dei rifiuti. Tra gli esempi elencati si rammentano, in particolare:

- tasse e restrizioni per il collocamento in discarica e l'incenerimento;
- regimi di tariffe puntuali;
- sistemi di cauzione-rimborso ed altre misure per incoraggiare la raccolta efficiente di prodotti e materiali usati;
- appalti pubblici sostenibili;
- ricorso a misure fiscali o altri mezzi per promuovere la diffusione di prodotti e materiali preparati per il riutilizzo o riciclati;
- incentivi economici per le autorità locali e regionali, finalizzati specificamente a promuovere la prevenzione dei rifiuti ed intensificare i regimi di raccolta differenziata;
- sistemi di coordinamento, anche per via digitale, tra tutte le autorità pubbliche competenti che intervengono nella gestione dei rifiuti;
- promozione di un dialogo e una cooperazione continui tra tutte le parti interessate alla gestione dei rifiuti, incoraggiamento di accordi volontari e della trasmissione delle informazioni sui rifiuti da parte delle aziende.

I successivi commi 7 e 8 introducono, rispettivamente, l'allegato L-quater e l'allegato L-quinquies che riportano: il primo, i rifiuti indifferenziati e da raccolta differenziata, provenienti da altre fonti che sono simili per natura e composizione ai rifiuti domestici; il secondo, le attività che li producono. Si tratta della categoria di

rifiuti cd. "rifiuti assimilabili"<sup>35</sup> ex articolo 184, comma 2, lettera b) del Codice dell'ambiente. Tuttavia, è venuta meno la dichiarazione di assimilazione e perciò, giuridicamente, non sussiste più il rifiuto assimilabile e assimilato<sup>36</sup>. Tuttavia, la "similarità" derivante dalla direttiva europea fa sì che esso permanga nell'ambito dei rifiuti pubblici<sup>37</sup>, per cui si incrementa il ruolo dei soggetti pubblici nella gestione dei rifiuti, nonché aumenta il perimetro del servizio pubblico ed anche il gettito dei proventi Tari, mediante una più estesa platea di produttori dei rifiuti. Anche dalla metodica della tariffa, salvo che l'Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente (ARERA) opti per la distinzione tra gli impianti pubblici e quelli privati, si evince la contraddizione caratterizzante la categoria dei rifiuti urbani, in cui coesistono rifiuti trattati in modo differente nonostante siano ritenuti uguali, a volte addirittura col medesimo codice dell'Elenco Europeo dei Rifiuti (EER).

I produttori che scelgano di avviare al recupero i propri rifiuti simili, mediante un loro gestore, saranno tenuti a redigere un bilancio di convenienza, anche sotto l'aspetto delle responsabilità derivanti dalle differenti opzioni, valutando: i propri costi amministrativi e generali; la parte fissa della tariffa da applicare a prescindere dal conferimento, in qualità di cittadini, membri di una collettività, dei rifiuti al servizio pubblico locale; la riduzione, quali singoli individui, della parte variabile della tariffa; nonché gli altri costi riconosciuti ai gestori dei rifiuti.

Il seguente art. 9 reca una generale clausola di invarianza finanziaria, stabilendo che dal decreto legislativo *de quo* non debbano derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica e che le amministrazioni e le autorità interessate provvedano agli adempimenti previsti mediante le risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente.

## 7. Conclusioni.

Nell'ambito dei modelli regolatori per la transizione dall'economia di consumo all'economia circolare, un ruolo di primo piano per un'ottimale tutela ambientale viene svolto dai meccanismi di mercato; tra questi, uno degli istituti su cui

<sup>35</sup> In realtà, è venuto meno l'istituto/potestà dell'assimilazione, grazie al quale si operava in un meccanismo freno/acceleratore sia sul servizio pubblico locale, sia sulla tariffa. Su tale profilo, v. *funditus*A. PIEROBON, *Prime notazioni sul D. Lgs. 116 del 2020 sui rifiuti e sull'economia circolare*, cit., 7 ss.

<sup>36</sup> In proposito si vedano: l'art. 198, comma 2, lett. g); l'art. 195, comma 2, lett. e); la soppressione di tutti i termini riguardanti gli assimilati nell'art. 198, commi 1 e 2, nonché nell'art. 205, comma 3 *quater*. Per errore sono rimasti i termini «assimilati» nell'art. 189, comma 5; nell'art. 193, comma 7 e nell'art. 258, comma 7.

<sup>37</sup> Cfr. art. 183, comma 1, lett. b *ter*), punto 2, concernente i rifiuti differenziati provenienti da altre fonti simili per natura e composizione che sono ritenuti "simili" per natura e composizione ai rifiuti domestici indicati nell'allegato L-*quater* prodotti dalle attività di cui all'allegato L-*quinquies*, escludendosi le attività di cui alle imprese agricole (art. 2135 c.c.). Si v. altresì la formula residuale per cui le "Attività non elencate, ma ad esse simili per loro natura e per tipologia di rifiuti prodotti, si considerano comprese nel punto a cui sono analoghe".

maggiormente impatta la direttiva rifiuti recepita è, come evidenziato, la responsabilità estesa del produttore che, in linea con quanto esplicitato nel *corpus* del saggio *de quo*, mira ad implementare la responsabilità dei produttori con riferimento a ciò che immettono al consumo (*id est*: sul mercato), penalizzandoli economicamente qualora non contribuiscano a realizzare efficacemente gli obiettivi dell'economia circolare<sup>38</sup>, in un'ottica di *favor* verso lo sviluppo sostenibile<sup>39</sup>.

La penalizzazione *de qua* non si concreta tanto in una tassa o in un'imposta bensì piuttosto nel mettere a carico dei produttori i costi del fine vita dei prodotti ad essi riconducibili.

Per tale via, gli operatori sul mercato puntano a raggiungere i più bassi costi di fine vita dei prodotti per risultare più competitivi ed, in tal modo, contribuire in maniera efficace alla protezione dell'ambiente<sup>40</sup>, producendo ed immettendo sul mercato prodotti "circolari".

Nell'ambito della fiscalità circolare<sup>41</sup>, si tende perciò alla trasformazione dei rifiuti in risorse, in un'ottica di sostenibilità<sup>42</sup> finanziaria intergenerazionale.

Per di più, concorrenza ed ambiente<sup>43</sup>, che tradizionalmente venivano inquadrati quali istituti antitetici, paiono trovare una sia pure teorica formula di composizione nel nuovo assetto regolatorio di cui al d.lgs. 3 settembre 2020, n. 116.

<sup>38</sup> Cfr. M. COCCONI, *Circular economy and environmental sustainability*, in *Riv. Giur. AmbienteDiritto.it*, Anno XX, Fasc. 3/2020, 1-21.

<sup>39</sup> L. SALVEMINI, *Lo sviluppo sostenibile: l'evoluzione di un obiettivo imperituro*, in *Riv. giur. AmbienteDiritto.it*, Anno XX, Fasc. 2/2020, *passim.*, tratta, innanzitutto sotto un profilo storico-ricostruttivo, il principio dello sviluppo sostenibile che soddisfa i bisogni del presente senza compromettere la possibilità delle generazioni future di soddisfare i propri. Il principio *de quo* esprime la necessità di equilibrio tra crescita sociale, sviluppo economico e tutela dell'ambiente. E' indispensabile creare nuovi strumenti di razionalizzazione delle risorse nonché individuare i confini entro cui il progresso può spingersi prima di degenerare in degrado ambientale.

<sup>40</sup> L. GIAMPIETRO, *Riflessioni sulla tutela dell'ambiente e sulle proposte di riforma di fiscalità ambientale*, in *Ambiente & sviluppo*, 11/2019, 817 ss..

<sup>41</sup> A. URICCHIO, *I tributi ambientali e la fiscalità circolare*, in *Diritto e pratica tributaria*, 5/2017, 1849 -1868, delinea in maniera ordinata il passaggio dalla fiscalità lineare a quella circolare, offrendo, *de jure condendo*, un'analisi delle prospettive nonché dei freni allo sviluppo di una fiscalità ambientale costruita mediante il modello circolare. Innanzitutto, l'Autore rileva che la leva fiscale ha innestato modelli impositivi orientati alla protezione e valorizzazione dell'ambiente. I c.d. tributi ambientali, pur soddisfacendo il proprio fine fiscale di procurare entrate, realizzano anche fini extrafiscali «di promozione di comportamenti o processi produttivi ecocompatibili, di disincentivazione di produzioni inquinanti o di consumo di risorse scarse». La fiscalità lineare, orientata dal principio di neutralità fiscale, «indifferente rispetto alle dinamiche della spesa e sensibile a quelle del prelievo e del gettito, lentamente cede il passo ad un nuovo modello di fiscalità circolare che attua la dimensione promozionale del fisco per l'ambiente, tassando lo scarto e favorendo il riuso e il riciclo, limitando la spesa pubblica improduttiva e clientelare, rimettendo in moto lo sviluppo senza distruggere la ricchezza».

<sup>42</sup> D. PORENA, *Il principio di sostenibilità: sua "giuridicizzazione" e progressiva espansione nei sistemi giuridici contemporanei e nell'ordinamento costituzionale italiano*, in *Riv. Giur. AmbienteDiritto.it*, Anno XX, Fasc. 4/2020, 1-19.

<sup>43</sup> Su tale profilo ed, in particolare, sul bilanciamento tra tutela dell'ambiente e libertà di iniziativa economica, cfr. C. DELLA GIUSTINA, *Il diritto all'ambiente nella Costituzione italiana*, in *Riv. Giur. AmbienteDiritto.it*, Anno XX, Fasc. 2/2020, spec. 13 ss..

Tuttavia, appare a chi scrive che l'inserimento di tali nuove norme e principi nel codice dell'ambiente, senza sostanzialmente andare ad intaccare il nucleo vecchio di disposizioni, crei questioni di mancato o inadeguato coordinamento nonché di coerenza normativa.

In questo quadro il tentativo del legislatore, pur apparendo teoricamente avanzato, pare scontrarsi col dato reale.

Inoltre, a fronte della previsione di nuovi compiti conferiti agli enti pubblici dalla riforma *de qua*, sussiste perlopiù una clausola di invarianza finanziaria, riprodotta in ogni caso a valenza generale *ex art. 9* del d. lgs. analizzato. Per cui si avanzano dubbi sulla sostenibilità finanziaria di tali nuove attività. Necessario sarebbe un chiarimento legislativo in proposito.

Di fondo, la considerazione critica è che permane un approccio giuridico astratto. Il rischio è che, in questo ambito confuso ed ambiguo di incroci normativi, i soggetti pubblici tenteranno di ottenere maggiori somme da introitare, facendo funzionare la parte fissa della tariffa, che diventerebbe per tale via di per sé una sorta di tributo, per cui appare difficile comprendere la posizione di chi ritiene che la "tariffa" rifiuti abbia natura privatistica<sup>44</sup>.

Si rischiano perciò cortocircuiti normativi se non si ricompona in maniera coerente l'intera disciplina, attraverso un approccio sostanziale, sopravanzando la mera amministrazione tecno-burocratica<sup>45</sup>.

---

<sup>44</sup> *Contra*, A. PIEROBON, *Natura privatistica della tariffa rifiuti? Accendere i ceri non è come celebrare la messa*, in *Azienditalia*, nn. 8-9/2020, *passim*.

<sup>45</sup> Cfr. ID., *L'ARERA e il metodo tariffario rifiuti*, in *Azienditalia*, n. 1/2020; ID., *Siamo all'avvento (o alla vigilia?) del nuovo metodo tariffario dei rifiuti (ARERA)?*, in *L'Ufficio Tecnico*, n. 1-2/2020; ID., *Le riduzioni della tariffa rifiuti in periodo Covid-19: solo cavalleria finanziaria?*, in *L'Ufficio Tecnico*, nn. 7-8/2020.

**L'INEFFICACIA DEL PROVVEDIMENTO TARDIVO  
DI CUI AL NUOVO ART. 2, CO. 8-BIS DELLA L.N.  
241/1990 E GLI EFFETTI SULLA DISCIPLINA DEL  
SILENZIO ASSENSO:  
PRIMI PASSI NELL'OTTICA DELLA CERTEZZA DEL  
DIRITTO**

**Marco Calabrò\***

---

\* Professore ordinario di Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli. Il presente lavoro, rivisto per la pubblicazione, riprende il contenuto della Relazione tenuta nel corso del Convegno intitolato «La nuova riforma dell'attività amministrativa. Le modifiche alla Legge 241/1990 apportate con Legge dell'11 settembre 2020 n. 120 e le recenti novità in materia di contratti pubblici», organizzato dai Professori Sandro De Götzen e Giulia Milo, con la collaborazione ed il patrocinio dell'Università degli Studi di Trieste, del Comune di Trieste e della Rivista di Classe «A» AmbienteDiritto.it.

**ABSTRACT [ITA]:** Nel quadro dei recenti interventi normativi che il d.l. n. 76/2020 (decreto semplificazioni) dedica al procedimento amministrativo, lo scritto si sofferma sul nuovo comma 8-*bis* dell'art. 2 della l. n. 241/1990, laddove prevede espressamente l'inefficacia del provvedimento emanato una volta decorso il termine procedimentale (a carattere perentorio), al fine di riflettere sulle possibili conseguenze della norma sul piano del regime del silenzio assenso.

Ricostruita la *ratio* della nuova disposizione, si esaminano gli obiettivi ad essa sottesi, finalizzati a rendere chiara e univoca la portata dell'istituto del silenzio significativo in funzione di stabilità delle situazioni giuridiche del privato e della pubblica amministrazione scaturenti dal suo formarsi, per poi verificare l'effettiva idoneità della norma a conseguire i suddetti scopi. Da un lato, si rileva il compimento di un "passo in avanti" favorito da quello che rappresenta comunque un tentativo di consolidamento dell'impianto del, fino ad oggi "instabile", meccanismo del silenzio assenso; dall'altro lato, si delineano i limiti di una "riforma a metà", sia in ragione delle criticità connesse alla qualificazione del provvedimento tardivo in termini di inefficacia (e non, piuttosto, di nullità) sia a causa della mancata distinzione, foriera di possibile incertezza sul piano interpretativo, tra la disciplina del provvedimento tardivo a carattere negativo e quella del provvedimento tardivo a carattere positivo. Le soluzioni proposte, al contrario, sono rivolte alla ricerca di un sistema di principi e regole idoneo ad offrire maggiore certezza del diritto e, al contempo, a ridurre gli ostacoli alla piena ed effettiva operatività del meccanismo sotteso al silenzio assenso.

**ABSTRACT [ENG]:** *In the framework of the recent regulatory interventions established by legislative decree No. 76/2020 on the administrative procedure, this paper focuses on the new paragraph 8-bis in Article 2 of law No. 241/1990, with a particular reference to the part in which it provides for the ineffectiveness of the administrative measure adopted after the mandatory date, in order to verify the impact of that rule on the legal regime of silent consent.*

*After identifying the rationale of the new regulatory provision, this research focused on objectives, aimed at making clear and unique the scope of the institution of significant silence in the light of the stability of the legal situations of the private and of the public administration arising by its formation, and on the actual suitability of the rule to achieve those objectives. On the one hand, it is highlighted a "step forward" favored by the attempt to consolidate the so far "unstable" structure of silent consent; on the other hand, the limits of a "half-reform" are outlined, both because of the critical issues related to the classification of the late administrative measure in terms of ineffectiveness (and not, rather, nullity) and because of the lack of distinction, which produces possible uncertainty at the interpretative level, between the rules governing the late adoption of a negative administrative measure and the rules governing the late adoption of a positive administrative measure. The proposed solutions, on the contrary, are aimed at finding a system of principles and rules suitable to greater legal certainty and, at the same time, to reduce the obstacles to the full and effective operation of the mechanism underlying the silent consent.*

**SOMMARIO: 1.** Il nuovo art. 2, co 8-*bis* della l. n. 241/1990: *ratio* ed effetti della riforma. – **2.** L'incerta portata della riforma e le sue ricadute sul dibattito circa la qualificazione giuridica del provvedimento tardivo. – **2.1.** Le ragioni della tesi della nullità del provvedimento tardivo. – **3.** I possibili riflessi della sanzione dell'inefficacia sulla responsabilità del funzionario pubblico. – **4.** Provvedimento tardivo inefficace e autotutela "atipica" sul silenzio assenso. – **5.** Una riforma "a metà": le criticità ancora irrisolte nella disciplina del silenzio assenso. – **6.** Riflessioni conclusive.

## **1. Il nuovo art. 2, co 8-*bis* della l. n. 241/1990: *ratio* ed effetti della riforma.**

L'art. 12, co. 1, lett. a) del d.l. n. 76/2020 (c.d. decreto semplificazioni, convertito in l. n. 120/2020) ha introdotto un nuovo co. 8-*bis* all'art. 2 della l. n. 241/1990, con il quale vengono individuate alcune fattispecie nelle quali l'emanazione di un provvedimento oltre i termini procedurali legislativamente prescritti per la sua adozione determina l'inefficacia del provvedimento stesso. Si tratta, in particolare, delle ipotesi nelle quali opera il regime del silenzio assenso – sia *sub specie* di silenzio assenso endoprocedimentale (artt. 14-bis e 14-ter, conferenza di servizi; art. 17-bis, silenzio tra amministrazioni), che di silenzio assenso provvedimento (art. 20) – nonché delle ipotesi relative all'esercizio dei poteri inibitori delle attività principiate mediante la presentazione di una s.c.i.a.<sup>1</sup> Il presente contributo si limiterà ad esaminare la parte della riforma concernente le fattispecie di silenzio assenso.

La disposizione si colloca nella scia di una serie di interventi posti in essere negli ultimi anni da parte del legislatore, tutti volti a sottolineare la centralità che oggi assume il rispetto della tempistica procedimentale da parte dell'amministrazione, prospettiva che trova conferma all'interno dello stesso d.l. semplificazioni, il cui art. 12, co. 1, lett. l), nel modificare l'art. 29, l.n. 241/1990, riconduce l'obbligo di misurare i tempi di effettiva conclusione dei procedimenti ai livelli essenziali delle prestazioni ex art. 117, co. 2, lett. m) Cost.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> "Le determinazioni relative ai provvedimenti, alle autorizzazioni, ai pareri, ai nulla osta e agli atti di assenso comunque denominati, adottate dopo la scadenza dei termini di cui agli articoli 14-bis, comma 2, lettera c), 17-bis, commi 1 e 3, 20, comma 1, ovvero successivamente all'ultima riunione di cui all'articolo 14-ter, comma 7, nonché i provvedimenti di divieto di prosecuzione dell'attività e di rimozione degli eventuali effetti, di cui all'articolo 19, commi 3 e 6-bis, primo periodo, adottati dopo la scadenza dei termini ivi previsti, sono inefficaci, fermo restando quanto previsto dall'articolo 21-nonies, ove ne ricorrano i presupposti e le condizioni", (art. 2, co. 8-bis, l.n. 241/1990, introdotto dall'art. 12, comma 1, lettera a), legge n. 120 del 2020).

<sup>2</sup> Tale disposizione deve essere letta in combinato disposto con il co. 4-*bis* dell'art. 2 l.n. 241/1990 – anch'esso introdotto dal d.l. Semplificazioni, ai sensi del quale "Le pubbliche amministrazioni misurano e pubblicano nel proprio sito internet istituzionale, nella sezione "Amministrazione trasparente", i tempi effettivi di conclusione dei procedimenti amministrativi di maggiore impatto per i cittadini e per le imprese, comparandoli con i ter- mini

La prima novità presente nella disposizione consiste nell'introduzione di una deroga al principio generale in base al quale il termine procedimentale avrebbe carattere ordinatorio, prevedendo specifiche eccezioni nelle quali, al contrario, il termine finale deve qualificarsi come perentorio<sup>3</sup>. Come noto, infatti, i termini che presiedono all'attività delle pubbliche amministrazioni sono sempre ordinatori "ed anzi sollecitatori, in quanto espressione della necessità della tempestiva cura degli interessi pubblici, e, nel perseguimento di tale necessità, il legislatore, o altra autorità dotata di poteri normativi, individua e stabilisce il tempo entro il quale il procedimento preordinato alla gestione dell'interesse pubblico deve essere perfezionato con l'adozione del provvedimento conclusivo espresso"<sup>4</sup>. In altre parole, salvi i casi espressamente previsti dalla legge, la scadenza del termine massimo di durata del procedimento non incide di per sé né sulla sussistenza del potere di provvedere, né sulla legittimità del provvedimento conclusivo del procedimento.

In realtà, anche prima della riforma in esame si sarebbe potuto/dovuto sostenere la natura perentoria del termine finale nelle ipotesi di silenzio significativo. Solo ritenendo non più esercitabile il potere di amministrazione attiva, una volta decorso il termine per provvedere, rinviene una sua coerente giustificazione il formarsi "silenzioso" degli effetti provvedimentali *ex lege*. Tuttavia, come si avrà modo di chiarire *infra*, su tale profilo si continuavano a registrare indirizzi contrastanti (soprattutto in giurisprudenza), il che ha evidentemente indotto il legislatore ad esplicitare il carattere perentorio del termine, con effetti decadenziali, ovvero preclusivi di un tardivo esercizio del potere<sup>5</sup>.

Ma ciò che rappresenta senza dubbio l'elemento innovativo di maggior interesse è l'espressa qualificazione delle conseguenze scaturenti dal decorso del termine (perentorio), conseguenze consistenti nella inefficacia del provvedimento emanato tardivamente. Nelle riflessioni che seguono ci si propone di indagare la *ratio*

---

previsti dalla normativa vigente. Con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro per la pubblica amministrazione, previa intesa in Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, sono definiti modalità e criteri di misurazione dei tempi effettivi di conclusione dei procedimenti, nonché le ulteriori modalità di pubblicazione di cui al primo periodo". F. FRACCHIA e P. PANTALONE, *La fatica di semplificare: procedimenti a geometria variabile, amministrazione difensiva, contratti pubblici ed esigenze di collaborazione del privato "responsabilizzato"*, in *Federalismi.it*, 2020, parlano, al riguardo di "una sorta di ossessione per il tema del tempo", a dimostrazione della "consapevolezza, acquisita dal legislatore, dei problemi che genera in Italia l'indolenza dell'amministrazione", 35.

<sup>3</sup> Sulla natura di regola ordinatoria dei termini procedimentali, con conseguente irrilevanza – in punto di legittimità dell'esercizio del potere – della mancata osservanza degli stessi, v. G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, 2013, 236.

<sup>4</sup> Cons. Stato, Sez. V, 26 gennaio 2015, n. 313, in *www.giustizia-amministrativa.it*. In termini v. anche Cons. Stato, Sez. IV, 12 giugno 2012, n. 2664, *ivi*; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 4 maggio 2012, n. 3975, in *Foro amm. TAR*, 2012, 1627.

<sup>5</sup> SANTI ROMANO, *Decadenza*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1983, 46 ss., parla di decadenza in termini di effetto preclusivo all'esercizio di un potere.

della nuova disposizione, gli obiettivi ad essa sottesi e, in ultimo, l'effettiva idoneità della norma a conseguire i suddetti scopi.

La *ratio* della previsione di una espressa inefficacia *ex lege* – nelle fattispecie connotate dal regime del silenzio assenso – del provvedimento emanato una volta decorso il termine procedimentale, sembrerebbe quella di rendere finalmente chiara ed univoca l'effettiva portata dell'istituto del silenzio significativo, in termini di effetti sulle situazioni giuridiche del privato e della p.a. scaturenti dal suo formarsi. Tale convincimento trova conferma nella lettura del Dossier sul d.l. semplificazioni predisposto dal Servizio Studi del Senato, ove si parla della introduzione di uno strumento in grado di “incentivare il rispetto dei termini procedimentali, nonché di garantire la piena operatività dei meccanismi di silenzio assenso”<sup>6</sup>.

L'affermarsi dell'orientamento volto a inquadrare il silenzio assenso non in chiave provvedimentale (*sub specie* di provvedimento silenzioso)<sup>7</sup>, bensì in termini di mero comportamento omissivo dal quale la legge fa scaturire effetti giuridici analoghi a quelli che sarebbero derivati dalla espressa emanazione di un provvedimento favorevole per il privato<sup>8</sup>, aveva dato adito a dubbi circa la consumazione o meno del potere di pronunciarsi in capo alla p.a. La recente espressa dichiarazione della improduttività degli effetti di quei provvedimenti emanati dall'amministrazione competente nonostante si siano già formati *ex lege* gli effetti del silenzio significativo a seguito della decorrenza del termine procedimentale sembrerebbe, in tal senso, idonea a fugare i suddetti dubbi e, nel contempo, a consolidare l'impianto del fino ad oggi “instabile” meccanismo del silenzio assenso.

Prima di esaminare nel dettaglio le conseguenze che la disposizione in esame è destinata a produrre, appare opportuno interrogarsi sulle ragioni che hanno indotto il legislatore ad introdurre una norma di tale tenore all'interno di una riforma complessivamente finalizzata ad operare sul profilo della semplificazione amministrativa. Non si tratta, infatti, di una disposizione destinata ad incidere sulle espressioni più tipiche delle politiche di semplificazione, quali la riduzione degli

<sup>6</sup> Dossier del Servizio Studi sugli emendamenti approvati dalle Commissioni 1° e 8a all'A.S. 1883. Conversione in legge del decreto legge 16 luglio 2020, n. 76, recante “misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale”, 229. Il testo è reperibile al seguente link: <http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/01178105.pdf>.

<sup>7</sup> Come noto, un primo indirizzo affermava che il silenzio assenso fosse da equiparare ad un provvedimento autorizzativo tacito, attraverso una  *fictio iuris* ritenuta necessaria in un'ottica di massima garanzia della posizione del cittadino (terzo controinteressato), posto così in grado di tutelare il proprio interesse innanzi al g.a. con l'ordinario ricorso di tipo impugnatorio (cfr. G. GRECO, *Argomenti di diritto amministrativo. Parte generale*, Milano, 2010, 84; T.A.R. Toscana, Sez. I, 13 luglio 2005, n. 3272, in *Foro amm. TAR*, 2005, 2407).

<sup>8</sup> In termini, *ex multis*, v. F.G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, 1971, *passim*; A. TRAVI, *Silenzio assenso ed esercizio della funzione amministrativa*, Padova, 1985, *passim*; V. PARISIO, *I silenzi della pubblica amministrazione. La rinuncia alla garanzia dell'atto scritto*, Milano, 1996, 131; N. PAOLANTONIO, *Comportamenti non provvedimentali produttivi di effetti giuridici*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2019, 329 ss.

oneri procedimentali, la razionalizzazione delle procedure, o la riorganizzazione dei rapporti tra pubbliche amministrazioni<sup>9</sup>. D'altro canto, è innegabile che la disposizione in esame sia connotata da una accezione "semplificante", nel senso di rendere più "semplice" (perché meno incerta) l'iniziativa del cittadino, al quale è oggi espressamente e inequivocabilmente indicata la conseguenza del decorso del termine procedimentale. In precedenza, la legge chiariva gli effetti dell'inerzia della p.a. solo *ex parte civis*, riconoscendo a quest'ultimo la titolarità di una posizione giuridica soggettiva analoga a quella che avrebbe avuto se fosse stato rilasciato il provvedimento a carattere positivo<sup>10</sup>. La stessa chiarezza non sussisteva, di contro, *ex parte pubblica*, non essendo espressamente indicati gli effetti del decorso del termine procedimentale sull'esercizio della funzione da parte dell'amministrazione competente, il che aveva condotto al sorgere di orientamenti contrapposti circa la qualificazione del provvedimento emanato tardivamente dalla pubblica amministrazione.

## **2. L'incerta portata della riforma e le sue ricadute sul dibattito circa la qualificazione giuridica del provvedimento tardivo.**

Come già osservato, anche prima della recente riforma, la *ratio* stessa dell'introduzione della disciplina del silenzio assenso – ovvero evitare che il cittadino subisca gli effetti negativi dell'inerzia della p.a. – avrebbe dovuto far concludere per la natura perentoria del termine procedimentale. In tal senso, deve interpretarsi quella giurisprudenza maggioritaria che già sosteneva che il potere di provvedere permanesse solo fino allo scadere del termine, momento che avrebbe segnato l'impossibilità di pronunciarsi in maniera espressa da parte della p.a. (se non, come si vedrà *infra*, *sub specie* di autotutela)<sup>11</sup>. Si registrava, tuttavia, un orientamento minoritario secondo il quale anche una volta spirato il termine procedimentale sarebbero residuati in capo all'amministrazione spazi di esercizio del potere di provvedere: il rapporto tra p.a. e cittadino sarebbe risultato solo provvisoriamente chiuso, essendo ancora esposto all'effettivo esercizio della funzione di amministrazione attiva<sup>12</sup>.

<sup>9</sup> M.R. SPASIANO, *La semplificazione amministrativa e la garanzia di effettività dell'esercizio del potere pubblico*, in *Foro amm. TAR*, 2010, 3041 ss.; M.A. SANDULLI, *La semplificazione dell'azione amministrativa: considerazioni generali*, in *Nuove autonomie*, 3-4/2008, 405 ss.

<sup>10</sup> In tal senso si ritiene potersi far rientrare il regime del silenzio assenso all'interno degli strumenti di semplificazione. Cfr. L. FERRARA, *Dia (e silenzio-assenso) tra autoamministrazione e semplificazione*, in *Dir. amm.*, 4/2006, 765.

<sup>11</sup> Cfr. T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VII, 28 maggio 2018, n. 3493, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, Sez. IV, 28 ottobre 2013, n. 5188, in *Riv. giur. ambiente*, 2014, 237.

<sup>12</sup> B. TONOLETTI, *Silenzio della pubblica amministrazione*, (voce) in *Dig. disc. pubbl.*, 1999, 186.

In particolare, il dibattito si è in passato incentrato principalmente sulla qualificazione del provvedimento tardivo a carattere negativo, con il quale, in altri termini, si vanno a “ribaltare” gli effetti (favorevoli al cittadino) formati a seguito dello spirare del termine procedimentale. Da un lato, muovendo dal convincimento che gli effetti del silenzio assenso si sarebbero formati unicamente in presenza di tutti i presupposti soggettivi e oggettivi di volta in volta richiesti dalla legge, un primo orientamento riteneva legittima l’emanazione di un provvedimento tardivo ad esito negativo con il quale si negava contestualmente il perfezionarsi stesso del silenzio assenso<sup>13</sup>. In tale ottica, accanto ai requisiti formali consistenti nella regolarità dell’istanza e nella completezza della documentazione, ai fini della formazione del silenzio assenso sarebbe stata altresì necessaria la sussistenza dei requisiti di carattere sostanziale, consistenti nell’effettiva compatibilità dell’istanza con la normativa di riferimento<sup>14</sup>.

Un indirizzo opposto, prevalente, legava il formarsi degli effetti del silenzio al semplice spirare del termine a fronte della presentazione di una istanza regolare (dal punto di vista formale); ciò sulla base non solo dell’avvenuta consumazione del potere, ma anche in ragione della necessaria osservanza dei principi di buona fede e legittimo affidamento, che non avrebbero tollerato la situazione di sostanziale “limbo perpetuo” nella quale si sarebbe trovato il cittadino istante (in buona fede) nell’ipotesi in cui si fosse consentito in ogni tempo alla p.a. di contestare il perfezionarsi della fattispecie provvedimentale silenziosa<sup>15</sup>. Secondo tale ricostruzione, in altri termini, l’eventuale emersione di una violazione di ordine sostanziale avrebbe dovuto essere verificata all’interno della fase istruttoria, sicché, una volta spirato il termine, avrebbe potuto tutt’al più formare oggetto di provvedimento di annullamento in autotutela<sup>16</sup>.

Ebbene, il dibattito appena illustrato sembra ormai destinato a volgere al termine, avendo il legislatore con la riforma in esame espressamente aderito all’indirizzo maggioritario teso a non ammettere l’esercizio della funzione di amministrazione attiva da parte della p.a. oltre il termine finale, ritenendo evidentemente inammissibile l’esercizio tardivo del potere (di primo grado) volto a

<sup>13</sup> Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 29 maggio 2018, n. 3204, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. III, 12 marzo 2015, n. 653, in *Foro amm.*, 2015, 959. In dottrina v. G. BERGONZINI, *Silenzio-assenso ed effetti della domanda dell’interessato: riflessioni critiche*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 7/2012, 4; A. CIOFFI, *Dovere di provvedere e silenzio-assenso della pubblica amministrazione dopo la legge 14 maggio 2005 n. 80*, in *Dir. amm.*, 2006, 179.

<sup>14</sup> Cfr., da ultimo, T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II-bis, 1 luglio 2020, n. 7476, e T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. II, 15 aprile 2020, n. 634, entrambe in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>15</sup> Cfr. T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VIII, 3 maggio 2010, n. 2266, in *Foro amm. TAR*, 2010, 1797; Cons. Stato, Sez. IV, 19 giugno 2006, n. 3626, in *Riv. giur. edilizia*, 2007, 401. In dottrina v. A. COLAVECCHIO, *L’obbligo di provvedere tempestivamente*, Torino, 2013, 56 ss.; V. PARISIO, *I silenzi della pubblica amministrazione. La rinuncia alla garanzia dell’atto scritto*, Milano, 1996, 136.

<sup>16</sup> Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 13 agosto 2020, n. 5034, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

contestare la sussistenza dei presupposti di legge per la formazione della fattispecie silenziosa. In tal senso, invero, già deponevano significativamente sia l'espressa previsione della annullabilità d'ufficio del silenzio assenso ex art. 20 l. n. 241/1990 (che ne presuppone una illegittima formazione), sia l'attuale formulazione dell'art. 21, co. 2-ter della l. n. 241/1990: ivi, infatti, si dispone che la formazione del silenzio assenso ai sensi dell'art. 20 cit. non esclude la responsabilità del dipendente che non abbia agito tempestivamente nel caso in cui "l'istanza del privato non fosse conforme alle norme vigenti", il che sta evidentemente ad indicare che l'eventuale mancanza di uno dei requisiti di legge non osta al perfezionarsi della fattispecie del silenzio assenso<sup>17</sup>.

Tuttavia – a fronte della permanenza di margini di incertezza tali da rendere lo spirare del termine inidoneo, da solo, a configurare un assetto di interessi dotato di adeguata stabilità<sup>18</sup> – deve senza dubbio salutarsi con favore la decisione del legislatore di intervenire (si spera definitivamente) sul dibattito circa la legittimità o meno dell'esercizio tardivo del potere di amministrazione attiva nella fattispecie in cui opera un regime di silenzio significativo. Ciò detto, non ci si può esimere dal soffermarsi sul "come" il legislatore abbia inteso porre fine al suddetto dibattito, ovvero sulla scelta – peculiare nel panorama del nostro ordinamento – di qualificare come inefficace e non (piuttosto) come invalido il provvedimento tardivo.

Come noto, l'inefficacia rappresenta una condizione dell'atto consistente nella incapacità dello stesso di produrre effetti<sup>19</sup>. In letteratura si è lungamente dibattuto circa la possibilità o meno di inquadrare tale modo di essere dell'atto in chiave autonoma rispetto al diverso concetto di invalidità dell'atto. Non consentendo il

<sup>17</sup> M. D'ORSOGNA, R. LOMBARDI, *Silenzio assenso*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, 977.

<sup>18</sup> Si pensi, ad esempio, all'incerto regime da applicare in ipotesi di dichiarazioni false o mendaci. Ai sensi dell'art. 21, co. 1, l. n. 241/1990, "con la segnalazione o con la domanda di cui agli articoli 19 e 20, l'interessato deve dichiarare la sussistenza dei presupposti e dei requisiti di legge richiesti" e, prosegue la disposizione, "in caso di dichiarazioni mendaci o di false attestazioni non è ammessa la conformazione dell'attività e dei suoi effetti a legge o la sanatoria prevista dagli articoli medesimi". Sembra, pertanto, doversi concludere che il legislatore abbia inteso disporre che nella sola ipotesi di dichiarazioni false o mendaci il silenzio assenso non si formi. Tuttavia, una tale lettura conduce ad un insanabile contrasto con il co. 2-bis dell'art. 21-nonies, l. n. 241/1990, laddove – nel disporre la non applicabilità del limite temporale dei 18 mesi all'esercizio del potere di autotutela nei confronti di "provvedimenti amministrativi conseguiti sulla base di false rappresentazioni dei fatti o di dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà false o mendaci" – presuppone evidentemente che si formi il provvedimento (anche silenzioso) nonostante una delle dichiarazioni o attestazioni risulti successivamente non veritiera. Su tale profilo v. M. A. SANDULLI, *Controlli sull'attività edilizia, sanzioni e poteri di autotutela*, in *Federalismi.it*, 2019, 30. Ulteriore profilo di incertezza è, poi, legato a quel minoritario indirizzo giurisprudenziale che ancora di recente sostiene che il silenzio assenso non si formi in mancanza della documentazione completa prescritta, in quanto l'eventuale inerzia dell'amministrazione nel provvedere non potrebbe far guadagnare agli interessati un risultato che gli stessi non potrebbero mai conseguire in virtù di un provvedimento espresso (cfr. T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II-quater, 28 luglio 2020, n. 8823, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); Cons. Stato, Sez. IV, 12 luglio 2018, n. 4273, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VIII, 3 aprile 2017, n. 1776, in *Riv. giur. edilizia*, 2017, I, 703).

<sup>19</sup> M.S. GIANNINI, *Inefficacia (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, XXI, 1971, 375 ss.

tenore del presente contributo di dar conto compiutamente della complessità di tale dibattito, può sinteticamente osservarsi che ad un primo orientamento – teso a riconoscere la sussistenza di un nesso necessario tra invalidità ed inefficacia, rappresentando quest’ultima il concreto manifestarsi della prima<sup>20</sup> – si è, poi, affiancato un secondo indirizzo (oggi prevalente) che inquadra l’inefficacia come “categoria a sé stante [...] di cui dispone il legislatore allorchè vuole ottenere certi risultati, certe conseguenze funzionali”<sup>21</sup>.

Del resto, che non debba necessariamente sussistere un legame logico/giuridico tra validità ed efficacia dell’atto lo si desume dallo stesso impianto generale su cui si fonda l’esercizio del potere amministrativo, laddove, come noto, il provvedimento è efficace anche se illegittimo (quindi invalido), sino al suo eventuale annullamento derivante dall’iniziativa altrui<sup>22</sup>. Parallelamente, istituti quali la sospensione<sup>23</sup> o la revoca<sup>24</sup> del provvedimento amministrativo configurano fattispecie nelle quali atti perfettamente validi risultano, tuttavia, nel contempo improduttivi di effetti, ovvero inefficaci.

Invero, pur aderendo alla accezione “autonoma” dell’inefficacia rispetto alla invalidità, non può negarsi come essa non possa per questo ritenersi una condizione autonoma in senso assoluto. A ben vedere, infatti, essa non rappresenta mai uno stato dell’atto del tutto indipendente, consistendo piuttosto sempre in un effetto scaturente da “altro”, ovvero da alcune patologie (nullità, annullabilità) o stati (sospensione, revoca) del provvedimento. In merito alla categoria dell’invalidità è possibile porsi sia in una prospettiva statica, intendendola come connotato dell’atto divergente dal suo modello legale, sia in una prospettiva dinamica, quale “forma di reazione contro la suddetta divergenza”<sup>25</sup>. Al contrario, nei confronti dell’inefficacia è possibile adoperare unicamente una prospettiva dinamica, non configurando la stessa (anche) un *modus essendi* dell’atto, bensì unicamente un effetto giuridico che discende da un accadimento che ha “colpito” il provvedimento.

Pertanto, laddove una norma si limita ad affermare che un atto è inefficace, ciò non consente di qualificare compiutamente la condizione giuridica dell’atto stesso,

<sup>20</sup> C. ESPOSITO, *La validità delle leggi. Studio sui limiti della potestà legislativa, i vizi degli atti legislativi e il controllo giurisdizionale*, Milano, 1964.

<sup>21</sup> M.S. GIANNINI, op. ult. cit., 377.

<sup>22</sup> G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2020, 352. M.R. SPASIANO, *Il regime dei provvedimenti: l’efficacia*, in F.G. COCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2019, 273.

<sup>23</sup> S. VILLAMENA, *Il potere di sospensione amministrativa*, Torino, 2012; A.G. PIETROSANTI, *Il potere di sospensione della p.A.*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Principi e regole dell’azione amministrativa*, Milano, 2020, 485 ss.

<sup>24</sup> M. IMMORDINO, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell’affidamento*, Torino, 1999; G. LA ROSA, *La revoca del provvedimento amministrativo. L’instabilità delle decisioni amministrative tra esigenze di funzionalizzazione e tutela degli interessi privati*, Milano, 2013.

<sup>25</sup> M. RAMAJOLI, R. VILLATA, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017, 375. In termini v. anche F. LUCIANI, *Il vizio formale nella teoria dell’invalidità amministrativa*, Torino, 2003, 125 ss.

manca indizi idonei a risalire alle ragioni causali della sua incapacità di produrre effetti. Ed è proprio questa l'operazione "a metà" effettuata dal legislatore con la riforma in esame, laddove viene adoperata la categoria della inefficacia senza in alcun modo specificare quale sia il *prius* logico di tale stato dell'atto.

## 2.1. Le ragioni della tesi della nullità del provvedimento tardivo.

Quanto sin qui osservato impone, dunque, di procedere ad una operazione di interpretazione della *voluntas legis*, che sia evidentemente compatibile con la lettera (incompleta) della disposizione e, nel contempo, coerente con la *ratio* complessiva dell'intervento riformatore<sup>26</sup>.

Una prima opzione ermeneutica potrebbe essere quella di ritenere che il legislatore abbia effettivamente inteso sancire l'incapacità di produrre effetti del provvedimento tardivo, pur mantenendone in piedi la validità, il che condurrebbe (almeno astrattamente) al vantaggio di consentire al cittadino di non tener conto del contenuto dell'atto senza alcun onere di impugnazione: l'atto è valido, quindi non annullabile, ma i suoi effetti non incidono sulla sfera giuridica dei destinatari. Ciò, tuttavia – come è stato condivisibilmente osservato – finirebbe per incrementare e non certo ridurre il grado di incertezza e complessità dell'azione pubblica, e rappresenterebbe solo apparentemente un vantaggio per il privato, il quale ben difficilmente sarebbe "propenso a ritenere non efficace un provvedimento espresso comunque validamente adottato"<sup>27</sup>.

Ma anche al di là di tali considerazioni, la scelta di dichiarare meramente inefficace il provvedimento tardivo si rivela inopportuna, in quanto non tiene conto delle criticità che già connotavano la disciplina del silenzio assenso, finendo per mantenere una situazione di sostanziale incertezza. Ci si riferisce al già illustrato dibattito relativo alla produzione o meno degli effetti del silenzio significativo anche in assenza dei presupposti di legge. Se è vero che secondo un indirizzo maggioritario un eventuale difetto di questi ultimi consentirebbe comunque il formarsi del silenzio assenso, incidendo non in termini di esistenza/inesistenza, bensì di legittimità/illegittimità della fattispecie<sup>28</sup>, non mancano pronunce del giudice

<sup>26</sup> Attesa l'inadeguatezza del solo criterio di interpretazione normativa logico-letterale, occorre, infatti, ricorrere altresì al c.d. criterio teleologico, inteso come individuazione dello scopo perseguito dal legislatore, in uno con il criterio sistematico, enucleando il contenuto della disposizione "dal significato che la stessa assume nel contesto normativo di sua applicazione" (L. MEZZETTI, *Manuale breve di diritto costituzionale*, Milano, 2017, 146).

<sup>27</sup> M. MACCHIA, *L'inefficacia del provvedimento amministrativo e gli oneri regolatori nel decreto legge "Semplificazioni"*, in *Quaderni costituzionali*, 3/2020, 181.

<sup>28</sup> cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 17 gennaio 2019, n. 428, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); T.A.R. Campania, Napoli, Sez. III, 14 maggio 2018, n. 3179, *ivi*. In dottrina v. B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, I, Milano, 2000, 900.

amministrativo che escludono il perfezionamento della fattispecie del silenzio significativo nel caso non vi sia una piena corrispondenza tra l'istanza ed il precetto normativo<sup>29</sup>. Ebbene, la disposizione oggetto delle presenti riflessioni non ha affatto chiarito se – nell'ipotesi in cui l'amministrazione si pronunci oltre il termine procedimentale contestando (nel contempo) il formarsi stesso del silenzio assenso – il suddetto provvedimento tardivo debba considerarsi inefficace o meno.

Pur volendo escludere, dunque, che il legislatore abbia voluto introdurre una ipotesi di inefficacia non invalidante, non può, di contro, sostenersi che la *intentio legis* sia stata quella di intendere che il provvedimento tardivo debba ritenersi illegittimo e, quindi, annullabile; in tal caso, infatti, le conseguenze dell'inefficacia non potrebbero prodursi *ex lege* – come invece espressamente indicato dalla disposizione in esame – dovendo piuttosto discendere dall'eventuale annullamento dello stesso (in sede giurisdizionale o in autotutela)<sup>30</sup>. Come è noto, infatti, il regime dell'annullabilità non comporta l'immediata ed automatica interruzione del nesso tra l'esistenza del provvedimento ed il venire in essere dei suoi effetti, bensì unicamente la possibilità che l'atto ed i suoi effetti siano eliminati dal rilevante giuridico attraverso l'intervento di un soggetto competente a farlo<sup>31</sup>.

L'ambiguità della formulazione normativa adoperata potrebbe, allora, giustificare il richiamo di una risalente tesi, proposta da Cannada Bartoli, secondo la quale – accanto alle figure della annullabilità e della nullità – il regime dell'invalidità del provvedimento amministrativo contemplerebbe altresì la figura della inapplicabilità, intesa come qualificazione negativa del provvedimento tale da consentire al giudice di pronunciarsi senza tener conto dell'esistenza stessa dell'atto<sup>32</sup>. Tale tesi, tuttavia, non ha avuto seguito in dottrina, anche alla luce della considerazione che nell'ordinamento italiano la disapplicazione giudiziale dell'atto amministrativo non assurge a categoria autonoma, avendo "i caratteri di un accadimento marginale, con portata limitata alla materia dei giudizi penali (art. 650 c.p.) ed al caso dei provvedimenti che ledano direttamente il contenuto del diritto di un terzo (esempio, art. 1145 c.c.)"<sup>33</sup>. In ogni caso, la tesi della inapplicabilità da parte del giudice non sembra potersi riferire alla fattispecie in esame, laddove la espressa comminazione normativa dell'inefficacia dell'atto tardivo rende gli effetti di

<sup>29</sup> Cfr. T.A.R. Campania, Napoli, Sez. IV, 12 maggio 2020, n. 1730, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); Cons. Stato, Sez. IV, 7 gennaio 2019, n. 113, in *Foro it.*, 2019, 6, III, 332; T.A.R. Campania, Salerno, Sez. II, 22 agosto 2016, n. 1909, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). In dottrina v. B. TONOLETTI, *Silenzio della pubblica amministrazione*, cit., 180. *Contra*, M.A. SANDULLI, *Le novità in tema di silenzio*, in *Libro dell'anno del diritto*, Roma, 2014, 220 ss.

<sup>30</sup> In tal senso, in passato, si sono espressi T.A.R. Campania, Napoli, Sez. V, 1 aprile 2019, n. 1798, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. I, 20 marzo 2009, n. 544, in *Foro amm. TAR*, 2009, 901.

<sup>31</sup> G. FALCON, *Lezioni di diritto amministrativo*, Padova, 2020, 135 ss.

<sup>32</sup> E. CANNADA BARTOLI, *L'inapplicabilità degli atti amministrativi*, Milano, 1950, 23 ss.

<sup>33</sup> A. PIRAS, *Invalidità (dir. amm.)*, voce in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, 600.

quest'ultimo privi di capacità di produrre effetti giuridici non solo in sede giurisdizionale, ma anche sul piano sostanziale.

Formalmente compatibile con il dettato normativo e maggiormente coerente con la *ratio* semplificatrice della riforma appare, dunque, la ricostruzione tesa a sostenere che il provvedimento emanato tardivamente a seguito del prodursi degli effetti del silenzio assenso sia stato qualificato inefficace perché invalido, ma non in quanto annullabile, bensì nullo<sup>34</sup>. Si tratterebbe, in altri termini, di una “infelice” formulazione della norma, che nasconderebbe la scelta di aderire a quell’indirizzo giurisprudenziale ai sensi del quale – una volta spirato il termine e consumatosi il potere di decidere – la successiva attività provvedimentale sarebbe da considerarsi come *tamquam non esset*<sup>35</sup>.

In tale ottica, sarebbe stato maggiormente coerente (e davvero foriero di una situazione di stabilità e certezza) qualificare espressamente come nullo, e conseguentemente anche inefficace<sup>36</sup>, il provvedimento tardivo; nullità testuale evidentemente giustificata in ragione di una sopravvenuta carenza assoluta di potere<sup>37</sup>. Tale opzione ermeneutica avrebbe il pregio, tra l’altro, di confermare quanto già sostenuto dalla dottrina più recente, ovvero che nelle ipotesi in cui opera il regime del silenzio assenso la funzione di amministrazione attiva debba considerarsi esaurita, non potendo trovare applicazione il tradizionale principio della inesauribilità del potere<sup>38</sup>.

La qualificazione del provvedimento tardivo come atto nullo è foriera di numerose conseguenze, sia di ordine sostanziale che processuale. Sul fronte processuale ci si limita a ricordare che l’art. 31, co. 4 del d.lgs. n. 104/2010 (Codice del processo amministrativo), se da un lato ha introdotto una specifica azione volta all’accertamento delle ipotesi di nullità<sup>39</sup>, dall’altro lato nulla ha detto in merito al

<sup>34</sup> Optano per la tesi della nullità anche M. MACCHIA, *L’inefficacia del provvedimento amministrativo e gli oneri regolatori nel decreto legge “Semplificazioni”*, cit., 182 e F. FRACCHIA, P. PANTALONE, *La fatica di semplificare: procedimenti a geometria variabile, amministrazione difensiva, contratti pubblici ed esigenze di collaborazione del privato “responsabilizzato”*, cit., 37, i quali parlano di “una sorta di “spegnimento” del potere di provvedere”.

<sup>35</sup> Cfr. T.A.R. Puglia, Bari, Sez. II, 16 marzo 2004, n. 1316, in *Foro amm. TAR*, 2004, 812; Cons. Stato, Sez. V, 8 aprile 2003, n. 1854, in *Foro amm. CDS*, 2003, 1310.

<sup>36</sup> “Il regime del provvedimento nullo [è] caratterizzato dalla totale inefficacia”, B. G. MATTARELLA, *Il provvedimento*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, I, Milano, 2000, 1017. *Contra*, M. TRIMARCHI, *La validità del provvedimento amministrativo. Profili di teoria generale*, Pisa, 2013, 115-116, secondo il quale anche la nullità, come l’annullabilità, presuppone l’efficacia dell’atto.

<sup>37</sup> N. PAOLANTONIO, *Nullità dell’atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, Annali, vol. I, Milano, 2007, 855 ss.; F. LUCIANI, *Contributo allo studio del provvedimento amministrativo nullo. Rilevanza ed efficacia*, Torino, 2010.

<sup>38</sup> M. TRIMARCHI, *L’inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, Napoli, 2018, 283 ss. In termini cfr. T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 7 gennaio 2016, n. 2, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>39</sup> F. VETRÒ, *L’azione di nullità dinanzi al giudice amministrativo*, Napoli, 2012; A. CARBONE, *La nullità e l’azione di accertamento nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 795 ss. Ritengono applicabile l’azione di nullità ex art. 31 c.p.a. avverso il provvedimento tardivo inefficace anche F. FRACCHIA, P.

profilo della giurisdizione<sup>40</sup>, con conseguente applicazione della regola generale della *causa petendi* quale criterio di riparto. Nel caso di specie, pertanto, l'incapacità dell'atto emanato in una situazione di carenza di potere di incidere sulla posizione giuridica del privato, porta a concludere per la giurisdizione del giudice ordinario, con contestuale inapplicabilità del termine decadenziale di 180 giorni<sup>41</sup>.

Sul piano sostanziale, invece, come è noto l'art. 21-*septies* della l. n. 241/1990 – nell'individuare le ipotesi di nullità del provvedimento amministrativo – non dota le stesse di una disciplina specifica, il che ha fatto sorgere un acceso dibattito tra coloro che ritengono si debba mutuare il regime giuridico da quello codicistico<sup>42</sup>, e coloro che, al contrario, sostengono che tale soluzione si riveli insoddisfacente, attese le diverse peculiarità che connotano il provvedimento nullo rispetto al contratto<sup>43</sup>.

Non sembra assumere rilievo, invece, nel caso di specie, la questione relativa alla effettiva incapacità del provvedimento nullo di produrre effetti giuridici *ex se*, a prescindere dalla pronuncia dichiarativa di un giudice che ne accerti la nullità. Parte della dottrina ha ritenuto di dover effettuare una distinzione tra effetti giuridici ed effetti pratici, attribuendo al provvedimento nullo l'idoneità a produrre questi ultimi<sup>44</sup>; tesi alla quale si è obiettato che la suddetta distinzione non avrebbe alcuna portata applicativa, nella misura in cui “gli effetti prodotti dal provvedimento invalido in quanto fatto giuridicamente rilevante non possono che essere effetti giuridici”<sup>45</sup>. Pur aderendo a tale ultimo orientamento, nel caso di specie, come detto, il profilo non rileva, in ragione del fatto che è la stessa norma a dichiarare espressamente e inequivocabilmente l'inefficacia, e quindi l'incapacità del provvedimento tardivo di produrre effetti (giuridici o pratici), venendo meno anche l'“apparenza” di provvedimento valido ed efficace.

---

PANTALONE, *La fatica di semplificare: procedimenti a geometria variabile, amministrazione difensiva, contratti pubblici ed esigenze di collaborazione del privato “responsabilizzato”*, cit., 38.

<sup>40</sup> Ad eccezione delle ipotesi di nullità per violazione o elusione di giudicato, le quali sono espressamente devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in sede di ottemperanza. Sul tema v. M. DI LULLO, *Riedizione del potere, elusione e violazione del giudicato, giudizio di ottemperanza*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 1517 ss.

<sup>41</sup> T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. II, 14 novembre 2019, n. 2627, in *Foro amm.*, 2019, 11, 1930; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 13 ottobre 2016, n. 10239, in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. II, 12 febbraio 2016, n. 420, *ivi*; Cons. Stato, Sez. VI, 3 marzo 2010, n. 1247, in *Foro amm.-CDS*, 2010, 3, 643. Si esprime, tra l'altro, a favore della giurisdizione del giudice ordinario e della imprescrittibilità dell'azione in caso di contestazione di un provvedimento nullo per carenza di potere, C.E. GALLO, *Questioni attuali sulla nullità del provvedimento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2017, 43 ss.

<sup>42</sup> D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, Bologna, 2016, 461-462.

<sup>43</sup> M.C. CAVALLARO, *Gli elementi essenziali del provvedimento amministrativo. Il problema della nullità*, Torino, 2012, 247; M. D'ORSOGNA, *La nullità del provvedimento amministrativo*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa. Saggi ordinati in sistema*, Napoli, 2006, 370 ss.

<sup>44</sup> E' questa la posizione espressa da A. BARTOLINI, *La nullità del provvedimento nel rapporto amministrativo*, Torino, 2002, *passim*.

<sup>45</sup> M. TRIMARCHI, *La validità del provvedimento amministrativo. Profili di teoria generale*, cit., 281.

### 3. I possibili riflessi della sanzione dell'inefficacia sulla responsabilità del funzionario pubblico.

L'introduzione della "sanzione legale" dell'inefficacia potrebbe condurre anche ad un ulteriore effetto positivo, ponendosi quale strumento di *moral suasion* in grado di ridurre, nel lungo periodo, il numero di provvedimenti tardivi, di scoraggiarne l'emanazione. Lo stesso Dossier sul d.l. semplificazioni predisposto dal Servizio Studi del Senato, in effetti, indica il "fine di incentivare il rispetto dei termini procedurali" tra gli obiettivi dell'introduzione del co. 8-bis in esame<sup>46</sup>.

Sino ad oggi, attesa la sostanziale incertezza che connotava il regime del provvedimento tardivo, il funzionario non aveva particolari freni a pronunciarsi anche una volta spirato il termine finale, mettendo in tal modo il cittadino in una situazione di notevole precarietà.

Anzi, sotto un certo punto di vista era l'ordinamento stesso ad indurre il funzionario a pronunciarsi nonostante il decorso del termine procedimentale. Ed infatti, sebbene le diverse conseguenze che generalmente scaturiscono dall'inerzia della p.a. – in termini di esercizio dei poteri sostitutivi<sup>47</sup>, di valutazione della *performance* e responsabilità del soggetto agente<sup>48</sup>, nonché di danno da ritardo<sup>49</sup> – non trovino applicazione nelle fattispecie *de quibus* (proprio perché la "sanzione legale" in

<sup>46</sup> V. *supra* la nota n. 7.

<sup>47</sup> Cfr. art. 2, l. n. 241/1990, co. 9-bis (*L'organo di governo individua, nell'ambito delle figure apicali dell'amministrazione, il soggetto cui attribuire il potere sostitutivo in caso di inerzia. Nell'ipotesi di omessa individuazione il potere sostitutivo si considera attribuito al dirigente generale o, in mancanza, al dirigente preposto all'ufficio o in mancanza al funzionario di più elevato livello presente nell'amministrazione. Per ciascun procedimento, sul sito internet istituzionale dell'amministrazione è pubblicata, in formato tabellare e con collegamento ben visibile nella homepage, l'indicazione del soggetto a cui è attribuito il potere sostitutivo e a cui l'interessato può rivolgersi ai sensi e per gli effetti del comma e co. 9-ter. Tale soggetto, in caso di ritardo, comunica senza indugio il nominativo del responsabile, ai fini della valutazione dell'avvio del procedimento disciplinare, secondo le disposizioni del proprio ordinamento e dei contratti collettivi nazionali di lavoro, e, in caso di mancata ottemperanza alle disposizioni del presente comma, assume la sua medesima responsabilità oltre a quella propria) e 9-ter (*Decorso inutilmente il termine per la conclusione del procedimento o quello superiore di cui al comma 7, il privato può rivolgersi al responsabile di cui al comma 9-bis perché, entro un termine pari alla metà di quello originariamente previsto, concluda il procedimento attraverso le strutture competenti o con la nomina di un commissario*).*

<sup>48</sup> Cfr. art. 2, co. 9., l. n. 241/1990 (*La mancata o tardiva emanazione del provvedimento nei termini costituisce elemento di valutazione della performance individuale, nonché di responsabilità disciplinare e amministrativo-contabile del dirigente e del funzionario inadempiente*).

<sup>49</sup> Cfr. art. 2-bis, l. n. 241/1990, co. 1 (*Le pubbliche amministrazioni e i soggetti di cui all'articolo 1, comma 1-ter, sono tenuti al risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento) e co. 1-bis (Fatto salvo quanto previsto dal comma 1 e ad esclusione delle ipotesi di silenzio qualificato e dei concorsi pubblici, in caso di inosservanza del termine di conclusione del procedimento ad istanza di parte, per il quale sussiste l'obbligo di pronunciarsi, l'istante ha diritto di ottenere un indennizzo per il mero ritardo alle condizioni e con le modalità stabilite dalla legge o, sulla base della legge, da un regolamento emanato ai sensi dell'articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400. In tal caso le somme corrisposte o da corrispondere a titolo di indennizzo sono detratte dal risarcimento.)*

questi casi è rappresentata dalla perdita del potere di decidere e dalla produzione *ex lege* degli effetti provvedimenti), l'incertezza che contraddistingue l'istituto del silenzio assenso fa sì che spesso il funzionario preferisca comunque emanare il provvedimento finale (ad esito positivo o negativo), seppure tardivo.

Ebbene – a fronte della espressa comminazione della sanzione dell'inefficacia nei confronti del provvedimento emanato una volta decorso il termine e, pertanto, della consequenziale privazione del potere di esprimersi in sede di amministrazione attiva in capo alla p.a. – non è da escludersi che l'eventuale emanazione del provvedimento tardivo una volta formatosi il silenzio significativo possa d'ora innanzi configurare una ipotesi di responsabilità del funzionario. La pretesa risarcitoria, in particolare, concernerebbe la lesione dell'interesse alla certezza dei rapporti giuridici<sup>50</sup>.

Tra l'altro, nell'aderire alla prospettata ricostruzione dell'inefficacia *de qua* quale effetto della nullità dell'atto per carenza assoluta di potere, potrebbe ipotizzarsi che il profilo della responsabilità riguardi direttamente ed unicamente il funzionario al quale è imputabile la decisione, difettando nel caso di specie la necessaria riferibilità del comportamento di quest'ultimo alla p.a.<sup>51</sup>. A tali conclusioni, invero, si potrebbe agevolmente pervenire solo se si aderisse a quell'orientamento minoritario ai sensi del quale il provvedimento emanato in carenza di potere sarebbe da considerarsi non nullo, bensì inesistente<sup>52</sup>, ovvero privo di quei requisiti minimi necessari per poter acquisire rilevanza per l'ordinamento giuridico. Tuttavia, nel caso di specie, il provvedimento tardivo – pur se emanato in carenza assoluta di potere (ormai consumatosi) – è connotato da una serie di elementi formali (soggetto emanante astrattamente competente, sussistenza degli elementi essenziali dell'atto) che non consentono di parlare di inesistenza, quanto piuttosto di invalidità (*sub specie* di nullità), imputabile evidentemente solo ad atti esistenti<sup>53</sup>.

<sup>50</sup> Sul punto si rinvia alle riflessioni di M. LIPARI, *I tempi del procedimento amministrativo, certezza dei rapporti, interesse pubblico e tutela dei cittadini*, in *Dir. amm.*, 2/2003, 291 ss.

<sup>51</sup> Non sembra, invero, che l'ipotesi di carenza assoluta di potere rientri tra quelle riconosciute dalla giurisprudenza quali fattispecie idonee a rescindere il rapporto di occasionalità necessaria tra dipendente e amministrazione di riferimento, strumentale all'applicazione della clausola di responsabilità solidale. Ci si riferisce, in particolare, alle ipotesi di: a) non qualificabilità del soggetto come pubblico dipendente; b) incompetenza assoluta; c) danni arrecati da atti o comportamenti non riconducibili alla qualifica di pubblico dipendente; d) danni scaturenti da atti o comportamenti posti in essere per scopi personali ed egoistici. Su tale profilo si rinvia alle riflessioni di F. FRACCHIA, *L'elemento soggettivo nella responsabilità dell'amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 2/2008, 445 ss.

<sup>52</sup> L. GALATERIA, M. STIPO, *Manuale di diritto amministrativo. Principi generali*, Torino, 1999, 476-477.

<sup>53</sup> In merito alla non utilizzabilità della categoria dell'inesistenza in relazione agli atti emanati in carenza di potere si rinvia a V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti di diritto amministrativo*, Torino, 2019, 471 ss.

#### 4. Provvedimento tardivo inefficace e autotutela "atipica" sul silenzio assenso.

Si ritiene oramai da tempo in maniera sostanzialmente unanime che nelle fattispecie nelle quali opera il regime del silenzio assenso, laddove l'amministrazione ritenga che il silenzio significativo si sia formato illegittimamente, essa ha comunque il potere di annullare in sede di riesame gli effetti prodottisi *ex lege*<sup>54</sup>. Tale convincimento ha, del resto, trovato in seguito inequivocabile conferma nell'art. 20, co. 3, della l.n. 241/1990, ove è oggi espressamente prevista l'annullabilità d'ufficio del silenzio assenso.

Certo, si tratta di una autotutela atipica, sia perché non consta nel riesame di un previo provvedimento espresso, bensì nella valutazione circa la legittimità della produzione di un effetto provvedimentale derivante da un comportamento (omissivo)<sup>55</sup>; sia in ragione della circostanza che – incidendo unicamente sugli effetti del silenzio e non sull'istanza originariamente presentata dal privato – dall'annullamento inizia a decorrere nuovamente il termine procedimentale<sup>56</sup>.

Ciò premesso, il nuovo co-8 *bis* dell'art. 2 cit., oggetto delle presenti riflessioni, si conclude disponendo che "resta fermo" il possibile esercizio del potere di annullamento d'ufficio, ove ne ricorrano i presupposti e le condizioni. Anche in questo caso non può dirsi che il legislatore si sia distinto per chiarezza nella formulazione della norma. L'incertezza riguarda, in particolare, l'oggetto del potere di annullamento a cui la disposizione fa riferimento, ovvero se esso sia da considerarsi lo stesso provvedimento tardivo, ovvero gli effetti del silenzio assenso, nel qual caso – per quel che si è detto – questa parte della norma risulterebbe del tutto priva di carattere innovativo.

Ebbene, è proprio tale seconda ipotesi quella che convince maggiormente. Il legislatore avrebbe semplicemente (e, forse, inutilmente) inteso confermare il riconoscimento, in capo alla p.a., della facoltà di intervenire – in presenza dei presupposti di legge – con l'annullamento d'ufficio degli effetti provvedimentali silenziosi eventualmente formati. Nell'introdurre l'espressa inefficacia del provvedimento tardivo, a favore del cittadino e della stabilità della sua posizione giuridica acquisita tramite il decorso del termine procedimentale, il legislatore ha ritenuto opportuno sottolineare – quasi in chiave di bilanciamento degli interessi

<sup>54</sup> Cfr., *ex multis*, T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. II, 16 ottobre 2019, n. 2171, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); T.A.R. Campania, Napoli, Sez. II, 14 giugno 2018, n. 3980, *ivi*; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VII, 28 maggio 2018, n. 3493, *ivi*. In dottrina v. A. TRAVI, *Silenzio-assenso e legittimazione ex lege nella disciplina delle attività private in base al d.P.R. 26 aprile 1992 n. 300*, in *Foro amm.*, 2-3/1993, 605.

<sup>55</sup> A. ROMANO, *A proposito dei vigenti artt. 19 e 20 della l. 241/1990: divagazioni sull'autonomia dell'amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2006, 508.

<sup>56</sup> A. TRAVI, *Silenzio-assenso, denuncia di inizio attività e tutela dei terzi controinteressati*, in *Dir. proc. amm.*, 1/2002, 18.

pubblici e privati in gioco – che l'affidamento che il cittadino può prestare nei confronti di quanto ottenuto tramite l'istituto del silenzio assenso non lo rende immune dall'eventuale legittimo esercizio di un potere di riesame.

Neanche può sostenersi che la norma abbia inteso qualificare come "tardivi" (quindi inefficaci) gli eventuali provvedimenti di annullamento d'ufficio emanati successivamente alla decorrenza del termine procedimentale. Come noto, il termine "ragionevole" entro il quale poter procedere all'annullamento d'ufficio di un atto è stato di recente fissato in 18 mesi<sup>57</sup>; tuttavia, in caso di superamento di tale termine, l'atto è considerato illegittimo (quindi efficace finché non annullato) non certo inefficace<sup>58</sup>. Una differente interpretazione, del resto, limiterebbe ulteriormente la possibilità di esercitare un potere, quello di autotutela, di estrema centralità, in particolar modo in relazione a fattispecie in cui operano regimi semplificati, quale il silenzio assenso, che presuppongono (o, comunque, consentono) il "ritrarsi" dell'esercizio della funzione di amministrazione attiva<sup>59</sup>.

Nel conferinarsi, quindi, la possibilità, da parte della p.a., di intervenire in sede di riesame nei confronti degli effetti formati a seguito del perfezionamento di una fattispecie di silenzio assenso, è possibile altresì affermare che la sanzione dell'inefficacia di cui alla norma in esame non è destinata a colpire l'eventuale provvedimento negativo che, seppur tardivo, risulti però dotato dei caratteri sufficienti ad essere qualificato nella sostanza come atto di autotutela, ovvero che contenga una motivazione in cui si tengano presenti i principi di tutela dell'affidamento e si dia, altresì, contezza della comparazione degli interessi contrapposti<sup>60</sup>.

Si deve dare atto, nondimeno, della proposizione di una differente tesi ermeneutica, secondo la quale il riferimento al potere di riesame effettuato nella disposizione oggetto delle presenti riflessioni riguarderebbe anch'esso il provvedimento emanato in seguito allo spirare del termine finale, nel senso che all'amministrazione sarebbe consentito annullare i provvedimenti tardivi (già dichiarati *ex lege* inefficaci) al fine di eliminarli del tutto dal "mondo giuridico"<sup>61</sup>.

<sup>57</sup> F. FRANCIOSI, *Autotutela amministrativa e principio di legalità (nota a margine dell'art. 6 della l. 7 agosto 2015, n. 124)*, in *Federalismi.it*, 2015.

<sup>58</sup> T.A.R. Veneto, Sez. III, 28 ottobre 2019, n. 1160, in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Campania, Salerno, Sez. II, 28 gennaio 2019, n. 199, in *Riv. giur. edilizia*, 2019, I, 733.

<sup>59</sup> Per una critica alla tesi che afferma come nelle fattispecie di silenzio assenso la p.a. sarebbe legittimata a non esercitare la funzione di amministrazione attiva, v. M.A. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo e la semplificazione. Report annuale-2013*, in *www.iuspublicum.com*; G. FALCON, *La normativa sul procedimento amministrativo: semplificazione o aggravamento?*, in *Riv. giur. urb.*, 2000, 121 ss.

<sup>60</sup> In termini, in passato, cfr. T.A.R. Umbria, 19 dicembre 1999, n. 990, in *Rass. giur. umbra*, 2000, 853, con nota di A. BARTOLINI, *La conversione giurisdizionale del provvedimento illegittimo, anzi nullo, nel rapporto tra silenzio assenso e diniego sopravvenuto*.

<sup>61</sup> M. MACCHIA, *L'inefficacia del provvedimento amministrativo e gli oneri regolatori nel decreto legge "Semplificazioni"*, cit., 183.

Non si ritiene, tuttavia, di poter aderire a tale orientamento. Come è noto, uno dei presupposti indefettibili per poter emanare un provvedimento di annullamento d'ufficio è rappresentato dall'illegittimità dell'atto oggetto di riesame, il che esclude *a priori* che l'esercizio del potere di autotutela cui rinvia la disposizione *de qua* possa riferirsi all'annullamento dei provvedimenti tardivi. Questi ultimi, infatti, sono qualificati dal medesimo art. 2, co. 8-*bis* come inefficaci, quindi non certo illegittimi, atteso che, come noto, gli atti illegittimi sono efficaci finché, per l'appunto, non vengano annullati<sup>62</sup>. Del resto, se un provvedimento è già qualificato dalla legge come inefficace (in via definitiva) – al di là della questione circa la sussistenza o meno dei presupposti per adoperare il potere di autotutela – esso non necessita comunque di alcun atto successivo che lo annulli determinandone l'improduttività degli effetti.

## 5. Una riforma "a metà": le criticità ancora irrisolte nella disciplina del silenzio assenso.

E' ormai pacifico che, nell'ambito dei fattori che contribuiscono all'attuazione del principio costituzionale del buon andamento, ricopre un ruolo centrale il "tempo dell'amministrazione", ponendosi come nodale la circostanza che il pubblico potere sia in grado di garantire certezze temporali al cittadino<sup>63</sup>. Predeterminazione dei tempi decisionali e certezza del diritto rappresentano, in tale ottica, un'endiadi, rispetto alla quale rileva *in primis* l'introduzione dell'obbligo di provvedere nel termine procedimentale indicato dalla legge (art. 2, l.n. 241/1990)<sup>64</sup>, ma non secondariamente anche l'istituto del silenzio assenso, che – se correttamente interpretato – dovrebbe a ben vedere essere collocato in una prospettiva di buon andamento, piuttosto che di semplificazione.

Ciò premesso, se la *ratio* della disposizione in esame è quella di garantire l'effettività dell'istituto del silenzio assenso, il giudizio complessivo sulla riforma non può essere pienamente positivo. Oltre al già segnalato poco opportuno (in quanto

<sup>62</sup> Cfr. M. D'ORSOGNA, *L'invalidità del provvedimento amministrativo*, in F.G. SCOCA (a cura di), 314 ss. Per una ampia ricostruzione del regime dell'illegittimità dell'atto amministrativo, e della sua relazione con le differenti categorie della invalidità e della inefficacia si rinvia a M. TRIMARCHI, *La validità del provvedimento amministrativo. Profili di teoria generale*, Pisa, 2013.

<sup>63</sup> F. MERUSI, *La certezza dell'azione amministrativa fra tempo e spazio*, in *Dir. amm.*, 4/2002, 527 ss.; M. IMMORDINO, *Tempo ed efficienza nell'azione amministrativa*, in A. CONTIERI, A. ZITO (a cura di), *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, Napoli, 2010, 56 ss.

<sup>64</sup> G. MARI, *L'obbligo di provvedere e i rimedi preventivi e successivi ai silenzi provvedimentali e procedimentali della p.AA.*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2020, 199 ss.; A. CIOFFI, *Il dovere di provvedere nella legge sull'azione amministrativa*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, 2016, 134 ss.; G. MORBIDELLI, *Il tempo del procedimento*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006, 251 ss.; M. CLARICH, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, 1995.

foriero di incertezze) rinvio al regime della inefficacia, la disposizione non effettua, infatti, alcuna distinzione tra provvedimento tardivo a carattere negativo – ovvero inteso a modificare l’assetto degli interessi cristallizzatosi con la formazione del silenzio assenso – e provvedimento tardivo a carattere positivo – finalizzato, al contrario, a confermare con un atto espresso gli effetti già prodottisi a seguito del decorso del termine procedimentale. In assenza della suddetta differenziazione, non si può che concludere che il legislatore abbia voluto sanzionare con la formula dell’inefficacia anche il provvedimento tardivo a carattere positivo.

In effetti, tale conclusione appare pienamente coerente con la ricostruzione dell’istituto del silenzio assenso alla quale si è inteso aderire, ovvero alla sua accezione di misura sanzionatoria nei confronti della violazione del dovere di provvedere (nel termine), che ha come necessaria conseguenza la consumazione del potere dell’amministrazione (sia in senso negativo che positivo). La disposizione in esame, pertanto, ha il pregio di segnare il definitivo superamento di quell’indirizzo giurisprudenziale minoritario ai sensi del quale il decorso del termine previsto per la conclusione del procedimento non avrebbe comportato la consumazione del potere della p.a. di provvedere in senso satisfattivo per il destinatario dell’atto finale, di talché il provvedimento positivo espresso, tardivamente intervenuto, si sarebbe sostituito agli effetti silenziosamente prodottisi (pur confermandoli)<sup>65</sup>.

Ciò posto, nell’intervenire sulla disciplina del silenzio assenso, il legislatore – oltre a “chiarire” la qualificazione giuridica del provvedimento tardivo – avrebbe potuto fare un passo ulteriore, con il distinto obiettivo di superare la situazione di incertezza nella quale viene frequentemente a trovarsi il privato che non riceve piena soddisfazione dagli effetti del silenzio significativo, avendo specifico interesse al rilascio di un atto positivo espresso.

La posizione del cittadino che ha beneficiato del regime del silenzio assenso, infatti, non sempre si rivela analoga a quella del cittadino a cui è stato rilasciato il provvedimento favorevole. Ciò accade ogni qual volta gli effetti provvedimenti conseguiti in maniera silenziosa attribuiscono il bene della vita unicamente dal punto di vista giuridico, non permettendo, tuttavia, al cittadino di conseguire concretamente il risultato pratico cui legittimamente ambisce<sup>66</sup>. Si pensi, ad esempio, all’assenza di motivazione, che non consente al privato di risalire alle ragioni che sorreggono la decisione favorevole (con rischio di maggiore esposizione all’esercizio

---

<sup>65</sup> T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, 17 novembre 2015, n. 2416, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). Da ultimo, individua addirittura un vero e proprio “obbligo a carico dell’amministrazione di provvedere alla formazione del titolo documentale”, nonostante si sia formato il silenzio assenso, T.A.R. Campania, Salerno, Sez. II, 7 novembre 2019, n. 1936, in *Foro amm.*, 2019, 11, 1922.

<sup>66</sup> D. D’ORSOGNA, *Note in tema di conferenze di servizi, semplificazione, operazione*, in *Nuove autonomie*, 3-4/2008, 589.

del potere di riesame)<sup>67</sup>. Ma ancor più grave è l'effetto pregiudizievole scaturente dall'impossibilità di esibire il provvedimento a terzi (soggetti pubblici o privati), nei confronti dei quali risulta particolarmente difficile la dimostrazione del possesso del titolo<sup>68</sup>.

Particolarmente significativa, sul punto, quella giurisprudenza in materia edilizia che sottolinea come il provvedimento espresso (*sub specie* di titolo abilitativo all'edificazione) garantisca al privato un maggior grado di stabilità e affidamento dei rapporti giuridici, esprimendo la sua utilità ultronea rispetto al silenzio assenso "per poter riscontrare il termine finale dei lavori, per l'avvio delle pratiche bancarie e finanziarie propedeutiche all'inizio delle opere, per il trasferimento del bene o del permesso, per la sottoscrizione del preliminare di acquisto del fabbricato, per la documentazione di cantiere, per corrispondere gli esatti importi del contributo dovuto per gli oneri di urbanizzazione e il costo di costruzione"<sup>69</sup>.

Al riguardo, come si è avuto modo di illustrare diffusamente in un precedente scritto, il legislatore avrebbe potuto prevedere in capo alla p.a. l'obbligo di rilasciare, su richiesta, un atto ricognitivo che attestasse l'avvenuta produzione degli effetti scaturenti *ex lege* dal decorso del termine procedimentale: tale soluzione – pienamente coerente con l'avvenuta consumazione del potere (il rilascio di un atto ricognitivo non configura esercizio del potere di amministrazione attiva<sup>70</sup>) – si sarebbe rivelata nel contempo anche del tutto soddisfacente delle pretese di affidamento e certezza delle situazioni giuridiche del cittadino<sup>71</sup>. La semplificazione, del resto – intesa nella sua più vera accezione di razionalizzazione (di competenze, procedimenti, effetti provvedimenti)<sup>72</sup> – può e deve comportare anche l'inserimento di oneri maggiori in capo all'amministrazione, qualora essi trovino giustificazione, come nel caso di specie, nella necessità di superare una situazione di intollerabile incertezza per il cittadino.

<sup>67</sup> W. GIULIETTI, *Commento all'art. 20*, in BARTOLINI, FANTINI, FERRARI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa e delle responsabilità*, Roma, 2010, 492.

<sup>68</sup> M.A. SANDULLI, *Gli effetti diretti della L. 7 agosto 2015 n. 124 sulle attività economiche: le novità in tema di s.c.i.a., silenzio-assenso e autotutela*, in *Federalismi.it*, 2015; A. TRAVI, *Silenzio-assenso e legittimazione ex lege nella disciplina delle attività private in base al d.P.R. 26 aprile 1992 n. 300*, cit., 607.

<sup>69</sup> T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 1 agosto 2019 n. 10227, in *www.giustizia-amministrativa.it*. In termini, da ultimo, T.A.R. Puglia, Bari, Sez. II, 30 marzo 2020, n. 454, in *Riv. giur. edilizia*, 2020, 3, 548, ove si sottolinea che "la natura rimediabile (e derogatoria) del silenzio assenso va qualificata in senso per così dire "protettivo" dell'interesse del richiedente all'irrinunciabilità dell'atto esplicito e formale".

<sup>70</sup> E. SCOTTI, *Silenzio assenso*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, 2016, 680.

<sup>71</sup> Sul punto v., *amplius*, M. CALABRÒ, *Silenzio assenso e dovere di provvedere: le perduranti incertezze di una apparente semplificazione*, in *Federalismi.it*, 10/2020, 57-59. Tale orientamento è stato già fatto proprio da alcune pronunce: v. T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II-bis, 26 aprile 2019, n. 5308, in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Liguria, 2 marzo 2017, n. 156, in *Riv. giur. edilizia*, 2017, I, 459.

<sup>72</sup> Cfr. M.R. SPASIANO, *Riflessioni sparse in tema di semplificazione amministrativa*, in *Nuove autonomie*, 1/2009, 75 ss.

Tali considerazioni, del resto, si pongono nella scia di quel processo evolutivo che sta interessando da alcuni anni la pubblica amministrazione, la quale – attraverso una serie di riforme sul piano dell'organizzazione e delle modalità di esercizio del potere – tende a ridurre il c.d. "rischio amministrativo", mutandosi da elemento di ostacolo "burocratico" in volano delle iniziative economiche private<sup>73</sup>.

## 6. Riflessioni conclusive.

La disposizione in commento segna, senza alcun dubbio, un "passo in avanti" nella prospettiva della certezza delle situazioni giuridiche, pubbliche e private, scaturenti dall'applicazione dell'istituto del silenzio assenso. Pur nella non felice scelta di qualificare come inefficace il provvedimento tardivo, se non altro si è definitivamente chiarito che – una volta decorso il termine procedimentale – nelle fattispecie di silenzio assenso la p.a. non ha più il potere di intervenire, e se lo fa il suo intervento non è in grado di incidere sulle posizioni giuridiche soggettive dei destinatari della decisione.

In tal senso, tra l'altro, l'aver qualificato in termini di inefficacia il provvedimento tardivo ha l'ulteriore risultato di confermare (seppur indirettamente) quell'indirizzo secondo il quale la decisione silenziosa non rappresenta un'opzione per l'amministrazione; ovvero che il silenzio assenso non possa configurarsi come un *modus procedendi* che l'amministrazione è libera di scegliere in alternativa alla emanazione del provvedimento espresso, bensì piuttosto come una sanzione a fronte della violazione di un preciso dovere di provvedere che incombe sempre in capo alla p.a.<sup>74</sup>.

Si tratta, tuttavia, di una "riforma a metà". L'intento di rendere pienamente operativo il regime del silenzio assenso sembra raggiunto solo in parte, sia in ragione delle segnalate criticità connesse alla qualificazione del provvedimento tardivo in termini di inefficacia (e non, piuttosto, di nullità), sia in quanto non si è ritenuto di effettuare le dovute distinzioni tra la disciplina del provvedimento tardivo a carattere positivo e quello a carattere negativo.

<sup>73</sup> Su tale profilo v. A. PAJNO, *Crisi dell'amministrazione e riforme amministrative*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 3-4/2017, 549 ss.; A. TRAVI, *La semplificazione amministrativa come strumento per far fronte alla crisi economica*, in *www.giustamm.it*, 5/2016; F. FRACCHIA, *L'amministrazione come ostacolo*, in *Il dir. dell'economia*, 2013, 357 ss.

<sup>74</sup> Sul punto si rinvia alle riflessioni di A. CIOFFI, *Dovere di provvedere e silenzio-assenso della pubblica amministrazione dopo la legge 14 maggio 2005 n. 80*, cit., 101 e A. TRAVI, *Silenzio-assenso e legittimazione ex lege nella disciplina delle attività private in base al d.P.R. 26 aprile 1992 n. 300*, cit., 607. In termini anche T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VIII, 6 marzo 2017, n. 1288, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, Sez. III, 15 gennaio 2014, n. 119, in *Foro amm.*, 2014, 35. *Contra* T.A.R. Puglia, Bari, Sez. II, 20 maggio 2019, n. 725, in *Guida al diritto*, 2019, 26, 94, dove si definisce il silenzio assenso in termini di "alternativa modalità, presuntivamente semplificata" dell'agire pubblico.

In ordine a tale ultimo profilo, deve ulteriormente segnalarsi che l'introduzione di un onere di rilascio, su richiesta, di un atto di certazione della formazione del silenzio assenso non si sarebbe rivelata una assoluta novità. L'art. 264, co.1, lett. e) del d.l. n. 34/2020 (c.d. decreto rilancio)<sup>75</sup>, infatti – sebbene in via solo transitoria, per il periodo di durata della pandemia Covid 19 – ha introdotto l'obbligo di adottare entro trenta giorni il provvedimento conclusivo del procedimento nei casi di formazione del silenzio endoprocedimentale tra amministrazioni. Se non si vuole ritenere che tale disposizione – la cui *ratio* riposa nella considerazione che spesso la formazione del silenzio non rende effettivo il risultato procedimentale – si ponga in piena contraddizione con l'inefficacia del provvedimento tardivo sancita dalla norma oggetto delle presenti riflessioni, allora essa deve essere interpretata nel senso di imporre un obbligo di adozione di un atto che accerti e certifichi l'avvenuta produzione degli effetti del silenzio significativo.

Ancora più significativo, nell'ottica indicata, appare il nuovo capoverso dell'art. 20, co. 8 del T.U. Edilizia, anch'esso introdotto dal d.l. semplificazioni (art. 10, co. 1)<sup>76</sup>. Ivi – proprio al fine di venire incontro alle istanze di certezza del cittadino, in punto di dimostrazione nei confronti di terzi dell'avvenuto formarsi degli effetti del silenzio assenso – è riconosciuto, in capo al soggetto che ha richiesto il rilascio di un permesso di costruire, il diritto di ricevere dallo Sportello Unico per l'Edilizia un'attestazione circa il decorso dei termini procedimentali ed il conseguente perfezionarsi della fattispecie provvedimentale silenziosa.

L'auspicio è che in un prossimo futuro tale previsione venga resa di generale applicazione in tutte le ipotesi nelle quali operi il regime del silenzio assenso<sup>77</sup>, aderendo così a quell'indirizzo secondo cui – a fronte di interventi di semplificazione/liberalizzazione che comportano una obliterazione dell'esercizio del classico potere provvedimentale di tipo costitutivo – la tutela degli interessi privati debba essere in ogni caso garantita attraverso una nuova espressione di potere *ex post*, in grado di certificare l'avvenuta formazione di un determinato assetto di interessi e, in tal modo, produrre "certezza"<sup>78</sup>.

<sup>75</sup> Per un commento critico a tale disposizione ed ai suoi effetti solo apparentemente favorevoli nei confronti del cittadino, si rinvia a M.A. SANDULLI, *La "trappola" dell'art. 264 del dl 34/2020 ("decreto Rilancio") per le autodichiarazioni. Le sanzioni "nascoste"*, in [www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it), 2020, 1 ss.

<sup>76</sup> Su tale specifico profilo sia consentito rinviare a M. CALABRÒ, *Il silenzio assenso nella disciplina del permesso di costruire. L'inefficacia della decisione tardiva nel d.l. n. 76/2020 (c.d. decreto semplificazioni)*, in [www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it), 2020, 1 ss.

<sup>77</sup> Osserva come ciò già accada nell'ordinamento spagnolo, ove il cittadino che ha beneficiato degli effetti del silenzio assenso può sempre richiedere alla p.a. il rilascio del *certificado acreditativo del silencio producido*, G. STRAZZA, *L'ambito di operatività del silenzio-assenso e le esigenze di certezza*, in *Riv. giur. edilizia*, 4/2020, 864 ss.

<sup>78</sup> G. MONTEDORO, *Assenza del provvedimento e tutela degli interessi*, in AA.VV., *Nuovi poteri e dialettica degli interessi*, Napoli, 2010, 242. Più in generale, in ordine al sistema pubblicistico di produzione di "certezze" mediante atti di certificazione, si rinvia a A. BENEDETTI, *Certezza pubblica e "certezze" private. Poteri pubblici*

---

*e certificazioni di mercato*, Milano, 2010; F. FRACCHIA, M. OCCHIENA (a cura di), *I sistemi di certificazione tra qualità e certezza*, Milano, 2006; A. ROMANO TASSONE, *Amministrazione pubblica e produzione di certezza: problemi attuali e spunti ricostruttivi*, in *Dir. amm.*, 2005, 867 ss.

# AN ISLAMIC PERSPECTIVE OF ENVIRONMENTAL LAW AND POLICY

**Giuseppe Poderati\***

*“Protection of the environment is  
essential to Islamic beliefs  
and mankind has the responsibility to ensure  
safe custody of the environment.”  
Fatima Al-Banna\*\*  
(Environmental Activist)*

**ABSTRACT** [ITA]: Questo contributo analizza la caratteristica peculiare della religione islamica che detiene uno straordinario ethos e sensibilità verso la protezione ambientale del pianeta nel suo insieme. Adottando un approccio basato sulla religione, è possibile considerare le due principali fonti tradizionali del diritto islamico, il Corano e la Sunna, come un enorme serbatoio verde pieno di principi e concetti legali, nonché vere e proprie politiche interne. In una certa misura, queste vengono effettivamente trasformate in azioni pragmatiche volte ad influenzare positivamente la nostra società civile globale e contemporanea nella lotta contro l'attuale crisi ambientale su larga scala. In altre parole, l'Islam contiene valori e credenze che - in senso lato - hanno il potenziale per cambiare ed altresì migliorare il comportamento collettivo della società civile internazionale. Teoricamente, sebbene non sia la panacea per tutti i mali, l'Islam può agire come uno strumento socio-legale in grado di "sintonizzare la legge con la natura". In quanto religione e stile di vita che regolano le relazioni umane e lo sviluppo socioeconomico, l'Islam sta diffondendo attraverso il suo tipo di codice di condotta l'importanza dell'obbedienza al Creatore e del pieno rispetto per l'ambiente. Tutto sommato, nel suo insieme, si dovrebbe notare che l'ethos ambientale islamico, portando con sé principi e concetti legali e politiche interne, è in grado di contribuire alla creazione di strumenti giuridici eco-progettati per il benessere e la prosperità del mondo.

---

\* The author is a Ph.D. candidate in International Environmental Law at Wuhan University (China). Previously, he attended his academic education at Libera Università Maria SS. Assunta (Rome, Italy), Stony Brook University – New York State University (SUNY, USA), Centro Studi e Ricerche Direzionali (Palermo, Italy), The Graduate Institute of Geneva (Switzerland), and National University of Singapore.

\*\* Fatima Al-Banna, 'Islam and Environment Protection' (*ecomena.org* 13 September 2020).

**ABSTRACT** [ENG]: *This paper analyzes the peculiar characteristic of the Islamic religion holding an extraordinary ethos and sensitivity towards the planet's environmental protection at large. By adopting a religious-based approach, it is possible to consider the two main traditional sources of Islamic law, the Quran, and the Sunnah, like a huge green tank full of legal principles and concepts as well as inner policies. To some extent, these are actually transformed into pragmatic actions aiming to positively influence our contemporary global civil society in fighting against the current environmental crisis on a large scale. In other words, Islam contains values and beliefs that – broadly speaking – have the potential to change and improve international society's collective behavior. Theoretically, though it is not the panacea for all ills, Islam can act as a socio-legal tool capable of "tuning the law with nature." As religion and way of life regulating human relationships and socio-economic development, Islam is disseminating through its sort of code of conduct the importance of obedience to the Creator and full respect for the environment. All in all, taken as a whole, one ought to note that the Islamic environmental ethos, by carrying with itself legal principles and concepts as well as inner policies, is able to contribute to creating eco-designed legal instruments for the wellbeing and prosperity of the world.*

**Sommario:** **1.** Introduction. – **2.** Section I: From a scientific and legal definition of environment to an Islamic one. – **3.** Section II: Main Islamic Principles and Concepts of Environmental Law governing the protection of nature. – **4.** Section III: Influence of Islamic environmental *ethos* in domestic experiences. – **5.** Section IV: The Islamic Declaration on Climate Change. – **6.** Section V: Conclusions.

## INTRODUCTION

This paper analyzes the peculiar characteristic of the Islamic religion holding an extraordinary *ethos* and sensitivity towards the planet's environmental protection at large. It is possible to consider the two main traditional sources of Islamic law, the *Quran*, and the *Sunnah*, like a huge *green tank* full of legal principles and concepts as well as inner policies. These are actually transformed into pragmatic actions aiming to positively influence our contemporary global civil society in fighting against the current environmental crisis<sup>1</sup> on a large scale.

In other words, Islam contains values and beliefs that – broadly speaking – have the potential to change and improve the international society's collective behavior. It does so *inter alia* by increasing the environmental awareness and its importance within numerous national legal systems<sup>2</sup> and serving as a powerful *catalyst* to the legal development of the environmental protection regime at the international level. This paper offers an intellectual point of view about the opportunity of literally incorporating Islamic *green values* into the mainstream of law-making and decision-making processes in the public sphere<sup>3</sup> and combining it with the enrichment of the essential civic practice of interfaith dialogue that improves morality of individuals.

This is what Islam as a whole is being called to. All in all, it is possible to assume a *holistic* approach to scale up legal solutions for creating the operational conditions of sustainable economic development now and for the future generations to come in Muslim and non-Muslim societies. **Section I** provides a comprehensive Islamic definition of environment referring to the *Quran* and the Islamic intellectual community or “the learned ones” (*Ulama* - علماء). Of note, due to its multidimensional character, to define what is the meaning of the term environment today is a quite challenging task. **Section II** focuses on the set of the Islamic environmental legislative principles and theoretical concepts that govern the protection and conservation of nature. Subsequently, **Section III** aims at providing some critical insights primarily to

---

<sup>1</sup> Seyyed Hossein Nasr, “Islam, the Contemporary Islamic World, and the Environmental Crisis” in Richard C. Foltz, Frederick M. Denny, Azizan Baharuddin (eds), *Islam and Ecology, A Bestowed Trust*, (Harvard University Press 2003).

<sup>2</sup> Under this perspective, it is possible to refer to a so-called *liberal Islamic ethos* characterized by “attitudes and institutions [that] are liberal in the sense of being broad-minded and tolerant towards members of society that differ in religious conviction or political ideology from the majority. See, Sohail H. Hashmi, ‘Cultivating a Liberal Islamic Ethos, Building an Islamic Civil Society’ (2007) 27 (1) *Journal of the Society of Christian Ethics* <<http://www.jstor.org/stable/23561848>> (accessed 7 April 2020)

<sup>3</sup> Sayyid Tahir and Ziaul Haque, ‘Islamic Perspectives on Economic Development’ (1995) 34 (4) *The Pakistan Development Review*.

demonstrate how this vibrant Islamic *ethos* contained in the *Quran* is fundamentally shaping environmental laws, policies, and institutions in several countries. This section assesses the Indonesian practice of Islamic law in relation to the case of *transboundaryhaze*. Then, **Section IV** shades the light on the climate change and land degradation related issues. These challenges are crucial and even present in the modern *soft law*<sup>4</sup> instruments, namely: (i) the *Muslim Seven Year Action Plan (2010 – 2017)*<sup>5</sup> and its subsequent (ii) *Islamic Declaration on Global Climate Change 2015*. Consequently, Islam (together with other religions) disseminates a sort of *Eco-Theology* or *Ecological Message*<sup>6</sup> to preserve and protect our global common goods. It is also provided an assessment about new legal and financial instruments such as the environmental courts and *green Sukūk bond*. **Section V** provides the conclusions.

## SECTION I

### From a scientific and legal definition of environment to an Islamic one.

It is necessary to begin methodically defining what precisely the term environment means. The environment is described as a *fluid* or *prismatic* concept because of its multidimensional character pertaining to science, ecology, policy, media, and advocacy. There are many definitions available at the **scientific level**, mainly linked to ecology. For instance, the *Oxford Dictionary of Ecology* provides us a broad definition of the term environment, namely: “the complete range of external conditions, physical and biological, in which an organism lives. Environment includes social, cultural, and (for humans) economic and political considerations, as well as the more usually understood features such as soil, climate, and food supply.”<sup>7</sup> Although this outlined general definition constitutes the foundation of the so-called *ecosystem approach* adopted in many multilateral environmental agreements, it is not able to provide a legal definition.

As to the specific ever evolving **legal definition** of the term environment, one initial definition could be found in the 1972 Stockholm Declaration describing it as:

<sup>4</sup> Pierre-Marie Dupuy, ‘Soft Law and the International Law of the Environment’ (1990/1991) 12 *Michigan Journal of International Law*.

<sup>5</sup> Muslim Seven Year Action Plan (2010 – 2017)

<sup>6</sup> Akhtarddin Ahmad, *Islam and the Environmental Crisis* (Ta-Ha Publishers Ltd. 1997).

<sup>7</sup> Michael Allaby, *Oxford Dictionary of Ecology* (Oxford University Press, 2005) 154.

“the natural resources of the Earth, including the air, water, land, flora and fauna and especially representative samples of natural ecosystems.”<sup>8</sup> In 1986, the New Zealand Environmental Act includes in the definition of the term environment the following wide-ranging factors: “a) the ecosystems and their constituent parts; b) all natural and physical resources; c) the social, economic, aesthetic and cultural conditions which affect the environment or which are affected by changes to the environment.”<sup>9</sup> Thus considered, as noted by Salter, there are several dimensions to be taken into account within the legal boundaries of the definition of environment, precisely among these the following ones: (i) natural (e.g., wilderness), (ii) manmade (e.g., cultural heritage) and (iii) human dimension (e.g., human security and health).<sup>10</sup>

In the general practice of Public International Law, the *International Court of Justice (ICJ)* notably stated that: “the environment is not an abstraction but represents the living space, the quality of life and the very health of human beings, including generations unborn.”<sup>11</sup> It is theoretically possible to give a concise and well-founded legal dimension to the definition of the environment through this statement made by the *ICJ* recognizing that there is a clear tendency to expanding this definition as long as an holistic approach is assumed.<sup>12</sup>

Most importantly in our present context, it is to understand the definition of environment that **contemporary Islam proposes** as an “ecologically oriented religion”<sup>13</sup> wearing the vests of a long-lasting legal tradition too. Primarily, the term environment in Islam is defined by using the word *muhīt* (محيط). This term derives from the word *hata* that means “to encompass.” God is the Creator of the environment which is the place where humanity lives benefiting from the amazing bounties that altogether constitute what is called nature. Everything attached to

<sup>8</sup> Principle 2 in the Declaration of the UN Conference on Human Environment, Stockholm 1972, published in Molitor (ed), *International Environmental Law, Primary Materials*, 1991, p 81.

<sup>9</sup> R J Somerville, *Environmental Audit: Insurance; Indemnities and Proposals for Reform in New Zealand Environmental Law*, p 355.

<sup>10</sup> Cf J R Salter, *European Environmental Law, International Environmental Law and Policy Series*, 1994; W H Rodgers, *Environmental Law*, 1977, p 1. See, also, Giuseppe Poderati, ‘A Smart Legal Instrument in the face of a Global Danger: THE MINAMATA CONVENTION on Mercury 2013’ (*ambientediritto.it*) forthcoming 2021.

<sup>11</sup> *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, ICJ Reports 1996, para. 29.

<sup>12</sup> Ben-David, Michelle. “Defining International Environmental Law.” *Ecology Law Quarterly*, vol. 38, no. 2, 2011, pp. 553–561, *JSTOR*, <[www.jstor.org/stable/24115079](http://www.jstor.org/stable/24115079)> (accessed 29 December 2020).

<sup>13</sup> Mawil Izzi Dien, *The Environmental Dimensions of Islam* (Cambridge: Lutterworth, Press 2000). Mohammad Hammoud, *Environment, Ecology and Islam, Insight, New South Wales: Islamic Foundation*, 1990, Vol. 5:3, p. 19; Abdul Hadi Skinner, *Environmental Harmony-Islamic Dimensions, Insight, New South Wales: Islamic Foundation*, 1990, Vol. 5:3, p. 25; Sumaiya Quasim, *Man in Harmony with Nature, Insight, New South Wales: Islamic Foundation*, 1990, Vol. 5:3, p. 23.

nature is considered as a sign (*āyah* آيات)<sup>14</sup> of God. Hence, the environment is sacred and divine at the same time. It is fascinating that according to the *Quran* every creature has its own rights with some limitations (e.g., defense of the sanctity of human life).<sup>15</sup>

As noted by Sayyed Hossein Al Nasr, “the Qur’an describes God as *muhīt* (surrounding or encompassing) everything; the root of the word *environment* is the concept of *surroundings*.”<sup>16</sup> Mankind, particularly through Western technologies, can make the huge mistake of being so ambitious to aspire and try to dominate nature. This ambition, so far, produced environmental pollution, disasters, and damages that can lead, if not monitored, to destroy human and wildlife on Earth.<sup>17</sup>

Islam, using the word *muhīt*, promotes an economic development plainly in harmony with nature. Considering that, within the Islamic perspective, God is everything existing on Earth. Hence, the *Ummah* (the community of Muslims - أمة - believing in God’s guidance and in the teachings of Muhammad) and the *Ulama* must activate the whole set of Islamic principles and norms in connection with nature by taking on a responsibility to protect the planet. This vibrant Islamic *ethos* is committed to considering the environment as sacred inasmuch this represents the link between God and the humanity as well. Islam pays attention to the ongoing *nexus* between health, human security, and environment, with particular reference to economic activities centered on the exploitation of natural resources.

As highlighted by Abdulbar Al Gain, it is possible to assert that the concept of *muhīt* focuses on “the relation between man and the environment itself [...] having regard to the interaction the man’s sustainable utilization and development of natural

<sup>14</sup> Ibrahim Özdemir, ‘Toward an Understanding of Environmental Ethics from a Quranic Perspective’ in *Islam and Ecology*, (Harvard University Press 2003).

<sup>15</sup> ‘Izz ad-Din ibn ‘Abd as-Salam, in *Qawad'id al-Ahkam fi Masalih al-Anam*. Sayed Sikandar Shah Haneef, *Homicide in Islam*, Kuala Lumpur, A.S. Noordeen, 2000, pp. 1 – 13. As the Qur'an provides: “On that account: We ordained for the children of Israel that if anyone slew a person (take away a life) unless it be for murder or for reading mischief in the land - it would be as if he slew the whole people. And if anyone saved a life, it would be as if he saved the life of the whole people” in al-Ma'idah: 35. For the protection of animals, see, Abdul Hadi Skinner, *Environmental Harmony-Islamic Dimensions, Insight, New South Wales: Islamic Foundation*, 1990, Vol. 5:3, p. 25.

<sup>16</sup> “Unquestionably, they are in doubt about the meeting with their Lord. Unquestionably, He is, of all things, encompassing” | “While Allah encompasses them from behind” see the *Holy Quran* 41:54 and 85:20. See, Seyyed Hossein Nasr, ‘Sacred Science and the Environmental Crisis: An Islamic Perspective’ in *Islam and the Environment*, Ed. Harfiyah Abdel Haleem, (Ta Ha Publishers 1998).

<sup>17</sup> Seyyed Hossein Nasr on *Islam and Preservation of the Natural Environment*, (Center for International and Regional Studies, Georgetown University School of Foreign Service Qatar (Doha, 26 January 2009); Sumaiya Quasim, *Technological Development and their Environmental Impact, Insight, New South Wales: Islamic Foundation*, 1990, Vol. 5:2, p. 8 – 9.

resources.”<sup>18</sup> Here, it must be stressed that vibrant Islamic *ethos* – opposite to the greed characterizing the *aggressive* capitalism – pushes the whole humanity towards the implementation of economic projects and activities able to meet the environmental protection’ needs.

As a matter of fact, the entire *Ummah* activities must focus on the preservation and continuation of life. In the face of technological development, this is to be considered as an imperative coming from the *Quran* and directly ordered by God. Under this perspective, Islam sheds the light on the concept of sustainable development<sup>19</sup> and the legal principles of the duties to protect and to prevent damages to it.<sup>20</sup> These principles are going to be developed in the other sections.

## SECTION II

### **Main Islamic Principles and Concepts of Environmental Law governing the protection of nature.**

A number of principles related to the environmental protection are enshrined in the *Quran* and, currently, these have been retrieved by the most representative contemporary Islamic scholarly. These valuable legal theoretical principles and concepts are considered, nowadays, as mandatory environmental legal provisions for the Muslim community across the globe.

Of note, through comparative studies and other relevant intellectual activities, these devised principles and concepts grabbed the attention of the non-Muslim environmental epistemic community. It is worth pushing this point a step further. As a matter of fact, these principles and concepts constitute the legal ground of critical legal instruments to specifically address different occurring global environmental related issues, such as climate change and land degradation.

<sup>18</sup>Abubakr Ahmed Bagader, *Environmental Protection in Islam / Protection de l’Environnement en Islam*. IUCN, Gland, Switzerland and Cambridge, UK (1994).

<sup>19</sup>For a definition of sustainable development, see the Brundtland Commission’s Report, *Our Common Future*, (1987).

<sup>20</sup>On this principle, see Jorge E. Viñuales, *The Rio Declaration on Environment and Development, A Commentary* (Oxford University Press, 2015), pp. 107 – 138.

## A. Principle 1: Stewardship (Khilafah) of the Planet

The crux of this principle is that the humankind is appointed by God to be the *steward* of the planet. It means that humans are the guardians of the environment. Here it is significant to emphasize the importance of a religious-based approach to environmental related issues. In fact, as noted by Saint Thomas d'Aquin (one of the greatest intellectual representatives of the Catholicism), humankind holds intellectual faculties (e.g., the capacity of reasoning, will, and so forth) that other creatures do not have.<sup>21</sup> In other words, intelligibility, provided by God to humans, makes the difference and allocate moral responsibility (on humans) for protecting not only the environment but also the natural lifecycle of our ecosystem. In the same line, the Islamic perspective considers the intellect as a God's given to the humankind. These intellectual faculties are functional to carry out the environmental protection. Thus, it is worth noting that humanity must serve the planet.<sup>22</sup> The principle of *Khilafah* (خِلاَفَة) does not give to the humanity the possibility to dominate the nature. In fact, humanity plays a role as a vice-regent of God (*Allah* الله) to live in harmony with nature seeking to avoid overexploitation and wastefulness of natural resources.

Unquestionably, the *Quran* plainly states that: "And it is He who has made you successors upon the earth and has raised some of you above others in degrees [of rank] that He may try you through what He has given you."<sup>23</sup> And, "then We made you successors in the land after them so that We may observe how you will do."<sup>24</sup> This is also confirmed in the official authentic *hadith* (الحديث).<sup>25</sup>

Thus considered, humanity is called to do a rational use of the resources provided by God throughout the creation of the planet. Therefore, it must be concluded that the principle of *Khilafah* is a source of two general legal obligations for the *Ummah*, namely (i) "to look after the environment and not to damage it"<sup>26</sup> and (ii) "to look after the Earth because it is all Allah's creation."<sup>27</sup> Through the principle of *Khilafah*,

<sup>21</sup> Saint Thomas d'Aquin, *The Summa Theologiae*, (Benzinger Brothers Printers to the Holy Apostolic See 1485).

<sup>22</sup> Fazlun M. Khalid and Joanne O'Brien, *Islam and Ecology* (Cassell Publishers Limited 1992).

<sup>23</sup> Holy Quran 6:165

<sup>24</sup> Holy Quran 10:14

<sup>25</sup> The Prophet declared: "The world is beautiful and verdant, and verily God, be He exalted, has made you His stewards in it, and He sees how you acquit yourselves."

<sup>26</sup> See *Surah 30:30*: "Devote thyself single-mindedly to the Faith, and thus follow the nature designed by Allah, the nature according to which He has fashioned mankind. There is no altering the creation of Allah."

<sup>27</sup> See *Surah 13:3-4*: "Allah is He Who raised up the heavens without any pillars that you can see. Then He settled Himself on the Throne and constrained the sun and the moon to serve you; each planet pursues its course

of particular importance are also for Islamic land users (and not only) the adoption of sustainable land management (SLM)<sup>28</sup> techniques in fighting against land degradation and desertification. In point of fact, SLM techniques are used in Islamic countries, such as Morocco, Tunisia, and Turkey *inter alia* for drip irrigation, water management, olive tree plantations, and development of rainfed agriculture.<sup>29</sup> Within this context, it is possible to assert that achieving Land Degradation Neutrality (LDN) can be considered not only as a target (as Sustainable Development Goals – SDGs<sup>30</sup>) but also as a fundamental principle of international environmental law and policy. In fact, it is a theoretical argument and assumption of the writer that the implementation of LDN as a principle of international environmental law could be effectively realized, should Governments (i) use modern environmental and social impact assessment tools, (ii) implement a bottom-up approach (boosting public participation, access to information and to justice) and (iii) adopt incentives in order for farmers to uptake Sustainable Land Management (SLM) best practices. To be able to reduce the global amount of degraded land would allow to create new income sources, to design new urban (e.g., sustainable cities) and rural policies (with the establishment of sustainable cities), and to mitigate climate change effects. Considering the current status of soil at the global level, a religious-based approach, in the current *parlance* through Islam, can settle LDN pragmatically and organically as a global target even within the context of climate change adaptation and mitigation policies. Certainly, implementing the LDN principle also in Islamic countries could have a great positive impact in the new generation of land tenure

---

during an appointed term. He regulates it all and expounds the Signs, that you may have firm belief in the meeting with your Lord. He it is Who spread out the earth and made therein firmly fixed mountains and rivers, and of fruits of every kind He has made pairs. He causes the night to cover the day. In all this, verily, are signs doer a people who reflect.”

<sup>28</sup> “Sustainable Land Management is defined as the use of land resources, including soils, water, animals and plants, for the production of goods to meet changing human needs, while simultaneously ensuring the long-term productive potential of these resources in the maintenance of their environmental functions.” See, G. Schwilch, R. Hessel, and S. Verzaandvoort, *Desire for greener land. Options for sustainable Land Management in drylands*, 2012, Berne Switzerland.

<sup>29</sup> See, *supra* note 29, p. 70 – 75.

<sup>30</sup> Goal 15. Protect, restore and promote sustainable use of terrestrial ecosystems, sustainably manage forests, combat desertification, and halt and reverse land degradation and halt biodiversity loss. 15.1 by 2020 ensure conservation, restoration and sustainable use of terrestrial and inland freshwater ecosystems and their services, in particular forests, wetlands, mountains and drylands, in line with obligations under international agreements; 15.2 by 2020, promote the implementation of sustainable management of all types of forests, halt deforestation, restore degraded forests, and increase afforestation and reforestation by x% globally; 15.3 by 2020, combat desertification, and restore degraded land and soil, including land affected by desertification, drought and floods, and strive to achieve a land-degradation neutral world.

reforms worldwide, improving the environmental governance and protecting land as an ecological capital and valuable asset. Going to scale and achieving land degradation neutrality by stopping the loss of healthy and productive land, would make a vital contribution for the future of humanity on Earth.

This brings up a critical point. In somewhat simplistic terms, it is arguable that the obligations generated by the principle of *Khilafah* combined with the Islamic *ethos* for the protection of the environment are pragmatically creating a very broad positive attitude,<sup>31</sup> for instance, even traditional oil producers' countries are starting to green their economies.

The so-called *GreenUmmah* is in action as the servant of God. It is currently taking care of the Earth by shaping environmental policy to better undertake the environmental crisis.<sup>32</sup> Smart, informed and connected groups of Muslims are actively spreading *environmental democracy* and the adoption of a *bottom-up* approach advocating for improvement of certain procedural rights, namely: (i) access to information, (ii) public participation, and (iii) access to justice across the world.

## **B. Principles 2 – 3: Trusteeship (Amanah) and Accountability (Aakhirah)**

The relationships between God, the humankind and the environment are firmly grounded on the principle of *Trusteeship (Amanah)* (مانة). This principle entails that *muhīt* is given by God to the humanity within the terms of a *sacred trust* having the practical purpose of protecting the environment and procure benefits to it.

It is important to remember here that, in today's legal system, *trust* is a legal instrument of Common Law (also adopted in Civil Law countries). This instrument is chiefly used in the field of corporate and business development to improve the

<sup>31</sup> “The failure to completely achieve the goal of recognizing and establishing legal environmental rights and norms in Muslim majority countries in the Middle East supports the idea of finding another source of obligation, such as Islamic rules that bind Islamic States, some of which constitute major sources of environmental pollution. Incidentally, some of the populations in the Arabian Gulf have the highest per capita carbon footprints in the world, including Qatar and United Arab Emirates, and also have significant influence on oil and gas markets, namely Saudi Arabia, Qatar, and the United Arab Emirates. They also happen to be strongly influenced by Islam. In Muslim majority states, these arguments may find more resonance compared with more secular arguments, and thus may be strategically deployed” see, Nadia B. Ahmad, Faith-Based Approaches to Ecological Harmony and Environmental Protection, *Race & Law Review*, 21 (1), 2020, p. 12.

<sup>32</sup> Ibrahim Abdul-Matin, *GreenDeen, What Islam Teaches About Protecting the Planet* (Berrett-Koehler Publishers 2010).

“governance and efficiency”<sup>33</sup> of economic assets. Its definition appears to be well-established as “A fiduciary relationship in which one party, known as a trustor, gives another party, the trustee, the right to hold title to property or assets for the benefit of a third party, the beneficiary. Trusts are established to provide legal protection for the trustor’s assets, to make sure those assets are distributed according to the wishes of the trustor.”<sup>34</sup>

Several points need to be developed here. First and foremost, the reference to this legal institute is adequate to the values propagated by the Islamic environmental *ethos*. In particular, it creates a so-called fiduciary scheme in which two or more people *shared* the property of something in a responsible way. Second, this arrangement can produce a *stable* relationship among the parties. Third, one ought to note that *mutual* and *shared confidence* are characterizing this juridical relation. Lastly, it should be said that every decision is taken by the trustee in *cooperation* with the trustor. Of note, the trust is generating an obligation of a *moral* character. In a sense, the trustee must act and perform his duties in *good faith* to procure benefits to the third party.

Furthermore, it comes to be relevant in our present context the *doctrine of public trust* elaborated in the Roman Law under the Emperor Justinian (A.D. 535) stating the following maxim of law: “By the law of nature, these things are common to mankind: the air, the runningwater, the sea, and the shores of the sea.”<sup>35</sup> In other words, it is not possible to consider *res nullius* what are our today’s global commons, such as the living environment.

It is officially recognized that further development of this doctrine has been re-elaborated in the United States of America (1892)<sup>36</sup> to discipline land use and ownership of natural resources. It must be stressed that the *doctrine of public trust* can

<sup>33</sup> Ralph Chami and Connel Fullenkamp, ‘Trust as a mean of Improving Corporate Governance and Efficiency’ (2002) IMF Working Paper 02/33, <<https://www.imf.org/en/Publications/WP/Issues/2016/12/30/Trust-As-a-Means-of-Improving-Corporate-Governance-and-Efficiency-15658>> (accessed 13 June 2020)

<sup>34</sup> Note also that: “The trustee can be the settlor himself – in which case, the settlor declares himself to be holding trust property on trust for the beneficiary” See, *Trust Law in Singapore*, Singapore Legal Advice, Personal & Family Section, available at <https://singaporelegaladvice.com/law-articles/what-is-a-trust-trust-law-in-singapore/> (accessed on 3 April 2018). See the definition of trust available at <https://www.investopedia.com/terms/t/trust.asp>. For further details, Graham Moffat, Gerry Bean, Rebecca Probert, *Trusts Law: Text and Materials* (Cambridge University Press 2009).

<sup>35</sup> Note that further development of the public trust doctrine took place with the promulgation of the Magna Carta in England in 1215 having regards to better protect the freedom of navigation. See the definition elaborated by the Roman Emperor Justinian, *The Law of Property*, Institutes, 2.1 available at [https://www.ssc.wisc.edu/~rkeyser/?page\\_id=571](https://www.ssc.wisc.edu/~rkeyser/?page_id=571)

<sup>36</sup> See U.S. Supreme Court decision in *Illinois Central Railroad v. Illinois*, 146 U.S. 387 (1892)

be considered as a tool for protecting the environment. As noted by Cohen, the concerned public authority performs the “role of public guardian of those valuable natural resources which are not capable of self-regeneration and for which substitutes cannot be made by man.”<sup>37</sup>

Thus considered, the public authority has the duty protect pursuant the legal principle of *public interest*. The public authorities are entrusted with “high fiduciary duty of care and responsibility to the general public.”<sup>38</sup>

Beyond that, nowadays, even the affected people and Non-Governmental Organizations could sue the public authorities for lack of actions and measures set up to protect and preserve the environment.<sup>39</sup> And that is, definitely, a significant legal and civic advancement linked to environmental democracy aspects.

Of note, the number of environmental public interest litigations is growing worldwide, and it pushes national and local public authorities to assume a proactive attitude in tackling current environmental issues.

Therefore, from an Islamic law functional point of view, it might be argued that (under the terms of the *doctrine of public trust*) the *Ummah* – broadly speaking also the humankind – but even the violating states are collectively accountable (*akhirah* الأخرة) for every activities and projects. And yet, exploitation of natural resources and economic development have to be done on behalf of God. Hence, humanity has to avoid wastefulness and corruption (*fasād fi'l-ard* فساد) that lead to environmental degradation. It is possible to refer to the appropriate standard of strict liability in the field of state responsibility for environment. As noted by Malcolm N. Shaw: “states are under an absolute obligation to prevent pollution and are thus liable for its effects of irrespective fault.”<sup>40</sup> Therefore, the level of responsibility is increased upon the state (e.g., prevention of transboundary harm from hazardous activities).<sup>41</sup>

<sup>37</sup> Cohen, *The Constitution, The Public Trust Doctrine and the Environment*, 388 (Utah Law Review 1970).

<sup>38</sup> *Supra* note 32, p. 388.

<sup>39</sup> Ved P. Nanda Jr., *The Public Trust Doctrine: A Viable Approach to International Environmental Protection* 291 (Ecology Law Quarterly 1976) available at: <http://scholarship.law.berkeley.edu/elq/vol5/iss2/4>

<sup>40</sup> M.N. Shaw, *International Law*, Sixth Ed., Cambridge University Press, 2008.

<sup>41</sup> “In this context the precautionary principle could act as a framework norm which would oblige all states to refrain from adopting in any significant way countermeasures which would threaten the environment and the human health.” See, L. Boisson de Chazournes, *New technologies, the precautionary principle and public participation*, in T. Murphy (ed.), *New technologies and human rights* (Oxford University Press 2009 p. 161 – 194).

### C. Principle 4 – Justice (*Adl*)

The *Quran* plainly states that: “The sun and the moon follow courses (exactly) computed; And the herbs and the trees both bow in adoration. And the firmament has He raised high, and He has set up the balance, in order to that you may not transgress (due) balance. So, it establishes weight with justice and not short in the Balance.”<sup>42</sup> Consequently, Justice is an essential driver for the achievement of a natural balance on Earth.

Furthermore, in the Day of the Judgement, according to the principle of Justice (*Adl* انصاف), God will decide on how much fairly and respectfully humanity used and benefited from *muhīt*. That implies respect for the land, fauna and the flora, air as well as water. Under the God’s mandate, the *Umma* should make the efforts to *inter alia* improve the ecosystem and reduce the inequalities in accessing to natural resources worldwide. As general rule, there is also an Islamic responsibility to protect and either, to restore certain kind of environmental conditions in cases of reversible damages. It is possible to excerpt from *Adl*, two duties for the polluters: (i) a duty to prevent; having the logic that prevention is better to control, (ii) a duty to repair environmental damage. These mentioned duties are grounded on the Polluter-Pays principle.

From a legal standpoint, the Polluter-Pays principle found its roots in the theory of “externalities” (precisely, the production of negative externalities) implying that the costs of pollution be borne by those who cause it.<sup>43</sup> Thus, the polluter must pay it is equal to the internalization of costs related to individuals and corporations. This principle is well defined in Principle 16 of the Rio Declaration 1992 that states: “national authorities should endeavor to promote the internalization of environmental costs and the use of economic instruments, taking into account the approach that the polluter should, in principle, bear the cost of pollution, with due regard to the public interest and without distorting international trade and investment.”<sup>44</sup> And yet, under an Islamic perspective, logically this principle seeks to create justice (*Adl*) by “ensuring that the financial burden of such pollution is borne

<sup>42</sup> The Holy Quran 55:5-10.

<sup>43</sup> OECD Council Recommendation on Guiding Principles concerning the International Economic Aspects of Environmental Policies, C(72)128 (1972), 14 ILM 236 (1975).

<sup>44</sup> See Principle 16 of Rio Declaration on Environment and Development 1992.

by those who caused it.”<sup>45</sup> The *Ummah* must comply with stringent measures (e.g., strict liability, at the level of individuals and corporations).

To reconcile these considerations, this fundamental and effective<sup>46</sup> principle of international environmental law and policy is perfectly aligned with the Islamic environmental *ethos*.

#### D. The principle of *Balance (Mizan)*

The Islamic environmental *ethos* is centered on the principle of *Balance (Mizan)* (مِيزَان). This principle is expressed clearly in the Islamic *Sharia* (شريعة). As noted by Bagader, in Islam the “integration of the development and conservation of natural resources is clear in the idea of bringing life to the land and causing it to flourish through agriculture, cultivation and construction.”<sup>47</sup> This leads to a *mizan* functionally to protect *muhīt*, and human life in general.

Given its importance, the principle of *Mizan* is, nowadays, internalized in legal systems of many Muslim and non-Muslim countries and within the framework of the international environmental law and policy as well as international jurisprudential<sup>48</sup> and arbitral decisions.<sup>49</sup>

At the global level, it is relevant the current disequilibrium that human activities are producing pursuant prosperity and profit.<sup>50</sup> Differently, humankind has to

<sup>45</sup> Barbara Luppi, Francesco Parisi and Shruti Rajagopalan, *The rise and fall of the polluters-pays principle in Developing Countries*, (2012) 32 International Review of Law and Economics pp. 135-144. Furthermore, see also Emma Lees, *The Polluters Pays and the remediation of Land* (Cambridge University Press 2016).

<sup>46</sup> Muhammad Munir, *Implementation of the Polluter Pays Principle or Economic Approaches to Pollution: Command and Control, Taxes/Charges, and Tradable Discharges Permits (TDPS)* (January 14<sup>th</sup>, 2014). Available at SSRN: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2378796](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2378796). Furthermore, see also Muhammad Munir, *History and Evolution of the Polluter Pays Principle: How an Economic Idea Became a Legal Principle?* (September 8<sup>th</sup>, 2013). Available at SSRN: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2322485](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2322485).

<sup>47</sup> See Op. cit. in Fazlun M. Khalid and Peter Timmerman, *Islam and the Environment, Social and economic dimensions of global environmental change*, vol. 5 (Encyclopedia of Global Environmental Change 2002) 332 – 339.

<sup>48</sup> *Gabčikovo – Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, International Court of Justice, Decision (25 September 1997).

<sup>49</sup> *Iron Rhine Arbitration ('Ijzeren Rijn')(Belgium/Netherlands)*, Award (24 May 2005), RIAA XXVII, pp.35-125, para 59.

<sup>50</sup> Of note, the UNEP’s Millennium Report called up for a change because “the global human ecosystem is threatened by grave imbalances in productivity and in the distribution of goods and services...sustainable progression of extremes of wealth and poverty threatens the stability of the whole human system...the world is undergoing accelerating change, with internationally coordinated environmental stewardship lagging behind economic and social development. Environmental gains from new technology and policies are being overtaken

synchronize its way of living with nature and cooperate with it.<sup>51</sup> Implementing legislative measures based on the principle of *Mizan* would put humanity on the right track to reduce this disequilibrium.

In point of fact, *Mizan* entails the obligation to prevent harm, and also it focuses on the creation of a healthy *muhit* through sustainable economic development, for instance within the context of sharing natural resources among States. Activities such as agriculture and mining can be carried out avoiding putting in place a land use that ends in abuse or overexploitation of nature.

Several points need to be developed here. First and foremost, the *Mizan* is definitely a manifestation of the concept of sustainable development. The Brundtland Commission's report entitled *Our Common Future* published in 1987 provides a definition that exactly match with the whole Islamic perspective of environmental protection. Thus, it stated: "Sustainable development is development that meets the needs of the present without compromising the ability of future generations to meet their own needs."<sup>52</sup> At the time, this seems obvious and is quite appropriate. In a sense, the environmental protection must be part of the economic development and not driver isolating it.

The Islamic environmental *ethos*, together with other religious organizations, seeks to realize a synergy among three modern dimensions of development (precisely an economic, a social and an environmental) all considering human life and conservation of nature, particularly of our commons (*res communis* in Roman law). The *Mizan*, intended as sustainable development, is a primary norm of Islamic environmental law.

The second point that is necessary to highlight is that *Mizan* is realized through the implementation of the Principle of Public Participation.<sup>53</sup> Environmental issues require the participation of people at the local and national level too. And yet, the

---

by the pace and scale of population growth and economic development. The processes of globalization that are so strongly influencing social evolution need to be directed towards resolving rather than aggravating the serious imbalances that divide the world today" UNEP, *Global Environment Outlook 2000* (Earthscan London 1999).

<sup>51</sup> Seyyed Hossein Nasr, *Man and Nature* (Unwin Paperback London 1990).

<sup>52</sup> Brundtland Commission's Report, *Our Common Future*, 1987.

<sup>53</sup> The *Rio Declaration on Environment and Development* 1992 is a referential document where in Principle 10 it is affirmed that: "Environmental issues are best handled with participation of all concerned citizens, at the relevant level. At the national level, each individual shall have appropriate access to information concerning the environment that is held by public authorities, including information on hazardous materials and activities in their communities, and the opportunity to participate in decision-making processes. States shall facilitate and encourage public awareness and participation by making information widely available. Effective access to judicial and administrative proceedings, including redress and remedy, shall be provided."

inclusion of new stakeholders promoting and scaling up sustainable solutions. Islam pushes the *Umma* to have a proactive attitude and solution oriented.

Certain concrete suggestions about the Islam and environmental democracy<sup>54</sup> would seem logically to arise from this above-mentioned principle. Given the magnitude of the environmental matters, the Islamic *ethos* induces public authorities to improve in their legislations the implementation of procedural rights, such as public participation, access to information and access to justice. These are the pillars of the environmental democracy. By combining them all, it is possible to pave the way for an effective harmonious ecological society that Islam constantly seeks to promote in the public sphere.

On closer examination, it must be stressed the concept of *public interest (maslaha)*.<sup>55</sup> This is a relevant legal aspect to legitimize the operationalization of the above-mentioned procedural rights. *Maslaha*<sup>56</sup> is pertinent to allow public participation<sup>57</sup> in the best interest of the contemporary *Umma* about not only in the context of conservation of nature-related issues but also to finance sustainable and climate-resilient growth in countries affected by climate change.<sup>58</sup>

Besides, it is worth noting the significant role played by the *consideration for public interest (maslaha mursala)*. Notably, public interest, as a source of *Islamic normativity*,<sup>59</sup> tries to ensure laws and policies are “eco-designed” through public participation in decision-making processes.

The third point is that seeking *Mizan* is the main scope of the Principle of Inter-Generational Equity. Humanity does not have to compromise the future of the generations to come while creating socio-economic progress and wellbeing. And yet,

<sup>54</sup> See the Aarhus Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-making and Access to Justice in Environmental Matters, 25 June 1998, 2161 UNTS 447 (‘Aarhus Convention’).

<sup>55</sup> Mawil Izzi Dien, *The environmental dimension of Islam* (James Clarke & Co. 2000).

<sup>56</sup> “*Maslaha mursala* is a source of Islamic Shari’a designed to operate as a normative framework to ensure that law and policymaking promote the public interest” see Ezieddin Mustafa Elmahjub, ‘Protection of Intellectual Property in Islamic Shari’a and the development of the Libyan Intellectual Property System’ (Ph.D. thesis, Queensland University of Technology 2014).

<sup>57</sup> The Qur’an instructs that any state matter should be settled by way of consultation (*shura*). “And those who have responded to their lord and established prayer and whose affair is [determined by] consultation among themselves, and from what We have provided them, they spend” see the Holy Quran (*Sahih International*) 42:38.

<sup>58</sup> Through contemporary Islamic finance tools.

<sup>59</sup> “Islamic Shari’a directs policymakers to design laws and policies that preserve religion (*Dīn*), human life (*nafs*), human intellect (*‘aql*), lineage (*nasab*) and human wealth (*mal*)” affirmed by Dr. Ezieddin Mustafa Elmahjub at the Seminar *Islamic Normativity in the Public Sphere* (NUS Law School – Center for Asian Legal Studies, 5 April 2018).

it should not be possible to leave the planet to our future descendants with scarce vital resources and vulnerable ecosystem to natural disasters.

The ecological message of Islam promotes policies and legislations characterized by a long-term vision to contrast overconsumption and corruption. Urging for a global action, the *Quran* plainly states that “Corruption has appeared throughout the land and sea by [reason of] what the hands of people have earned, so He may let them taste part of [the consequence of] what they have done that perhaps they will return [to righteousness].”<sup>60</sup> Thus considered, the *Ummah*, and broadly the humanity, has to get on the right track.

The environmental awareness must be more profound and stronger among the people creating sustainable infrastructures. It does not have to be underestimated the idea of building *green mosques*.<sup>61</sup> In such a way, the environmental protection would begin from the *Umma’s* religious life center.

By way of example, it is possible to refer to the already existing first *Eco-Mosque* located in Singapore equipped with an energy saving system and eco-friendly services.<sup>62</sup> Significantly, it is worth noting that small actions combined all together could lead the humanity to a better future without compromising the life of present and future generations.

Islamic law imposes a moral duty to repair and restore the environment and sustainably manage natural resources<sup>63</sup> avoiding transferring the costs of damages to

---

<sup>60</sup> Qur’an 30:41.

<sup>61</sup> *Supra* note 26.

<sup>62</sup> “In Singapore, the country’s first eco-friendly mosque was constructed in May 2009. Green perks include energy-saving solar tubes that are also skylights, a garden rooftop, motion sensor lights, and low-flow fixtures. It also has a ‘green wall’ – injecting a sense of serenity and calm into the prayer halls. Other features include motion sensor lights and taps fitted with water-flow-regulating devices. For these efforts, the mosque received the Green Mark certification from Singapore’s Building and Construction Authority. The mosque also features family-oriented spaces – including child-friendly toilets, a reading and play area as well as a function hall. Manchester and Abu Dhabi have also built green mosques too with different features” see, the Islamic Foundation for Ecology and Environmental Sciences, “Is your mosque an Eco Mosque: Singapore” <<https://muslimenvironment.wordpress.com/2010/04/03/islamic-foundation-for-ecology-and-environmental-studies-green-mosques-is-your-mosque-an-eco-mosque/>> (accessed 10 May 2020)

<sup>63</sup> “The objective of sustainable development involves a comprehensive and integrated approach to economic, social and political processes, which aims at the sustainable use of natural resources of the Earth and the protection of the environment on which nature and human life as well as social and economic development depend and which seeks to realize the right of all human beings to an adequate living standard on the basis of their active, free and meaningful participation in development and in the fair distribution of benefits resulting therefrom, with due regard to the needs and interests of future generations” see the Preamble of the New Delhi Declaration of Principles of International Law Related to Sustainable Development, adopted by the International Law Association on 2 April 2002.

the future generation. That is the key-point. It is all about the conservation of nature as well as human life on Earth.

On top of it, Islamic environmental *ethos* tends to give priority to the collective interest rather than the individual one. As a result, Islam moves socio-economic policies towards the realization of the principle of *Mizan*.

### SECTION III

#### **Influence of Islamic environmental *ethos* in domestic experiences.**

Setting up appropriate legal instruments and institutions to address environmental related issues at the domestic level it is fundamental to increase the level of effectiveness of environmental laws and policies. The Islamic *ethos* aims at creating *inter alia* (i) a more responsive and adequate set of rules of environmental protection and (ii) trustworthy and accountable government authorities.

Of note, Islamic countries like Pakistan and Egypt are also expanding their environmental awareness throughout their jurisdictions. In particular, in Pakistan the government set up a Judicial Commissions working on climate change justice.<sup>64</sup> While Egypt, pursuing the ideal of *green justice*, is trying to institutionalize specialized environmental courts creating even a figure of the *green Qadi* (قاضي).<sup>65</sup> All

<sup>64</sup> “It has progressed from an ownership of the precautionary principle in the Shehla Zia case in 19942 to a bold declaration of environmental justice and climate justice in the Asghar Leghari case in 2018” see Dr. Parvez Hassan, ‘Judicial Commissions and Climate Justice in Pakistan’ A paper presented at the Asia Pacific Judicial Colloquium on Climate Change: Using Constitutions to Advance Environmental Rights and Achieve Climate Justice, Pearl Continental Hotel, Lahore, Pakistan, 26-27 February 2018.

<sup>65</sup> Of note, “An Environmental Protection Fund (EPF) will in accordance with the Environment Act of 1994 (amended by Law 9/2009) be set up. The Fund will receive the amount specifically allocated to it in the General State Budget by way of support, donations and grants presented by national and foreign organizations concerned with environmental protection, fines and compensation awarded by courts of law or via out-of-court settlements for damage caused to the environment, as well as revenues from the protectorates fund” Ministry of Environment, Egyptian Environmental Affairs <<http://www.eea.gov.eg/en-us/aboutus.aspx>> accessed 10 September 2020. At the conclusion of the three-day meeting, the chief justices and judges unanimously adopted the following conclusions and recommendations: (1) They endorsed the Johannesburg Principles on the Rule of Law and Sustainable Development adopted at the UNEP Global Judges Symposium held in Johannesburg on 18-20 August 2002, which were presented to the World Summit on Sustainable Development (WSSD) as a contribution to the deliberations at the WSSD. (2) They reaffirmed once again their conviction expressed by the judges at the Global Symposium that: (I) the judiciary, well informed of the rapidly expanding boundaries of environmental law and aware of its role and responsibilities in promoting the implementation, development and enforcement of laws, regulations and international agreements relating to sustainable development, plays a critical role in the enhancements of the public interest in a healthy and secure environment; (II) the lack of knowledge, relevant skills and information in regard to environmental law is one of the principal causes that

in all, these attempts are focusing on the promotion of the legal mindset that considers environment as a public interest matter and environmental degradation as an outcome of corruption of the planet.<sup>66</sup>

Here as follows it is necessary to examine briefly the domestic experience concerning Indonesia and South-East Asia international relations. Indonesia is a country affected by environmental issues having substantial impacts in the public health sphere.

To start with, Indonesia has a vast territory where the production of palm oil is representing one of the largest profitable industries. The palm oil industry creates jobs for more than 20 million people in Indonesia and contributes to the country's foreign business value of up to 25 billion US dollars.<sup>67</sup> Given the magnitude of the profit, many producers illegally opened land by means of fires<sup>68</sup> to increase the volume of palm oil production.

Surely, the enormous burning of forests caused a transboundary haze striking Singapore and other ASEAN countries, such as Malaysia. These two countries – but especially Singapore – were significantly affected by the haze becoming a matter of national security. With an urgent diplomatic action and recognizing the difficulties to put the situation under control, the Government of Singapore invited Indonesia to take the due countermeasures.

---

contribute to the lack of effective implementation, development and enforcement of environmental law; (III) there exists an urgent need to strengthen the capacity of judges, prosecutors, legislators and all persons who play a critical role at national level in the process of implementation, development and enforcement of environmental law, including multilateral environmental agreements (MEAs), especially through the judicial process. See, the statement adopted by the Chief Justices and senior judges from Bahrain, Egypt, Djibouti, Iraq, Jordan, Lebanon, Libya, Oman, Palestine, Qatar, Sudan, Tunisia, and the United Arab Emirates at the conclusion of the Regional Conference and Symposium on Environmental Law and Sustainable Development, held from 29 to 31 May 2004, at the premises of the Supreme Constitutional Court of Egypt in Cairo.

<sup>66</sup> Schwarte, C., 2003, Environmental protection in Islamic law: an overview on potential influences for legal developments in Iraq. *Local Environment*, 8(5), 567–576.

<sup>67</sup> “GAPKI was established in 1981 to create a platform for various operators working on the issues related to the Palm Oil industry. GAPKI Technical Commission focused its activities on the elaboration of work programs concerning the following: (i) To promote palm oil industry; (ii) To improve competitiveness Indonesian palm oil business in International Markets; (iii) To design and implement a strategic vision for a sustainable palm oil industry. As the palm oil industry is continuing to expand, GAPKI has more than 600 plantation companies among its members. GAPKI organizes several activities to create awareness about the importance of making a sustainable palm oil production in Indonesia. For this purpose, it established an annual Indonesian Palm Oil Conference & Price Outlook. Today's Indonesia together with Malaysia control 90% of the oil industry, GAPKI wants to provide technical assistance supporting its members in the international markets.” See, GAPKI Palm Oil Producers Association, <<https://gapki.id/>> (accessed 11 July 2020).

<sup>68</sup> Law on the Protection and Environment Management 2009 (32) Indonesia. Article 69 (1) (h), clearly, stated: “Everybody shall be prohibited from: opening land by means of fire” and Article 69 (2) “The provision referred in paragraph one letter (h) shall take into account seriously local wisdom in the respective countries.”

A high level of complexity characterized this issue. After years of negotiations, the ASEAN countries signed and ratified the Agreement on Transboundary Haze Pollution (2002); by way of illustration, Indonesia became parties to the Agreement only in 2014.<sup>69</sup>

On closer examination, it is important to underline that the legal ground to solve this matter derives from the implementation of the international environmental law. As general rule, the “no harm principle” and the “duty not to cause damage”<sup>70</sup> are relevant to the matter. These principles relevant to the idea of prevention are based on the international laws referring to the friendly relations between neighbor States.

Firstly, the principle of no harm is relevant in the *haze* case. Historically, it was the first to arise in the “limited” context of transboundary harm to the territory of another State and it was well defined by the Tribunal in the *Trail Smelter case* with the following statement: “no State has the right to use or permit the use of its territory in such a manner as to cause injury by fumes in or to the territory of another or the properties or persons therein, when the case is of serious consequence and the injury is established by clear and convincing evidence.”<sup>71</sup> The principle of no harm assumed a crucial role in limiting the sovereign exploitation of natural resources (even in the *haze* case) expressing the duty not to cause harm to other States<sup>72</sup> or better to say *serious consequences*<sup>73</sup> or *significant harm*<sup>74</sup> as well as *significant damage*.<sup>75</sup>

Secondly, the duty not to cause damage by going beyond the transboundary context broadened the scope of the principle of no harm to a more comprehensive idea of prevention. In particular, the duty *in parlance* found its main legal source in Principle 21 of the Stockholm Declaration 1972 that explicitly refers to the duty not to cause the damage “to the environment of other States or of areas beyond the limits of

<sup>69</sup> Indonesia ratified the Agreement on Transboundary Haze Pollution in 2014, see Indonesian Ministry of Environment (communication 23 September 2014) <<http://www.menlh.go.id/indonesia-meratifikasi-undang-undang-tentang-pengesahan-asean-agreement-on-transboundary-haze-pollution-persetujuan-asean-tentang-pencemaran-asap-lintas-batas/>> (accessed 12 June 2020)

<sup>70</sup> Maria Pia M. Altea, ‘Principle 21 of the Stockholm Declaration: A Customary Norm of International Environmental Law’ (1997) XLI *Ateneo Law Journal* 429.

<sup>71</sup> *Trail Smelter, (USA vs. Canada)* RIAA III, 1905-1982 (‘*Trail Smelter*’), 1965. Furthermore, in the Corfu Channel case in 1949, the International Court of Justice (ICJ) acknowledged this principle as customary international law because it is recognized “every State’s obligation not to allow knowingly its territory to be used for acts contrary to the rights of other States.”

<sup>72</sup> *Permanent sovereignty over natural resources*, 14 December 1962, GA res. 1803 (XVII).

<sup>73</sup> *Trail Smelter*, *supra* n. 65.

<sup>74</sup> *United Nations Convention on the Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses*, 21 May 1997, 36 ILM 700 (not yet in force), art. 7 (1).

<sup>75</sup> *Case concerning Pulp Mills in the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Judgment of 20 April 2010, General List No 135 (‘*Pulp Mills*’), para 101.

national jurisdiction.”<sup>76</sup> Thus, the duty not to cause the damage seeks to determine the obligation of the State to prevent damage plus to protect the environment *per se* avoiding irreversible environmental damage.

These two devices of international environmental law consistently contributed to improving at least the current situation in the South East Asia.

However, it should be borne in mind in our present context that Indonesia “has the world’s largest Muslim population and South East Asia biggest economy.”<sup>77</sup> Within this context, Islamic law has a decisive, authoritative power and finds an important ground of implementation. Specifically, in the case of transboundary haze pollution, the work of Islamic lawyers and policymakers comes to be considered enthusiastically apposite and pertinent. The Indonesian Islamic Council issued a so-called *fatwa* (فتوى) against the intentional burning of land.<sup>78</sup> This *fatwa* is quite successful because a critical religious authority elaborated it. Despite the fact that *fatwa* is a *soft* legal instrument comparable to a legal opinion with interpretative function, it has a considerable authoritativeness on a particular issue. It has been pointed out by the doctrine that “*fatwās* illuminate the relationship between law and society.”<sup>79</sup>

The Islamic scholars’ reasoning is based on three moral and legal arguments. Even though the laws and regulations in certain cases could not be good, burning the trees

<sup>76</sup> It is essential to underline that the ICJ recognized the customary nature of Principle 21 of the Stockholm Declaration 1972 in its *Advisory Opinion on the Legality of Nuclear Weapons 1996*. See, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, ICJ Reports 1996 (‘*Legality of Nuclear Weapons*’).

<sup>77</sup> Indonesia Country Profile, *BBC* (London 9 January 2018) <<http://www.bbc.com/news/world-asia-pacific-14921238>> (accessed 14 August 2020)

<sup>78</sup> Francis Chan, ‘Burning forest is a sin, rules Indonesian Islamic Council’ *The Straits Times* (Singapore 14 September 2016). Similarly, on the basis of the 1978 fatwa, wastewater reuse in Saudi Arabia expanded to a great extent. By doing so, in 1995, Saudi country reused about 15% of its treated wastewater for agricultural purposes. For further details, see, Faruqi, N.I., Biswas, A.K. and Murad, J.B., 2001, *Water Management in Islam* (New York: International Development Research Centre (IDRC) and United Nations University Press); “The Fatwa postulated that impure wastewater can be considered as pure water and similar to the original pure water, if its treatment, using advanced technical procedures, is capable to remove its impurities with regard to taste, color and smell, as witnessed by honest, specialized and knowledgeable experts. Then it can be used to remove body impurities and for purifying, even for drinking. If there are negative impacts from its direct use on the human health, then it is better to avoid its use, not because it is impure but to avoid harming the human beings. The CLIS prefers to avoid using it for drinking (as possible) to protect health and not to contradict with human habits. (CLIS, 1978) ... The Saudi Arabian experience demonstrates how responsive and reasonable Islamic Laws are in addressing the complex challenges of water resources management” see Walid A. Abderrahman (2000) *Application of Islamic Legal Principles for Advanced Water Management*, *Water International*, 25(4), p. 513 – 518.

<sup>79</sup> For a concept of evolving fatwa see Umar F. Moghul and Samir H.K. Safar-Aly, *Green Sukūk: The Introduction of Islam’s Environmental Ethics to Contemporary Islamic Finance* (2014) 27 (1) *The Georgetown International Environmental Law Review*.

is not moral. The Islamic *ethos* considers plants and trees as a precondition to sustain human life. It is a sin intended as an action against God who created the nature.

It is important to highlight that transboundary haze is a natural occurrence caused by dry season; however, there are pieces of evidence that producers opened lands by setting fires. *Fatwa* invites to greening the law and the social behavior of the involved people. Thus considered, it is pragmatically arguable that Islam could contribute to designing *due diligence* activities by means of Corporate and Social Responsibilities initiatives and creating a “no burning” norm valid for the Indonesian palm oil producers.

Finally, Islam prohibited harm to the planet. Following the Islamic environmental principles aforementioned, several economic projects and activities must be assessed *in concreto* before being implemented.

Carrying out an Environmental Impact Assessment (EIA) comprehensive of Islamic concepts and principles would improve the current status of the environmental protection.<sup>80</sup> Put in another way, through the Islamic understanding of nature it could be possible to evaluate potential “significant adverse impact”<sup>81</sup> on the environment as well as the public health. In a more critical vein, it is noteworthy to create Islamic standards of EIA<sup>82</sup> and critically harmonize them with the contemporary legislations.

## SECTION IV

### The Islamic Declaration on Climate Change

Unquestionably, environmental degradation is threatening human existence in the world. Chiefly, the phenomenon of climate change is increasingly putting at risk our food and water security; it is both an economical and existential issue. Besides that, climate change is one of the major causes of wars and migration around the world.<sup>83</sup>

---

<sup>80</sup> Othoman ABD-AR-Rhaman Llewellyn, ‘The Basis for a Discipline of Islamic Environmental Law’ in *Islam and Ecology. A Bestowed Trust* (Harvard University Press 2003).

<sup>81</sup> Principle 17 of the Rio Declaration on Environment and Development (1992): “Environmental impact assessment, as a national instrument, shall be undertaken for proposed activities that are likely to have a significant adverse impact on the environment and are subject to a decision of a competent national authority.”

<sup>82</sup> Nicholas Robinson, ‘EIA Abroad: The Comparative and Transnational Experience’ in S.G. Hildebrand and J.B. Cannon (eds.), *Environmental Analysis: The NEPA experience* (Boca Raton: Lewis, 1993), 679-702.

<sup>83</sup> Interview with Khalid Fazlun, Director of IFEEES (Birmingham, UK, 24 March 2018).

Islam is not the solution, nevertheless together with other religions, it is calling up for global legal and political action to preserve the ecosystem and to integrate development in it. It is essential to find a way for sustaining future generations while facing the climate change impacts. On this issue, the *Umma* elaborated two relevant documents, namely (i) the *Islamic Seven-Year Action Plan on Climate Change* (2010 – 2017) and (ii) the *Islamic Declaration on Global Climate Change* (2015).<sup>84</sup>

The first document aimed at mobilizing the *Umma* in order to implement policies that are the manifestation of the Islamic ethical principles of environmental protection. This Plan, formally, corresponds to a sort of internal *Memorandum of Understanding* of the Islamic community worldwide. One ought to note that it leads to making people more aware about environmental related issues by (i) organizing advocacy programs and activities committed to educating people on the environment and (ii) *greening* Haji and mosques as well as Quran books.

The second document seems to provide a global perspective on the climate change challenge. The statement just made requires one important qualification. In point of fact, this Islamic Declaration was signed in 2015 before the conclusion of the *Paris Agreement on Climate Change*. This Declaration advocated for the conclusion of a global, equitable and binding agreement on the issue.

Broadly speaking, the Declaration wants to bring people together involving individual with different faiths and beliefs – because climate change can be contrasted by a common action that is going to transform the human society behavior. This common action includes an *equilibrium* in negotiations involving Developed and Developing Countries through a great emphasis placed on the implementation of the established Principle of Common but Differentiated Responsibilities.<sup>85</sup> Once again, within the Declaration, the *Ummah* is considered as

---

<sup>84</sup> IFEES, *Islamic Declaration on Global Climate Change* (2015) available at: <[www.ifees.org.uk/](http://www.ifees.org.uk/)> (accessed 15 April 2020)

<sup>85</sup> The principle of CBDR seeks to find balance between development and the protection of the environment in addressing to global environmental problems and it has its origin in the protection of common concern areas (e.g., Antarctica). The principle of CBDR is applied in several treaties. One very important example Article 3 (1) of the UNFCCC 1992 where the CBDR are described with the following wording: “The Parties should protect the climate system for the benefit of present and future generations of humankind, on the basis of equity and in accordance with their common but differentiated responsibilities and respective capabilities. Accordingly, the developed country Parties should take the lead in combating climate change and the adverse effects thereof”. A recent model to operationalize the principle of CBDR is illustrated in another instrument of public international law, namely the Minamata Convention on the use of mercury 2013. Of note, the preamble makes reference to the foundational principles of public international law. Urging for a global action, it evokes the Rio Declaration on Environment and Development 1992 as a whole and explicitly the principle of common but differentiated responsibilities of States (with special focus on developing countries and on economies in transition considering

*Khalifah* to serve the Creator<sup>86</sup> following a planetary trusteeship scheme (*Amanah*) to protect the *Mizan*.<sup>87</sup>

Furthermore, the Islamic Declaration on Global Climate Change involves also fossil fuel-based economy countries since these have realized that it is necessary to shift to renewable energies as a primary source of income. This can be considered as a sort of one of the modern inner policies derives from the Islamic environmental *ethos* to preserve our natural ecosystem and *Mizan* improving the energy efficiency and decrease the amount of emissions of GHGs.

Of note, the establishment in 2009 of the treaty-based organization, namely the International Renewable Energy Agency in Abu Dhabi (UAE – a traditional Islamic oil-based economy country).<sup>88</sup>

Many of the inner environmental policies shaped by the Islamic *ethos* can be implemented predominantly in countries with a Muslim majority that are currently in political transition (e.g., Egypt, Iraq,<sup>89</sup> Libya and so forth). It would be good to internalize and strengthen these Islamic environmental principles in constitutional legal provisions of the new states.

As a theoretical model and discourse, the Islamic Declaration on Global Climate Change is calling up people and leaders of the world (and governmental institutions) to be aware of the existence of a “duty to cooperate in a spirit of global partnership”

---

their financial, technological and capacity building resources). Taking in consideration the condition of developing countries, the preamble recognizes the “States’ respective circumstances and capabilities.” With this regards it seems relevant the analysis conducted on the CBDR by T. Honkonen, *The Common but Differentiated Responsibility Principle in Multilateral Environmental Agreements*, Kluwer Law International, Law & Business, Vol. 5, Kurt Deketelaere, The Netherlands, 2009. Furthermore, see Hilary Chiew, ‘Implementation of Paris Agreement must preserve balance on all issues, say developing countries’ (*Third World Network*, 18 May 2016) <<https://twnetwork.org/climate-change/implementation-paris-agreement-must-preserve-balance-all-issues-say-developing>> (accessed 15 April 2020).

<sup>86</sup> Islamic Declaration on Global Climate Change 2015, preamble.

<sup>87</sup> “Indeed, Allah will admit those who have believed and done righteous deeds to gardens beneath which rivers flow, but those who disbelieve enjoy themselves and eat as grazing livestock eat, and the Fire will be a residence for them” (Quran 47:12).

<sup>88</sup> The International Renewable Energy Agency (IRENA) is an intergovernmental organization supporting countries in their transition to a sustainable energy future, <[www.irena.org/](http://www.irena.org/)> (accessed 15 April 2018). Furthermore, see Saleem H. Ali, ‘Reconciling Islamic Ethics, Fossil Fuel Dependence, and Climate Change in the Middle East’ (2016) 50 (2) *Cambridge Review of Middle East Studies*, <<https://doi.org/10.1017/rms.2016.135>> (accessed 15 August 2020).

<sup>89</sup> For further details, see, Iraqi National Constitution, art. 33 (2005) (Iraq), available at <http://meria.idc.ac.il/journal/2005/issue3/Iraqiconstitution/constitution.html>.

Christoph Schwarte, ‘Environmental protection in Islamic law: an overview on potential influences for legal developments in Iraq’ (2003) 8 (5) *Local Environment, The International Journal of Justice and Sustainability*, <<https://doi.org/10.1080/1354983032000143725>> (accessed 15 August 2020)

pursuant Principle 7 of the Rio Declaration on Environment and Development.<sup>90</sup> By mean of this principle, states must center their conduct of domestic and international affairs on the protection of global commons, especially with regards to mitigation and adaptation to climate change effects.

To reconcile all these considerations, it appears well evident that the two aforementioned documents (especially the Islamic Declaration on Global Climate Change) are successful. Teamwork done by religious faiths is fundamental for supporting the human society in undertaking climate change effects. It is worth to note that faith is the main driver, in some instances, helping the most climate vulnerable communities to react to disasters and devastation to re-build in a sustainable way and preserve decent human life.

#### **a) A brief observation on the Leghari v. Federation of Pakistan case.**

It seems justified to argue that international and domestic environmental law and policy combined with religious principles of environmental *ethos* have positively influenced some domestic jurisdictions.

The argument seems to be justified, bearing in mind that the Appellate Court in Pakistan declared responsible the national government for failure to carry out the National Climate Change Policy of 2012 and the Framework for Implementation of Climate Change Policy (2014-2030).<sup>91</sup> The Pakistani farmer, petitioner, won the lawsuit boosting the legal field of climate change public interest litigation. The public authority inaction, delay and lack of seriousness were punished by the Court. This case shows that Islamic jurisprudence is inclined to adapt to new challenges – like Climate Change – using new legal techniques.<sup>92</sup> Under an Islamic perspective, everybody has the right to a healthy environment and human dignity. In an Islamic

---

<sup>90</sup> “States shall cooperate in a spirit of global partnership to conserve, protect and restore the health and integrity of the Earth's ecosystem. In view of the different contributions to global environmental degradation, States have common but differentiated responsibilities. The developed countries acknowledge the responsibility that they bear in the international pursuit of sustainable development in view of the pressures their societies place on the global environment and of the technologies and financial resources they command” see Principle 7 of the Rio Declaration on Environment and Development 1992.

<sup>91</sup> Leghari v. Federation of Pakistan [2015] W.P. No. 25501/201

<sup>92</sup> Ahmad Badri Abdullah, ‘An analysis of Islamic Jurisprudence (*Fiqu*) As Applied Islamic Ethics’ (2016) 5 (2) *Islam and Civilisational Renewal* <<http://www.iais.org.my/icr/index.php/icr/article/view/403>> (accessed 15 April 2020)

country, like Pakistan, this is significant. Climate change is an imminent threat putting at stake our life and economy.

## b) Climate Islamic Finance: *Green Sukūk*

Fighting climate change entails to create a different way of doing economy. It has been argued that economic public and private sectors must commit themselves to reducing GHG emissions and being oriented to sustainable development. This implies a moral obligation that all of us must care for the present and future generations. With this purpose, the Islamic Declaration of Global Climate Change plainly exhorts all the economic operators to divest from fossil fuels.

From a functional point of view, shifting to renewable energies and adopting a zero-waste or circular economy are among the effective strategies that could be implemented in our contemporary world.<sup>93</sup>

The Islamic environmental *ethos* is shaping the so-called conventional finance. It is possible to assert that its compliance with the Shariah provisions characterizes Islamic climate finance. Hence, it seems to be more ethically and socially responsible than the conventional one. The creation of *green bonds* constitutes a vital instrument to shift to a low carbon society allocating the money to exclusively eco-friendly projects around the world.

Green bonds will finance projects and activities in predominantly in Developing Countries. This entails the risk for economic operators to deal with the political instability and lack of good domestic legislation. That is the weaker point.

As noted by Zhulkarnain Abdul Rahim “essentially, the *green sukūk* is just another fundraising tool, but there are requirements for the proceeds to be used only in environmentally friendly investments or sustainable/renewable energy investments, for instance. This is in addition to the fact that they would be Shariah-compliant. Hence, this is attractive for the majority-Muslim countries in the South East Asia region, for instance Malaysia<sup>94</sup> and Indonesia, to leverage on their natural resources

<sup>93</sup> Islamic Declaration on Global Climate Change (2015) 3.4

<sup>94</sup> Faris Hadad-Zeros, ‘Malaysia launches the World’s First Green Sukūk’ (14 October 2020) <<https://www.sukuk.com/article/malaysia-launches-the-worlds-first-green-sukuk-6361/>> accessed 19 April 2020. See, also Victoria Kwakwa, ‘How Islamic finance is helping fuel Malaysia’s green growth’ (15 September 2020) <<http://blogs.worldbank.org/eastasiapacific/how-islamic-finance-is-helping-fuel-malaysia-green-growth>> accessed 19 April 2020.

in a more sustainable way.”<sup>95</sup> Islamic finance created a new financial tool that present different characteristics compared to the conventional one. The *green sukūk* based on shared risk, preservation of capital and no interest (*riba*) as prohibited by the Shariah. This tool is ideally connecting the gap between conventional and Islamic finance for the good of our planet.<sup>96</sup>

## SECTION V

### Conclusions

Theoretically, Islam can act as a socio-legal tool capable of “tuning the law with nature.”<sup>97</sup> As religion and way of life regulating human relationships and socio-economic development, Islam is disseminating through its sort of *code of conduct* the importance of the obedience to the Creator and full respect for the environment without forgetting the importance of ecology.

To conclude with, this paper showed that Islamic environmental *ethos* has legal principles and concepts as well as inner policies able to create or, at least, influence organically modern eco-designed legal instruments for the wellbeing of the world (particularly in the Middle East and South-East Asia areas) and improving its current state of affairs. The Islamic Lawyers (and not only) should focus their own intellectual activities on increasing the responsiveness and, above all, the rationality of Islamic laws in order to tackle issues such as land degradation, water management, and the overarching issue of climate change. Basically, the mere human being survival might be considered as a value in large part of the world.

The international society is now more and more aware of the severity of the current environmental crisis, so it is necessary to find new ways to improve the relation human – earth and sources of obligation to protect the environment. Thus considered, a more than a possible idea, it is to adopt a religious-based approach. Within it, Islam, together with other religions, can create enduring civilizational

---

<sup>95</sup> E-mail from Zhulkarnain Abdul Rahim (Partner Dentons Rodyk) to author (12 April 2020).

<sup>96</sup> ‘Green Sukūk’, The World Bank IBRD-IDA, Infographic, (19 September, 2017) available at <<http://www.worldbank.org/en/news/infographic/2017/09/19/malaysia-green-sukuk>> accessed 19 April 2020

<sup>97</sup> Fritjof Capra and Ugo Mattei, *The Ecology of Law. Toward a Legal System in Tune with Nature and Community* (Berrett-Koehler Publishers 2015).

values<sup>98</sup> increasing the convergence of efforts made by states, individuals, international organizations, NGOs (in practice by involving the whole civil society) to protect human life and the environment from transnational or global existential threats. Obviously, states can make new laws in favor of nature to protect species and human survival safeguarding future generations to come. It is possible to agree with the opinion of Harold Coward stating that “world’s religions can be strong copartners with law and public policy in achieving the goal of sustainability... by putting international declarations into practice.”<sup>99</sup> Logically, this statement might be interpreted as a cooperative partnership rather than a confrontational relationship between international law and world religions, such as Islam.<sup>100</sup> An appreciation of the nexus between ecology and Islam shows that faith traditions provide centuries

---

<sup>98</sup> “While the voices of “the clash of civilizations” are echoing loud, and the so-called “war on terror” is influencing the fate of some communities and many groups of individuals in various countries of the world, it is appropriate to recall the humanitarian values that rally nations and peoples around them.” Sheikh Wahbeh al-Zuhili, Islam and international Law, *International Review of Red Cross*, 87 (854), 2005. David A. Westbrook, Islamic International Law and Public International Law: Separate Expressions of World Order, 33 VA. J. INT’L L. 819 (1993). James Cockayne, Islam and International Humanitarian Law: From a Clash to a Conversation Between Civilizations, 84 INT’L REV. RED CROSS 597 (2002). Abdullahi Ahmed An-Na’im, Islam and International Law: Toward a Positive Mutual Engagement to Realize Shared Ideals’ (2004) 98 Am Soc’y Int’l L Proc 159. Ignacio de la Rasilla del Moral and Ayesha Shahid International Law and Islam: Historical Explorations, Brill, 2018.

<sup>99</sup> “What does this mean for law and public policy? Simply put, it means that the religions are rapidly developing the resources to join hands with international law in supporting the Universal Declaration of Human Rights and its call for dignity and justice to all. But the ethic of the Declaration is, as Louis Henkin has pointed out, a minimal ethic. Human rights “are essential, but not enough. The Declaration, the ideology of rights, says nothing about brotherhood, or love.” I would add our interconnection with nature to that list. That is the added plus that religion brings in its cooperation with law, a maximal ethic. In addition to insisting on the dignity and development of women, the new theologies summarized above require a just sharing of the earth’s resources and the protection of the environment. While law may provide the requirements of a minimal ethic, the world’s religions, through their new theologies, are establishing a maximal ethic as the goal to be achieved. Richard Falk, Professor of International Law and Practice at Princeton University, suggests that the great potentiality of religion is that it can set forth maximal social, economic, and environmental norms them into reality in people’s lives. Law may set forth which depend upon civil support for actualization. Religions major social force in this regard. Professor Falk observes potential in world religions is that they can reach globe more directly and more fully than any other societal institution.” See, Harold Coward, Religious Responses to the Population Sustainability Problematic: Implications for Law, 27 ENVTL. L. 1169, 1169 (1997).

<sup>100</sup> “The relationship between Islam and international law has long been studied, primarily in the field of the law of war and international humanitarian law...The relevance of Islam to international law should be assessed with due regard to substantive legal principles and rules that Islam contains. A prerequisite for an objective assessment is to contextualize them through a glimpse into the Islamic conception of international law, the sources of Islamic international law, and the legal history of this law. Islam, like all other religions, consists of religious norms and practices.” see, Said Mahmoudi, Islamic Approach to International Law, Max Planck Foundation for International Peace and the Rule of Law, 2019.

old legal customs<sup>101</sup> and norms for environmental ethics and can consider the understanding of the principles of environmental protection as a universal in nature and, furthermore, have a positive impact on various international law agreements.<sup>102</sup>

Interfaith partnerships could be pioneering in shaping a newfangled emerging global environmental ethics and a common sense of responsibility leading us towards a *religious ecology*<sup>103</sup> able *inter alia* to put an end to the lack of enforcement of environmental laws worldwide (e.g., the human right to a healthy environment) and generate resilience in people suffering for natural disasters. For instance, in this geological era of Anthropocene, to fully embrace the principle of Khilafah and the global stewardship emphasized by Pope Francis' encyclical document *Laudato Si': On Care for Our Common House*,<sup>104</sup> the international society could move towards a firsthand innovative balance between ecology and economy.<sup>105</sup> And yet, a unique and

<sup>101</sup> "In connection with the notion of Customary Law as a living law, Satjipto Raharjo puts it as follows: There is a definition of "living law" with "law in action." see R. Sulistyarini et al. (2018) Int. J. Soc. Sc. Manage. Vol. 5, Issue-2: 51-59

<sup>102</sup> "The Islamic law of nations is not part of the dogma of Islam but is the product of a continuing process of juridical speculation by authoritative jurists over the ages. The Islamic law of nations is part of the corpus of Islamic law, just as the original jus gentium was a branch of municipal Roman law. Much has been said of the religious character of Islamic law. Islamic law is a religious law only in the sense that its basic ethical grounds and some of its general principles are to be found in the Quran and the pronouncements of the Prophet. Beyond that, the corpus of Islamic law as it developed over the ages is manmade in the sense that it resulted from the efforts of the jurists of the various schools of law. If civil law can be described as a legislator's law as to its source and common law as a judge's law, then Islamic law is a jurist's law. There is very little that is rigid and immutable in Islamic law." see, Gamal M. Badr "A Survey of Islamic International Law" "A Survey of Islamic International Law, Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law), APRIL 22-24, 1982, Vol. 76 (APRIL 22-24, 1982), pp. 56-61. See, also Virally, *Le Principe de Reciprocite dans le Droit Internationale Contemporain*, 122 *Recueil des Cours* 1, 51 (1967)

Schacht, *Islamic Law in Contemporary States*, 8 Am. J. Comp. L. 133, 144 (1959).

<sup>103</sup> "Religions have entered an ecological phase" see Roger S. Gottlieb, Introduction: Religion and Ecology—What is the Connection and Why Does it Matter? in *Oxford Handbook of Religion and Ecology* 4 (Roger S. Gottlieb ed., 2006), available at <<http://www.oxfordhandbooks.com/view/10.1093/oxfordhb/9780195178722.001.0001/oxfordhb-9780195178722-e-1?print=pdf>> (accessed 30 December 2020).

<sup>104</sup> Pope Francis, Encyclical Letter, *Laudato si': On Care for Our Common Home* (June 18, 2015), <[http://w2.vatican.va/content/dam/francesco/pdf/encyclicals/documents/papafrancesco\\_20150524\\_enciclica-laudato-si\\_en.pdf](http://w2.vatican.va/content/dam/francesco/pdf/encyclicals/documents/papafrancesco_20150524_enciclica-laudato-si_en.pdf)> (accessed 30 December 2020). "The call to ecological conversion draws on the profound spiritual idea of conversion, which at its simplest can be described as a radical reorientation of perspective that informs our goals and therefore guides our choices and actions. In the religious tradition, a conversion depicts both a turning point and a journey. The turn is both a turning away from and a turning towards. Paradoxically, this shift in perspective is experienced at the same time as a momentous break, away from deeply entrenched habitual patterns of thought and action, and as a minor adjustment, for in the moment of conversion we merely rediscover our original orientation and destination" see, Ileana M. Porras, *Laudato Si', Pope Francis' Call to Ecological Conversion: Responding to the Cry of the Earth and the Poor—Towards Integral Ecology*, 109 AJIL UNBOUND 136, 136 (2015).

<sup>105</sup> Father Ryan, SJ, *Care for our Common Home: Jews, Christians and Muslims Confront Climate Change*, *Origins*, 30 April 2020, 50 (1), p. 3 – 9.

decent intrinsic relationship between man and nature without the typical temptation (trend) of manipulating or dominating the natural environment just for greed. From the respect to natural and cultural diversity as well as the comprehension of the complexity of the teachings derived from these, it depends the future of the *homo sapiens* civilization. Humanity has the capability or duty of making radical and undeferrable choices. From these extremely difficult choices will depend the life or death of humanity itself and the world as it is known so far.

If it is true that since the 1972 Stockholm Declaration environmental law and policy have increased its level of adequacy, it is also objective to affirm that the law for nature is still to be done. Perhaps by finding new ecological paradigms or by adopting an effective and operational religious-based approach characterized by interdisciplinarity (it could be a real possibility). On a personal and final note, it might be necessary to bring back our legal and political mindset to the 1972 extraordinary momentum to fundamentally create a new harmonious order with nature; reminding the words of the above-mentioned declaration, “what is needed is an enthusiastic but calm state of mind and intense but orderly work.”<sup>106</sup>

---

<sup>106</sup> Point 1(6) 1972 Stockholm Declaration.

## IL SISTEMA SANITARIO ITALIANO ALLA PROVA DELLE CRISI SISTEMICHE E DEL MUTATO CONCETTO DI SALUTE

La dottrina *Value Based* e le possibili applicazioni nella gestione dell'emergenza Covid-19.

**Damiano Fuschi\***

**ABSTRACT [ITA]:** Ormai da oltre un decennio si discute sulla riorganizzazione dei sistemi sanitari universali in termini di efficientamento delle risorse finanziarie utilizzate per l'erogazione di cure e, allo stesso tempo, di introdurre un percorso clinico del paziente che conferisca maggior valore all'*outcome* clinico. La sanità italiana si è trovata, infatti, a fronteggiare diversi ostacoli di natura strutturale e organizzativa che sono diventati quanto mai evidenti in seguito al diffondersi del virus Sars CoV-2. La trasformazione dei servizi in base ai principi e ai concetti della *Value Based Health Care* rappresenta una possibile ed efficace soluzione per garantire l'evoluzione del Sistema Sanitario Nazionale verso una maggiore efficienza.

**ABSTRACT [ENG]:** *For about a decade, the reorganization of universal health systems to increase the efficiency of the financial resources used for the provision of care has been debated. At the same time, the introduction of a clinical pathway for the patient that gives greater value to the clinical outcome has been widely discussed. In fact, Italian Healthcare System is facing various obstacles of a structural and organizational nature that have become very evident following the spread of the Sars CoV-2 virus. The transformation of services based on the principles and concepts of Value Based Health Care represents a possible and effective solution to ensure the evolution of the National Health System towards greater efficiency.*

---

\* Assegnista di Ricerca di diritto pubblico comparato, Università degli Studi di Pavia

**SOMMARIO:** **1.** Premessa; – **2.** Value Based Health Care e Sistemi Sanitari in crisi; – **3.** Il contesto italiano; – **4.** Conclusioni.

## **1. Premessa.**

Già in tempi remoti la salute formava oggetto di attenzione da parte dei soggetti che esercitavano i pubblici poteri. In un lemma pubblicato nell'Enciclopedia Treccani si rammenta che la "salute" per gli antichi romani era una divinità venerata in quanto aveva diretto rapporto con la "felicità ed il benessere dello Stato" per cui si faceva ricorso alle espressioni "*salus publica*" e "*salus populi romani*". Il culto di questa divinità rivestiva un significato politico e sociale. Solo di riflesso veniva considerata rilevante anche la "buona salute dei cittadini", ritenendo che lo stato fisico dei sudditi fosse d'interesse anche per la pubblica salute, cioè per il benessere collettivo

<sup>1</sup>. L'interesse pubblico per questi profili viene meno nelle epoche di decadenza, fino a ritenere superflua questa funzione, ammettendo pratiche che possono avere effetti assai nocivi sull'igiene pubblica e sulla salute collettiva (tanto in tema di sfruttamento delle risorse e di ambiente quanto riguardo alla prevenzione sanitaria). Solo agli albori del XIX sec. si può parlare di una vera e propria "legislazione sanitaria". Parimenti si manifestarono allora anche le prime forme di organizzazione internazionale per la tutela dell'igiene e della salute, con particolare riferimento all'esigenza di combattere e limitare gli effetti epidemici, iniziative queste da cui ha tratto fondamento l'idea di una cooperazione stabile tra gli Stati, tradotta nello Statuto dell'OMS (Organizzazione Mondiale della Sanità) costituita dalle Nazioni Unite il 22 luglio 1946, con sede a Ginevra. La Costituzione italiana, al pari di altre costituzioni della comune nomenclatura europea, già efficacemente segnalata dal Mirkine-Guetzevitch <sup>2</sup>, impegna la Repubblica alla tutela della salute come fondamentale diritto di ogni persona ed interesse generale della collettività<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> G. CORDINI, prefazione G. BAJ - D. FUSCHI - F. C. RAMPULLA - A. VENTURI, Modelli sanitari e Value Based Health Care System, Tab Edizioni, Roma 2020 p.2

<sup>2</sup> B. MIRKINE-GUETZEVICH - S. COTTA, I metodi di studio del diritto costituzionale comparato, «Il Politico» (1951), pp. 181-195.

<sup>3</sup> *Ibid*

## 2. Value Based Health Care e Sistemi Sanitari in crisi.

Ormai da circa un decennio si discute sulla rimodulazione dei sistemi sanitari universali in termini di efficientamento delle risorse finanziarie utilizzate per l'erogazione di cure e, allo stesso tempo, di un percorso clinico del paziente che conferisca maggior valore all'*outcome* clinico. Nello specifico, si intende per *outcome* una preliminare valutazione globale del paziente che prenda in considerazione l'intero quadro clinico e cerchi di intervenire in modo sinergico in modo da ridurre in contatti con le strutture (e.g. effettuare accessi ospedalieri diversificati in base alla patologia per sottoporsi a visite di diversi specialisti che non sono in contatto tra di loro), ridurre al minimo la degenza ospedaliera potenziando la telemedicina laddove possibile e, infine, realizzare un miglioramento nello stato di salute del paziente dopo la fruizione delle cure. Aspetti, questi, che oggi, durante la pandemia che sta vessando l'intero pianeta, appaiono quanto mai attuali. Inoltre, quanto stiamo vivendo ha messo a nudo la fragilità e l'inadeguatezza di alcuni aspetti del nostro SSN in maniera repentina, per queste motivazioni una riflessione su una completa revisione dell'approccio all'erogazione di cure è necessario.

Seguendo il filone della dottrina economica riferita all'organizzazione di una rete di "acquisti strategici," è utile considerare esperienze in materia rispetto agli assetti e alle politiche di gestione della sanità pubblica di Stati membri dell'Unione al fine di trarne degli indicatori utili a giustificare e sottolineare la necessità di un nuovo paradigma di gestione della sanità pubblica, al fine di generare una prassi virtuosa che porti benefici a tutti gli attori (pazienti, strutture che erogano la cura e casse pubbliche e private). Inoltre, con l'entrata in vigore del Reg. 745/2017 che prescrive l'applicazione di controlli stringenti sui c.d. *medical device* ex ante ed in itinere per motivi di sicurezza, si ha la possibilità di enucleare e dettagliare tutti quei parametri che, come verrà analizzato, hanno un ruolo centrale per impostare le prestazioni in modo da applicare una logica *pay for performance*<sup>4</sup>.

Un altro aspetto chiave relativo allo studio in oggetto è relativo ai principi enucleati nella c.d. dottrina Porter riguardante i principi della "value-based competition" così riassumibili:

- a) L'obiettivo principale deve strettamente essere connesso al beneficio che il paziente trae dalle cure e non solamente alla riduzione dei costi.

---

<sup>4</sup> Sul punto si veda, *ex multis*, M. MCCLELLAN, *Reforming payments to healthcare providers: The key to slowing healthcare cost growth while improving quality?*, «Journal of Economic Perspectives», 25/2 (2011), pp. 69-92.

- b) La concorrenza deve essere basata anche sui risultati generati.
- c) La concorrenza dovrebbe essere impostata sulla condizione medica, tenendo conto eventualmente di patologie concorrenti, durante l'intero processo di cura.
- d) Alta qualità = minori costi.
- e) Il valore degli effetti delle cure deve essere calcolato tenendo conto anche delle caratteristiche del fornitore (e.g. l'esperienza dello stesso).
- f) La concorrenza non deve essere solamente circoscritta al livello locale
- g) I risultati a supporto di tale competizione devono essere ampiamente diffusi e disponibili
- h) L'innovazione che incrementa il valore delle cure (benessere dei pazienti e vantaggi economici) deve essere fortemente ricompensata.<sup>5</sup>

Le problematiche emerse rispetto alla possibilità di trasporre nel nostro ordinamento i principi della *Value Based Health Care* (VBHC) necessitano una contestualizzazione normativa.

Questa necessità è dettata dalla portata sistemica e dalle ricadute che si potrebbero ravvisare nel nostro ordinamento in seguito ad una piena applicazione di un modello basato sull'intero ciclo di cure e non impostato, come avviene attualmente, secondo una logica di rimborso di ogni singola prestazione.

### 3. Il contesto italiano.

La sanità italiana si è trovata negli ultimi decenni a fronteggiare diversi ostacoli di natura strutturale e organizzativa (su tutti, l'esperienza che più ha influito sulle inefficienze della sanità italiana è riferibile alla riforma del titolo V della Costituzione italiana che, in un fallito anelito di federalismo, ha accentrato in capo alle Regioni la gestione della sanità pubblica)<sup>6</sup>. Sintomo del mal funzionamento del sistema è il copioso contenzioso giurisprudenziale in capo alla Corte Costituzionale tra Regioni e Stato in materia sanitaria<sup>7</sup>.

<sup>5</sup> M. E. PORTER - E. O. TEISBERG, *Redefining health care: creating value-based competition on results*, Harvard business press, 2006.

<sup>6</sup> R. BALDUZZI - D. G. G. Curr, *Sanità e assistenza dopo la riforma del Titolo V*, Giuffrè, 2002.

<sup>7</sup> Sul punto si veda, ex multis: L. CUOCOLO, *I rapporti Stato-Regioni in materia farmaceutica, tra diritti costituzionali e contenimento della spesa* (2008); F. PIZZETTI, *Le "nuove" Regioni italiane tra Unione Europea e rapporti esterni nel quadro delle riforme costituzionali della XIII legislatura. Nuovi problemi, compiti e opportunità per il potere statutario delle Regioni e per il ruolo del legislatore statale e regionale*, «Le regioni».

Il dilemma che si pone nel contesto attuale, pertanto, è quello di attuare in maniera efficiente e, soprattutto, funzionale la massimizzazione del risultato sia economico (di contenimento della spesa) sia clinico (soddisfazione del paziente e, in ultima istanza, aumento della qualità e delle prospettive di vita). Il processo di cambiamento, le mutate necessità contingenti, le crisi economiche e, soprattutto, le nuove caratteristiche epidemiologiche della popolazione mettono in evidenza come sia necessaria una nuova prospettiva di azione nella gestione di queste attuali criticità<sup>8</sup>. Queste valutazioni che mettono in evidenza le mutate specificità della società in relazione alla salute, sono oggi quanto mai urgenti; la crisi sanitaria che sta interessando tutto il pianeta in seguito alla diffusione pandemica del virus Sars CoV-2 ha messo in evidenza i limiti del sistema sanitario italiano, limiti ascrivibili, principalmente ai tagli lineari alla spesa avvenuti negli ultimi anni. È utile ricordare, inoltre, che nell'ambito della gestione delle malattie metaboliche, che interessano in maniera sempre più incisiva la nostra società<sup>9</sup>, si viene a creare una problematica standardizzata relativamente a costi e gestione di tali criticità. Questi aspetti mettono in evidenza come sia necessario da parte del policy maker italiano e, in via generale, da parte di tutti gli attori sanitari una inversione di tendenza rispetto ai modelli precedenti per poter gestire al meglio e ottimizzare il processo di erogazione di servizi di tipo medico.

La costante evoluzione scientifica in ambito sanitario porta a problemi di gestione del paziente che non trovano, per ovvie ragioni, immediata risposta nel contesto giuridico vigente<sup>10</sup>. La norma arriva sempre in "ritardo" quando deve occuparsi di una nuova fattispecie determinata dall'evoluzione scientifica e tecnologica. La costante ricerca scientifica introduce delle specificità non inquadrabili perfettamente negli schemi giuridici in vigore e, di conseguenza, il Legislatore è chiamato a disciplinare il modificato contesto. È ovvio che un processo di revisione della normativa di settore può portare a risultati negativi per la ricerca scientifica stessa.

---

29/5 (2001), pp. 803-840; P. BILANCIA, Ancora sulle competenze delle regioni in materia di rapporti internazionali (2002); A. VENTURI, La "tutela della concorrenza": da "valore materia" a "materia valore". La Corte conferma il riparto Stato-Regioni operato dal codice De Lise, «Le Regioni», 36/2 (2008), pp. 407-428; S. Musolino, I rapporti Stato-regioni nel nuovo titolo V: alla luce dell'interpretazione della Corte costituzionale, Vol. 5, Giuffrè Editore, 2007. In particolare si faccia riferimento al rapporto Stato-Regione durante la gestione della pandemia da Sars CoV-2 a: F. Bilancia, Le conseguenze giuridico-istituzionali della pandemia sul rapporto Stato/Regioni, «Diritto pubblico», 26/2 (2020), pp. 333-360.

<sup>8</sup> D. MORANA, La tutela della salute fra competenze statali e regionali: indirizzi della giurisprudenza costituzionale e nuovi sviluppi normativi (2018).

<sup>9</sup> M. G. SAKLAYEN, *The global epidemic of the metabolic syndrome*, «Current hypertension reports», 20/2 (2018), pp. 12.

<sup>10</sup> S. RANCHORDÁS, *Innovation-friendly regulation: The sunset of regulation, the sunrise of innovation*, «jurimetrics», 55 (2014), pp. 201.

Da un lato, operare in un contesto normativo non aggiornato o, addirittura, in un contesto di vuoto normativo, può produrre effetti di ritardo nell'approdo a nuove evoluzioni tecniche ovvero ad una situazione di stallo della ricerca. Dall'altro lato il rischio risiede in un processo di aggiornamento rapido. La rapidità può essere foriera di una scarsa attenzione agli aspetti peculiari della ricerca scientifica e della erogazione delle cure e, conseguentemente, il mondo della ricerca si troverebbe ad operare in un contesto svantaggioso rispetto a quello precedente. Un esempio tipico di un risultato del genere è quanto sta avvenendo in tema di *cyber security* e AI. Norme risalenti nel tempo riscritte sotto una veste "digitale" che non colgono la portata dell'utilizzo di tecnologie rivoluzionarie (e.g. blockchain, criptovalute) e non conducono alla piena realizzazione delle potenzialità che l'applicazione delle stesse potrebbe fornire alla società<sup>11</sup>.

L'assistenza sanitaria è sempre meno pertinenza di una singola professionalità o specialità medica, è sempre più necessario agire in contesti multi-specialistici e multi-professionali in cui l'elemento centrale diviene il coordinamento e l'integrazione tra servizi e professionalità che intervengono in momenti diacronici di uno stesso percorso o contemporaneamente sullo stesso paziente.

Considerato il sistema pubblico di erogazione delle cure mediche italiano, in cui la spesa sanitaria è finanziata tramite la tassazione e solo una minima parte è coperta dal paziente<sup>12</sup>, è evidente, quanto sia urgente, in un contesto di penuria di risorse finanziarie, per di più condizionato dai vincoli costituzionali posti a bilancio, un intervento di efficientamento dei servizi sanitari. Trasformazione da configurare in modo tale che sia funzionale alla sostenibilità economica e all'integrazione di azioni e competenze nella gestione dell'intero *iter* del paziente. È proprio in funzione dell'integrazione dell'assistenza sanitaria e della trasformazione dei servizi che i principi e i concetti della VBHC rappresentano una possibile ed efficace soluzione per garantire l'evoluzione del Sistema Sanitario Nazionale. Concetti, questi, utili ad avviare un processo di riforma, da seguire come un possibile riferimento per giungere a un risultato già sperimentato altrove. Analizzare le prassi e prendere atto dei risultati positivi che questi modelli hanno consentito di raggiungere è utile ad avere chiari gli obiettivi da perseguire utilizzando gli strumenti messi a disposizione dal nostro ordinamento.

---

<sup>11</sup> K. YEUNG, *Regulation by blockchain: the emerging battle for supremacy between the code of law and code as law*, «*The Modern Law Review*», 82/2 (2019), pp. 207-239.

<sup>12</sup> F. LONGO - A. RICCI, "Il sistema sanitario italiano: un sistema in equilibrio che ha appreso la meccanica dell'innovazione, incerto sul senso di marcia (2018).

Considerate queste premesse, come già evidenziato, è necessario un cambiamento di paradigma a livello giuridico poiché *rebus sic stantibus* risulta difficile individuare, ovviamente in ambito pubblico, ma anche in tutti quegli attori privati che per tipologia ed erogazione del servizio, sono assoggettati alla disciplina pubblicistica, una via chiara e definita che permetta l'applicazione dei principi di VBHC.

Un modello di piena derivazione Value Based non può essere implementato in un contesto, come quello italiano, basato su gare d'appalto standard in cui, per l'acquisto delle forniture necessarie ad espletare i vari processi clinici, medici e chirurgici delle strutture, ci si deve conformare all'offerta più bassa ovvero l'offerta economicamente più conveniente che potrebbe però essere foriera di un maggior dispendio nel medio periodo<sup>13</sup>.

La nostra Carta Costituzionale proclama il diritto alla salute all'art. 32 Cost. che è sancito come "diritto fondamentale dell'individuo"<sup>14</sup>. È immediato e di facile comprensione il valore che i Costituenti hanno conferito a questa materia: non si parla di cittadini, di italiani, o di altre categorizzazioni rispetto allo *status* giuridico della persona, si fa riferimento all'individuo in generale<sup>15</sup>. Questa precisazione è necessaria poiché, in ultima analisi, i parametri sono quantificabili, innanzitutto, in relazione al target di individui che possono accedere direttamente al servizio preso in considerazione.

Il termine "individuo" pertanto mette in evidenza come il sistema italiano sia configurato in maniera assistenzialistica poiché valorizza la generale condizione di essere umano e non solamente quella di cittadino italiano o europeo<sup>16</sup>. Aspetto, questo, che incrementa il capitolo di spesa sanitaria<sup>17</sup>.

Riguardo, invece, il termine "fondamentale" utilizzato nell'art. 32 Cost. la dottrina non è unanime nella sua interpretazione. Si può individuare un indirizzo che rileva in questo termine i requisiti di essenzialità e inviolabilità<sup>18</sup>; altri Autori, invece,

---

<sup>13</sup> G. L. ALBANO - F. A. RUSSO, Problemi e prospettive del *Public Procurement* in Italia tra esigenze della pubblica amministrazione e obiettivi di politica economica, «Economia Italiana» /3 (2009), pp. 809.

<sup>14</sup> Art. 32 Cost. La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti.

Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana.

<sup>15</sup> G. CORDINI, *Elementi per una teoria giuridica della cittadinanza. Profili di Diritto Pubblico Comparato*, CEDAM, Padova 1998.

<sup>16</sup> B. R. DI IORIO, *Articolo 32: La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti. È proprio così?*

<sup>17</sup> L. ANTONINI, *La sussidiarietà e la cifra democratica del patto costituzionale, «Che cos' è la sussidiarietà. Un altro nome della libertà»* (2007), pp. 213-226.

<sup>18</sup> Riguardo al carattere di inviolabilità della persona di fronte ai trattamenti sanitari è utile una breve contestualizzazione. L'On. MORO così spiegò le finalità del secondo comma: «[...] si vuole soltanto vietare che

ravvisano che la fundamentalità del diritto alla salute è da cogliere soprattutto nelle ipotesi di contrasto con altri diritti catalogati nella Carta Fondamentale. Il carattere dichiaratamente “fondamentale” o “primario” delle diverse situazioni giuridiche ad essa riconducibili, lungi dal rimandare a un presunto “carattere preminente” o a una “rigida gerarchia”, implicano “il continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali”<sup>19</sup>.

Quest’ultima interpretazione è, senza dubbio, quella maggioritaria in giurisprudenza. Inteso in tal modo, il termine “fondamentale” diventa un necessario strumento al servizio dell’interprete e, quando accostato ad uno dei diritti costituzionalmente garantiti, questo può significare che l’operazione di bilanciamento avverrà in modo da conferire la necessaria rilevanza ai fattori in gioco, senza assolutizzarne alcuno<sup>20</sup>. In ogni caso, un diritto fondamentale non sfugge alla

---

la legge, per considerazioni di carattere generale e di male intesa tutela degli interessi collettivi, disponga un trattamento del genere [il riferimento riguardava la pratica della sterilizzazione]. I casi invece di carattere generale da applicarsi a tutti i cittadini devono essere disposti per legge entro quei determinati limiti di rispetto della dignità umana». Ciò avveniva per scongiurare pratiche lesive della dignità umana che si erano consumate nei campi di sterminio nazisti. Inoltre, richiamando le parole del Giudice delle leggi - “appronta una tutela che è centrale nel disegno costituzionale, avendo ad oggetto un diritto inviolabile, quello della libertà personale, rientrando tra i valori supremi, quale indefettibile nucleo essenziale dell’individuo, *non diversamente dal contiguo e strettamente connesso diritto alla vita ed all’integrità fisica*, con il quale concorre a costituire la matrice prima di ogni altro diritto, costituzionalmente protetto, della persona”. Nell’ampia bibliografia di riferimento, ci si riferisca a: A. PIZZORUSSO - R. ROMBOLI - U. BRECCIA, *Atti di disposizione del proprio corpo*, Plus, 2007; S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Gius. Laterza & Figli Spa, 2012; S. GAMBINO, *Diritto alla vita, libertà di morire con dignità, tutela della salute. Le garanzie dell’art. 32 della Costituzione*, «Revista de Ciencias Jurídicas» (2009).

<sup>19</sup> F. MINNI - A. MORRONE, Il diritto alla salute nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana, «Rivista della Associazione dei Costituzionalisti Italiani» /3 (2013), si rinvia anche alla sent. n. 85/2013, che risolve con una decisione di infondatezza il “caso Ilva”, componendo così un complesso conflitto di valori costituzionali (tutela della salute, tutela dell’ambiente, tutela del lavoro) collegato alla vicenda di un importante stabilimento siderurgico nazionale situato a Taranto in Puglia (chiuso dal giudice per ragioni di inquinamento e di protezione della salute dei lavoratori e, poi, autorizzato a riprendere il ciclo produttivo dal Governo, a garanzia dei livelli occupazionali, mediante un decreto-legge poi portato all’attenzione della Corte costituzionale).

<sup>20</sup> Per un approfondimento sul punto si veda, *ex multis*, C. MEZZANOTTE, Processo costituzionale e forma di governo, «Giudizio a quo e promovimento del processo costituzionale», 69 (1990) dove è la particolarmente significativa la notazione finale secondo cui «il processo costituzionale non è la culla delle coerenze processuali poiché in esso si celebra una vicenda che riguarda l’effettività del sistema di governo nel suo complesso, e nel quale si sottopone a una sorta di bilanciamento, espresso, tacito o implicito, tutto quanto ha rilievo ai fini di un esito ragionevole, non importa se processuale o di merito, delle questioni di costituzionalità». Un altro approccio dottrinale, sempre indirizzato a non assolutizzare nessun valore costituzionale e ad agire nei limiti tracciati dalla Carta Fondamentale, è mirabilmente approfondito in E. MALFATTI - S. PANIZZA - R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale. Atti normativi* (2013) secondo cui - ferma una certa qual flessibilità dei canoni riguardanti il bilanciamento dei valori costituzionali, alla cui messa a punto, peraltro, la stessa Corte fattivamente concorre - indisponibile appare il bisogno di un uso lineare ed uniforme degli stessi, in esso rinvenendosi dunque la radice prima e più salda delle certezze di diritto costituzionale che la Corte è quotidianamente chiamata a dare coi suoi

comparazione con altri valori e diritti, il bilanciamento deve sempre essere garantito; come già evidenziato, questo può significare una sorta di “ponderazione rafforzata”, ma non può sottrarre la materia definita fondamentale dal dibattito giuridico che mira all’equilibrio dei valori costituzionalmente garantiti<sup>21</sup>.

Il 2 marzo 2012 è stato siglato dagli Stati membri dell’Unione europea il Trattato sulla stabilità, sul Coordinamento e sulla Governance<sup>22</sup> (TSCG)<sup>23</sup>. Il Trattato, al quale hanno aderito, inizialmente, venticinque Paesi membri (tutti, tranne il Regno Unito e la Repubblica Ceca), ha posto la vera svolta nella governance economica tra i diversi livelli di governo.

Con esso viene ribadito il principio della riduzione di 1/20 del rapporto debito su PIL per la parte eccedente al 60% stabilito a Maastricht. Con il Trattato sulla stabilità, sul coordinamento e sulla governance, gli Stati membri registrano disposizioni in materia di bilancio sia a livello costituzionale che a livello di legge ordinaria.

Nel caso di specie bisogna far riferimento al contrasto derivante tra il vincolo di spesa dettato dal novellato art. 81 Cost. che ha veicolato i dettami del TFUE<sup>24</sup> (trattato sul funzionamento dell’Unione europea) nella nostra Costituzione, e il già citato art. 32 Cost. La Corte Costituzionale ha affermato più volte, nel corso degli anni, la necessità di effettuare il bilanciamento tra valori costituzionali, nel caso di specie «il diritto ai trattamenti sanitari necessari alla tutela della salute è garantito ad ogni persona come diritto costituzionalmente condizionato all’attuazione che il legislatore

---

verdetti. Su quest’ultimo aspetto ci si riferisca anche a A. RUGGERI, *Il problematico "bilanciamento" tra politica e diritto costituzionale* (tornando a riflettere su Corte cost. n. 303 del 2003), «Le regioni», 36/4-5 (2008).

<sup>21</sup> Per un approfondimento sul punto si veda, *ex multis*, C. MEZZANOTTE, *Processo costituzionale e forma di governo*, «*Giudizio a quo e promovimento del processo costituzionale*», 69 (1990) dove è particolarmente significativa la notazione finale secondo cui «il processo costituzionale non è la culla delle coerenze processuali poi- ché in esso si celebra una vicenda che riguarda l’effettività del sistema di governo nel suo complesso, e nel quale si sottopone a una sorta di bilanciamento, espresso, tacito o implicito, tutto quanto ha rilievo ai fini di un esito ragionevole, non importa se processuale o di merito, delle questioni di costituzionalità». Un altro approccio dottrinale, sempre indirizzato a non assolutizzare nessun valore costituzionale e ad agire nei limiti tracciati dalla Carta Fondamentale, è mirabilmente approfondito in E. MALFATTI - S. PANIZZA - R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale. Atti normativi (2013) secondo cui - ferma una certa qual flessibilità dei canoni riguardanti il bilanciamento dei valori costituzionali, alla cui messa a punto, peraltro, la stessa Corte fattivamente concorre - indisponibile appare il bisogno di un uso lineare ed uniforme degli stessi, in esso rinvenendosi dunque la radice prima e più salda delle certezze di diritto costituzionale che la Corte è quotidianamente chiamata a dare coi suoi verdetti. Su quest’ultimo aspetto ci si riferisca anche a A. RUGGERI, *Il problematico "bilanciamento" tra politica e diritto costituzionale* (tornando a riflettere su Corte cost. n. 303 del 2003), «Le regioni», 36/4-5 (2008).*

<sup>22</sup> C. MARCHESE, *Vincoli di bilancio, finanza pubblica e diritti sociali. Prospettive comparate: Germania, Spagna, Portogallo e Grecia* (2016).

<sup>23</sup> European Council. 2 March 2012. Retrieved 17 August 2012.

<sup>24</sup> Titolo XIV, art. 168 c.2 TFUE.

ne dà attraverso il bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti»<sup>25</sup>; ha sempre fatto presente, però, che questa operazione vuole la attenta ponderazione della rilevanza costituzionale dei valori in campo e, con riguardo specifico sempre al diritto alla salute, non è ammissibile che l'esito del bilanciamento sia un pregiudizio delle prerogative fondamentali derivanti dal diritto di cui siamo titolari. È possibile individuare un "nucleo essenziale" del diritto alla salute che comprende gli aspetti di cui non si può, in nessun caso, essere privati, pena la violazione del dettato costituzionale, che viene sanzionata con l'illegittimità delle norme che si pongano in contrasto con esso (*ex plurimis*, Corte Cost. sent. n. 309/1999, n. 252/2001, n. 354/2008).

L'indirizzo evolutivo della gestione del paziente è volto, pertanto, verso un modello che non rientra strettamente in ciò che è considerato "nucleo essenziale" del diritto alla salute. Infatti, "la salute non è più considerata semplicemente quale assenza di malattie o infermità, ma è definita come uno stato di totale benessere fisico, mentale e sociale, strettamente dipendente dall'interazione in contesti diversi"<sup>26</sup>.

Un concetto di benessere più ampio rispetto a quello legato alla stretta sopravvivenza è perseguibile, dunque, tramite l'individuazione di modelli di implementazione dei servizi sanitari differenti da quelli che rispondono alla logica di pagamento per la singola prestazione e non indirizzati a considerare il paziente come un *unicum*<sup>27</sup>.

La possibilità di perseguire l'eccellenza nella fornitura delle strutture sanitarie e, conseguentemente, nella erogazione delle cure al paziente consentirebbe di massimizzare i risultati e, pertanto, ridurre i costi globali del sistema sanitario nazionale (i.e. minori accessi al PS in urgenza; durata maggiore di *medical device* soggetti a "manutenzione", riducendo così gli interventi chirurgici connessi; etc...).

Riferendosi brevemente ad esperienze estere è utile analizzare il comportamento dei c.d. *Health care providers* che, nella maggior parte del mondo, si trovano a dover fronteggiare enormi pressioni politiche di riduzione dei costi.

Diversi studi dimostrano la tesi per cui l'aumento degli investimenti in ambito sanitario non porti necessariamente ad incrementare la qualità se si resta ancorati ad una visione di trattamento del paziente basata sull'evento acuto e non sul medio periodo. Infatti, su base empirica, viene analizzato come tramite una riduzione di costi indirizzata al taglio degli sprechi, reinvestendo queste risorse in materiale medico di maggior qualità e, infine, applicando un approccio di screening di medio

<sup>25</sup> Corte Cost. sent. N. 509 anno 2000.

<sup>26</sup> V. ANTONELLI, *Livelli essenziali, materie trasversali e altri fattori unificanti* (2012), pp. 385 ss.

<sup>27</sup> R. FERRARA, *Il diritto alla salute: i principi costituzionali* (2010), pp.3 ss.

periodo i costi diminuiscano a fronte di risultati migliori in termini di qualità e aspettativa di vita<sup>28</sup>.

I tagli lineari, quindi, generano gli effetti immediati desiderati dalle amministrazioni (e.g. riduzione della spesa nel breve periodo) ma ciò non riflette la combinazione ottimale tra risorse necessarie ed efficienza di erogazione del servizio sanitario. Ulteriori dimostrazioni di questa tesi si possono scorgere anche nel dato di mortalità media confrontando periodi temporali differenti e rapportando, poi, questi valori agli investimenti destinati al settore sanitario. Studi statistici dimostrano che al calare dell'investimento aumenta il tasso medio di mortalità<sup>29</sup>. È evidente, quindi, come un ripensamento della spesa sanitaria sia necessario per ottimizzare l'efficienza del sistema. Pertanto, è chiaro che si debba agire sul modello di utilizzo del denaro pubblico e non solamente sulla quantità poiché si è visto che l'aumento della spesa non è necessariamente indice di maggior qualità se non supportato da una politica di investimenti adeguata.

#### 4. Conclusioni.

L'attuale assetto, su cui si basa in Sistema Sanitario Nazionale italiano, risulta essere superato e non più efficiente. I costi per le pubbliche casse sono diventati insostenibili e, soprattutto, il sistema, così configurato, non porta a focalizzarsi pienamente sull'*iter* da seguire per curare nel modo più efficiente il paziente. I vari interventi clinici, diagnostici e chirurgici da erogare, ravvisabili in capo a diverse specialità mediche, il più delle volte viaggiano su binari paralleli a livello amministrativo e gestionale, portando ad un appesantimento del sistema in termini di costi e di tempi di realizzazione.

Problematiche, queste, ancora più urgenti se contestualizzate in un discorso più ampio di mutamento dei diritti fondamentali della persona, in cui i temi di accesso alla salute e di diritto alle cure sanitarie sono sempre più orientati verso un modello non di mera assistenza ma di benessere inteso in senso lato.

Considerate queste criticità, qui delineate in maniera sommaria, è facile comprendere come una nuova modellistica di erogazione in seno all'attore pubblico

---

<sup>28</sup> Per un approfondimento si rimanda a M. MCCLELLAN, *Reforming payments to healthcare providers: The key to slowing healthcare cost growth while improving quality?*, «*Journal of Economic Perspectives*», 25/2 (2011), pp. 69-92.

<sup>29</sup> D. GOLINELLI - F. TOSCANO - A. BUCCI - J. LENZI - M. P. FANTINI - N. Nante - G. Messina, *Health expenditure and all-cause mortality in the 'Galaxy' of Italian regional healthcare systems: a 15-year panel data analysis*, «*Applied health economics and health policy*», 15/6 (2017), pp. 773-783

sia necessaria al fine di ottimizzare le risorse, sempre più ridotte, per erogare le cure mediche.

Ottimizzazione che non è indirizzata al mero risparmio ma all'attuazione e alla realizzazione di un modello di sanità che accolga e realizzi il più alto e inclusivo concetto di salute.

Il modello VBHC offre sicuramente alcuni paradigmi gestionali da prendere in considerazione, tuttavia, bisogna rilevare che una sua eventuale piena applicazione non andrebbe ad implementare in maniera efficace il contesto di erogazione pubblica delle cure, questo emerge nella letteratura scientifica poiché il focus principale è il paziente e non la popolazione intera. Il raggiungimento di *outcome* valoriale su tutta la popolazione consentirebbe di ridurre la pressione sulle strutture ospedaliere, tema cardine che il nostro Paese ha dovuto affrontare durante l'emergenza sanitaria da Covid-19. Un altro aspetto critico messo in luce dall'epidemia iniziata nel 2020 è la penuria di personale medico, altro aspetto valutato dalla teoria di Porter che mette in evidenza come sia vantaggioso investire in personale medico rispetto all'aumento di pazienti affetti di determinate patologie all'interno della popolazione di riferimento, in modo tale da erogare cure in tempi minori<sup>30</sup> (aspetto che porta alla diminuzione della probabilità di sviluppare patologie avverse rispetto all'evento acuto che ha portato il paziente a richiedere una cura medica)<sup>31</sup>. Inoltre, alcuni aspetti delineati da Porter e Teisberg, come la mappatura e il monitoraggio del territorio, condotti in maniera sinergica tra le strutture ospedaliere e i presidi di medicina territoriale sono gli elementi strategici per raggiungere l'obiettivo di contenimento di accesso alle strutture ospedaliere. Se il modello VBHC non sembra da una prima analisi rispondere alle esigenze di prevenzione e contenimento, le componenti della Value Agenda declinate rispetto alle necessità dell'emergenza in corso, possono offrire i massimi benefici nella gestione sia dei pazienti Covid-19 che della stessa popolazione<sup>32</sup>. In conclusione, anche se il modello VBHC non fornisce tutte le risposte per indirizzare il nostro sistema sanitario ad una piena efficienza per trattare un momento di crisi come quello che stiamo vivendo, tuttavia, molti elementi del modello appaiono determinanti per ridisegnare le reti ospedaliere e territoriali e per migliorare la gestione dei pazienti Covid-19 e, di conseguenza, le pratiche di contenimento della diffusione del virus<sup>33</sup>.

<sup>30</sup> M. CELIK - J. STRÖMBERG, *Changing by asking the patient*, 2017.

<sup>31</sup> M. E. PORTER - E. O. TEISBERG, *How physicians can change the future of health care*, «Jama», 297/10 (2007), pp. 1103-1111.

<sup>32</sup> A. ROSA - G. MAROLLA - M. BENVENUTO, *Il modello Value-Based Health Care: una possibile risposta alla gestione Covid-19*, «Mecosan» (2020).

<sup>33</sup> *Ibid*

## **COSTITUZIONE E STATO DI PARTITI: QUALCHE RIFLESSIONE\***

**Agatino Cariola**

**ABSTRACT** [ITA]: La considerazione del fenomeno partitico è da sempre oggetto del diritto costituzionale. Addirittura l'espressione Stato di partiti designa il funzionamento del sistema politico da quando sono apparsi partiti di massa ed attorno ad essi si è organizzata la rappresentanza politica e la connessa responsabilità degli organi di governo. L'esperienza italiana presenta tante anomalie rispetto al modello dello Stato di partiti responsabili. Il trasformismo di derivazione ottocentesca è un fenomeno che non tuttora presente, anzi addirittura crescente. Il regime fascista ha lasciato l'eredità del partito unico identificato con il medesimo sistema istituzionale. Ma anche la forza del partito centrista multiclassista nella cosiddetta prima Repubblica ha rappresentato un'anomalia giacché ha contribuito ad impedire l'alternanza dei partiti al governo e quindi l'affermazione di responsabilità a loro carico. I partiti laici cosiddetti minori sono stati peraltro espressione di logiche elitarie estranee al modello dello Stato di partiti di massa. Nel tentativo di razionalizzare la forma di governo secondo il modello dello Stato di partiti, e malgrado la cosiddetta liquidità che oggi segna il sistema partitico, sono proposte alcune modifiche della legislazione elettorale e dei regolamenti parlamentari nello sforzo di evitare il fenomeno dei partiti personali ed il trasformismo partitico.

---

\* Il presente contributo riprende l'intervento svolto al Convegno tenutosi presso l'Università di Salerno e l'Aula Consiliare del comune di Cava De Tirreni, il 30 novembre-1 dicembre 2018, per i 70 anni della Costituzione, su iniziativa e sotto la direzione del prof. Armando Lamberti. In forma ridotta, è destinato al Liber amicorum in onore di Giovanni Cocco, a cura di P. Carnevale, E. Castorina, G. Grasso, R. Manfredlotti, di prossima pubblicazione.

**ABSTRACT** [ENG]: *Consideration of the party system has always been subject to constitutional law. Even the term State of parties designates the functioning of the political system since mass parties appeared and both political representation and the related responsibility of the governing bodies were organized around them. The Italian experience presents many anomalies with respect to the model of the State of responsible parties. The transformism of nineteenth-century derivation is still present, even increasing. The fascist regime has left the legacy of the single party identified with the same institutional system. But also the strength of the multiclassist centrist party in the so-called first Republic represented an anomaly because it contributed to prevent the alternation of parties in government and thus the affirmation of responsibility for them. The so-called minor parties have, moreover, been expressions of elitist logics that are foreign to the model of the State of mass parties. In an attempt to rationalize the form of government according to the model of the State of parties, and in spite of the so-called liquidity that today marks the party system, some changes to electoral legislation and parliamentary regulations are proposed to avoid the phenomenon of personal parties and party transformism.*

**SOMMARIO:** **1.** Partiti e Stato costituzionale: un rapporto che dal fenomeno culturale innerva rappresentanza e responsabilità politica – **2.** Partiti politici e forma di governo: una considerazione sempre attuale – **3.** Le anomalie italiane del sistema dei partiti: la presenza di un forte partito di centro ha impedito l'affermazione della responsabilità politica ed i partiti elitari hanno bloccato il percorso verso una compiuta democrazia di partiti di massa – **4.** La funzione prescrittiva del modello di forma di governo – **5.** Segue: talune proposte.

## 1. Partiti e Stato costituzionale: un rapporto che dal fenomeno culturale innerva rappresentanza e responsabilità politica.

Il modello della democrazia parlamentare si è costruito sul ruolo dei partiti e – va subito aggiunto – dei partiti di massa. Ogni riferimento sarebbe pleonastico e comprende studi di diritto costituzionale come analisi di scienza politica<sup>1</sup>. Anzi l'espressione Stato di partiti è divenuta usuale nella pubblicistica per designare i sistemi politici nei quali ai partiti sono assegnati il compito di ricercare e promuovere il consenso attorno ad alcune idee/valori o più semplicemente attorno ad alcuni interessi; di rappresentare siffatte *issues* sul piano istituzionale e particolarmente nelle sedi parlamentari; di prendere decisioni appunto a livello parlamentare come anche in ambito governativo; di assumere la responsabilità per quanto deciso e/o fatto ovvero per quanto non si è realizzato. Al partito si riconosce ancora la funzione di elaborare visioni culturali, di sostenerle per così dire verso l'alto, cioè nell'ambito istituzionale, ma anche di diffonderle verso il basso tra la massa degli aderenti e dei simpatizzanti. Ovviamente questo può essere riferito solo al partito di massa, non al notabilato che pure ha segnato tanta parte della nostra

---

<sup>1</sup> In una letteratura vastissima M. Duverger, *I partiti politici*, trad. it. Milano 1961; K. von Beyme, *I partiti nelle democrazie occidentali*, trad. it. Bologna, 1987; Id., *Classe politica e partitocrazia*, trad. it. Torino, 1997; e più di recente P. Ignazi, *Partito e democrazia. L'incerto percorso della legittimazione dei partiti*, Bologna, 2019. L'espressione Stato di partiti è in uso sin dallo studio di P.L. Zampetti, *Dallo Stato liberale allo Stato dei partiti. La rappresentanza politica*, Milano, 1965; Id., a cura di, *La funzionalità dei partiti nello Stato democratico*, Milano, 1967; e poi G. Leibholz, *La rappresentazione nella democrazia*, 1973, trad. it. Milano, 1989. Alle "storie" dei partiti

nell'esperienza italiana sono dedicati J. Meynaud, *Les partis politiques en Italie*, Paris, 1965; G. Galli, *Il difficile governo*, Bologna, 1972; S. Vassallo, *Il governo di partito in Italia (1943-1993)*, Bologna, 1994; P. Ignazi, *I partiti in Italia dal 1945 al 2018*, Bologna, 2018. Per la letteratura costituzionalistica C. Esposito, *I partiti nella Costituzione italiana*, in *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954, 228 ss.; V. Crisafulli, *Partiti, parlamento, governo*, in *La funzionalità dei partiti*, cit., 93 ss.; poi in *Stato. Popolo. Governo. Illusioni e delusioni costituzionali*, Milano, 1985, 207 ss.; C. Rossano, *Partiti e parlamento nello Stato contemporaneo*, Napoli, 1972; P. Ridola, *Partiti politici*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano 1982, 66 ss.; E. Bettinelli, *All'origine della democrazia dei partiti. La formazione del nuovo ordinamento elettorale nel periodo costituente (1944-1948)*, Milano, 1982; F. Lanchester, *La rappresentanza in campo politico e le sue trasformazioni*, Milano, 2006; Associazione Italiana Costituzionalisti, *Partiti politici e società civile a sessant'anni dall'entrata in vigore della Costituzione*, Napoli 2009; Giovanni Incorvati, Fabio Marcelli, a cura di, *Crisi della democrazia e crisi dei partiti in Italia e nel mondo*, Roma, 2010; M. Gorlani, *Ruolo e funzione costituzionale del partito politico. Il declino della "forma" partito e la crisi del parlamentarismo italiano*, Bari, 2017; F. Scuto, *La democrazia interna dei partiti: profili costituzionali di una transizione*, Torino, 2017; R. Manfellotti, *Egemonia dei partiti politici e forma di governo*, Napoli, 2019; F. Lanchester, a cura di, *Dallo Stato partito allo Stato dei partiti: ed ora?*, Padova, 2019.

storia e che tuttora – anticipando una riflessione – manifesta una tendenza del sistema politico.

La funzione più rilevante forse assegnata al partito è appunto quella di essere un laboratorio culturale e politico. In questo sta la differenza che già Mortati faceva notare<sup>2</sup> tra il partito e gli altri gruppi di interesse e/o di pressione, organizzati a sostenere questo o quell'interesse settoriale, anche contingente, ma senza una visione globale complessiva. Senza arrivare al partito fortemente ideologizzato (il cd partito- chiesa espressione, d'altra parte, di sistemi dove si avvertiva la mancanza di adesione sulle coordinate di sistema e che sembrano per questo tipici di esperienze ormai trascorse in Occidente), il partito si presenta in prima battuta essenzialmente come patrimonio ideale e culturale cui aderire. L'elaborazione culturale muove ovviamente dai soggetti storici collettivi e dagli interessi sociali che essi esprimono o cui si rivolgono per acquisire ed estendere consenso; i partiti sono per questo espressioni di siffatti interessi lungo l'asse destra-sinistra, conservazione-innovazione, salvaguardia degli assetti economici-giustizia sociale; ma sempre si procede da una concezione culturale. L'adesione si sviluppa nel tempo e presuppone da parte di iscritti e simpatizzanti di contribuire all'evoluzione di tale patrimonio ideale. Il fenomeno partitico è prima di tutto un fenomeno culturale.

Lo si nota tutte le volte in cui si rilevano i caratteri della nostra Costituzione, nata dalla contrapposizione alla dittatura fascista, dall'esperienza della guerra, dalla collaborazione tra i partiti del CLN e dalla cultura che gli stessi esprimevano. La narrazione che fa della Costituzione italiana la sintesi e/o il compromesso delle culture politiche di ispirazione cattolica, marxista e liberale inevitabilmente deve far riferimento ai soggetti politici che hanno impersonato quelle culture. L'insistenza sui valori costituzionali porta non a caso a riferirsi a *Founding Fathers* ed al loro pensiero ed a trarne criteri di interpretazione delle regole costituzionali sino a farne criterio per la conseguente decisione. Non è estraneo a tale indirizzo l'orientamento volto ad assegnare solo al partito e/o ai partiti eredi di quelle tradizioni costituzionali la legittimazione ad intervenire sulle modificazioni da apportare al patto costituzionale: una sorta di patente attribuita ai successori dei

---

<sup>2</sup> C. Mortati, *Le forme di governo*. Lezioni, Padova, 1973, 180.

partiti che hanno elaborato quel patto a poterlo modificare<sup>3</sup>, come ad esprimersi in suo nome.

Una notazione può essere fatta a proposito del cd patto costituzionale che alcune teorie ascrivono al corpo elettorale nella sintesi delle sue varie componenti. Al riguardo è questione di intendersi se riferire il patto alla comunità sociale ovvero solo ai partiti che ne esprimono (una parte di) orientamenti e tendenze. Nell'esperienza italiana pare improprio attribuire il patto costituzionale direttamente al popolo, al quale pure l'art. 1 assegna la titolarità e l'esercizio della sovranità. L'accordo costituzionale – e se ne deve discorrere in senso alto quale sintesi fruttuosa di orientamenti culturali diversi – va riferito ai partiti usciti dalla lotta antifascista, legati da talune dinamiche e contrapposti per altre, accomunati dal mutuo riconoscimento. Quel patto originario ha dato vita ad un rapporto in costante movimento alla stessa stregua del rapporto contrattuale al cui interno al tempo stesso le parti si muovono pur apportando modifiche ed integrazioni, magari segnate dalla tolleranza o dall'assenza di reazioni di altri. Non a caso in siffatto terreno sorgono le convenzioni costituzionali e si sviluppa il confronto politico quotidiano. La Costituzione è la cartina di tornasole della convivenza, sia allorché segna i limiti da non oltrepassare sia quando indica obiettivi da raggiungere e programmi da perseguire.

Il fatto è che l'idea di una Costituzione per valori ha una forte carica di legittimazione a favore di chi assume essere il depositario del patto costituzionale e di delegittimazione a carico di chi lo contesta. Ai valori, infatti, si contrappongono i disvalori costituzionali: si pensi al rifiuto della violenza nei rapporti sociali (l'art. 18 esclude dalla tutela riservata alle associazioni i partiti armati) e politici (l'art. 49 considera il metodo democratico quale consustanziale al regime dei partiti e ciò comporta il pluralismo politico e l'accoglimento dell'idea base della tolleranza e del mutuo riconoscimento). Persino a proposito delle manifestazioni di fede religiosa l'ordinamento esclude riti violenti, ché certamente la nozione di «buon costume» dell'art. 19 comprende il rigetto di celebrazioni ove sia violenza su uomini (ed anche su animali).

---

<sup>3</sup> La notazione è già in A. Cariola, La «tradizione costituzionale» contro l'original intent nell'interpretazione della Costituzione, in *Sull'interpretazione costituzionale ed altri saggi*, Torino, 2015, 10 s., ove si proponeva l'immagine in movimento della considerazione schmittiana-mortatiana della Costituzione come decisione fondamentale ad opera di un soggetto politico e, nel tempo, di colui e/o di coloro che assumono esserne gli eredi e che allora si autolegittimano sulla scena politica come gli unici soggetti che possono intervenire per la sua revisione ovvero per l'interpretazione.

Si vuole ricordare che da quando è stata usata nell'art. 16 della Dichiarazione del 1789 la nozione di Costituzione assolve una funzione discriminante tra sistemi politici, ma anche tra valori e dis-valori e tra i soggetti che di questi ultimi sono espressione<sup>4</sup>. I partiti politici sono, per definizione, i soggetti che adottano e/o revisionano la Costituzione e che quindi operano tali giudizi di valore e/o di dis-valore a carico degli avversari (o almeno di quelli che non si riconoscono nelle coordinate di sistema). Per questo si insiste sul fatto che il fenomeno partitico nello Stato costituzionale è prima di tutto di ordine culturale.

Se i partiti politici sono i soggetti che decidono (anche a non aderire alle tesi che ne fanno i titolari del potere costituente inteso quale decisione sullo stato d'eccezione secondo una dinamica sempre posta al confine del mantenimento del sistema), essi sono anche i soggetti che ne rispondono o che ne dovrebbero rispondere. Qui si tocca il punto essenziale per ogni riflessione sulla democrazia, e cioè le dinamiche della rappresentanza politica e della responsabilità. I partiti politici danno concretezza alla rappresentanza e gli stessi partiti dovrebbero essere i soggetti che assumono responsabilità per quanto fanno ovvero per quanto non realizzano, secondo un modello che muove dall'esaltazione della capacità del corpo elettorale di selezionare la classe politica e prosegue con le necessità che quest'ultima renda conto al primo del suo operato. Il modello, anzi, riguarda ogni forma di governo e non solo quella parlamentare: anche sistemi presidenziali e/o semi presidenziali accolgono siffatta premessa ed arrivano al medesimo esito, cioè che il soggetto politico – sia esso il parlamentare e/o un capo di governo e/o un Presidente della Repubblica - risponde (*rectius*: dovrebbe rispondere) per quanto fa. E ciò presuppone l'esistenza di un partito del quale il soggetto faccia parte. Anzi, lo stesso partito diviene l'attore politico principale alla stregua di ciò che è stato indicato quale il governo di partito responsabile, riferito all'esperienza britannica ma estensibile appunto a tutti i sistemi nei quali la responsabilità politica si innesta

---

<sup>4</sup> Sono espressioni di questa caratteristica dello Stato costituzionale le normazioni che prevedono sanzioni a carico di chi esalta, minaccia o usa la violenza quale metodo di lotta politica o propugna la soppressione delle libertà e denigra la democrazia, l. 20 giugno 1952, n. 645; di chi sostiene e diffonde idee fondate sulla superiorità o sull'odio

razziale o etnico, o commette atti di discriminazione razziale, etnica, nazionale o religiosa, cfr. l. 13 ottobre 1975, n. 654; d.l. 26 aprile 1993, n. 122, conv. in l. 25 giugno 1993, n. 205; artt. 604-bis e 604-ter cp, introdotti dal d.lgs. 1 marzo 2018, n. 21. 5 Cfr. G. Pitruzzella, Responsabilità e potere politico, in S. Labriola, ed., Valori e principi del regime repubblicano. 1.1. Sovranità e democrazia, Roma-Bari, 2006, 226, 231, ma passim per l'analisi sulle ragioni di crisi dei meccanismi di responsabilità negli ordinamenti contemporanei.

nel circuito rappresentativo<sup>5</sup>. Ad essere responsabile nei confronti degli elettori non è tanto il singolo individuo titolare della carica di governo, ma il partito al cui interno egli si muove e che riceve il premio e/o la sanzione per l'attività dei suoi esponenti.

Il cd modello Westminster è da tempo indicato come quello che realizza appieno l'identificazione tra leadership nel partito e premiership nel Paese. In contrario sta il modello italiano che nella cd prima Repubblica, salvo brevi periodi, ha visto Presidente del Consiglio un esponente diverso dal segretario del partito di maggioranza. Così con De Gasperi e con tanti altri presidenti democristiani. Un modello che consentiva fughe dalla responsabilità giacché la differenza tra ruoli di governo e di partito permetteva anche al maggior partito di governo di prendere le distanze davanti gli elettori dall'azione svolta dall'esecutivo. Un modello oltretutto che si poggiava sull'impossibilità di alternative per il blocco del sistema politico in dipendenza del quadro internazionale. Sono vere e proprie anomalie le presidenze del consiglio assegnate ad esponenti di partiti minori della coalizione di governo, quali Giovanni Spadolini nel 1981 e Bettino Craxi nel 1983. Per quanto possa riconoscersi autorevolezza a tali esponenti politici, non dovrebbe esserci dubbio sul fatto che tali esperienze non rispondono affatto alla logica della razionalizzazione della forma di governo e del suo funzionamento, e si prestano anzi a fughe dalla responsabilità giacché permettono a tutti gli attori politici di "scegliere" di volta in volta quale attività politica attribuirsi nei rapporti con l'elettorato. Ad iniziare da quello di maggioranza, diviene naturale per ogni partito imputarsi i meriti dell'azione di governo e addossare ad altri eventuali inefficienze. La diffusione della spettacolarizzazione della politica in uno con il perseguimento di obiettivi immediati e contingenti contribuiscono alla perdita dell'«unità di indirizzo politico ed amministrativo» che pure l'art. 95 considera un interesse costituzionale ed a politiche inefficienti. Tranne a collegare tale esperienza con altra anomalia italiana, e che è quella – in ordine alla quale si dovranno avanzare talune osservazioni critiche - del mancato integrale sviluppo dello Stato dei partiti, ove si sottintende sempre il riferimento ai partiti di massa.

Un modello questo descritto che si è protratto anche durante la cd seconda Repubblica dopo l'introduzione nel 1993 del sistema elettorale a forte componente

---

<sup>5</sup> Cfr. G. Pitruzzella, Responsabilità e potere politico, in S. Labriola, ed., Valori e principi del regime repubblicano. I.1. Sovranità e democrazia, Roma-Bari, 2006, 226, 231, ma passim per l'analisi sulle ragioni di crisi dei meccanismi di responsabilità negli ordinamenti contemporanei.

maggioritaria (inteso però all'interno delle coalizioni secondo una mentalità di stampo proporzionale). E così in occasione delle elezioni del 1994 il PDS indicò quale possibile presidente del consiglio Carlo Azeglio Ciampi, che pure era un "tecnico" prestatosi alla politica. Ancora: nel 1998 la nomina dell'allora segretario del PDS a presidente del consiglio si accompagnò alle sue dimissioni da segretario di quel partito, proseguendo appieno il modello (che possiamo definire) De Gasperi<sup>6</sup>. Potrebbe dirsi che lo schema che vede il leader del partito assumere diretta responsabilità di governo non si è affermato nel nostro Paese né quale regola né quale regolarità<sup>7</sup>.

Le esperienze più recenti hanno visto l'avvicendamento di ben tre Presidenti del Consiglio nella XVII legislatura (Enrico Letta; Matteo Renzi, il solo che era il leader del partito di maggioranza; Paolo Gentiloni), dopo che nel 2011 il "tecnico" Mario Monti aveva sostituito Silvio Berlusconi (XVI legislatura). L'attuale legislatura vede il "ritorno" di un modello nel quale il Presidente del Consiglio non è *leader* del partito di maggioranza né tantomeno eletto in Parlamento, anzi del tutto "estraneo" alle vicende politiche sino appunto alla sua nomina<sup>8</sup>. Il continuo ricorso a "tecnici" ma anche a *grosse Koalition* (governo Letta) pure a seguito delle riforme elettorali intervenute sta a mostrare che (l'ingegneria elettorale non è affatto risolutiva e che) il modello De Gasperi - ossia quello della differenza tra ruoli di governo e ruoli di partito - non smette di esercitare tutta la sua suggestione sulla politica italiana.

Sullo sfondo, peraltro, dei governi tecnici sta il potere del Presidente della Repubblica, che per un verso raccorda l'esercizio di ogni altro organo all'interno del quadro costituzionale mantenendo legittimità sostanziale al sistema, ma per altro verso contribuisce a sminuire il circuito della responsabilità, atteso il carattere

---

<sup>6</sup> Per queste notazioni A. Cariola, *La politica senza memoria. La responsabilità ha abitato presso il pensiero politico cattolico?*, in *Ricerche sulle culture costituzionali*, Torino, 2007, 192.

<sup>7</sup> Per riprendere una terminologia oramai diffusa: M. Dogliani, *Indirizzo politico. Riflessioni su regole e regolarità nel diritto costituzionale*, Napoli, 1985; A. Ruggeri, *Il Governo tra vecchie e nuove regole e regolarità (spunti problematici)*, in *Associazione Italiana Costituzionalisti, Il Governo*, Padova 2002, 317 ss.; O. Chessa, *La democrazia maggioritaria nell'interpretazione costituzionale della forma di governo*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 22; M. Olivetti, *Forme di Stato e di governo*, in *Il diritto. Enciclopedia giuridica*, VI, Milano, 2007, 510; M. Luciani, *Governo (forme di)*, in *Enc. dir., Annali*, III, Milano, 2010, 565 s.

<sup>8</sup> Ancora su G. Conte le considerazioni di E. Scalfari, *Quel leader senza partito*, in *Repubblica*, 15 dicembre 2020, che muove dalla tesi che il partitismo sia ormai una formula superata.

a questo punto dovuto di molte decisioni riferibili a tali organi<sup>9</sup>. Non solo: governi affidati a tecnici acquisiscono la componente personalistica e carismatica del sistema politico, senza gli adeguati contrappesi. Che il partito politico moderno sia conformato su una logica carismatica lo avvertiva già Weber e si ripeterebbero al riguardo cose ovvie. Il punto è se l'apparato istituzionale possa "soffrire" una dinamica di tipo carismatico per la quale chi decide ha per questo anche ragione: un conto è che partiti in competizione tra loro abbiano ciascuno e rafforzino una legittimazione carismatica a favore dei rispettivi leader, altro è che gli organi di governo abilitati a prendere decisioni siano per questo consacrati e considerati quali espressioni-portatori di verità assolute. Circostanza quest'ultima che il preteso carattere tecnico di alcune legittimazioni porta con sé, perché sottrae talune scelte al confronto politico tipico di ogni dialettica democratica. Il fatto è che, unite assieme, legittimazione (per così dire) tecnica degli organi di governo e personalizzazione della politica conducono ad un esito che risulta poco coerente con i presupposti di trasparenza che dovrebbero assistere il confronto democratico. Questo esige circuiti di decisione trasparenti, dibattito pubblico sulle scelte da operare, individuazione di responsabilità, circolazione delle élite dirigenti: ad esso è – dovrebbe essere – estraneo la creazione di miti personali contingenti che finiscono per avere una forte funzione giustificazionista delle concrete soluzioni adottate, in contraddizione con il carattere relativista che dovrebbe segnare l'ordinario funzionamento dei processi democratici. La tecnica, per così dire, fa svanire il principio di responsabilità a carico dei soggetti detentori di potere.

## **2. Partiti politici e forma di governo: una considerazione sempre attuale.**

Si viene così a trattare del rapporto tra sistema dei partiti e forma di governo, un tema che da sempre interessa il diritto costituzionale. La considerazione dell'assetto partitico è consustanziale all'analisi della forma di governo, giacché esso innerva la rappresentanza politica che è il primo tema di interesse e/o il tassello della forma di governo. La considerazione di come si forma un esecutivo e

---

<sup>9</sup> Sui governi tecnici e le conseguenti implicazioni istituzionali cfr. ora G.A. Ferro, *La «neutralità» contingente e il suo custode. Contributo allo studio del ruolo del capo dello Stato nella formazione dei «governi tecnici»: l'esperienza costituzionale italiana*, Catania, 2018.

dei rapporti all'interno del parlamento e tra questo ed il governo non può prescindere dal ruolo dei partiti politici. Anzi, se si volge l'attenzione al fatto che i partiti sono i soggetti attivi nella comunità sociale, la loro considerazione investe il tema della forma di Stato. Non a caso la presenza dei partiti di massa sorti dall'allargamento del suffragio ha portato alla trasformazione dello Stato liberale in Stato sociale. Persino nelle esperienze totalitarie del fascismo e del nazismo, come in quelle dell'ex Urss e dei Paesi satelliti<sup>10</sup>. Nessun altro soggetto sociale esercita siffatta rilevanza<sup>11</sup>.

Gli stessi sindacati, se pure sono essenziali per la considerazione del sistema economico e delle relazioni industriali, non possono assumere la rappresentanza e la tutela di interessi di pretesa portata generale, come appunto i partiti. Anzi, la potestà contrattuale pure sancita dall'art. 39 e riconosciuta dall'art. 28 CDFUE quale «diritto di negoziare e di concludere contratti collettivi» è per definizione manifestazione di uno spazio di autonomia garantito nei confronti della stessa volontà generale espressa dalla legge. L'autonomia contrattuale riconosciuta ai sindacati pone, cioè, un problema di delimitazione degli spazi naturali da riconoscere – anche in via tendenziale e senza escludere interconnessioni e magari sovrapposizioni e contraddizioni – alla legge ed al contratto collettivo, cioè a dire all'ordinamento generale ed a quello sindacale. Il sindacato che si facesse portatore di interessi generali – o meglio che si autorappresentasse quale tutore di interessi riferiti allo Stato nella sua interezza - dietro il nome non sarebbe altro che un partito politico.

Il fatto è che alle elezioni partecipano i partiti politici, ad essi compete la presentazione delle liste e delle candidature nonché dei programmi di governo (art. 14-bis dpr n. 361/1957), ad essi spetta «concorrere con metodo democratico a determinare la politica nazionale». Anzi, dovrebbe insistersi su questa notazione giacché alla fine la qualità della democrazia dipende anche dalla razionalizzazione del sistema dei partiti.

---

<sup>10</sup> Così a proposito dei regimi socialisti dell'epoca L. Elia, *Governo (forme di)*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, 674 s., per l'osservazione che la forma di Stato assorbe gli aspetti relativi ai rapporti interorganici.

<sup>11</sup> Non a caso C. Mortati, *La Costituzione in senso materiale*, Giuffrè, Milano, 1940, 84, insisteva su «uno dei caratteri essenziali dello Stato moderno [che] è la rappresentatività», la quale si riempiva di contenuto a causa dell'estensione della partecipazione politica e per la presenza di partiti fortemente caratterizzati sotto il versante ideologico.

Invero, le riflessioni sull'indirizzo politico non a caso prendono le mosse dalla presenza e dall'azione dei partiti politici ed è merito della dottrina costituzionalistica aver fatto entrare – per così dire – nell'analisi giuridica la considerazione sui fini perseguiti dallo Stato e sugli strumenti adoperati. L'indirizzo politico ha esteso gli interessi del giurista. In un certo senso l'ampliamento degli oggetti di attenzione è stato necessario ed indotto dall'estensione dell'attività dello Stato – un vero e proprio mutamento – sempre a seguito della dilatazione dei compiti pubblici. Invero il passaggio dallo Stato che esercita funzioni in maniera autoritaria allo Stato che presta servizi<sup>12</sup> è un cambiamento che nulla di meno ha avuto rispetto alle rivoluzioni. Ma in tale considerazione entrano i partiti, i quali sono appunto i protagonisti dell'assetto politico, i nuovi "principi" per riprendere l'immagine di Gramsci. Non a caso la lettura che ha posto l'attenzione sulla Costituzione quale norma non solo dell'azione politica ma dell'intero agire sociale e sulla necessità di integrare nei valori della Costituzione tutti i soggetti politici (ad iniziare da quelli segnati dalla comune lotta antifascista), ha insistito nel proporre la tesi che tutti i partiti contribuiscano alla determinazione della costituzione in senso materiale, ossia delle norme fondamentali che caratterizzano lo Stato: il «raggiungimento dello scopo voluto dal gruppo dominante ... risulta temperato dalla presenza, dialettica e polemica, delle altre forze politiche efficienti, sia di quelle schierate a fianco della maggioranza, sia di quelle schierate all'opposizione»<sup>13</sup>. Ancora una volta ciò rimanda alla considerazione dei partiti politici ed alla loro attività come alle reciproche interazioni.

Oggi dovrebbe meritare attenzione il livello europeo: le riflessioni sulla forma di governo europea intercettano di necessità il ruolo dei partiti, ma debbono fermarsi di fronte al processo di integrazione dei partiti europei che risulta per tanti versi ancora incompiuto<sup>14</sup>. Si assiste, infatti, ad una rappresentanza politica che investe essenzialmente il Parlamento europeo, ma per un mandato non coincidente con quello dei parlamenti e degli esecutivi in ambito statale/nazionale; e che si esprime

---

<sup>12</sup> Il riferimento d'obbligo è a E. Forsthoft, *Stato di diritto in trasformazione*, trad. it. Milano, 1973. Riflessioni sempre interessanti sulle conseguenze amministrative di tale sviluppo in V. Ottaviano, *Cittadino e amministrazione nella concezione liberale*, ora in *Scritti giuridici*, Milano, 1992, I, 33 ss.; Id., *Appunti in tema di amministrazione e cittadino nello Stato democratico*, ivi, 53 ss.

<sup>13</sup> Così, notoriamente, P. Barile, E. Cheli, S. Grassi, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 2002, 6.

<sup>14</sup> Sull'argomento A. Ciancio, *I partiti politici europei e il processo di democratizzazione dell'Unione*, in *Federalismi*, 2009: Ead., *Sistema europeo dei partiti e integrazione politica nell'UE*, in *Forum Quaderni costituzionali*, 2015; O. Porchia, *Partiti politici europei*, in *Enc. dir. Annali*, VII, Milano, 2014, 795 ss.

soprattutto a mezzo dell'elezione del presidente della Commissione, ma su proposta del Consiglio che tiene conto dei risultati elettorali per il Parlamento (art. 17.7 TUE) e dovrebbe trovare strumento di affermazione nella «mozione di censura» nei confronti della Commissione (art. 17.8 TUE). Manca tuttora la disciplina uniforme negli Stati membri per l'elezione del Parlamento, annunciata dall'art. 223 TFUE, mentre è stato adottato il regolamento UE, Euratom n. 1141/2014, 22 ottobre 2014, sullo statuto ed il finanziamento dei partiti politici europei e delle fondazioni politiche europee, modificato dal regolamento UE, Euratom n. 2018/673, 3 maggio 2018, in attuazione dell'art. 224 TFUE.

È da richiamare l'attenzione sullo scostamento temporale tra elezione del Parlamento europeo ed elezioni politiche nei vari Stati (sia che esse conducano all'elezione di Parlamenti che poi esprimano Esecutivi, sia che esse diano luogo all'elezione di capi di Stato e/o di governo): esso finisce per dare legittimazioni politiche diverse al medesimo Parlamento europeo ed al Consiglio, finendo di fatto per confermare il ruolo preminente di quest'ultimo nel processo decisionale svolto assieme alla Commissione<sup>15</sup>. Non si riesce ad immaginare un modello diverso, eppure si nota che manca il circuito della responsabilità che dà concretezza alla rappresentanza. Nei confronti degli elettori non è responsabile né il Parlamento europeo né i partiti in esso presenti e che pure propongono i rispettivi candidati. Né vi è stato sinora un programma comune dei partiti europei rivolto ai cittadini di tutti gli Stati. Non è un caso che all'interno di ogni Paese gli elettori votino per il Parlamento europeo alla stregua delle contingenze politiche nazionali e, quindi, appiattendolo sul presente il voto per le europee. Forse questa è una delle debolezze del cammino di integrazione europea<sup>16</sup>. La struttura delle istituzioni europee mette assieme elementi diversi con l'esito di dar vita ad una forma di governo che privilegia la continuità (il Consiglio sconta che ogni Paese individua in tempi diversi i suoi rappresentanti), ma che finisce per essere non solo ibrida ma insuscettibile di riconduzione ad uno o ad un altro tipo, e soprattutto inidonea a dare prescrizioni sul dover essere.

---

<sup>15</sup> In tale snodo si esercitano le influenze dei gruppi di pressione e delle lobbies, sulle quali M. Luciani, *Governo (forme di)*, cit., 556.

<sup>16</sup> Lo rileva, ad esempio, G. COCCO, *L'Europa dei tre disincanti*, in *Pol. dir.*, 2000, 89 ss.; Id., *Itinerario di un'Europa incompiuta: dalle crisi alla rinascita*, in *Pol. dir.*, 2020, 313 ss. e, in particolare, 379 ss.

### **3. Le anomalie italiane del sistema dei partiti: la presenza di un forte partito di centro ha impedito l'affermazione della responsabilità politica ed i partiti elitari hanno bloccato il percorso verso una compiuta democrazia di partiti di massa.**

La considerazione dei partiti all'interno della forma di governo conduce *de plano* alla constatazione delle anomalie del sistema partitico italiano che si sono riflesse quali anomalie della stessa forma di governo, bloccata per quasi un cinquantennio attorno ad un assetto che non ha visto l'alternanza al governo, piuttosto l'attrazione verso un centro dai contorni indefiniti: un modello che si ripete nelle contingenze più diverse, anche quelle attuali.

Si è rilevato spesso che il blocco del nostro sistema politico trovava la sua causa in ragioni di carattere internazionale per il fatto della contrapposizione del mondo uscito dalla seconda guerra mondiale in blocchi economici e politici contrapposti e della presenza in Italia di un partito comunista che per molto tempo non ha dato ai Paesi alleati garanzia di fedeltà alla collocazione occidentale del nostro Stato. Ciò risulta tanto più vero se solo si constata che il crollo dei regimi comunisti tra il 1989 ed il 1991 ha provocato la perdita di consenso attorno alla DC, che appunto aveva beneficiato al tempo stesso del consenso di massa organizzato dalla Chiesa cattolica e dalla necessità di assicurare la permanenza dell'Italia nel blocco occidentale. Epperò, anche a seguito delle mutate condizioni internazionali nel nostro Paese non si è avuto il superamento del cd bipartitismo imperfetto<sup>17</sup> e l'assestarsi del sistema politico attorno all'alternanza partiti di destra e di sinistra, portatori di interessi diversi e responsabili di fronte agli elettori. Alla fine nemmeno la riforma elettorale del 1993 ha prodotto tale esito con stabilità; i successivi rimaneggiamenti della legislazione elettorale nel 2005, nel 2015 (mai applicata) e nel 2017 confermano il mancato funzionamento del modello fondato sull'idea di un governo di partito responsabile.

È come se il bipartitismo bloccato avesse prolungato la sua influenza sugli sviluppi successivi, di modo che nessuna ingegneria costituzionale possa risultare efficace.

Dall'avvento della sinistra nel 1876 la storia istituzionale italiana sembra muoversi con una sorprendente continuità tra permanenza al potere di una classe

---

<sup>17</sup> Come è noto, l'espressione è di G. Galli, *Il bipartitismo imperfetto*, Bologna, 1966.

politica e trasformismo. Lo stesso fascismo si inserisce in questa dinamica, anzi con la sua teorizzazione del partito unico ha contribuito in maniera intensa non solo all'identificazione tra Stato e partito ma alla stessa pratica dell'occupazione dello Stato da parte del partito. Si è rilevato che la Repubblica ha ereditato il «modello di partito-stato che fu introdotto in Italia dal fascismo» e che ci si è limitati «a trasformare un singolare in plurale»<sup>18</sup>. L'esperienza fascista avrebbe pressoché reso normale l'identificazione del partito con lo Stato e con le sue istituzioni. In questo senso si è notato con grande approssimazione che il fascismo ha proseguito l'esperienza statutaria di un'azione di governo in cui notabilato e trasformismo hanno di fatto minato la responsabilità politica dei governi. Il fascismo ha continuato il percorso che vedeva la classe dirigente italiana insediata nelle sedi di decisione senza doverne rispondere all'esterno nei confronti dei cittadini elettori.

Del fascismo è stato proprio un intenso effetto mimetico, irriducibile ad ogni schema destra/sinistra, conservatore/progressista; al contrario capace di mettere assieme in maniera assolutamente sincretica pezzi di nazionalismo, di tradizionalismo religioso, di conservatorismo economico, di sindacalismo, ed anche di intenso intervento pubblico, sì da attirare di volta in volta l'attenzione e le simpatie dei nazionalisti, dei cattolici, degli industriali e dei sindacalisti, convinti di aver finalmente trovato l'interlocutore politico dotato della necessaria forza per imporre un programma e farlo divenire prima o poi azione politica concreta. Se per un attimo si trascura(va) la presenza della dittatura e del regime di polizia, per ognuno dei portatori di questi interessi diveniva piuttosto facile oltre che utile per l'immediato dare sostegno a chi in ogni caso affermava di patrocinare gli stessi interessi. Il partito fascista è stato per alcuni versi una confederazione di interessi al cui interno potevano muoversi – magari ognuno secondo una sua dinamica – tradizionalisti e nazionalisti, industriali e rivoluzionari, conservatori come sperimentatori. Non a caso l'effetto mimetico ha espresso anche una forza di suggestione che continua ad esercitarsi nell'opinione pubblica italiana, soprattutto perché nel nostro Paese non si sono mai fatti seriamente i conti con l'eredità fascista ed è mancata ogni discussione sul problema della colpa<sup>19</sup>. Anche sotto il

---

<sup>18</sup> G. Amato, Intervento alla Camera dei deputati il 21 aprile 1993, Un segno chiaro di discontinuità, in *Vita italiana. Documenti e informazioni. I discorsi in Parlamento del presidente del Consiglio dei ministri Giuliano Amato*, 40.

<sup>19</sup> Che, invece, in Germania ha coinvolto ampi settori, cfr. K. Jaspers, *La questione della colpa. Sulla responsabilità politica della Germania*, Milano, 1996. Invero, lo stesso ceto universitario ha rimosso di fatto l'adesione al fascismo a mezzo del giuramento ed il formalismo giuridico ha consentito a molti giuristi di auto-

profilo dottrinale sembra talvolta essere venuta meno la reazione avverso la dittatura fascista, rimasta senza responsabili. Come se la tragedia fascista possa essere messa tra parentesi, taluna giuspubblicistica vede rimuovere le leggi razziali, ridurre gli effetti della dittatura a qualche disavventura personale, porre in luce al contrario le realizzazioni sociali del medesimo fascismo. La storia non conosce più l'alternativa valore/disvalore.

L'anomalia fascista ha trovato continuazione nell'anomalia del partito centrista ed interclassista, di ispirazione cristiana, che ancora una volta ha tentato di operare la sintesi degli interessi in conflitto nell'ambito del medesimo partito, prima ancora che nella sede istituzionale. In un partito interclassista per definizione i diversi interessi sociali non potevano non avere rappresentanza e, quindi, in qualche modo accesso all'area di governo. Interessi contrapposti sono stati in qualche modo forzati a stare assieme, ognuno esercitando la sua pressione nell'azione politica generale o forse solo esprimendo un potere di veto<sup>20</sup>. La perdita di identità dei partiti politici alla stregua degli interessi sociali ed economici rappresentati trova origini in siffatta cultura<sup>21</sup>. Oltretutto in siffatto contesto istituzionale il meccanismo di responsabilità non poteva funzionare secondo lo schema dell'alternanza, né all'interno del partito a carico delle sue leadership né nella sede istituzionale. Se il partito si identificava con l'intero sistema<sup>22</sup>, non vi poteva essere spazio per l'affermazione di responsabilità. La lotta politica non si è svolta tanto sul versante sociale e sul sostegno ad interessi di classi, ma lungo il profilo tutto ideologico costituito inizialmente dall'adesione a programmi ideali (e poi all'area di distribuzione delle risorse).

Invero, l'aporia sembra muovere appunto dalla realtà del partito interclassista (perché non definirlo corporativo?) che pretende di risolvere al suo interno i

---

assolversi dal consenso manifestato al regime, tranne nell'esperienza personale di alcuni ad aderire subito dopo ad altri partiti.

<sup>20</sup> Così G. Pastori, *Società e Stato in Italia dal 1948 ad oggi*, in AA.VV., *Stato e senso dello Stato oggi in Italia*, Milano, 1981, pagg. 105 ss., oggi in *Scritti scelti*. I, Napoli, 2010, 310, che riferendosi all'applicazione del disegno costituzionale ad opera della DC uscita dalle elezioni del 1948 con la maggioranza assoluta anche per la nota contrapposizione internazionale del tempo e per lo schieramento di interessi realizzato, notava che, «come per ogni maggioranza che si forma su una così apicale discriminazione di fronti, in essa finiscono per convergere posizioni di rilievo politico interno anche tra loro assai lontane, dalle più prudenti sull'attuazione costituzionale alle più avanzate, tutte presenti o, comunque, al sostegno di uno stesso partito. Si crea così fin da allora una sorta di dualità fra il patrimonio ideale del partito, quale era emerso con forza e autorità nell'elaborazione costituzionale, e gli orientamenti della sua composizione e del suo elettorato».

<sup>21</sup> Di recente l'attenzione sul punto è stata richiamata da E. Galli della Loggia, *I partiti che perdono le loro identità storiche*, in [www.corriere.it](http://www.corriere.it), 23 dicembre 2020.

<sup>22</sup> Sempre G. Pastori, *Società e Stato*, cit., 311.

contrasti, alla stregua di una nozione che nella dottrina cattolica è stata elaborata soprattutto per le vicende che attengono alle situazioni estreme di preservazione della comunità sociale. Se è vero che per bene comune la dottrina cattolica intende

«l'insieme di quelle condizioni della vita sociale che permettono sia alle collettività sia ai singoli membri, di raggiungere la propria perfezione più pienamente e più celermente»<sup>23</sup>; è anche vero che tale nozione non fornisce indicazioni se non in negativo sulle decisioni da adottare. Se applicato nella normalità della vita politica, il criterio non dà alcun suggerimento sulle scelte da operare. La decisione politica è il frutto della visione particolare che riscuote il maggior consenso (se si vuole: del compromesso raggiunto), ferme rimanendo le coordinate di sistema. Il criterio del bene comune si presta, invece, ad essere un forte strumento di legittimazione della decisione presa dalla maggioranza e non a caso esso si risolve spesso nell'argomento del tutto retorico fatto valere appunto da chi decide a sostegno delle soluzioni adottate: tutto il contrario del presupposto dal quale muove la stessa dottrina cattolica ispirata dall'esigenza di assicurare il primato della società civile sullo Stato<sup>24</sup> e, quindi, dalla necessità di predisporre strumenti a disposizione delle forze sociali e/o politiche di minoranza e/o di opposizione, non certo per rafforzare la legittimazione di chi già governa e decide. Si vuol dire che una cosa è il riferimento al bene comune quale argomento polemico utilizzato dalla/e minoranza/e; ben altra cosa è il suo utilizzo ad opera della maggioranza governativa, che oltretutto se ne può servire quale mezzo di delegittimazione delle opinioni differenti ed in sostanza dei soggetti che se ne fanno titolari<sup>25</sup>, nell'impropria attività di blindatura delle proprie scelte (particolarmente rischiosa nell'epoca della spettacolarizzazione della politica e del ricorso massiccio alla propaganda: il differente "peso" nell'utilizzazione delle risorse informative risulta assolutamente determinante nella "narrazione" del preteso bene comune).

Il partito cattolico-centrista della prima Repubblica ha scontato eredità storiche e culturali nel momento in cui ha avuto il successo elettorale nel 1948, protrattosi poi sino al 1992, ed integrando interessi e soggetti tanto diversi. Si è continuata in qualche modo l'esperienza del notabilato del periodo statutario con l'attrazione di

---

<sup>23</sup> Concilio Vaticano II, *Gaudium et spes*, 26, e più di recente Pontificio Consiglio della giustizia e della pace, *Compendio della dottrina sociale della Chiesa*, Roma, 2004, n. 164.

<sup>24</sup> Cfr. Pontificio Consiglio della giustizia e della pace, *Compendio*, cit., n. 418.

<sup>25</sup> Riflessioni già presenti in A. Cariola, *La politica senza memoria*, cit., in *Ricerche*, cit., 175; e *La regola di maggioranza*, ivi, 200 ss.

tutti i soggetti in qualche modo interessati ad entrare nell'area di governo; riprendendo il modello del partito-Stato del ventennio fascista, ma anche applicando un modello culturale che per definizione non guarda tanto all'assegnazione di premi e sanzioni a carico di chi ha governato, quanto alle soluzioni future da adottare.

A distanza di anni si spiega che l'esperienza politica centrista della prima Repubblica si sia aperta alla dinamica consociativa, cui può essere assegnata una data di nascita con i regolamenti parlamentari del 1971. Tale modello – consolidato con l'attribuzione della presidenza di una delle camere ad esponenti del partito di opposizione – è sembrato quasi porsi in naturale *continuum* con l'esperienza del partito di maggioranza relativa, dalla base elettorale quanto mai composita e che esprimeva una struttura tanto articolata nelle relazioni correntizie da apparire di tipo quasi confederale. È stato generalizzato il modello di un «regime fondato su partiti che acquisiscono consenso di massa attraverso l'uso dell'istituzione pubblica» e delle sue risorse<sup>26</sup>: la ricerca e la gestione del consenso a mezzo dell'aumento del debito pubblico, anche a costo di pregiudicare il patto con le generazioni future. Il consociativismo esprime una cultura non solo e non tanto di attrazione verso il centro, secondo una dinamica tipica di molte democrazie liberali in cui vince le elezioni il partito capace di conquistare il voto dei ceti medi; esso presuppone ed al tempo stesso alimenta una prassi in cui è importante accedere all'area di governo, cioè a quella di distribuzione delle risorse pubbliche: il che è uno dei motivi per i quali non hanno mai attecchito le proposte di riconoscere uno statuto delle opposizioni (restie esse sì a rimanere isolate nella funzione di controllo e di contrapposizione alle scelte della maggioranza, ed al contrario impegnate ad indirizzare queste ultime anche in termini di selezione sia degli interessi come dei titolari di incarichi di governo e di sottogoverno).

Altra anomalia italiana è la mancata compiuta realizzazione dello Stato di partiti di massa. Allorché si è individuato nel multipartitismo esasperato la specificità italiana<sup>27</sup>, si è dato pressoché per scontato che i partiti fossero tutti formazioni sociali aperte alla più ampia partecipazione e volte all'acquisizione del maggior consenso elettorale possibile: partiti generalisti, insomma, espressioni culturali e di interessi, ideologicamente radicati nella società, aspiranti a rivestire dirette responsabilità di governo. Se anche in Italia si fosse dato vita all'auspicato

<sup>26</sup> Ancora G. Amato, Intervento del Presidente del Consiglio alla Camera dei deputati il 22 aprile 1993, in *Vita italiana*, cit., 43.

<sup>27</sup> L. Elia, *Governo (forme di)*, cit., 654 ss.

bipartitismo, anche nel nostro Paese si avrebbero avute due formazioni politiche contrapposte secondo la dinamica destra-sinistra, in alternanza al governo. Epperò, l'esperienza italiana non ha superato appieno la tradizione risorgimentale con la sua forte componente elitaria. I cd partiti minori hanno avvertito l'esigenza di affermarsi soprattutto presso centri di potere economico e da lì magari proiettarsi sugli organi di estrazione e di competenza tecnica, senza mai preoccuparsi di divenire popolari, ovvero di massa. Non si può trascurare il ruolo dei partiti eredi della tradizione risorgimentale: si può certo affermare che essi hanno rappresentato un importante strumento di collegamento del sistema Italia con la sfera pubblica europea ed internazionale<sup>28</sup>, ossia con gli interessi ed i relativi titolari presenti in quel contesto. Né va dimenticata la funzione di legittimazione (quasi di garanzia) che hanno svolto nei confronti degli altri partiti le volte in cui si è allargato il quadro governativo. In un certo senso la loro componente elitaria è stata essenziale per il funzionamento degli apparati statali. Epperò, ancora una volta, va rilevato che è rimasto anomalo e refrattario al meccanismo della responsabilità un siffatto sistema, nel quale sono stati al governo partiti minori di stampo elitario, aspiranti a mantenersi al potere senza passare attraverso la modernizzazione rappresentata dalla trasformazione in partiti di massa. Invero, le trasformazioni che hanno investito e riguardano i partiti sono analizzate sotto tanti versanti. Si nota che a seguito della deideologizzazione anch'essi sono divenuti "liquidi", riprendendo il fortunato termine di Bauman; si rileva l'indebolimento delle radici sociali dei partiti<sup>29</sup> ed anche di quelle territoriali<sup>30</sup>; si nota il discredito in cui versano i partiti<sup>31</sup>; si constata la tendenza alla cooptazione nella formazione delle liste elettorali bloccate; si lamenta la persistente tendenza italiana al trasformismo. Tutti fattori che impediscono l'affermazione di responsabilità politica in capo al partito e/o ai partiti di governo. Ad esempio, in altri contesti storici ed in altri Paesi sarebbe inconcepibile che leader i quali dal 1988 hanno guidato nelle sue varie denominazioni l'unico partito rimasto erede della cultura del periodo costituente (integrando culture di origine cattolica, comunista e socialista) abbiano lasciato il medesimo partito nel quale hanno svolto ruolo tanto importante per

<sup>28</sup> Si riprendono spunti da G. Pitruzzella, Responsabilità e potere politico, cit., 232, 242 s.

<sup>29</sup> M. Luciani, Partiti e forma di governo, cit., 170.

<sup>30</sup> A.G. Lanzafame, L'organizzazione territoriale dei partiti. La naturale tendenza centralista, i suoi catalizzatori e gli argini costituzionali, in Rivista del Gruppo di Pisa, 2020, I, 241 ss.

<sup>31</sup> M. Dogliani, Il partito come strumento della separazione della politica dall'economia, 2011, poi in La ricerca dell'ordine perduto. Scritti scelti, Bologna, 2015, 307 ss.

fondarne di nuovi, continuando a svolgere un ruolo sulla scena politica<sup>32</sup>.

È chiaro che il tema della responsabilità politica del partito e dei suoi esponenti è assai lontano dal trovare attenzione nel sistema di governo funzionante in Italia. Come con efficacia si è notato, a fronte della crisi nei rapporti dei partiti con le istituzioni nazionali e sovranazionali nonché con la società nel suo insieme, i partiti non sono affatto crollati o svuotati, ma hanno reagito diventando sempre più organizzazioni statocentriche che decidono circa l'utilizzo delle risorse e sono parte dello Stato<sup>33</sup>.

Anzi, ciò acuisce la componente elitaria di parte del sistema politico: una sorta di fattore al quale alcune volte pare dover rassegnarsi. All'assetto partitico si accompagna, infatti, e per taluni versi lo supera e lo condiziona, una fitta trama di relazioni nella quale gruppi e consorterie di ogni sorta e delle più varie ascendenze esercitano consistenti fette di potere, a prescindere dalla loro qualificazione e senza alcuna trasparenza<sup>34</sup>. Un sistema di partiti che non ha mai raggiunto il modello del partito di governo responsabile e che anzi fugge dalla responsabilità è al tempo stesso forte (e non a caso l'accusa di partitocrazia è stata pressoché da subito rivolta nei confronti dell'assetto politico italiano) e debole nei confronti dei vari interessi organizzati. La democrazia esige trasparenza e l'identificazione dei centri di decisione; la presenza di poteri non responsabili, anzi nemmeno identificabili, dà vita ad una sorta di doppio Stato del tutto contrario alla nozione di democrazia. Normalità esigerebbe che sia resa nota ogni appartenenza – politica, religiosa, culturale, sportiva, ecc. – dei titolari di organi politici o anche solo di candidati a ricoprire cariche e uffici pubblici. Al contrario, la vita pubblica italiana rimane refrattaria al canone della trasparenza<sup>35</sup> e, ad esempio, tutto il sistema di designazioni e di nomine è di fatto astratto da ogni regola di chiarezza.

---

<sup>32</sup> Riflessioni di carattere prettamente politico in A. Floridia, *Un partito sbagliato, Democrazia e organizzazione nel partito democratico*, Roma, 2019.

<sup>33</sup> P. Ignazi, *Partito e democrazia*, cit., 236 s., 347.

<sup>34</sup> È grave ad esempio che non siano state smentite né ammesse le accuse di appartenenza e/o di vicinanza alla massoneria avanzate nei confronti di alte cariche dello Stato, cfr. F. Pinotti, S. Santachiara, *I panni sporchi della sinistra*, Milano, 2013, 30

ss.; F. de Bortoli, *Poteri forti (o quasi)*, Milano, 2017, 207 s.

<sup>35</sup> Purtroppo la sentenza Corte costituzionale n. 1/2013 sul divieto di intercettazione, anche solo indirette, a carico del Presidente della Repubblica, giustifica un regime di segretezza che dovrebbe essere incompatibile con la trasparenza tipica degli ordinamenti democratici. La garanzia che si è voluta assicurare al capo dello Stato risulta del resto contraddittoria, giacché non si comprende perché tale regime dovrebbe valere solo per il Presidente e non per altri titolari di organi costituzionali e non si sia arrivati a coprire le conversazioni dei collaboratori del Presidente, come pure l'insistenza sul ruolo di mediazione politica svolto dal Presidente

Viene da chiedersi se non sarebbe il caso di introdurre anche nel nostro Paese un istituto simile all'*advice and consent* previsto a favore del senato americano sulle nomine presidenziali ai sensi dell'art. 2, sezione 2, di quella Costituzione. Ciò dovrebbe permettere un minimo di dibattito pubblico sulle scelte di tal genere e consentire una qualche forma di responsabilità in capo a chi assume decisioni così rilevanti per la vita pubblica.

#### 4. La funzione prescrittiva del modello di forma di governo.

Si perviene così quasi naturalmente al versante per così dire prescrittivo della nozione di forma di governo. Ogni riflessione sull'argomento finisce con il considerare se l'analisi delle relazioni tra gli organi di governo debba avere solo funzione descrittiva ovvero se essa assuma anche efficacia prescrittiva<sup>36</sup>. Invero, l'ascrizione di un'esperienza istituzionale ad un tipo o ad un altro assolve anche una funzione prescrittiva giacché ciò comporta l'assunzione di un profilo a criterio di razionalizzazione dell'intero sistema. Così, per fare un esempio se si adotta l'art. 94 Cost. a principio di qualificazione della forma di governo italiana e si fa del raccordo parlamento-governo l'asse attorno cui dovrebbe ruotare il circuito della decisione politica, le competenze di ogni altro soggetto sono da intendere alla stregua di tale principio<sup>37</sup>. Si comprende allora la produzione di tutte quelle regole – talune di carattere consuetudinario e/o convenzionale - volte alla formazione del governo e che prevedono la consultazione del capo dello Stato con i *leader* dei partiti presenti in Parlamento e dei gruppi parlamentari<sup>38</sup>. Tipica

---

avrebbe richiesto. A tutta evidenza l'estensione della prerogativa sarebbe stata difficilmente giustificabile e per i titolari di organi diversi (le sentenze sulla sospensione dei processi a loro carico sarebbero state irrimediabilmente contraddette) e per tutti coloro che lavorano al Quirinale in ruoli di responsabilità.

<sup>36</sup> Sul punto già M. Dogliani, Spunti metodologici per un'indagine sulle forme di governo, in *Giur. cost.*, 1973, 214 ss.

<sup>37</sup> È questa un'ulteriore critica alla citata decisione della Corte costituzionale n. 1/2013 sul divieto di intercettazioni a carico del presidente della Repubblica in considerazione del fatto che lo stesso si troverebbe al punto di snodo di una serie di relazioni istituzionali che dovrebbero rimanere riservate: invero, il ruolo di garanzia del capo dello Stato non dovrebbe comportare l'esercizio di potestà così intense rispetto a quelle svolte dal presidente del Consiglio e dagli altri ministri (le volte in cui essi non fossero assistiti dalla garanzia parlamentare dell'art. 68, comma 2, Cost.).

<sup>38</sup> Sull'argomento v. ora G. Cavaggion, *La formazione del governo. Aspetti e problemi tra quadro costituzionale e nuove prassi*, Torino, 2020, 28 ss.

disciplina organizzativa strumentale al perseguimento dell'obiettivo di sistema, cioè a dire alla tutela dell'interesse costituzionalmente meritevole.

L'eventuale violazione di siffatte regole consuetudinarie e/o convenzionali non risalta tanto *ex se*, quanto per l'indiretta lesione del valore costituzionale al quale ineriscono e cui sono intrinsecamente legate. Il fatto è che la considerazione della forma di governo è legata all'idea della sua razionalizzazione di modo che il perseguimento di un obiettivo politico è assunto a criterio ordinatore per il funzionamento del sistema. L'efficienza è uno degli scopi di un qualsiasi assetto organizzativo, e ciò significa soprattutto interesse al mantenimento del sistema ma anche alla sua capacità di prendere decisioni.

L'introduzione di circuiti di responsabilità può essere un'aspirazione che si tende a realizzare.

In questa prospettiva alcuni segmenti della forma di governo possono risultare "stonati" rispetto al criterio assunto come fondamentale per il sistema e di conseguenza essere censurati.

La legislazione elettorale è stata un campo di esercizio di siffatta tecnica di giudizio. Essa è un tassello assolutamente fondamentale della forma di governo; oltretutto, è la disciplina di riferimento per i partiti politici che, appunto, aspirano a conseguire rappresentanza ed a divenire soggetti di governo. In un certo senso la regolamentazione elettorale è il vestito su misura del sistema dei partiti, per quanto esposta ad esiti segnati spesso da eterogenesi dei fini. Ma proprio per questo essa può essere sindacato anche sotto il versante degli esiti raggiunti<sup>39</sup>. Così si è ammesso nella nota sentenza sul *porcellum* che i principi di rappresentanza e libertà del voto vanno comparati con altro «obiettivo di rilievo costituzionale, qual è quello della stabilità del governo del Paese e dell'efficienza dei processi decisionali nell'ambito parlamentare»<sup>40</sup>. Un consistente monito al legislatore dell'*italicum* è stato rivolto riguardo i sistemi elettorali così differenti venutisi a creare con la l. n. 52/2015 per camera e senato, giacché «la Costituzione, se non impone al legislatore di introdurre, per i due rami del Parlamento, sistemi elettorali identici, tuttavia esige che, al fine di non compromettere il corretto funzionamento

<sup>39</sup> Sul sindacato di costituzionalità sulla legislazione elettorale in prospettiva comparatistica G. Delledonne, *Costituzione e legge elettorale. Un percorso comparatistico nello Stato costituzionale europeo*, Napoli, 2019, 20 ss., 137 ss.

<sup>40</sup> Corte costituzionale n. 1/2014.

della forma di governo parlamentare, i sistemi adottati, pur se differenti, non ostacolano, all'esito delle elezioni, la formazione di maggioranze parlamentari omogenee»<sup>41</sup>. Il rilievo è stato riferito alla disciplina elettorale vigente a seguito della mancata riforma costituzionale del 2016, ma è noto che già la legislazione elettorale configurata dalla l. n. 270/2006 aveva previsto l'attribuzione di premi di maggioranza su base nazionale per la Camera dei deputati ed a livello regionale per il Senato, in pretesa applicazione dell'art. 56 Cost., anche se in conflitto con l'art. 94 Cost. che pure esige il rapporto di fiducia del governo con entrambe le Camere e, quindi, con l'unica maggioranza parlamentare<sup>42</sup>.

Il giudice costituzionale avrebbe potuto essere più deciso nella parte in cui ha vagliato la possibilità del capolista eletto in più collegi plurinominali di scegliere il collegio al quale riferire l'elezione. L'esito è stato quello di eliminare l'opzione individuale e sostituirla con il sorteggio<sup>43</sup>: eppure la stessa possibilità di pluricandidature risulta dubbia perché mina il rapporto tra candidato e territorio e conduce ad una personalizzazione della politica – ossia al partito personale<sup>44</sup> - che non pare essere un obiettivo costituzionalmente meritevole perché è propria di sistemi politici che vedono l'elezione diretta del titolare dell'esecutivo senza la mediazione parlamentare ed in concreto dei partiti<sup>45</sup>. La prassi di pluricandidature è una forma di abuso del diritto che muove dalla spettacolarizzazione della politica e dal ruolo dei *leader* di partito, sino a far prefigurare l'elezione diretta di fatto del capo del governo, ma in contrasto con l'art. 92 Cost. che pure l'art. 14-bis del dpr n. 361/1957 dichiara voler rispettare<sup>46</sup>. Essa è in violazione degli artt. 46 e 57 Cost., i quali richiedono che l'elezione delle Camere avvenga sulla base di circoscrizioni territoriali; ciò dovrebbe significare che la stessa Costituzione esclude il collegio

<sup>41</sup> Corte costituzionale n. 35/2017.

<sup>42</sup> La conclusione critica sulla legislazione elettorale del 2005 può riferirsi anche alla scelta del Costituente di fissare durate diverse della legislatura del senato e della camera negli artt. 56 e 57, come se quella soluzione potesse consentire al governo di ottenere la fiducia pur richiesta dall'art. 94. Esempio di una disarmonia che investiva persino le disposizioni del testo originario della Costituzione.

<sup>43</sup> Sempre Corte costituzionale n. 35/2017.

<sup>44</sup> Riprendendo la terminologia di M. Calise, *Il partito personale*, Bari-Roma, 2000.

<sup>45</sup> Se si vuole A. Cariola, *Riflessioni su sovranità e rappresentanza*, in *Rivista AIC*, 2016, 4, 6 ss.

<sup>46</sup> La sentenza n. 35/2017 nella parte in cui assegna al sorteggio di risolvere il conflitto tra l'elezione di un candidato in più collegi dovrebbe trovare applicazione in via consequenziale anche riguardo l'attuale sistema vigente per le elezioni comunali e circoscrizionali, giacché gli artt. 56-57 d.lgs. n. 267/2000 impediscono di candidarsi a sindaco in più di un comune, ma consentono di candidarsi al consiglio in due comuni o in due circoscrizioni, e poi permettono all'eletto in due organi di optare per una delle cariche. Ad applicare il criterio indicato in sentenza l'opzione dovrebbe ritenersi incostituzionale; ma come indicato nel testo sarebbe coerente con il valore espresso dal collegamento tra territorio e rappresentanza politica un generale ed assoluto divieto di pluricandidature.

unico nazionale nella presentazione delle candidature e richiede al contrario un rapporto tra candidati e territori che è vanificato dalle pluricandidature.

Insomma, l'individuazione dei valori attorno ai quali è costruito il modello della forma di governo funge al tempo stesso da criterio di valutazione circa la coerenza delle singole prescrizioni vigenti sul piano della legislazione elettorale come su quello delle relazioni tra gli organi di governo e da guida alle proposte di riforma presentate in una logica coerente con i presupposti di sistema.

## 5. Segue: talune proposte.

In questa chiave potrebbe dirsi che meritano attenzione, anche al fine di renderle giustiziabili, molte regole atte a dare concretezza alla responsabilità politica ed alle funzioni dei partiti politici.

Così, il modello dello stato di partiti responsabili per l'azione di governo esercitata presuppone di porre in evidenza il ruolo da essi svolto nel tentativo di dare appunto risalto alla rispettiva responsabilità.

Non rispondono a tale logica le norme che limitano i mandati elettivi per sindaci<sup>47</sup>, consiglieri e presidenti di regione<sup>48</sup>.

Le esclusioni e/o limitazioni del principio di responsabilità in ambito locale appaiono di dubbia compatibilità costituzionale, specie a considerare che non sono previste a livello nazionale e che mal si coniugano con l'idea di autonomia che è anche esercizio di potestà di decisione politica<sup>49</sup>. Siffatte limitazioni possono certo giustificarsi in nome dell'esigenza di favorire il "ricambio" della rappresentanza

---

<sup>47</sup> Art. 51 d.lgs. n. 267/2000.

<sup>48</sup> Art. 2, lett. f), l. n. 165/2004, per le regioni ordinarie; art. 9 Statuto siciliano; art. 3 l.r. FVG n. 17/2007, riferito ai mandati dei consiglieri regionali; art. 20 l.r. FVG n. 17/2007, per il presidente della regione; art. 8 l.r. Sardegna n. 1/2008; art. 69 l.p. Bolzano n. 14/2017 sui mandati dei consiglieri provinciali; art. 14 l.p. Trento n. 2/2003; art. 3.1 l.r. VdA n. 3/1993, come introdotto dalla l.r. VdA n. 7/2019, sui mandati dei consiglieri provinciali tra i quali è eletto il presidente della regione.

<sup>49</sup> Ad esempio la previsione relativa ai rettori delle università statali mal si concilia con l'autonomia riconosciuta alle università dall'art. 33 Cost.

politica e trovare sostegno nell'art. 3 Cost.<sup>50</sup> A parte il fatto che, segnando una vistosa contraddizione, tali presupposti non sono efficaci in ambito nazionale, che è pure quello dove si adottano le scelte più importanti, le limitazioni finiscono per annullare il principio di responsabilità: in mancanza dell'identificazione tra partiti e candidati (almeno allo scadere del secondo mandato) viene di fatto annullata la responsabilità dei primi per quanto gli stessi hanno operato a mezzo dei loro eletti. È in fondo l'ennesima variazione – questa volta codificata - del modello, che si è definito *à la De Gasperi*, della distinzione tra ruoli di partito e funzioni di governo<sup>51</sup>. Epperò la responsabilità della classe politica è un valore anch'esso costituzionale, fondato alla fine sulla sovranità che l'art. 1 riconosce essere attribuzione del popolo e, per quest'ultimo, del corpo elettorale.

Sul diverso piano dell'organizzazione delle università, assimilabile però a quello politico per il numero e per il rilievo sociale degli elettori, oltre che per il fatto che il mondo universitario è stato sempre una risorsa per quello politico, la l. n. 240/2010, nota come legge Gelmini di riforma dell'università italiana, all'art. 2, ha sancito che il rettore sia eletto per sei anni e non sia rieleggibile, cioè sia irresponsabile, malgrado egli non possa ritenersi un organo tecnico alla stregua dei componenti il CSM o della Corte costituzionale, ma sia pienamente protagonista della programmazione della struttura e dell'attività dell'Ateneo, che è funzione tutta "politica". Per questo egli dovrebbe essere responsabile nei confronti della comunità universitaria composta da docenti, studenti e personale tecnico-amministrativo sulla cui vita incidono le scelte del rettore. Una soluzione più razionale sarebbe almeno quella di ridurre la durata del mandato e consentire la rielezione.

Della tendenza alla fuga dalla responsabilità politica sono espressioni anche le cd liste civiche spesso presenti a livello locale: esperienze che se possono avere un senso per le comunità più piccole, di certo non hanno significato per gli enti di dimensione media e grande, specie a considerare che spesso le liste sono composte da candidati già carichi di appartenenze partitiche. Il ricorso a cd liste civiche è

---

<sup>50</sup> Così Corte costituzionale n. 173/2019, a proposito del divieto del terzo mandato consecutivo per l'elezione dei Consigli circoscrizionali degli ordini forensi. La sentenza ha messo assieme il divieto di rielezione per organi quali il CSM, gli enti territoriali e gli ordini professionali, rispondenti a differenziate logiche di funzionamento.

<sup>51</sup> Che il limite ai mandati sia previsto nell'ordinamento statunitense per l'elezione del presidente (XXII emendamento, 1951) conferma la circostanza che l'assetto partitico americano non è affatto comparabile a quello presente in ambito europeo, appunto per l'assenza di partiti di massa ideologicamente caratterizzati. Il limite ai mandati si spiega, perciò, al tempo stesso come espressione di quell'esperienza e come presa di distanza – per così dire – dalla coeva realtà europea.

incompatibile con la forma di governo di partiti responsabili, perché o l'esperienza politica si trasforma in un partito politico vero e proprio, oppure si esaurisce in sé stessa, specie se conformata attorno ad un singolo individuo. Ricorda da vicino l'esperienza politica dell'antica Roma allorché si sospendeva l'ordinaria lotta politica ed il sistema di "pesi e contrappesi" tra senato e consoli e ci si affidava ad un dittatore, una specie di padre della patria.

La razionalizzazione della forma di governo secondo il modello dello Stato dei partiti dovrebbe condurre a vietare sigle politiche che rechino i nomi dei *leader* già al momento della competizione elettorale<sup>52</sup>. Può certo constatarsi la trasformazione dell'assetto partitico e la loro "liquidità", ma le regole istituzionali possono servire o solo a registrare lo stato dei fatti e quindi ad accettare ogni prassi, ovvero a tentare di indirizzare il funzionamento del sistema. I partiti personali sono espressione di una tendenza oligarchica, tutto il contrario di una formazione sociale ove tutti svolgono la loro personalità e niente affatto strumenti per concorrere a determinare la politica nazionale. Se in un ordinamento democratico l'attività politica è per definizione espressione dell'eguaglianza dei cittadini davanti alla legge ed occasione e mezzo per l'effettiva partecipazione all'organizzazione Paese, il partito personale o la lista elettorale con il nome del leader è per definizione un dis-valore costituzionale, perché ciò significa per l'appunto che gli aderenti al partito non sono affatto tutti uguali (né hanno la possibilità di pervenire al vertice del partito – che a quel punto dovrebbe cambiare nome).

I partiti personali riportano *in auge* l'epoca del notabilato in politica e del

conseguente trasformismo, in cui valeva l'appartenenza a cerchi magici di influenza. Anche a proposito del trasformismo può rassegnarsi alla prassi e giustificarla magari in nome del divieto di mandato imperativo<sup>53</sup>; ovvero può adottarsi una lettura restrittiva dell'art. 67 Cost., che garantisca sì l'impossibilità del parlamentare dissenziente dal partito di appartenenza di perdere il seggio, ma gli impedisca di trarre vantaggio dal cambio di appartenenza politica. L'ovvio riferimento è ai gruppi parlamentari che sono soggetti assolutamente necessari al

---

<sup>52</sup> Ancora A Cariola, Riflessioni su sovranità e rappresentanza, cit.

<sup>53</sup> Sul tema, per tutti, N. Zanon, Il libero mandato parlamentare: saggio critico sull'articolo 67 della Costituzione, Milano, 1991.

funzionamento delle Camere, secondo quanto già previsto dalla Costituzione<sup>54</sup>, e che sono in concreto i luoghi di esercizio della rappresentanza partitica.

La proposta è di fissare il finanziamento dei gruppi parlamentari – o almeno la gran parte dell'importo – alla consistenza dei gruppi quale risulta dall'esito elettorale e non alla loro consistenza variabile nel tempo a seguito delle modificazioni nelle composizioni degli stessi gruppi per il transito di parlamentari<sup>55</sup>. La riforma del Regolamento Senato intervenuta nel 2017 ha mosso un passo verso la razionalizzazione del sistema partitico, giacché ha disposto che i gruppi da costituire in Senato rappresentino «un partito o movimento politico, anche risultante dall'aggregazione di più partiti o movimenti politici, che abbia presentato alle elezioni del Senato propri candidati con lo stesso contrassegno, conseguendo l'elezione di Senatori»<sup>56</sup>. È singolare che la Camera non abbia seguito la modifica regolamentare<sup>57</sup>. La revisione regolamentare si inquadra appieno nella razionalizzazione della forma di governo e nella valorizzazione del programma politico, fatto al tempo stesso di idee e di persone, proposto al voto popolare. Risulta allora coerente con tale riforma escludere (non solo che si costituiscano gruppi con nomi diversi dalle sigle partitiche presentate in occasione delle elezioni, come pure è avvenuto al Senato nella corrente legislatura slabbrando la stessa previsione regolamentare, ma appunto) che il finanziamento dei gruppi parlamentari subisca incrementi o diminuzioni in conseguenza delle vicende di un trasformismo politico che non è passato dal consenso elettorale (quasi a guadagnarci quantomeno in termini di disponibilità di strutture e risorse

---

<sup>54</sup> Cfr. art. 14 Regolamento Camera; art. 14 Regolamento Senato.

<sup>55</sup> Infatti, per l'art. 14 Regolamento Camera «ai Gruppi parlamentari, in quanto soggetti necessari al funzionamento della Camera, secondo quanto previsto dalla Costituzione e dal Regolamento, sono assicurate a carico del bilancio della Camera le risorse necessarie allo svolgimento della loro attività». Inoltre, «per l'esplicazione delle loro funzioni ai Gruppi parlamentari è assicurata la disponibilità di locali e attrezzature, secondo modalità stabilite dall'Ufficio di Presidenza, tenendo presenti le esigenze di base comuni ad ogni Gruppo e la consistenza numerica dei Gruppi stessi. È altresì assicurato annualmente a ciascun Gruppo un contributo finanziario a carico del bilancio della Camera, unico e onnicomprensivo, a copertura di tutte le spese di cui al comma 4, incluse quelle per il personale, secondo modalità stabilite dall'Ufficio di Presidenza. Il contributo è determinato avendo riguardo alla consistenza numerica di ciascun Gruppo. Le dotazioni ed i contributi assegnati al Gruppo misto sono determinati avendo riguardo al numero e alla consistenza delle componenti politiche in esso costituite, in modo tale da poter essere ripartite fra le stesse in ragione delle esigenze di base comuni e della consistenza numerica di ciascuna componente», art. 15. Secondo l'art. 16 Regolamento Senato «ai Gruppi parlamentari è assicurata la disponibilità di locali, attrezzature e di un unico contributo annuale, a carico del bilancio del Senato, proporzionale alla loro consistenza numerica».

<sup>56</sup> Art. 14 Regolamento Senato.

<sup>57</sup> Addirittura l'art. 5 Regolamento Camera prevede che l'Ufficio di presidenza modifichi la propria composizione in dipendenza della costituzione di nuovi gruppi o di loro modificazioni.

dall'abbandonare un gruppo ed accrescerne un altro)<sup>58</sup>. Non verrebbe incisa la libertà del singolo parlamentare (che va garantita anche a mezzo dell'esclusione del voto di fiducia sulle questioni di coscienza e sulle leggi di sistema, ad iniziare da quelle elettorali); solo verrebbe razionalizzato un modello politico che muove dalla fase di richiesta di consenso elettorale all'interno di liste espressione di partiti politici i quali, appunto, sono i "laboratori" dei programmi di governo ed i primi destinatari del voto (oltre che dei diversi istituti tipici della legislazione elettorale, dalle soglie di sbarramento ai premi di maggioranza).

La proposta porta a prendere sul serio l'appartenenza partitica dei candidati quale risulta nella fase elettorale e si esercita nell'attività dei gruppi parlamentari, che dei partiti sono le espressioni. Inquieta, semmai, che il nostro Paese si ritrovi ancora oggi a fare i conti con l'esperienza del trasformismo e, quindi, ad immaginare soluzioni normative per contrastarlo, mentre la soluzione avrebbe dovuto essere e dovrebbe tuttora essere di ordine soprattutto culturale.

Certo, i gruppi parlamentari sono articolazioni necessarie delle camere e non a caso sono previsti in Costituzione<sup>59</sup>. Intervengono in ogni circostanza ed in particolar modo nel procedimento legislativo: si pensi solo al fatto che in genere la posizione del gruppo è sostenuta da un solo rappresentante, sino appunto a stabilire che nella discussione sulle linee generali di un progetto di legge intervenga un parlamentare per gruppo<sup>60</sup>. Invero, tutta l'organizzazione dei lavori parlamentari, ad iniziare dai tempi di discussione, è basata sulla presenza dei gruppi. Le possibili violazioni delle procedure parlamentari atte ad assicurare la piena e libera partecipazione dei medesimi parlamentari alle decisioni delle camere incidono per questo sulle attribuzioni dei gruppi. Si potrebbe dire che *in re ipsa* la violazione delle regole di procedure in modo tale da compromettere lo *status* di parlamentare e le relative funzioni, secondo l'ammissione che in via

---

<sup>58</sup> Alcune vicende italiane sembrano confermare appieno i modelli elitisti, perché non sono poche le occasioni in cui movimenti politici si sono costituiti dapprima in parlamento e poi nel Paese, anche se i risultati elettorali non sono stati lusinghieri. Il fenomeno, peraltro, è stato consolidato da alcune regole adottate dal ceto politico che, per un verso, favoriscono la nascita e la sopravvivenza dei partiti parlamentari e, per altro verso, attribuiscono ai loro leader un rilevante peso contrattuale al momento della formazione delle liste elettorali: si pensi, per tutti, alla clausola prevista dall'art. 18-bis dpr n. 361/1957, secondo cui «nessuna sottoscrizione è richiesta per i partiti o gruppi politici costituiti in gruppo parlamentare in entrambe le Camere all'inizio della legislatura in corso al momento della convocazione dei comizi». Sul punto v. A.G. Lanzafame, *La vis expansiva della rappresentanza. Forme di governo, vocazione presidenziale, resistenze costituzionali*, Torino, 2019, 300, che nota come tale fenomeno contribuisca «ad escludere i rappresentanti dal processo di determinazione dell'offerta politica».

<sup>59</sup> Sull'argomento, per tutti, A. Ciancio, *I gruppi parlamentari*, Torino, 2008.

<sup>60</sup> Art. 83 Regolamento Camera; art. 109 Regolamento Senato.

generale ne ha fatto la Corte costituzionale nell'ordinanza n. 17/2018, si riflette anche nella lesione delle attribuzioni del gruppo cui il parlamentare appartiene. Secondo i regolamenti parlamentari l'attività delle camere si svolge a mezzo dei gruppi e non appare possibile non riconoscere a tali formazioni sociali il diritto di difendere le rispettive funzioni, cioè a dire quello di agire per il rispetto delle norme costituzionali e sub-costituzionali che assegnano loro competenze e ruoli.

Le ordinanze della Corte costituzionale n. 17/2018 e n. 60/2020 hanno di fatto sinora rinviato la decisione sulla legittimazione dei gruppi a sollevare conflitto di attribuzione. Si è riconosciuto che «nell'ambito di istituzioni complesse, articolate e polifunzionali, qual è il Parlamento e quali sono le singole Camere, molteplici sono gli organi che possono configurarsi come poteri a sé stanti, idonei a essere parti nei conflitti di attribuzione»<sup>61</sup>; e si è ammesso «l'indiscutibile ruolo svolto dai gruppi parlamentari quali espressioni istituzionali del pluralismo politico (sentenze n. 174 del 2009, n. 193 del 2005, n. 298 del 2004 e n. 49 del 1998), venendo garantita dagli artt. 72, terzo comma, e 82, secondo comma, della Costituzione la tendenziale proporzionalità ai gruppi stessi nella composizione delle commissioni»; anche se si è subito aggiunto che ciò «non comporta, di per sé, che si debba riconoscere agli stessi la titolarità delle medesime prerogative spettanti a ciascun membro del Parlamento»

<sup>62</sup>. In realtà, si tratta di decisioni che risultano pressoché interlocutorie, specie a considerare – come ricordato dalla stessa Corte – che «nella giurisprudenza costituzionale la nozione di “potere dello Stato” ai fini della legittimazione a sollevare conflitto di attribuzione ... abbraccia tutti gli organi ai quali sia riconosciuta e garantita dalla Costituzione una quota di attribuzioni costituzionali (ex plurimis, sentenze n. 87 e n. 88 del 2012) o sia affidata una pubblica funzione costituzionalmente rilevante e garantita»<sup>63</sup>.

Ora, in uno con il fatto che nei procedimenti parlamentari, ad iniziare da quello legislativo, i gruppi esercitano poteri che i singoli deputati/senatori non possono svolgere, la loro legittimazione a difendere tali attribuzioni discende appunto dai regolamenti parlamentari in diretta attuazione della Costituzione: essi risultano titolari di una sfera di poteri/competenze/facoltà che trovano nel giudizio sui conflitti la sede naturale di cognizione.

---

<sup>61</sup> Corte costituzionale, n. 17/2018.

Per ritornare al tema dei partiti, sullo sfondo dei gruppi parlamentari si profila la considerazione (se non la valorizzazione) appunto del ruolo dei partiti dei quali i primi sono appunto espressione. La soggettività giuridica dei gruppi parlamentari anche ai fini della legittimazione ad agire nella particolare sede del giudizio costituzionale è un tassello di ordine istituzionale che dovrebbe contribuire anch'esso a dare rilievo pubblico all'azione dei partiti politici di riferimento, alla stregua dell'idea di responsabilizzarne l'attività, in maniera coerente al tentativo di razionalizzare la forma di governo a partire appunto dal loro ruolo.

# L'INIZIATIVA REGIONALE PER IL REFERENDUM ABROGATIVO NAZIONALE: CORRETTIVO DEL PARLAMENTARISMO ITALIANO?

**Fabio Ratto Trabucco**

*Research Fellow in Diritto pubblico italiano e comparato*

**ABSTRACT** [ITA]: Il contributo analizza il potere d'iniziativa referendaria consiliare regionale ai fini del referendum nazionale abrogativo, ex art. 75, Cost., in un quadro attuativo che denota ostacoli per la sua implementazione. Tuttavia, resta comprovato che, da un lato, si tratta di una titolarità sub-statale che trova rarissimi esempi nel quadro comparato, mentre dall'altro s'assiste in Italia ad una recente enfasi sull'utilizzo dell'istituto dopo le prime iniziative regionali degli anni Novanta del secolo scorso (referendum *upstream* del 2015 e richiesta manipolativa inammissibile per il *Rosatellum* del 2019). Altresì è esaminato il quesito circa la configurazione dell'istituto quale ipotesi correttiva del parlamentarismo che non appare peregrina a fronte di una sempre maggiore consapevolezza regionale d'incidere sulle logiche dell'indirizzo di governo nazionale attraverso il potere di richiesta del referendum abrogativo il cui esito approvativo appare potenzialmente capace di "sfiduciare" le politiche dell'esecutivo.

**ABSTRACT** [ENG]: *The article analyzes the regional council referendum initiative for the national abrogative referendum, ex art. 75, Const., in a framework that denotes obstacles to its implementation. However, it remains proven that, on the one hand, it is a sub-state entitlement that finds extremely rare examples in the comparative overview, while on the other hand we are witnessing in Italy a recent emphasis on the use of the institute after the first regional initiatives of the Nineties of the last Century (upstream referendum of 2015 and inadmissible manipulative request for the Rosatellum Act of 2019). It is also examines the question of configuration of the tool as a corrective hypothesis of parliamentarism which does not appear peculiar in the face of an ever greater regional awareness of possibility to influence the national government policy. Particularly, through the power to request the abrogative referendum whose approval outcome appears potentially as a vote of no confidence towards executive policies.*

**SOMMARIO: 1.** L'evoluzione storica dell'iniziativa referendaria regionale abrogativa nazionale. – **2.** L'iniziativa referendaria sub-statale a valenza nazionale nel quadro comparato. – **3.** L'iniziativa referendaria regionale abrogativa nazionale fra caratteri ed ostacoli. – **3.1.** *Segue:* l'area d'azione dell'iniziativa referendaria regionale. – **4.** I fattori comuni delle iniziative referendarie regionali a fini abrogativi nazionali. – **5.** Il caso del referendum abrogativo d'iniziativa regionale sulle cd. trivelle del 2016. – **6.** Il *referendum* abrogativo nazionale quale generale ipotesi correttiva del parlamentarismo? – **7.** La consapevolezza e capacità regionale d'incidere sulle logiche di Governo nazionale a mezzo *referendum* abrogativo.

## **1. L'evoluzione storica dell'iniziativa referendaria regionale abrogativa nazionale.**

Il presente contributo intende soffermarsi sulla peculiare titolarità riconosciuta per via costituzionale agli enti regionali italiani circa l'iniziativa degli organi consiliari ai fini dell'indizione del *referendum* nazionale abrogativo, ex art. 75, Cost. Da cui le correlate potenziali discendenti ricadute sulla stessa architettura costituzionale, ed ipoteticamente anche in punto di forma di governo, laddove tale potestà sia oggetto di ricorso sistematico e reiterato, anche sotto mera forma d'ipotesi d'avvio dell'iniziativa, come appare nell'ultimo quinquennio.

Al riguardo occorre anzitutto chiarire che il ricorso a tal potere d'iniziativa referendaria da parte delle assisi consiliari regionali, previsto dall'art. 29 della l. n. 352/1970, è stato una rarità nell'ampio panorama delle iniziative referendarie abrogative che hanno costellato il cinquantennio repubblicano in cui l'istituto ha operato. Occorre infatti considerare come *dies a quo* l'entrata in vigore della suddetta legge attuativa recante «Norme sui *referendum* previsti dalla Costituzione e sulla iniziativa legislativa del popolo» – faticosamente varata dopo la rigida chiusura della classe politica<sup>1</sup> e la cd. convenzione antireferendaria<sup>2</sup> –, in sede di accordo politico per l'approvazione della contestuale l. n. 898/1970, cd. Fortuna-Baslini, in tema di scioglimento del matrimonio, *id est* divorzio. L'articolato, che s'è rivelato da subito

---

<sup>1</sup> Cfr. A. BALDASSARRE, *Il referendum abrogativo nel sistema costituzionale: un bilancio*, in P. BARILE, E. CHELI, S. GRASSI (cur.), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, 1982, pp. 469-470.

<sup>2</sup> Cfr. E. BETTINELLI, *Itinerari della razionalizzazione della convenzione antireferendaria*, in *Pol. dir.*, n. 5/1978, p. 519.

inadeguato<sup>3</sup> per l'evidente macchinosità procedurale referendaria, "inventa" anzitutto il discusso Ufficio centrale per il referendum presso la Suprema Corte di cassazione quale organo di natura neutrale titolato a sindacare la legittimità delle richieste referendarie nazionali<sup>4</sup>, senza possibilità alcuna d'impugnazione delle sue decisioni<sup>5</sup> salva revocazione<sup>6</sup>. La normativa disciplina nel dettaglio i procedimenti per i referendum nazionali abrogativi e costituzionali confermativi nonché per le consultazioni di creazione e fusione regionale e di variazione territoriale regionale per distacco-aggregazione comunale e provinciale, ex art. 132, Cost., che, pur con meri effetti consultivi locali, hanno rilevanza nazionale necessitando d'implementazione legislativa statale<sup>7</sup>. La legge referendaria, stante lacune ed aporie, non è rimasta indenne da generali critiche di costituzionalità<sup>8</sup>. Anzi, è stata oggetto d'espressi interventi ablativi della Consulta, con particolare riguardo a limiti ed oneri imposti ai promotori<sup>9</sup> ovvero al procedimento in sé, per finalità meramente dilatorie, se non del tutto impeditive<sup>10</sup>, della consultazione<sup>11</sup> e dei suoi effetti<sup>12</sup>. Per l'effetto la

<sup>3</sup> Cfr. A. CHIMENTI, *Storia dei referendum. Dal divorzio alla riforma elettorale 1974-1999*, Roma-Bari, 1999, p. 61.

<sup>4</sup> Cfr. R. PINARDI, *L'Ufficio centrale per il referendum presso la Corte di cassazione*, Milano, 2000, pp. 10-14 e V. CRISAFULLI, *Non convince l'Ufficio Centrale per il Referendum*, in *Giur. cost.*, n. 10/1984, pp. 2259-2267.

<sup>5</sup> Cfr. G. COCOZZA, *Il difetto assoluto di giurisdizione con riferimento alle determinazioni dell'Ufficio centrale per il referendum*, in *Giustamm.it*, n. 7/2016, pp. 1-8 e F. RATTO TRABUCCO, *L'insindacabilità avanti al giudice amministrativo degli atti adottati dall'ufficio centrale per il referendum: tante incertezze per una comoda soluzione?*, in *Nuova rass. leg., dottr. e giur.*, n. 8/2008, pp. 944-956.

<sup>6</sup> Cfr. F. RATTO TRABUCCO, *L'ammissibilità del ricorso per revocazione per errore di fatto ex art. 395, n. 4, C.P.C., avverso i provvedimenti dell'ufficio centrale per il referendum*, in *Nuova rass. leg., dottr. e giur.*, n. 15/2009, pp. 1645-1655.

<sup>7</sup> Cfr. D. TRABUCCO, *Le variazioni territoriali delle Regioni nella Costituzione*, Napoli, 2014, pp. 188-206 e M. PEDRAZZA GORLERO, M. NICOLINI, *Il principio costituzionale del consent nella decisione delle variazioni territoriali degli enti intermedi*, in *Dir. pub. comp. eur.*, n. 3/2010, pp. 1070-1106.

<sup>8</sup> Cfr. I. DE ANGELIS, *Ipotesi di illegittimità costituzionale della legge 25 maggio 1970 n. 352 sul referendum per violazione dell'art. 48, comma 2 della Costituzione*, in *Riv. amm. Rep. it.*, n. 12/1987, pp. 1057-1058.

<sup>9</sup> Corte cost., 10 novembre 2004, n. 334, per l'art. 42, comma 2, in punto di oneri deliberativi nonché, implicitamente, in forza dell'interpretazione dell'Ufficio centrale per il referendum, per l'art. 44, comma 3, circa l'area di votazione per i referendum di variazione territoriale regionale. Cfr. F. RATTO TRABUCCO, *Sulla presunta incostituzionalità del quorum della maggioranza assoluta sugli iscritti alle liste elettorali per i referendum territoriali ex art. 132 Cost.*, in *Ist. fed.*, n. 6/2007, pp. 843-869.

<sup>10</sup> Corte cost., 17 maggio 1978, n. 68, per l'art. 39, in punto di sopravvenuta abrogazione della normativa con contestuale reviviscenza della medesima che impone per l'effetto il trasferimento del quesito. Cfr. G. FERRI, *Richiesta referendaria e nuova disciplina legislativa (a proposito dell'ordinanza con cui l'Ufficio Centrale per il Referendum ha disposto il "trasferimento" del quesito sul nucleare)*, in *Rass. parl.*, n. 3/2011, pp. 629-641 e A. MORRONE, *La "legge vigente" e il sindacato dell'Ufficio centrale per il referendum*, in *Quad. cost.*, n. 2/1999, pp. 297-357.

stessa Corte ha svolto un notevole ruolo di supplenza legislativa<sup>13</sup>, finendo così per accentuare le ambiguità dell'istituto referendario abrogativo laddove prodotto dalla cultura giuridica forgiata sul diritto statalistico di stampo tedesco già dominante in Costituente<sup>14</sup> e ben lontana dalla tradizione della democrazia pluralistica statunitense ovvero democratico-popolare elvetica<sup>15</sup>. Indi si può ancora dibattere se trattasi d'atto imputabile al solo popolo<sup>16</sup> ovvero manifestazione di volontà dello Stato<sup>17</sup>, di controllo<sup>18</sup> oppure di legislazione, assimilabile alla legislazione ordinaria<sup>19</sup> ovvero travalicante la stessa in forza del *surplus* di legittimazione<sup>20</sup>. Niente di quanto sancito all'art. 75, Cost., appare esaustivo, bensì necessita d'essere interpretato sin dall'applicazione della disposizione<sup>21</sup>: una norma compromissoria dal carattere incompleto a fattispecie aperta<sup>22</sup>, come del resto tipico di tutte le disposizioni costituzionali sulla forma di governo<sup>23</sup>, a fronte di un ruolo referendario nei rapporti politico-istituzionali ogni volta diverso<sup>24</sup> ed anche aprioristicamente imprevedibile.

È ampiamente noto come le prime consultazioni referendarie degli anni Settanta ed Ottanta sono state attivate esclusivamente da comitati promotori di cittadini

<sup>11</sup> Cfr. G.M. SALERNO, *La richiesta di referendum abrogativo tra scioglimento delle Camere e tempestività del deposito*, in *Giur. cost.*, n. 5/1992, pp. 3587-3599 e M. LONGO, *Sull'interpretazione del secondo comma dell'art. 34 della legge 25 maggio 1970, n. 352 sui referendum*, in *Giust. civ.*, n. 7-8/1972, pp. 110-113.

<sup>12</sup> Cfr. A. GELPI, *Circa l'art. 37 della legge 25 maggio 1970, n. 352*, in *L'amm. it.*, n. 4/1974, pp. 476-477.

<sup>13</sup> Cfr. M. VOLPI, *Una "storia infinita": l'influenza dei referendum abrogativi sul sistema politico-istituzionale*, in *Pol. dir.*, n. 2/1992, p. 234-235.

<sup>14</sup> Cfr. A. BALDASSARRE, *Costituzione e teoria dei valori*, in *Pol. dir.*, n. 4/1991, pp. 639-658.

<sup>15</sup> Cfr. ID., *Referendum e legislazione*, in M. LUCIANI, M. VOLPI (cur.), *Referendum. Problemi teorici ed esperienze costituzionali*, Roma-Bari, 1992, pp. 36-40.

<sup>16</sup> Cfr. E. DE MARCO, *Contributo allo studio del referendum nel diritto pubblico italiano*, Padova, 1974, pp. 229-230. *Contra*, G. AZZARITI, *Intervento*, in AA.VV., *Il referendum elettorale. Un dibattito «a caldo»*, in *Pol. dir.*, n. 2/1999, p. 277 ss.

<sup>17</sup> Cfr. D. NOCILLA, *Popolo (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, p. 370 ss. e M. LUCIANI, *Art. 75. Il referendum abrogativo*, in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO (cur.), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 2005, p. 610 ss.

<sup>18</sup> In tema, si vedano: S. PANUNZIO, *Esperienze e prospettive del referendum abrogativo*, in AA.VV., *Attualità e attuazione della Costituzione*, Bari, 1979, p. 72 ss.; G. ZAGREBELSKY, *Il dettato costituzionale in tema di referendum, funzione e poteri della Corte di Cassazione e della Corte costituzionale. Le otto richieste radicali di referendum*, Roma, 1978, p. 24 ss.; S. GALEOTTI, *Controlli costituzionali*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, p. 319 ss.

<sup>19</sup> Cfr. C. CHIOLA, *Il referendum come atto legislativo: conflitto tra richieste e limiti*, in *Politica del diritto*, n. 3/1987, pp. 335-347 e F. CUOCOLO, *Note introduttive sul referendum*, in AA.VV., *Studi per il XX Anniversario dell'Assemblea costituente*, VI, Firenze, 1969, p. 71.

<sup>20</sup> Cfr. E.W. BÖCKENFÖRDE, *Democrazia e rappresentanza*, in *Quad. cost.*, n. 2/1985, pp. 227-263.

<sup>21</sup> Cfr. A. BALDASSARRE, *Il referendum costituzionale*, in *Quad. cost.*, n. 2/1994, pp. 235-260.

<sup>22</sup> Cfr. A. MANGIA, *Referendum*, Padova, 1999, p. 6 ss.

<sup>23</sup> Cfr. M. DOGLIANI, *Interpretazioni della Costituzione*, Milano, 1982, p. 80 ss. e L. ELIA, *Governo (forme di)*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, p. 635 ss.

<sup>24</sup> Cfr. G.M. SALERNO, *Il referendum*, Padova, 1992, p. 29 ss.

elettori per la successiva raccolta delle prescritte cinquecentomila sottoscrizioni su quesiti altamente ideologici e divisivi (es. scioglimento del matrimonio, interruzione volontaria di gravidanza, ergastolo, ordine pubblico, etc.). Occorre infatti attendere oltre due decenni dal varo della legge attuativa per vedere integralmente implementato l'istituto referendario abrogativo con il debutto dell'iniziativa consiliare regionale, laddove solo nel settembre 1992 sono state depositate le prime cinque richieste referendarie abrogative nazionali su istanza di complessivi ben dodici Consigli regionali. Il frangente non era certo casuale a fronte del collasso della cd. prima Repubblica travolta dalle corrotte ed annessi scandali giudiziari e della veemente spinta autonomista del Nord Italia. Prova ne sia il fatto che, salvo la Basilicata, le delibere regionali provenivano tutte da Regioni centro-settentrionali (Emilia-Romagna, Lombardia, Marche, Piemonte, Toscana, Trentino Alto-Adige, Umbria, Valle d'Aosta e Veneto) e, nel dettaglio, l'ente formale «promotore» del quesito, in qualità di primo soggetto deliberante<sup>25</sup>, radicava sempre fra le medesime (Lombardia, Trentino Alto-Adige [per tre quesiti] ed Umbria)<sup>26</sup>.

Si trattava a ben vedere d'iniziative regionali tutte anticentraliste volte a dilatare l'area di competenza regionale<sup>27</sup> con funzione di profonda contestazione del sistema politico<sup>28</sup> quali tese all'abolizione dei quattro Ministeri dell'agricoltura e delle foreste, dell'industria, commercio e artigianato, del turismo e dello spettacolo nonché della sanità, oltre ad un quinto quesito relativo alla soppressione di variegate funzioni amministrative statali. Orbene, i quesiti sui dicasteri dell'agricoltura<sup>29</sup> e del turismo<sup>30</sup> hanno passato indenni il vaglio di ammissibilità della Corte costituzionale e sono stati così le prime due consultazioni abrogative nella storia costituzionale italiana attivate su impulso regionale. Le stesse sono state oggetto anche d'ampia successiva approvazione popolare<sup>31</sup>, particolarmente per il pleonastico dicastero del turismo<sup>32</sup>

<sup>25</sup> Art. 10, comma 1, l. n. 352/1970. Cfr. A. LOIODICE, A. BRIGHINA, *Referendum*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVI, Roma, 1991, p. 9.

<sup>26</sup> I quesiti referendari depositati nel 1992 originavano da delibere di richiesta referendaria abrogativa promosse in tre casi dal Trentino Alto-Adige ed in un caso ciascuno dalla Lombardia (abolizione di funzioni amministrative statali) e dall'Umbria (abolizione del Ministero dell'industria, del commercio e dell'artigianato).

<sup>27</sup> Cfr. G. GEMMA, *Soppressione di ministeri mediante referendum: la Corte apre, anzi spalanca le porte*, in *Giur. cost.*, n. 1/1993, pp. 187-188.

<sup>28</sup> Cfr. B. CARAVITA, *I referendum del 1993 tra crisi del sistema politico e suggestioni di riforma*, in *Giur. it.*, n. 12/1993, p. 562.

<sup>29</sup> Corte cost., 4 febbraio 1993, n. 26. Cfr. B.G. MATTARELLA, *Il futuro dell'agricoltura nel sistema amministrativo statale*, in *Riv. giur. amb.*, n. 2/1993, pp. 247-250.

<sup>30</sup> Corte cost., 4 febbraio 1993, n. 35.

<sup>31</sup> Il quesito referendario sull'abolizione del Ministero dell'agricoltura e delle foreste è stato approvato nella votazione del 18-19 aprile 1993 con il 70,23% di voti favorevoli a fronte del 76,89% di elettori votanti. Fonte: Ministero dell'Interno.

pur a fronte di nodi post-referendari relativi alla riorganizzazione amministrativa del settore<sup>33</sup>. I restanti quesiti sono invece incappati nella deficiente chiarezza ed omogeneità della domanda per le funzioni amministrative statali<sup>34</sup> ed il dicastero dell'industria<sup>35</sup> ovvero nell'assenza d'evidenza ed univocità del fine abrogativo per il dicastero della sanità<sup>36</sup>. Al riguardo non è mancata la critica per una certa incoerenza complessiva delle decisioni ovvero un mancato atteggiamento di *self-restraint* della Corte<sup>37</sup>, che potrebbe ricondursi anche a circostanze estranee e quindi extra-giuridiche allo scrutinio d'ammissibilità stante il peculiare frangente storico, fra cui forse anche la stessa nuova provenienza regionale dei quesiti a fronte di giudici costituzionali di nomina ed elezione centrali. In sede comparativa dei giudicati emergeva anche una "sospetta" mancata collegialità (ovvero scarso coordinamento)<sup>38</sup> circa l'esistenza d'ulteriori testi legislativi relativi a competenze dei dicasteri sopprimendi<sup>39</sup>. Tale causa d'inammissibilità era stata infatti evocata per il quesito relativo al Ministero dell'industria ma non anche nel caso del dicastero agricolo pur a fronte di un quadro normativo delle funzioni eccedente l'abrogazione richiesta. Il tutto per quanto le disposizioni escluse avrebbero con buona probabilità perduto efficacia in caso d'approvazione referendaria<sup>40</sup> come annotato anche in relazione ad altri casi di rigetto per la medesima motivazione<sup>41</sup> ovvero avrebbero potuto ritenersi sanabili ad opera dell'Ufficio centrale per il referendum in quanto meri difetti di formulazione dei quesiti<sup>42</sup>.

<sup>32</sup> Il quesito referendario sull'abolizione del Ministero del turismo e dello spettacolo è stato approvato nella votazione del 18-19 aprile 1993 con il 82,28% di voti favorevoli a fronte del 76,88% di elettori votanti. Fonte: Ministero dell'Interno.

<sup>33</sup> Cfr. L. PIETROLATA, *Il Ministero del Turismo fra profili istituzionali e profili organizzativi: le problematiche di una soppressione*, in *Giur. it.*, n. 12/1993, pp. 2219-2224.

<sup>34</sup> Corte cost., 4 febbraio 1993, n. 29.

<sup>35</sup> Corte cost., 4 febbraio 1993, n. 36.

<sup>36</sup> Corte cost., 4 febbraio 1993, n. 34.

<sup>37</sup> Cfr. P. CARROZZA, in R. ROMBOLI (cur.), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1990-1992)*, Torino, 1993, p. 324. *Contra*, R. ROMBOLI, *Nota Corte cost.*, 4 febbraio 1993, nn. 26-38, in *Foro it.*, n. 1/1993, p. 641.

<sup>38</sup> Cfr. S. BARTOLE, *I «referendum regionali» e la giurisprudenza costituzionale*, in *Le Reg.*, n. 2-3/1997, p. 239.

<sup>39</sup> Cfr. P. COSTANZO, *Teoria e pratica dell'iniziativa referendaria regionale*, in *Giur. cost.*, n. 1/1993, pp. 183-184 e G. PARODI, *L'iniziativa referendaria regionale al vaglio della Corte costituzionale*, in *Le Reg.*, n. 5/1993, p. 1457.

<sup>40</sup> Cfr. G. PARODI, *L'iniziativa referendaria*, *op. ult. cit.*, p. 1462.

<sup>41</sup> Cfr. F. SORRENTINO, *Referendum elettorali ed «omogeneità»*, in *Giur. cost.*, n. 2/1991, p. 1541 e S. BARTOLE, *Carenze di «drafting» e inammissibilità del «referendum» sulla caccia*, in *Le Reg.*, n. 3-4/1981, p. 763.

<sup>42</sup> Cfr. P. CARNEVALE, *Il «referendum» abrogativo e i limiti alla sua ammissibilità nella giurisprudenza costituzionale*, Padova, 1992, pp. 259-273.

Indi, è seguito il corposo pacchetto di ben dodici iniziative regionali del 1996 attinenti sì ad un coacervo di tematiche, ma pur sempre ancora riconducibili al denominatore comune del possibile ampliamento delle autonomie regionali e locali ed alla corrispondente compressione delle spesso, asfissianti ed ingiustificate, funzioni e competenze amministrativo-burocratico statali<sup>43</sup>. Pur a fronte di una vivace critica dottrina nel merito sino all'irresponsabilità delle iniziative regionali<sup>44</sup>, circa l'inadeguatezza dello strumento onde pervenire alla riforma degli assetti dell'ordinamento regionale<sup>45</sup>, anche quale sorta di *referendum* d'indirizzo<sup>46</sup> ovvero alternativa al ricorso alla Consulta<sup>47</sup>, l'impulso appariva sintomatico del superamento dell'immobilismo regionale come strumento di pressione del legislatore anche nel quadro del progetto di revisione costituzionale allora *in itinere*, la cd. Bicamerale D'Alema.

Fra le materie referendarie sono stati però ammessi solo i cinque quesiti per la soppressione dei concorsi unici nel pubblico impiego<sup>48</sup>, l'abolizione del Ministero delle riforme agricole, alimentari e forestali<sup>49</sup>, la soppressione dei controlli statali sugli atti amministrativi regionali<sup>50</sup>, il superamento della figura dei segretari comunali e provinciali<sup>51</sup> nonché l'eliminazione di una serie di controlli di legittimità regionali sugli atti degli atti locali<sup>52</sup>. Non hanno superato il vaglio costituzionale, invece, le restanti sette questioni relative alle abolizioni del Dipartimento del turismo e dello spettacolo presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri<sup>53</sup>, del Ministero della sanità<sup>54</sup>, delle funzioni statali di indirizzo e coordinamento regionale<sup>55</sup>, dei limiti

<sup>43</sup> Cfr. F. PIZZETTI, *I «referendum regionali» e la giurisprudenza costituzionale*, in *Le Reg.*, n. 2-3/1997, p. 259-265.

<sup>44</sup> Cfr. R. TOSI, *I «referendum regionali» e la giurisprudenza costituzionale*, in *Le Reg.*, n. 2-3/1997, p. 257.

<sup>45</sup> Cfr. S. BARTOLE, *I «referendum regionali»*, cit., p. 238.

<sup>46</sup> G. MOR, *I «referendum regionali»*, cit., p. 272.

<sup>47</sup> Cfr. F. PIZZETTI, *I «referendum regionali»*, cit., p. 262.

<sup>48</sup> Corte cost., 10 febbraio 1997, n. 14. Cfr. R. ALESSE, *Richiesta di referendum popolare. Abolizione del concorso unico, accentrato presso la Presidenza del Consiglio, nella pubblica amministrazione. Ammissibilità*, in *Giur. cost.*, n. 1/1997, pp. 97-99.

<sup>49</sup> Corte cost., 10 febbraio 1997, n. 15.

<sup>50</sup> Corte cost., 10 febbraio 1997, n. 21. Cfr. G. BIANCO, *Richiesta di referendum abrogativo popolare. Composizione e competenze dell'organo che esercita la funzione del controllo statale sugli atti amministrativi delle Regioni. Individuazione degli atti sottoposti al controllo. Ammissibilità*, in *Giur. cost.*, n. 1/1997, pp. 158-159.

<sup>51</sup> Corte cost., 10 febbraio 1997, n. 22.

<sup>52</sup> Corte cost., 10 febbraio 1997, n. 25. Cfr. F. FEDE, *Richiesta di referendum abrogativo popolare. Ordinamento delle Autonomie locali. Competenze affidate ai CORECO in ordine agli atti di Comuni e Province. Riduzione dell'area del controllo c.d. eventuale. Ammissibilità*, in *Giur. cost.*, n. 1/1997, pp. 183-184.

<sup>53</sup> Corte cost., 10 febbraio 1997, n. 16.

<sup>54</sup> Corte cost., 10 febbraio 1997, n. 17.

statali alle attività promozionali all'estero delle Regioni<sup>56</sup>, dei limiti statali alla partecipazione regionale alle attività dell'Unione europea<sup>57</sup>, del Ministero dell'industria, del commercio e dell'artigianato<sup>58</sup> nonché dei poteri di direttiva statali sulle funzioni amministrative statali delegate alle Regioni<sup>59</sup>. Peraltro, le quattro decisioni circa la soppressione del dicastero sanitario, dei limiti statali alle attività promozionali regionali estere ed alla partecipazione regionale alle attività dell'Unione europea nonché dei poteri di direttiva statali sulle funzioni amministrative delegate alle Regioni, hanno registrato nuove prese di posizione della Consulta non conformi alla precedente giurisprudenza sedimentata dagli anni Settanta laddove s'è registrato un radicale ampliamento per l'interpretazione del limite delle leggi costituzionalmente necessarie ovvero a contenuto costituzionalmente vincolato<sup>60</sup>.

Peraltro, fra le ridette cinque consultazioni ammesse solamente una è giunta effettivamente al voto e cioè quella relativa alla soppressione del dicastero delle riforme agricole, peraltro ad esito nullo stante l'insufficiente partecipazione popolare<sup>61</sup>. Per i restanti quattro quesiti è stata invece dichiarata la chiusura delle operazioni in forza di *ius superveniens* attestato quale efficace per il superamento delle norme da abrogare da parte dell'Ufficio centrale per il referendum<sup>62</sup>. Il riferimento è al d.lgs. n. 29/1993, cd. riforma del pubblico impiego, che ha riformato il relativo sistema concorsuale facendo venire meno il nodo dei concorsi unici nazionali, nonché alla l. n. 127/1997, cd. legge Bassanini-*bis*, che ha trasformato i segretari locali in soggetti fiduciari a nomina diretta del Sindaco ovvero del Presidente provinciale previa creazione di apposita Agenzia autonoma per la

<sup>55</sup> Corte cost., 10 febbraio 1997, n. 18. Cfr. S. MANGIAMELI, *L'indirizzo e il coordinamento: una funzione legislativa costituzionalizzata dalla Corte*, in *Giur. cost.*, n. 2/1997, pp. 1131-1139.

<sup>56</sup> Corte cost., 10 febbraio 1997, n. 19. Cfr. G. CATTARINO, *Richiesta di referendum abrogativo popolare. Rimozione di ogni limite statale all'attività promozionale all'estero delle Regioni. Inammissibilità*, in *Giur. cost.*, n. 1/1997, pp. 146-147.

<sup>57</sup> Corte cost., 10 febbraio 1997, n. 20.

<sup>58</sup> Corte cost., 10 febbraio 1997, n. 23.

<sup>59</sup> Corte cost., 10 febbraio 1997, n. 24. Cfr. A. CELOTTO, *Richiesta di referendum popolare abrogativo. Soppressione del potere del Governo di impartire alle Regioni, tramite il Commissario del Governo, direttive per l'esercizio delle funzioni amministrative delegate. Inammissibilità*, in *Giur. cost.*, n. 1/1997, pp. 175-176.

<sup>60</sup> Cfr. R. ROMBOLI, *L'ammissibilità del referendum abrogativo nella giurisprudenza costituzionale: conferme e novità*, in *Foro it.*, n. 3/1997, pp. 654-655.

<sup>61</sup> Il quesito referendario sull'abolizione del Ministero delle riforme agricole, alimentari e forestali è stato approvato nella votazione del 15 giugno 1997 con il 87,20% di voti favorevoli ma l'esito è stato nullo a fronte del 30,10% di elettori votanti. Fonte: Ministero dell'Interno.

<sup>62</sup> Ufficio centrale per il referendum, ord. 26 maggio 1997. Cfr. G.L. CONTI, *Abrogazione sufficiente e procedimento referendario*, in *Oss. fonti*, n. 1/2008, pp. 150-151 e R. PINARDI, *L'Ufficio centrale per il referendum*, *cit.*, pp. 351-359.

gestione del relativo albo (per quanto poi successivamente soppressa per fini di *spending review* con ritorno dell'albo nell'alveo del Ministero dell'Interno). Peraltro, quest'ultima norma ha ridotto grandemente i controlli di legittimità sugli atti amministrativi regionali e degli Enti locali poi definitivamente superati con l'abrogazione degli artt. 125, primo comma e 130, Cost., da parte della riforma del Titolo V del 2001.

Tuttavia, solo in tempi recenti, e particolarmente nell'ultimo lustro, il potere d'iniziativa referendaria regionale ha conosciuto una maggiore vitalità. Anzitutto il riferimento è alle richieste referendarie abrogative regionali del 2013 e 2014 con quattro complessivi quesiti sull'abolizione della riforma sulla geografia giudiziaria ordinaria che ha previsto la soppressione di un lungo elenco di tribunali e relative procure. La prima istanza è originata da un insieme variegato di nove Regioni (Abruzzo, Basilicata, Calabria, Puglia, Marche, Friuli-Venezia Giulia, Campania, Liguria e Piemonte) mentre del secondo pacchetto referendario si sono fatte promotori soli cinque Consigli regionali meridionali laddove erano presenti aree in potenza maggiormente penalizzate nel ridisegno della geografia giudiziaria (Abruzzo, Basilicata, Campania, Puglia e Sicilia). Alcune delle istanze abrogative ha però superato il vaglio d'ammissibilità. Sia il singolo quesito relativo alla legge delega di revisione delle circoscrizioni di tribunale, in quanto norme costituzionalmente necessarie<sup>63</sup>, che le tre domande aventi a tema il successivo decreto delegato d'attuazione<sup>64</sup>, stante l'impossibilità d'addivenire mediante lo strumento referendario alla reviviscenza delle disposizioni che prevedevano gli uffici giudiziari soppressi<sup>65</sup>. L'esito non appariva certo scontato e per l'effetto non sono mancate puntuali critiche sull'abuso della reviviscenza delle leggi costituzionalmente vincolate e necessarie in sede di giudizio d'ammissibilità referendaria<sup>66</sup> mentre il

<sup>63</sup> Corte cost., 29 gennaio 2014, n. 12.

<sup>64</sup> Corte cost., 27 gennaio 2015, n. 5.

<sup>65</sup> In tema cfr.: P. CARNEVALE, *Sulle sentenze di inammissibilità nn. 5 e 6 del 2015: un doppio "no" che dà da pensare*, in *Quad. cost.*, n. 2/2015, pp. 397-400; D. DE LUNGO, *Alcune considerazioni intorno alla sentenza n. 5 del 2015 della Corte costituzionale, fra giudizio di utilità del referendum e reviviscenza delle leggi costituzionalmente vincolate e necessarie*, in *Giustamm.it*, n. 4/2015, pp. 1-8; G. MAROLDA, *Reviviscenza e referendum abrogativo: una convivenza possibile? Commento a margine della sentenza 5/2015 della Corte costituzionale*, in *Forum cost.*, 2015, pp. 1-14; P. TORRETTA, *Ancora sull'inammissibilità della "reviviscenza" da abrogazione referendaria. Note a margine di Corte cost. n. 5/2015*, in *Federalismi.it*, n. 1/2015, pp. 1-15.

<sup>66</sup> Cfr. G. SERGES, *Usi e abusi della reviviscenza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, n. 2/2015, pp. 1-23; A. D'ATENA, *Abrogazione ed effetto ripristinatorio*, in *Giur. cost.*, n. 1/2012, pp. 117-121; A. RUGGERI, *Davvero inammissibili i referendum elettorali per la (supposta) impossibilità di reviviscenza" della normativa previgente rispetto a quella oggetto di abrogazione popolare? Una prima lettura di Corte costituzionale n. 13/2012*, in *Consulta Online*, 2012.

preconizzato riordino della geografia giudiziaria ha proseguito il suo corso attuativo non senza dubbi e perplessità in punto d'efficienza<sup>67</sup>.

Successivamente è stata la volta delle sei richieste del 2015 sulle attività di prospezione, ricerca e coltivazione degli idrocarburi (cd. *referendumupstream*) elevate da parte di dieci Regioni costiere direttamente interessate alla normativa (Basilicata, Marche, Puglia, Sardegna, Abruzzo [istanza poi ritirata, come si dirà meglio in seguito], Veneto, Calabria, Liguria, Campania e Molise). Tuttavia, solo una di esse, come poi si vedrà nel dettaglio, in punto di divieto di proroga alla scadenza delle concessioni in attività nelle acque territoriali italiane entro le dodici miglia marine dalla costa<sup>68</sup>, ha avuto il crisma dell'ammissibilità costituzionale<sup>69</sup> ed è quindi andata al voto nel 2016 ma con esito nullo per ampio difetto partecipativo<sup>70</sup>. Per le restanti cinque richieste regionali il procedimento referendario non ha invece avuto corso con estinzione del giudizio costituzionale<sup>71</sup> in forza delle sopravvenute modifiche legislative, anteriormente allo stesso vaglio della Consulta, attestate efficaci ai fini della caducazione della normativa dall'Ufficio centrale referendario<sup>72</sup> e quali operate su impulso dell'Esecutivo in sede di legge di stabilità per l'anno 2016<sup>73</sup>.

Infine, nel 2019 è intervenuto lo specifico quesito sull'eliminazione della quota proporzionale dalla legge elettorale n. 165/2017, cd. *Rosatellum*, ritenuto tuttavia inammissibile per carenza della normativa di risulta in chiave di ridisegno dei collegi uninominali<sup>74</sup>. L'iniziativa è stata sostenuta da otto Consigli regionali con maggioranza politica opposta a quella del Governo centrale (Abruzzo, Basilicata, Friuli-Venezia Giulia, Liguria, Lombardia, Piemonte, Sardegna e Veneto) ed ha quindi assunto un chiaro connotato di radicalizzazione dello scontro politico nazionale promosso dal livello sub-statale avverso la legge elettorale a sistema misto

<sup>67</sup> Cfr. M. CARRER, *Il riordino della geografia giudiziaria: appunti per un inquadramento costituzionale delle riforme di circondari e distretti*, in *Federalismi.it*, n. 9/2017, pp. 1-34.

<sup>68</sup> Art. 6, comma 17, III periodo, d.lgs. n. 152/2006.

<sup>69</sup> Corte cost., 2 febbraio 2016, n. 17. Cfr. A.I. ARENA, *Brevi osservazioni sull'ammissibilità del referendum "per fermare le trivelle"*, in *Consulta online*, n. 1/2016, pp. 1-9.

<sup>70</sup> Cfr. F. COSTANTINO, *Il terzo incluso: Stato e Regioni faccia a faccia con energia, titolo V e referendum abrogativo*, in *Federalismi.it*, n. 16/2016, pp. 1-18.

<sup>71</sup> Corte cost., 2 febbraio 2016, n. 16.

<sup>72</sup> Ufficio centrale per il referendum, ord. 7 gennaio 2016. Cfr. P. CARNEVALE, *La Corte e il referendum sulle trivelle*, in *Giur. cost.*, n. 2/2016, pp. 792-795.

<sup>73</sup> Art. 1, commi 239, 240, 241 e 242, l. n. 208/2015.

<sup>74</sup> Corte cost., 31 gennaio 2020, n. 10. Cfr. P. CARNEVALE, *Sul voto il popolo non vota. Brevi considerazioni sulla sentenza n. 10 del 2020 della Corte costituzionale*, in *Nomos*, n. 1/2020, pp. 1-11 e F.M. GRAMEGNA, *La Corte dichiara l'inammissibilità del referendum abrogativo in materia elettorale in virtù del quesito eccessivamente manipolativo della delega*, in *GiustAmm.it*, n. 4/2020.

per il Parlamento, a sua volta tuttora oggetto di un'opposta ipotesi di riforma in senso proporzionale<sup>75</sup>.

Tuttavia, giova rammentare che da ultimo non s'è mancato di registrare, da parte di alcuni vertici regionali, la potenziale reiterata ipotesi (*rectius*, minaccia) di ricorso ad ulteriori iniziative abrogative. *Id est*, per esempio, su iniziativa della Regione Siciliana in materia di prescrizione del reato<sup>76</sup> in chiave garantista avverso la sospensione *sine die* dell'istituto sin dalla conclusione del primo grado di giudizio quale fissata da recente novella della l. n. 3/2019, recante "Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione, nonché in materia di prescrizione del reato e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici", cd. legge spazza-corrotti. Iniziativa peraltro inevitabilmente accantonata dall'emergere di nuovi ambiti di radicalizzazione dello scontro politico fra maggioranza ed opposizione quali connessi all'emergenza epidemiologica da Covid-19.

## 2. L'iniziativa referendaria sub-statale a valenza nazionale nel quadro comparato.

La tematica in esame impone anche un attento esame del quadro comparato a livello internazionale laddove emerge palese come tale iniziativa referendaria costituisca un'assoluta rarità. Infatti, a parte la Svizzera, non ci sono altri Paesi di tradizioni democratiche consolidate – neppure federali – che prevedono un potere d'iniziativa degli enti sub-statali ai fini di *referendum* di livello nazionale, siano essi consultivi, legislativi ovvero propositivi.

In Svizzera è ben noto che l'istituto referendario – comprendente in senso lato anche l'iniziativa popolare – non è storicamente posto nell'ordinamento giuridico per conferire mero lustro al sistema<sup>77</sup> ma realizza un'armoniosa combinazione strutturale

---

<sup>75</sup> Atto Camera n. 2329, d'iniziativa Brescia, del 9 gennaio 2020, recante «Modifiche al testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 marzo 1957, n. 361, e al testo unico di cui al decreto legislativo 20 dicembre 1993, n. 533, in materia di soppressione dei collegi uninominali e di soglie di accesso alla rappresentanza nel sistema di elezione della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica. Delega al governo per la determinazione dei collegi elettorali plurinominali», per il quale si rinvia all'indagine conoscitiva svolta a mezzo audizione di 16 studiosi sentiti presso la Commissione I Affari costituzionali dal 27 febbraio al 30 giugno 2020.

<sup>76</sup> Proposta di deliberazione di richiesta referendaria presentata all'Assemblea regionale siciliana l'8 febbraio 2020.

<sup>77</sup> Cfr. H. KRIESI, *La lunga e complessa vicenda della Confederazione elvetica*, in M. CACIAGLI, P.V. ULERI (cur.), *Democrazie e referendum*, Roma-Bari, 1994, pp. 63-78.

tra democrazia diretta e rappresentativa<sup>78</sup> ovvero una democrazia semi-diretta<sup>79</sup> per un'equilibrata tenuta del sistema<sup>80</sup>. L'istituto è costantemente utilizzato dal popolo in media per quattro volte l'anno a livello federale ai fini della revisione costituzionale<sup>81</sup>, in materia di leggi, decreti e trattati internazionali, a seconda dei casi in via obbligatoria<sup>82</sup> o facoltativa (sorta di veto)<sup>83</sup> e con approvazione a maggioranza popolare ovvero anche cantonale<sup>84</sup>. La stessa iniziativa popolare svizzera ha ispirato<sup>85</sup> l'odierno disegno di legge costituzionale in materia d'iniziativa legislativa popolare rinforzata e di *referendum* propositivo<sup>86</sup> per un potenziale incremento della democrazia diretta non privo peraltro di qualche incongruenza<sup>87</sup>.

Nella Confederazione elvetica (*rectius*, Federazione) è ben noto che sin dalla prima Carta del 1848, e come confermato dalle successive del 1874 e del 1999, otto Cantoni possono chiedere, entro cento giorni dalla pubblicazione ufficiale dell'atto, lo svolgimento del *referendum* facoltativo su leggi e decreti federali. Nonché financo su trattati internazionali di durata indeterminata e non denunciabili, in materia d'adesione ad un'organizzazione internazionale ovvero contenenti disposizioni relative a norme di diritto o per l'attuazione delle quali è necessaria l'adozione di leggi federali<sup>88</sup>. Trattasi all'evidenza di un *referendum* legislativo a carattere preventivo e sospensivo dell'efficacia delle norme approvate dall'Assemblea federale

<sup>78</sup> Cfr. Y. PAPAPOPOULOS, *Démocratie directe*, Paris, 1998, p. 48.

<sup>79</sup> In tema, cfr.: G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale comparato*, Padova, 2019, p. 547; P. MACCHIA, *La democrazia semidiretta: il caso della Svizzera*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, n. 4/2014, pp. 1654-1675; M.P. VIVIANI SCHLEIN, *Uno strumento insostituibile per la democrazia semidiretta elvetica: il referendum*, *ivi*, n. 3/2005, pp. 1367-1382.

<sup>80</sup> Cfr. G. GRASSO, *Da Berna a Budapest: appunti su revisioni costituzionali (totali e parziali) e tenuta dell'unità politica e di senso delle Costituzioni democratiche*, in *DPCE online*, n. 1/2019, pp. 95-107.

<sup>81</sup> Art. 138, 139 e 139b, Cost. Svizzera. Cfr. G. GUIGLIA, B. KNAPP, *L'organizzazione dei poteri e il federalismo in Svizzera secondo la nuova Costituzione*, Torino, 2000, pp. 209-236.

<sup>82</sup> Art. 140, Cost. Svizzera.

<sup>83</sup> Art. 141, Cost. Svizzera.

<sup>84</sup> Art. 142, Cost. Svizzera.

<sup>85</sup> Atto Camera n. 1173, d'iniziativa D'Uva, presentato il 19 settembre 2018, recante «Disposizioni in materia di iniziativa legislativa popolare e di referendum», approvato in prima lettura il 21 febbraio 2019 e da cui Atto Senato n. 1089 in corso d'esame in Commissione. Cfr. P. CARETTI, *Il referendum propositivo: una proposta che mal si concilia con una democrazia rappresentativa*, in *Oss. fonti*, n. 2/2019, pp. 1-5 e P. CARNEVALE, *A proposito del disegno di legge costituzionale AS n. 1089, in tema di revisione degli artt. 71 e 75 della Costituzione. Prime considerazioni*, in *Oss. cost.*, n. 1-2/2019, pp. 184-199.

<sup>86</sup> Cfr. G. GRASSO, *La balestra di Guglielmo Tell e l'iniziativa legislativa popolare. Note minime a proposito del disegno di legge costituzionale in materia di iniziativa legislativa popolare e di referendum*, in *Oss. cost.*, n. 1-2/2019, pp. 245-250.

<sup>87</sup> Cfr. E. DE MARCO, *Democrazia rappresentativa e democrazia diretta nei progetti di riforma del "Governo del cambiamento"*, in *Oss. cost.*, n. 3/2018, pp. 1-10.

<sup>88</sup> Art. 141, Cost. Svizzera.

da cui emerge l'intento garantistico di protezione delle entità sub-statali federate nei confronti di progetti di legge federali. Dunque uno strumento più vicino al *referendum* costituzionale oppositivo, ex art. 138, Cost.<sup>89</sup>, rispetto al *referendum* abrogativo qualificato non a caso anche come iniziativa popolare abrogativa<sup>90</sup> ovvero "parente povero" della medesima<sup>91</sup>, stante il suo carattere sfuggente<sup>92</sup> laddove privo dei classici caratteri preventivo e sospensivo, posto che il corpo elettorale è chiamato a pronunciarsi su una legge già vigente ed esclusivamente a fini abrogativi difettando invece la cooperazione Camere-popolo in ordine allo stesso atto che connota in radice il *referendum*<sup>93</sup>.

Peraltro, si badi che il numero delle otto richieste cantonali non è casuale ma è stato fissato nella Carta del 1874 onde garantire che i sette Cantoni separatisti ribelli del *Sonderbund* – la lega di Cantoni cattolici e conservatori contro i piani di centralizzazione del potere messi in atto dai Cantoni radicali e liberali – non potessero intralciare, da soli, il procedimento legislativo: il ricordo del conflitto tra entità federate chiuso nel 1847 era evidentemente ancora vivo. Di fatto una minoranza di grandi e popolosi Cantoni non può imporre la propria volontà d'iniziativa referendaria alla maggioranza dei Cantoni minori, elemento che peraltro trova un parallelo nella regola dell'approvazione a cd. doppia maggioranza del popolo e dei Cantoni, radicata sin dalla prima Carta del 1848<sup>94</sup>. Peraltro, a fine anni Novanta la Legge federale sui diritti politici (LDP) è stata integrata con alcune disposizioni in merito alle domande referendarie provenienti dai Cantoni. In particolare, l'organo cantonale competente a chiedere il *referendum* è il Parlamento, salvo disposizione contraria del diritto cantonale mentre altre disposizioni della LDP concernono forma e verifica da parte della Cancelleria federale delle istanze referendarie presentate da almeno otto Cantoni<sup>95</sup>.

Peraltro giova segnalare come i Cantoni svizzeri hanno esercitato tale facoltà per la prima e unica volta della plurisecolare storia elvetica solo in tempi recenti, e cioè nel 2003 con l'iniziativa da parte di undici Cantoni. L'occasione referendaria ha segnato un evidente attrito con la Confederazione che si è manifestato a fronte della riforma

<sup>89</sup> Cfr. E. DE MARCO, *Contributo allo studio del referendum*, cit., pp. 104-105.

<sup>90</sup> Cfr. M. BATTELLI, *Le istituzioni di democrazia diretta*, in P. CALAMANDREI, A. LEVI (cur.), *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, II, Firenze, 1950, pp. 72-78.

<sup>91</sup> Cfr. A. BALDASSARRE, *Referendum e legislazione*, cit., p. 43.

<sup>92</sup> Cfr. M. VOLPI, *Una "storia infinita"*, cit., p. 234.

<sup>93</sup> Cfr. E. DE MARCO, *Contributo allo studio del referendum*, cit., pp. 100-101.

<sup>94</sup> Art. 114, Cost. Svizzera 1848.

<sup>95</sup> Artt. 67, 67a e 67b, Legge federale sui diritti politici (LDP) del 17 dicembre 1976, introdotto dalla Legge federale del 21 giugno 1996, in vigore dal 1° aprile 1997.

fiscale federale vista come un attacco agli interessi cantonali timorosi di perdere importanti quote di entrate<sup>96</sup>. Si tratta quindi di una pacifica cartina di tornasole del modello competitivo elvetico fra Federazione e Cantoni che sono ricorsi all'arma referendaria per tutelare le loro prerogative.

La motivazione per cui sussiste un unico precedente d'iniziativa cantonale per un *referendum* nazionale appare potersi spiegare con il fatto che i Cantoni detengono ampie titolarità nell'*iter* legislativo federale. Infatti la loro posizione è ampiamente acquisita in seno al Consiglio degli Stati, cioè la Camera dei Cantoni, che ha proprio il ruolo di rappresentare i medesimi all'Assemblea Federale. Inoltre, sono in ogni caso sentiti nella fase della consultazione precedente l'adozione delle leggi federali e, particolarmente, in sede di Conferenza dei Cantoni composta dai direttori dei dipartimenti dei Governi cantonali in funzione dei temi trattati. Non va poi dimenticato il fondamentale strumento dell'iniziativa parlamentare dei Cantoni<sup>97</sup>, che potrebbe forse costituire un ulteriore contrappeso al potere del Parlamento federale. Infatti, secondo le norme di dettaglio cantonali<sup>98</sup>, attraverso un'iniziativa motivata contenente gli obiettivi dell'atto legislativo, un Cantone può proporre ad una commissione parlamentare l'elaborazione di un progetto d'atto legislativo dell'Assemblea federale<sup>99</sup>. Appare quindi evidente che i Cantoni detengono estesi strumenti d'intervento nel procedimento legislativo federale ed il *referendum* successivo all'approvazione della legge, che subordina l'entrata in vigore al voto popolare, risulta solo l'ultima arma in ordine temporale – e fors'anche la più incerta in punto d'esito, rispetto alla negoziazione parlamentare – a disposizione dei Cantoni per opporsi a scelte non condivise di Berna<sup>100</sup>.

---

<sup>96</sup> Sulla spinta della Conferenza dei Governi cantonali, il 9 ottobre 2003 undici di essi hanno richiesto il referendum contro la legge federale di riforma fiscale (Legge federale del 20 giugno 2003 che modifica atti legislativi nel settore dell'imposizione dei coniugi e delle famiglie, dell'imposizione della proprietà abitativa e delle tasse di bollo, cd. Pacchetto fiscale) che si è svolto il 16 maggio 2004 ed è stato respinto dal 65,88% dei votanti e da tutti i Cantoni, con una partecipazione del 50,84%. Ovviamente il computo del voto cantonale non era in tal caso determinante trattandosi di consultazione che richiedeva la sola maggioranza dei votanti. Cfr. F. RATTO TRABUCCO, *Il Direttorio di governo tra Svizzera ed Uruguay*, Lecce, 2017, p. 259 e ID., *Il sistema di governo direttoriale. Indagine sulle sue concrete applicazioni*, Roma, 2014, pp. 310-311.

<sup>97</sup> Art. 160, comma 1, Cost. Svizzera.

<sup>98</sup> Il diritto cantonale dispone quale autorità interna può presentare un'iniziativa legislativa cantonale all'Assemblea federale. In tutti i Cantoni la presentazione di un'iniziativa cantonale compete ai Parlamenti ma in due di essi tale diritto è tuttavia conferito sussidiariamente anche ai rispettivi Esecutivi cantonali. A sua volta, nove Cantoni prevedono che mediante l'iniziativa popolare possa essere chiesto il deposito di un'iniziativa cantonale ed in due Cantoni è data la possibilità del referendum facoltativo contro una corrispondente decisione del Parlamento cantonale.

<sup>99</sup> Artt. 115-117, Legge federale sull'Assemblea federale (LParl).

<sup>100</sup> Cfr. A. AUER, *Staatsrecht der schweizerischen Kantone*, Bern, 2016, pp. 32 ss.

In disparte l'esempio elvetico *ante litteram*, nel quadro di Stato prettamente federale, nel panorama referendario mondiale s'annoverano i peculiari casi del Bhutan e dell'Uganda che rimettono a corpi politici sub-statali la titolarità ad attivare iniziative referendarie di livello nazionale.

In particolare nel minuscolo regno himalaiano l'iniziativa referendaria compete al monarca che la esercita discrezionalmente nei confronti dei progetti di legge ritenuti d'importanza nazionale ma rigettati dal Parlamento nonché obbligatoriamente su richiesta di almeno il 50% del totale dei componenti dei 20 Consigli distrettuali (*Dzongkhag Tshogdues*)<sup>101</sup>. Il Paese ha attraversato nei decenni un profondo percorso istituzionale di democratizzazione su impulso della casa reale Wangchuck, quale avviato negli anni Cinquanta del Novecento e sfociato nella nuova Costituzione del 2008, ma occorre considerare l'assoluta e dirimente peculiarità del Paese da leggersi nel prisma buddhista tibetano e del suo approccio al mondo esterno in quanto tale<sup>102</sup>.

A sua volta in Uganda è prevista l'ipotesi del *referendum* per la «modifica del sistema politico» su iniziativa non già solo della maggioranza assoluta del Parlamento e della Commissione elettorale a richiesta di almeno 1/10 degli elettori registrati in almeno 2/3 delle circoscrizioni elettorali ma anche della maggioranza assoluta dei componenti di almeno la metà dei 112 Consigli distrettuali<sup>103</sup>. Peraltro, le due consultazioni che si sono svolte in materia nel 2000 e 2005 su iniziativa parlamentare, e non già locale, non vertevano su un articolato progetto di legge bensì su mera richiesta di modifica del sistema politico per il ritorno al multipartitismo a cui sarebbe seguita l'implementazione legislativa di dettaglio<sup>104</sup>. Inoltre, si badi che s'è trattato di quesiti dal carattere altamente manipolativo nel quadro dell'autoritarismo dello storico Presidente Museveni al potere da oltre un trentennio<sup>105</sup>. Nel dettaglio, se nella prima consultazione il quesito atteneva alla mera scelta tra il movimento del Presidente ed il multipartitismo<sup>106</sup>, nella seconda la

<sup>101</sup> Art. 34, comma 2, lett. b), Cost. Bhutan.

<sup>102</sup> Cfr. M. MIELE, *Isolamento ed interdipendenza, tradizione ed impermanenza. Note sul percorso costituzionale del Bhutan*, in *Ann. dir. comp. studi leg.*, 2017, pp. 381-404.

<sup>103</sup> Art. 74, comma 1, lett. c), Cost. Uganda.

<sup>104</sup> Cfr. T.G. MANYAK, I.W. KATONO, *Impact of Multiparty Politics on Local Government in Uganda*, in *African Conflict and Peacebuilding Review*, n. 1/2011, p. 15 e J. SOMALIE ANGEYO, M. SILVER BYANYIMA, A.L. OKELLO ORYEM, *Direct Democracy in the Republic of Uganda*, in INTERNATIONAL INSTITUTE FOR DEMOCRACY AND ELECTORAL ASSISTANCE, *Direct Democracy. The International IDEA Handbook*, Stockholm, 2008, p. 164.

<sup>105</sup> Cfr. A.M. TRIPP, *Museveni's Uganda. Paradoxes of Power in a Hybrid Regime*, Boulder, 2010.

<sup>106</sup> Il quesito della scheda referendaria recitava testualmente: «Which political system do you wish to adopt, Movement or Multiparty?». A fronte di una partecipazione del 51,14% hanno prevalso i voti favorevoli al partito presidenziale per il 90,71%. Fonte: *African Elections Database*, 2001. Cfr. M. BRATTON, G. LAMBRIGHT, *Uganda's Referendum 2000: The Silent Boycott*, in *African Affairs*, n. 3/2001, pp. 429-452.

creatività referendaria del regime ha proposto agli elettori una domanda del tutto criptica e generica in ordine all'apertura dello spazio politico «a coloro che desiderano unirsi a diverse organizzazioni/partiti al fine di competere per il potere politico»<sup>107</sup>.

Nel quadro comparato internazionale s'annoverano poi altri sei Paesi che prevedono ipotesi d'iniziativa referendaria in capo ad una quota d'elettori delle entità sub-statali ma non degli organi collegiali delle medesime. È anzitutto questo il caso della Bolivia, laddove sia il *referendum* consultivo vincolante che quello legislativo sono indetti dall'organo legislativo anche su iniziativa del 20% degli elettori rappresentativi di almeno il 15% degli aventi diritto al voto di ciascun Dipartimento<sup>108</sup>. In Bielorussia, fermo restando l'evidente involuzione autoritaria, il *referendum* consultivo vincolante e quello legislativo sono indetti anche su iniziativa di 450 mila elettori di cui almeno 30 mila da ogni Regione (*Voblasć*) e dalla capitale Minsk<sup>109</sup>. Similmente in Ucraina i *referendum*, consultivo e legislativo, competono anche all'iniziativa di 3 milioni di elettori appartenenti ad almeno 2/3 delle 23 Regioni (*Oblast'*) di cui quantomeno 100 mila sottoscrizioni in ciascuna di esse<sup>110</sup>. Più generica la previsione costituzionale in Kazakistan che rimette l'iniziativa per i *referendum*, consultivi vincolanti e legislativi, anche a 200 mila elettori «quantitativamente ed equamente rappresentativi» di tutte le 14 Regioni e la capitale del Paese<sup>111</sup>. Nel Togo il *referendum* legislativo compete anche all'iniziativa di 500 mila elettori residenti nella maggioranza delle 30 Prefetture con un massimo di 50 mila iscritti nelle liste elettorali per ciascuna di esse<sup>112</sup>. Infine il caso delle Filippine laddove il *referendum* legislativo è ad esclusivo appannaggio del 10% del totale degli elettori a loro volta rappresentativi del 3% di ciascun distretto elettorale<sup>113</sup>. Ma a ben vedere anche parecchi Stati membri nordamericani impongono una ripartizione geografica delle sottoscrizioni referendarie con riferimento alle Contee, entità

<sup>107</sup> Il quesito della scheda referendaria recitava testualmente: «Do you agree to open up the political space to allow those who wish to join different organisations/parties to do so to compete for political power?». A fronte di una partecipazione del 47,33% hanno prevalso i voti favorevoli per il 92,44%. Fonte: *African Elections Database*, 2006.

<sup>108</sup> Art. 16, par. 2, lett. a), *Ley del Régimen Electoral* del 30 giugno 2010. L'iniziativa compete anche al Presidente ed ai 2/3 del Parlamento.

<sup>109</sup> Art. 74, comma 1, Cost. Bielorussia. L'iniziativa compete anche al Presidente ed alla maggioranza assoluta dei membri delle Camere.

<sup>110</sup> Art. 72, comma 2, Cost. Ucraina. L'iniziativa compete anche al Parlamento.

<sup>111</sup> Art. 11, comma 1, n. 4), Legge costituzionale del 2 novembre 1995, n. 2592. L'iniziativa compete anche al Presidente, al Parlamento ed al Governo.

<sup>112</sup> Art. 4, comma 3, Cost. Togo. L'iniziativa compete anche al Presidente.

<sup>113</sup> Art. VI, sez. 32, Cost. Filippine.

peraltro in alcuni casi del tutto prive di rappresentatività ed organi propri in quanto mere entità storico-geografiche<sup>114</sup>.

Si tratta però a ben vedere di condizioni che solo apparentemente garantiscono una ripartizione dell'iniziativa popolare sull'intero territoriale nazionale a livello delle sue articolazioni sub-statali. Infatti si configurano piuttosto quali ostacoli (*rectius*, aggravamenti procedurali) alla raccolta delle sottoscrizioni<sup>115</sup>, laddove involgono soprattutto Paesi privi di strutture federali ovvero regionali rappresentative ove le sottoscrizioni sono rapportate agli elettori residenti in entità sprovviste di organi locali. Le uniche eccezioni formali sono costituite da Bielorussia, Bolivia, Kazakistan, Togo ed Ucraina, ma il solo caso boliviano spicca per un autogoverno di rilievo stante la promozione del pluralismo legale delle istituzioni pubbliche<sup>116</sup> attraverso l'ordinamento autonomico e la distribuzione territoriale del potere<sup>117</sup>. Nei restanti quattro Paesi si tratta di una ripartizione degli elettori richiedenti il *referendum* fra semplici unità amministrative mentre nelle Filippine si fa addirittura riferimento ai meri collegi elettorali ovviamente privi di organi rappresentativi della collettività locale.

Appare quindi come Italia e Svizzera costituiscono un *unicum* mondiale laddove riconoscono ad organi legislativi di livello sub-statale la titolarità ad attivare consultazioni referendarie di rilievo nazionale. I casi del Bhutan e dell'Uganda affondano invece le loro radici nel riconoscimento dei diritti degli organi rappresentativi delle comunità locali ovvero tribali anche al fine dello svolgimento di *referendum* nazionali. Peraltro se nel caso bhutanesi il diritto d'iniziativa è esercitabile senza limiti di materia da parte dei Consigli locali, per quello ugandese è del tutto ristretto alle sole consultazioni cd. di sistema, in ordine al mutamento dell'ordinamento politico del Paese. Al contrario, nei diversi e specifici casi di previsione del riparto dei postulanti del *referendum* fra i residenti nelle entità

---

<sup>114</sup> Ad esempio: nel Massachusetts non oltre il 25% dei firmatari deve risiedere nella stessa Contea (art. XLVIII, para. VI, Cost.) mentre nel Nuovo Messico è necessario il 10% dell'elettorato di almeno 3/4 delle Contee (art. IV, sez. I, Cost.). Tuttavia, se nel Nuovo Messico tutte le 32 Contee hanno un organo rappresentativo, questo avviene in sole 6 delle 14 Contee del Massachusetts avendo il governo statale soppresso tra il 1997 ed il 2001 i Governi delle restanti 8 unità assorbendone le funzioni amministrative.

<sup>115</sup> Cfr. S. BAGNI, *Il popolo legislatore*, Bologna, 2017, p. 224.

<sup>116</sup> In tema, cfr.: N.G. POSTERO, *The Indigenous State: Race, Politics, and Performance in Plurinational Bolivia*, Oakland, 2017; J.-P. FAGUET, *Decentralization and popular democracy: governance from below in Bolivia*, Ann Arbor, 2012; C. PRONER, *El Estado Plurinacional y la nueva Constitución Boliviana*, in *Dir. pub. comp. eur.*, n. 2/2012, pp. 414-421.

<sup>117</sup> Cfr. C. STORINI, A. NOGUERA, *Processo costituente e Costituzione in Bolivia. Il difficile cammino verso la rifondazione dello Stato*, in *Dir. pub. comp. eur.*, n. 3/2008, pp. 1285-1304.

territoriali del Paese, non rilevano i poteri autonomistici di tali soggetti, sovente financo mere circoscrizioni amministrative o elettorali.

### **3. L’iniziativa referendaria regionale abrogativa nazionale fra caratteri ed ostacoli.**

Il potere d’iniziativa referendaria regionale avente valenza nazionale per finalità abrogative di leggi ovvero atti aventi forza di legge non risulta – almeno in tempi recenti, ovvero quanto meno anteriormente alle prime iniziative regionali degli anni Novanta<sup>118</sup> – adeguatamente indagato dalla dottrina nostrana, tanto nella manualista, quanto negli studi settoriali, che s’era limitata a trattare il *referendum* come un istituto unitario. Né circa la configurazione dell’istituto appannaggio degli enti regionali, né, e soprattutto – tenuto conto del *quantum* d’iniziativa –, in punto d’effetti e ricadute sul sistema di governo centrale quale sorta di correttivo (o supposto tale) parlamentare.

Del resto, gli stessi lavori costituenti scarseggiano di pregnanti riferimenti a questa iniziativa già sol laddove si consideri che l’impulso a prevedere tale potere regionale s’era cristallizzato in una fase anteriore alla definizione dell’istituto referendario con soli effetti abrogativi, stante le cinque iniziali tipologie ipotizzate in materia dal progetto Mortati nella II Sottocommissione costituente<sup>119</sup>. La motivazione è oggettivamente da ricondurre alla volontà d’attribuire all’istituendo ente sub-statale la possibilità di concorrere alle funzioni di rilievo costituzionale statale. Indi, la titolarità regionale d’intervenire – in negativo, attraverso l’abrogazione – sulla creazione del diritto positivo statale. In materia si ricordano la proposta di Cappi e Laconi per cui la richiesta referendaria era proponibile da almeno quattro Consigli regionali a maggioranza assoluta sia in caso d’approvazione che di rigetto di una proposta di legge<sup>120</sup>, nonché quella del solo Cappi tesa ad attribuire l’iniziativa referendaria addirittura alle sole Regioni e Comuni<sup>121</sup> ad onta della loro non diretta

<sup>118</sup> Per i primi interventi dottrinari *ad hoc* successivi alle due tornate referendarie d’iniziativa regionale degli anni Novanta, si vedano: AA.VV., *I «referendum regionali» e la giurisprudenza costituzionale*, Tavola rotonda, Bologna, 14 marzo 1997, in *Le Reg.*, n. 2-3/1997, *passim*; P. COSTANZO, *Teoria e pratica*, *cit.*, pp. 167-184 e la manualistica *ivi* richiamata nt. 5; G. PARODI, *L’iniziativa referendaria*, *cit.*, pp. 1447-1463.

<sup>119</sup> Cfr. C. MEZZANOTTE, R. NANIA, *Referendum e forma di governo in Italia*, in *Dem. dir.*, n. 1-2/1981, pp. 51-52.

<sup>120</sup> Commissione per la Costituzione, II Sottocommissione, 18 gennaio 1947, in SEGRETARIATO GENERALE DELLA CAMERA DEI DEPUTATI, *La Costituzione della Repubblica Italiana nei lavori preparatori dell’Assemblea Costituente*, VII, Roma, 1970, p. 1653.

<sup>121</sup> Proposta Cappi, *ivi*, p. 1661.

surrogabilità con il corpo elettorale<sup>122</sup> ovvero del mero mandato amministrativo dei consiglieri locali<sup>123</sup>. Avverso l'elevazione dei Consigli regionali a soggetti promotori del *referendum* nazionale abrogativo militavano non solo le classiche diffidenze verso il decentramento politico ma anche il fatto che le Regioni potessero rappresentare solo interessi speciali, ristretti e circoscritti<sup>124</sup>.

Del resto appare curioso come, in sede di discussione costituente, si registrano meri interventi tesi a razionalizzare l'attribuzione alle Regioni di strumenti potenzialmente idonei a condizionare la funzione legislativa parlamentare con relativa altalena del numero dei Consigli regionali richiedenti. Dalla proposta Lami Starnuti che elevava da quattro a nove le assisi richiedenti<sup>125</sup> a quella Tosato che le riduceva a sette<sup>126</sup>. Infine, è con la proposta Perassi in sede di discussione finale sul *referendum* costituzionale oppositivo che l'iniziativa regionale è stata ancora abbassata sino a cinque Consigli regionali parificando per l'effetto anche il numero delle assisi promotrici del *referendum* abrogativo<sup>127</sup>. La ragione appare doversi ricondurre alla disparità di trattamento fra il Mezzogiorno ed il resto d'Italia laddove il primo sarebbe stato oggettivamente impossibilitato a raggiungere il requisito dei sette Consigli regionali deliberanti. Un elemento che il Lucifero aveva espressamente denunciato in relazione al *referendum* abrogativo<sup>128</sup>.

Tuttavia, alla prova dei fatti, può agevolmente rilevarsi che, nell'ambito delle ventotto iniziative referendarie regionali abrogative nazionali avviate, tutte le entità sub-statali appaiono detenere un certo attivismo, salvo il caso della Regione Lazio che non ha mai deliberato richieste referendarie abrogative, seguita dal Friuli-Venezia Giulia con due soltanto nonché Sicilia e Trentino Alto-Adige che si fermano a tre<sup>129</sup>. Peraltro, rileva in questa sede come anche i Consigli provinciali autonomi di Bolzano e Trento devono ritenersi abilitati ad attivare iniziative referendarie abrogative stante la potestà legislativa loro attribuita in forza del secondo statuto d'autonomia, ex l. cost. 1/1971. Prova ne sia il fatto che, come previsto dalla legge

<sup>122</sup> Intervento di Einaudi, *ibidem*.

<sup>123</sup> Intervento di Mortati, *ivi*, p. 1663.

<sup>124</sup> Intervento di Persico, Assemblea costituente, 16 ottobre 1947, *ivi*, p. 3298.

<sup>125</sup> *Ivi*, p. 1666.

<sup>126</sup> *Ibidem*.

<sup>127</sup> Proposta Perassi, Assemblea costituente, 3 dicembre 1947, *ivi*, p. 4323.

<sup>128</sup> Intervento di Lucifero, Assemblea costituente, 16 ottobre 1947, *ivi*, p. 3312.

<sup>129</sup> Il maggiore attivismo d'iniziativa referendaria abrogativa si registra da parte del Veneto (ben 24 richieste) seguito da Calabria, Lombardia, Piemonte e Puglia (18 richieste cadauna), a dimostrazione di come anche le Regioni meridionali abbiano saputo sfruttare l'istituto. A sua volta i tre richiamati quesiti sulla riorganizzazione della geografia giudiziaria del 2014 sono stati proposti esclusivamente da Regioni del Sud Italia, di fatto le uniche istanze che, con l'ulteriore del 2013, non sono state – per converso – appoggiate dalla Regione Veneto.

referendaria, anche ai medesimi è formalmente comunicata la prima deliberazione consiliare per l'eventuale prosieguo dell'*iter*<sup>130</sup>. Tuttavia, ad oggi, giova annotare come alcuna di tali assisi consiliari provinciali autonome ha mai deliberato quesiti referendari.

Appare tuttavia rilevante osservare come la Costituente avesse eliminato il *quorum* della maggioranza assoluta dei consiglieri in sede di adozione della deliberazione regionale. Indi, risulta significativo che tale ultimo onere sia stato poi letteralmente "ripescato" in sede d'attuazione legislativa nel 1970<sup>131</sup>. Un'apparente volontà parlamentare di frapporre un ulteriore requisito al potere deliberativo regionale ai fini referendari abrogativi nazionali nel solco della cd. supercostituzione già delineata per le norme attuative del *referendum* di variazione territoriale regionale, ex art. 132, secondo comma, Cost., quale resa praticamente intangibile nel momento stesso in cui era indicata la via per procedere ad una sua modificazione<sup>132</sup>. Peraltro, tale regola d'approvazione non ha impedito ai Consigli regionali di pervenire all'adozione d'istanze referendarie abrogative nazionali, al contrario di quanto avvenuto per gli oneri deliberativi imposti al fine della richiesta referendaria di distacco-aggregazione di Enti locali da una Regione all'altra che hanno impedito, per oltre mezzo secolo, l'attuazione della relativa norma costituzionale<sup>133</sup>.

Ad ogni modo il tentativo di rimuovere l'iniziativa regionale a fini referendari abrogativi nazionali non colse nel segno in sede costituente<sup>134</sup>. Neppure a fronte dell'apparente disfattismo manifestato in materia dello stesso Presidente della Commissione dei 75 che si rimetteva in materia all'Assemblea plenaria<sup>135</sup>. Peraltro, nel *plenum* alcun espresso intervento si registrava a favore del mantenimento di tal potere regionale mentre non difettava la, già richiamata, singola posizione contraria del Lucifero per la discriminazione delle Regioni meridionali impossibilitate a raggiungere la quota di sette consigli<sup>136</sup> che non a caso sarà poi ridotta in sede di discussione sul *referendum* costituzionale su proposta del Perassi<sup>137</sup>.

Del resto non appare secondario come la stessa integrale discussione sul Titolo V della Carta e discendenti poteri regionali non è risultata lunga, né soprattutto approfondita. D'altra parte la teoria dello "Stato delle autonomie", anche a livello

<sup>130</sup> Art. 10, comma 1, l. n. 352/1970.

<sup>131</sup> Art. 30, comma 1, l. n. 352/1970.

<sup>132</sup> Cfr. L. PALADIN, *La riforma regionale tra Costituzione e prassi*, in *Dir. soc.*, n. 2/1979, p. 267.

<sup>133</sup> Cfr. D. TRABUCCO, *Le variazioni territoriali delle Regioni*, cit., p. 81.

<sup>134</sup> Proposta Nobile, Assemblea costituente, 16 ottobre 1947, *ivi*, p. 3312.

<sup>135</sup> Intervento di Ruini, Assemblea costituente, 16 ottobre 1947, *ibidem*.

<sup>136</sup> Intervento di Lucifero, Assemblea costituente, 16 ottobre 1947, *ibidem*.

<sup>137</sup> Proposta Perassi, Assemblea costituente, 3 dicembre 1947, *ivi*, p. 4323.

europeo, appariva all'epoca ad uno stadio del tutto embrionale. Negli Atenei dominava ancora il vetusto *jus publicum europaeum* di concezione schmittiana ed inoltre nel 1946-'47 era impellente il nodo della ricostruzione delle garanzie dello "Stato di diritto" contro il dilagante modello dello "Stato comunista". Né manca di sovvenire l'impressione che il Titolo V e particolarmente la creazione dell'ente regionale, con annessa la titolarità d'iniziativa referendaria nazionale, sia stato qualcosa d'estraneo al disegno dell'intera Carta, non organicamente collegato con il resto del sistema costituzionale: una sorta di creatura extrauterina<sup>138</sup> derivata soprattutto dalla campagna regionalista lanciata, e di fatto portata a positiva conclusione, dai cattolici di Sturzo<sup>139</sup>.

Inoltre, deve condividersi l'impostazione dottrina per cui alcun rapporto simmetrico sussiste tra l'iniziativa referendaria abrogativa nazionale e l'iniziativa legislativa regionale ravvisata l'assenza di alcun fondamento comune fra i due istituti. Infatti, se l'iniziativa legislativa compete ad ogni singolo Consiglio regionale, l'iniziativa referendaria abrogativa impone un'azione sinergica, coordinata e collettiva di almeno cinque assisi regionali<sup>140</sup>. Tale lineare considerazione è dunque sufficiente a porre nel nulla l'ipotesi di una sorta di complementarità fra le due iniziative in forza dell'assunto crisafulliano per cui «l'abrogare puramente e semplicemente non è "non disporre" ma "disporre diversamente" e costituisce pertanto esercizio di potestà normativa»<sup>141</sup> e dunque anche l'azione referendaria s'intersecherebbe virtualmente con il potere di proposta legislativa al Parlamento statale.

Peraltro, non può obliterarsi come il procedimento delineato dalla norma attuativa onde addivenire alle deliberazioni referendarie regionali permane ampiamente complesso e macchinoso. Ad onta della venuta meno del controllo preventivo di legittimità statale sugli atti amministrativi regionali, *ex art. 125, comma 1, Cost.*, che ammetteva anche una fase eventuale della richiesta di chiarimenti, soppresso con la riforma del Titolo V del 2001, si tratta ancora di un percorso ad ostacoli per le Regioni proponenti. Infatti, i necessitati tempi tecnici per l'approvazione d'identiche deliberazioni da almeno altri quattro Consigli regionali ben potrebbero far spirare inutilmente il perentorio e ristretto termine quadrimestrale per il deposito della richiesta<sup>142</sup>. Al riguardo alcuna correzione legislativa è successivamente intervenuta a

<sup>138</sup> Cfr. G. MIGLIO, *L'asino di Buridano*, Varese, 2001, pp. 62-63.

<sup>139</sup> Cfr. N. ANTONETTI, U. DE SIERVO (cur.), *Ambrosini e Sturzo. La nascita delle regioni*, Bologna, 1998.

<sup>140</sup> Cfr. P. COSTANZO, *Teoria e pratica*, cit., p. 168.

<sup>141</sup> Cfr. V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Padova, 1993, p. 116.

<sup>142</sup> Art. 29, l. n. 352/1970.

tutela della prerogativa referendaria regionale fissata in Costituzione, prevedendo, come pure suggerito, la possibilità che le medesime deliberazioni siano dichiarate immediatamente eseguibili (né mai peraltro sono stati ridotti i tempi di controllo allorquando previsto)<sup>143</sup>.

Ancora, in ordine alla peculiare tutela dell'intento essenziale perseguito con l'iniziativa referendaria regionale, nel caso d'abrogazione *medio tempore* delle norme ad opera del legislatore a scopo potenzialmente elusivo della consultazione, s'è posto pure il nodo della tutela della menomazione delle prerogative consiliari regionali, in violazione degli artt. 75 e 3, Cost., e dunque sotto il profilo dell'eccesso di potere legislativo. Al riguardo la posizione della Consulta è apparsa restrittiva e gravida d'oneri ulteriori per le assisi consiliari regionali. Il presupposto è stato identificato nella configurazione dell'istanza referendaria regionale quale atto complesso, risultante da una pluralità di distinte ma, quanto a contenuto, coincidenti deliberazioni dei singoli Consigli regionali. Tale qualificazione della richiesta referendaria regionale quale atto eguale e complesso<sup>144</sup> era stata peraltro sostenuta dalla dottrina maggioritaria<sup>145</sup>, per quanto s'ipotizzasse anche la categoria degli atti di concerto in fase d'iniziativa<sup>146</sup> stante l'esistenza d'esprese previsioni legislative di concerti Stato-Regione. Per l'effetto, al fine di sollevare conflitto nei confronti d'altri poteri statali la Consulta ha reputato necessario un omologo ulteriore atto complesso, frutto di deliberazioni consiliari diverse ed aggiuntive rispetto a quelle intervenute per la richiesta referendaria, non essendo possibile scindere la titolarità del potere dalla legittimazione al ricorso per conflitto di attribuzione<sup>147</sup>. La mera nomina dei delegati da parte dei Consigli regionali non comporta quindi la loro legittimazione a proporre il conflitto laddove detentori di mera *legitimitatio ad processum* e non anche *ad causam* e dunque meri mandatari<sup>148</sup>, in quanto l'iniziativa spetta esclusivamente ai Consigli regionali, previa deliberazione dei medesimi. Tale elemento, che non ricostruisce in termini di rappresentanza il rapporto fra Consigli e delegati<sup>149</sup>, appare dunque un pacifico aggravamento di requisiti meramente processuali a carico degli

<sup>143</sup> Cfr. A. LOIODICE, A. BRIGHINA, *Referendum*, cit., p. 9.

<sup>144</sup> Cfr. M. PERINI, *La Corte chiarisce alcuni aspetti del procedimento referendario a iniziativa regionale, facendo emergere differenze con quello a iniziativa popolare*, in *Giur. cost.*, n. 2/2016, p. 736.

<sup>145</sup> Cfr. M. LUCIANI, *Art. 75*, cit., p. 252 e C. CARBONE, *Referendum*, in *Nov. dig. it.*, XIV, 1967, p. 1107.

<sup>146</sup> Cfr. M.S. GIANNINI, *Corso di diritto amministrativo*, IV, Milano, 1969, p. 66 e T. MARTINES, *Il Consiglio regionale*, in *Enc. dir.*, IX, 1961, Milano, pp. 268-293, ora in *Opere*, III, Milano, 2000, pp. 435 ss.

<sup>147</sup> Cfr. Corte cost., ord. 7 aprile 2016, n. 82.

<sup>148</sup> Cfr. M. PERINI, *La Corte chiarisce alcuni aspetti*, cit., pp. 742-743. *Contra*, G. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale plurale*, Milano, 2012, p. 464.

<sup>149</sup> Cfr. C. CHIOLA, *I presentatori della richiesta di referendum*, in *Dir. soc.*, n. 3/1973, p. 610.

enti regionali. Esso non appare confacente ad una semplificazione dell'azione di tutela regionale in sede d'iniziativa referendaria abrogativa imponendo ulteriori specifiche coeve deliberazioni regionali per ogni esigenza di tutela costituzionale discendente dal deposito dei quesiti. Se infatti il riconoscimento della qualifica di potere dello Stato ai soggetti promotori referendari è sempre stato interpretato come una funzione di controllo riconducibile alla nozione di separazione dei poteri<sup>150</sup>, appare evidente la necessità di ogni sforzo processuale per ridurre ai minimi termini gli oneri gravanti sull'azione di tutela. Al contrario, la Consulta dopo il riconoscimento della legittimazione al conflitto per i soggetti promotori referendari nella sentenza n. 69/1978 quale tesa alla dichiarazione d'illegittimità costituzionale dell'art. 39, l. n. 352/1970, in punto d'abrogazione fittizia delle norme oggetto di quesito referendario, ha sostenuto un'interpretazione rigorosamente restrittiva tesa a censurare ogni gravame in materia<sup>151</sup>.

Viepiù appare evidente che il complesso procedimento d'iniziativa referendaria regionale a fini abrogativi nazionali necessita di preve informali intese, aventi natura eminentemente politica, onde evitare l'eventualità di modifiche al testo della deliberazione originaria da parte dei Consigli regionali successivamente interessati ad aderirvi. Al contrario si realizza la necessità di cominciare *ex novo* il procedimento d'iniziativa regionale posto l'ovvio principio per cui richieste referendarie diverse dalla primigenia si configurano quali «iniziatori di nuova proposta»<sup>152</sup>. Tale previsione ricalca solo apparentemente il modello civilistico, *ex art.* 1326, comma 5, c.c., che considera nuova proposta contrattuale l'accettazione non conforme alla proposta originaria<sup>153</sup>. Infatti il parallelo è del tutto forzato poiché nell'*iter* referendario regionale non v'è accettazione da parte dei Consigli regionali d'altrui proposte, bensì vi sono singoli atti d'iniziativa che nella cornice legale devono essere identici per potersi ritenere rappresentativi di una medesima volontà abrogativa. A sua volta la necessitata coincidenza dei quesiti appare richiamare un modello negoziale di diritto pubblico quale atto complesso inter-regionale con la fusione delle singole manifestazioni di volontà regionale<sup>154</sup>. L'insieme dei Consigli regionali

<sup>150</sup> Cfr. M. MAZZIOTTI, *Poteri esterni allo stato-persona come parti dei conflitti di attribuzione e questioni di ammissibilità del referendum*, in *Giur. cost.*, n. 8-10/1978, p. 980 e C. CHIOLA, *I presentatori della richiesta*, cit., p. 605.

<sup>151</sup> Cfr. A. PACE, *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale nel conflitto tra poteri*, in AA.VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Milano, 1988, p. 156.

<sup>152</sup> Art. 30, comma 2, l. n. 352/1970.

<sup>153</sup> Art. 1326, comma 5, c.c.: «Un'accettazione non conforme alla proposta equivale a nuova proposta».

<sup>154</sup> Cfr. CARBONE, *La competenza della Corte costituzionale sull'ammissibilità della richiesta di referendum abrogativo*, in *Raccolta di studi sulla Corte costituzionale*, 1957, pp. 576-577.

abilitati alla richiesta referendaria abrogativa appare dunque come un soggetto giuridico dotato di funzioni pubbliche costituito in base ad un negozio multilaterale formato dall'insieme delle dichiarazioni d'identiche volontà che danno vita all'atto complesso d'iniziativa<sup>155</sup>. Del resto un corpo collettivo per esprimersi deve organizzarsi e quindi trarre dal suo seno delle forme di espressione socialmente riconoscibili onde entrare in rapporto con il mondo circostante<sup>156</sup>.

Tale aspetto detiene rilevanza anche ai fini dell'eventuale revoca dell'iniziativa referendaria. Sussiste quindi un soggetto autonomo e distinto da cui promana l'atto complesso d'iniziativa quale autonomo centro d'imputazione che deve ritenersi poter revocare il quesito anche successivamente al deposito presso l'Ufficio centrale referendario, e non solo anteriormente come la dottrina aveva preconizzato<sup>157</sup>. Diversamente in punto di reintegrazione dei promotori della richiesta referendaria. Infatti, se la surroga è ben possibile con riguardo all'iniziativa popolare in presenza di riduzione sotto il numero minimo di dieci, attraverso la cooptazione di altri cittadini fra i soggetti sottoscrittori<sup>158</sup>, la stessa appare invece da escludere con riguardo all'iniziativa regionale in assenza della distinzione fra promotori e sottoscrittori referendari e laddove la titolarità radica unicamente, e nel minimo, in cinque Consigli regionali. Ad oggi s'è peraltro riscontrato un solo peculiare caso di revoca, quale intervenuto in sede d'iniziativa referendaria consiliare regionale in materia di trivellazioni marine. Infatti, si trattava non già di un mero ritiro dell'iniziativa successivo al deposito della deliberazione bensì all'esito della non condivisa decisione dell'Ufficio centrale per il *referendum* di trasferire il quesito sullo *ius superveniens*<sup>159</sup> e dunque invocando la declaratoria della cessazione dell'oggetto del contendere<sup>160</sup>. Per quanto la *quaestio* relativa al trasferimento del quesito referendario esula pacificamente dal giudizio di ammissibilità, l'ente regionale abruzzese è venuto a porsi nell'anomala identica posizione dell'Avvocatura erariale sostenendo che la nuova disciplina avrebbe mutato il contenuto normativo essenziale del precetto

<sup>155</sup> Cfr. T. MARTINES, A. RUGGERI, C. SALAZAR, *Lineamenti di diritto regionale*, Milano, 2019, pp. 119-120.

<sup>156</sup> Cfr. U. RESCIGNO, *Referendum, comitato promotore e conflitto tra i poteri dello stato*, in *Crit. dir.*, n. 13/1978, p. 22.

<sup>157</sup> Cfr. G. ROLLA, *Primi cenni sulla funzione e sulla natura giuridica dei promotori del referendum abrogativo*, in *Studi parl. pol. cost.*, n. 14/1971, p. 55.

<sup>158</sup> *Ivi*, p. 74.

<sup>159</sup> Ufficio centrale per il referendum, ord. 7 gennaio 2016.

<sup>160</sup> Corte cost. 2 febbraio 2016, n. 17, punto 11. *Ritenuto in fatto* e 4.1. *Considerato in diritto*.

oggetto della richiesta referendaria<sup>161</sup>. Di fatto, con una revoca del mandato alle liti all'originario difensore ed il rilascio di procura a nuovo legale da parte del delegato effettivo consiliare, l'organo ha svolto deduzioni soddisfattive circa le modifiche legislative incidenti sui restanti cinque quesiti referendari<sup>162</sup> che avevano determinato la decisione di chiusura procedimentale con la suddetta ordinanza. Del resto rilevava come il Consiglio regionale nulla aveva dedotto in punto di stretta inammissibilità del quesito, limitandosi ad opporre la cessazione della materia del contendere, laddove peraltro la stessa normativa regionale abruzzese in materia di *upstream* è stata successivamente censurata dalla Consulta<sup>163</sup>.

Da ultimo si consideri pure la difficoltà per le neofite Regioni promotrici del 1992 di ponderare sufficientemente le regole costruite negli anni dalla Corte costituzionale in tema d'ammissibilità referendaria nonché d'individuare esattamente l'integrale normativa da sopprimere onde realizzare un'omogenea azione abrogativa. Prova ne sia il fatto che alla verifica della Consulta nel 1993 solo due quesiti su cinque hanno superato il vaglio ed i restanti tre sono stati riconosciuti invece come del tutto imprecisi, quasi come redatti da un pubblicitario anziché da un giurista<sup>164</sup>. Risulta evidente che gli organi regionali (*rectius*, gli uffici legislativi e relativi consulenti dei Consigli interessati) non hanno prestato sufficiente attenzione all'elevata complessità e farraginosità della legislazione vigente non sempre immediatamente percepibile, come in concreto avvenuto per i tre quesiti rigettati e relativi alle funzioni amministrative statali ed ai dicasteri dell'industria e della sanità.

### 3.1. Segue: l'area d'azione dell'iniziativa referendaria regionale.

La dottrina aveva prospettato la possibilità d'apporre limiti specifici all'iniziativa referendaria regionale in relazione alla sussistenza di un interesse regionale per l'abrogazione referendaria<sup>165</sup>. Tuttavia, in assenza d'un espresso sostegno normativo per tale limite, deve ritenersi l'infondatezza dell'assunto. Al contrario si dovrebbe pervenire a classificare il *referendum* abrogativo quale istituto ad iniziativa non già

<sup>161</sup> La Regione Abruzzo con memoria del 15 gennaio 2016 ha chiesto la cessazione dell'oggetto del contendere in relazione a tutte le richieste referendarie ivi compresa quella per la quale l'Ufficio centrale per il referendum aveva confermato che il procedimento avesse corso ad onta dello *ius superveniens*.

<sup>162</sup> Corte cost. 2 febbraio 2016, n. 16, punto 9. *Ritenuto in fatto* e 2. *Considerato in diritto*.

<sup>163</sup> Corte cost. 24 febbraio 2017, n. 39. Cfr. F. MINNI, "Abruzzo vs Trivelle" in mare: la legge regionale non passa il giudizio della Corte, in *Quad. cost.*, n. 2/2017, pp. 500-501.

<sup>164</sup> Cfr. R. BIN, *I «referendum regionali» e la giurisprudenza costituzionale*, in *Le Reg.*, n. 2-3/1997, p. 247.

<sup>165</sup> Cfr. T. MARTINES, A. RUGGERI, *Lineamenti di diritto regionale*, Milano, 1992, p. 129.

solo mista ma anche e soprattutto differenziata laddove il potere d'iniziativa spetterebbe diversamente a seconda del soggetto abilitato, elettori ovvero Consigli regionali<sup>166</sup>, con questi ultimi titolari di un potere circoscritto. Infatti, secondo tale suggestiva ed obsoleta teoria, l'iniziativa regionale sarebbe limitata agli interessi delle collettività regionali in forza di una presupposta necessitata relazione tra l'amministrazione proponente e l'oggetto del quesito referendario. La dottrina ne aveva tratto l'implicita esistenza dall'*obiter dictum* contenuto in una delle prime sentenze d'inammissibilità di richieste referendarie regionali del 1992, quale relativa all'abolizione di un coacervo di funzioni amministrative statali<sup>167</sup>. Posto che alcune di esse non avrebbero determinato una corrispondente espansione delle competenze regionali ne sarebbe derivata un'invocata *vindicatio potestatis* regionale quale causa preclusiva al *referendum* d'iniziativa regionale<sup>168</sup>. Tale assunto sarebbe confermato indirettamente anche dalla coeva ammissibilità del quesito sull'abolizione del dicastero del turismo<sup>169</sup> laddove relativo al solo assetto delle allora attuali competenze senza contestarne la spettanza statale nonché dalla pronuncia sull'inammissibilità del quesito per la soppressione del Ministero dell'industria<sup>170</sup>.

Tuttavia, nella prima pronuncia evocata, appare significativo l'espresso richiamo della Consulta all'interpretazione del quesito quale «chiaramente enunciata nelle delibere dei Consigli regionali» in punto di funzioni statali, per cui l'interesse abrogativo viene ricavato dal contenuto delle stesse deliberazioni regionali. Si tratterebbe, a ben vedere, di una sorta di rinvio ai lavori preparatori della richiesta referendaria quale atto di legislazione negativa *in itinere* ovvero un elemento di ordine psicologico<sup>171</sup> onde ricercare il fine intrinseco alla volontà dei proponenti che avrebbe reso il quesito soggettivamente non univoco<sup>172</sup>. Ovvero quantomeno di un sistema d'accertamento dell'oggettività formale e lessicale del quesito, fondato dapprima sulla valutazione del contesto normativo e poi del contenuto delle deliberazioni regionali<sup>173</sup>. Tuttavia, in materia appare dirimente rilevare che la giustificazione dell'iniziativa non rientra certo nel contenuto obbligatorio delle

<sup>166</sup> Cfr. G. SALERNO, *Il referendum*, cit., pp. 126-127.

<sup>167</sup> Corte cost., 4 febbraio 1993, n. 29.

<sup>168</sup> Cfr. P. COSTANZO, *Teoria e pratica*, cit., pp. 181-182.

<sup>169</sup> Corte cost., 4 febbraio 1993, n. 35.

<sup>170</sup> Corte cost., 4 febbraio 1993, n. 36. Cfr. E. BALBONI, *Il potere emigra in Regione*, in *Il Sole-24Ore*, 22 gennaio 1993.

<sup>171</sup> Cfr. G. PARODI, *L'iniziativa referendaria*, cit., p. 1452.

<sup>172</sup> Cfr. P. CARNEVALE, *La Corte e il referendum: un nuovo atto*, in *Giur. cost.*, n. 3/1993, pp. 2270-2271.

<sup>173</sup> Cfr. R. BALDUZZI, *La Corte non è Bertoldo (o dell'affidabilità del giudice costituzionale)*, in *Giur. cost.*, n. 1/1993, p. 255.

deliberazioni consiliari regionali, quale delineato dalla legge referendaria, dovendo al riguardo l'atto limitarsi alla sola enunciazione del quesito con le norme di cui si chiede l'abrogazione popolare. Per l'effetto, nel caso della primigenia richiesta relativa alle funzioni amministrative, in sede motiva degli atti regionali, appare piuttosto intervenuta una tanto imprudente quanto pleonastica enunciazione delle ragioni del quesito abrogativo, presumibilmente riconducibile all'inesperienza redazionale dell'epoca in materia viste le Regioni quali enti del tutto novizi nell'attivazione dell'istituto. La presenza d'impianti normativi imperfetti dal punto di vista logico-sistematico ha a sua volta reso ardua la corretta stesura del quesito referendario da parte delle Regioni proponenti<sup>174</sup>.

Del resto, tale interpretazione ricavata dalle prime decisioni del 1993 su richieste regionali appare ampiamente contraddetta dalle successive decisioni costituzionali intervenute nei decenni su altri quesiti d'iniziativa consiliare regionale. Anzitutto nel 1997 con la prima decisione d'ammissibilità su quesito non afferente ad interessi regionali in tema di concorsi unici, quale normativa che non si applicava a Regioni ed Enti locali, laddove la Consulta non s'è posta il problema dell'esistenza di un legame con le funzioni dell'ente<sup>175</sup>. Ma a ben vedere l'obiezione non ha trovato ulteriore spazio neppure per l'inammissibilità di richieste attinenti a competenze extraregionali, *id est* nel 2013-2014 in tema di geografia giudiziaria regionale e da ultimo, nel 2019, per la quota proporzionale della legge elettorale nazionale.

Viepiù, si rammenti che nemmeno può ritenersi esistente un parallelismo con la datata e restrittiva tesi della delimitazione oggettiva in materia d'iniziativa legislativa regionale al Parlamento<sup>176</sup> pur via via temperata<sup>177</sup> laddove la stessa è ormai ampiamente superata dalla dottrina<sup>178</sup>. Infatti, in forza dell'attivismo regionale e relativa propensione ad interpretare in senso ampio il disposto costituzionale s'è radicata l'idea che l'esercizio dell'iniziativa legislativa sia uno strumento d'interlocazione politica fra Regioni e Parlamento<sup>179</sup>. Tale assunto, a ben vedere, si

<sup>174</sup> Cfr. G. PARODI, *L'iniziativa referendaria*, cit., pp. 1453-1454.

<sup>175</sup> Cfr. G. MOR, *I «referendum regionali» e la giurisprudenza costituzionale*, in *Le Reg.*, n. 2-3/1997, pp. 273-274.

<sup>176</sup> In tema, cfr.: C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Padova, 1976, p. 731; F. CUOCOLO, *Saggio sull'iniziativa legislativa*, Milano, 1971, pp. 82-83; E. SPAGNA MUSSO, *L'iniziativa nella formazione delle leggi italiane*, I, Napoli, 1958, pp. 94-96. *Contra*, V. SPAZIANTE, *L'iniziativa legislativa delle regioni*, in A. PREDIERI (cur.), *Il processo legislativo nel Parlamento italiano: ricerca*, VI, Milano, 1978, pp. 13-15.

<sup>177</sup> Cfr. L. PALADIN, *Diritto regionale*, Padova, 1997, p. 362 e M. CARLI, *Art. 121-127*, in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO (cur.), *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, 1990, p. 69.

<sup>178</sup> Cfr. L. PACE, *Sulle tracce di un'attribuzione costituzionale. Riflessioni sul potere di iniziativa legislativa dei Consigli regionali*, in *Federalismi.it*, n. 2/2017, pp. 9-13.

<sup>179</sup> Cfr. F. BASSANINI, V. ONIDA, *Problemi di diritto regionale*, II, Milano, 1972, p. 39.

sposa anche con l'iniziativa referendaria regionale a fini abrogativi nazionali posto che le Regioni non sono certo enti a fini settoriali, bensì enti politici a fini tendenzialmente generali<sup>180</sup>. Per l'effetto le Regioni detengono titolo a partecipare alla realizzazione dell'indirizzo politico nazionale e quindi di essere effettivamente un soggetto politico. In concreto ne discende che la Regione, in quanto articolazione dell'ordinamento, deve avere la possibilità di attuare quei compiti che la Carta costituzionale attribuisce alla Repubblica e dunque deve poter concorrere alla tutela e alla realizzazione degli interessi nazionali<sup>181</sup>.

Ne consegue ampiamente che il ridetto supposto limite dell'interesse regionale al *referendum* abrogativo – che avrebbe fatto capolino nelle prime decisioni del 1993 –, non appare aver fatto sostanziale breccia alcuna nella giurisprudenza costituzionale in tema d'ammissibilità referendaria su iniziative regionali. Indi, se ne ricava in maniera cristallina che, in sua assenza e quantomeno teoricamente, il quesito referendario può colpire qualsivoglia atto legislativo, salvo i restanti limiti del giudizio d'ammissibilità costituzionale. Tuttavia, e l'esperienza più recente del *referendum upstream* ben lo insegna, volendo fare un parallelo con l'iniziativa legislativa regionale al Parlamento, appare logico e naturale attendersi azioni referendarie principalmente protese alla protezione degli interessi dell'autonomia regionale ovvero locale. Né possono escludersi altre ragioni giuridico-istituzionali che potrebbero supportare quest'affermazione a fronte di reiterati tentativi di neocentralismo quali tipici dei periodi di crisi, economica ovvero sanitaria che siano<sup>182</sup>.

Del resto nulla vale opporre che senza la fissazione di limiti all'iniziativa referendaria regionale a fini abrogativi nazionali si potrebbe in potenza registrare una proliferazione dei quesiti nei settori più disparati come avvenuto nei decenni su spinta dei comitati referendari promossi dal partito radicale italiano alla stregua di un'autentica deviazione demagogica<sup>183</sup>. Infatti, rassegnare i macrotemi oggetto dell'attivismo referendario radicale significa spaziare dal divorzio all'aborto, dall'ordine pubblico al nucleare, dalla caccia ai sistemi elettorali nazionali, dal

<sup>180</sup> Cfr. A. BARBERA, *Le istituzioni del pluralismo. Regioni e poteri locali. Autonomie per governare*, Bari, 1977, p. 221.

<sup>181</sup> Cfr. F. RESCIGNO, *Le «funzioni costituzionali» delle Regioni fra previsione ed attuazione*, Torino, 2001, pp. 50-51.

<sup>182</sup> Cfr. G. GARDINI, *La quiete dopo il "referendum". Democrazia della crisi o crisi della democrazia?*, in «Istituzioni del federalismo», n. 3/2016, pp. 585-607 e A. CANDIDO, *L'impatto della crisi sulle autonomie: prospettive "de iure condito" e "de iure condendo"*, in *Federalismi.it*, n. 9/2014, pp. 1-24.

<sup>183</sup> Cfr. F. DELPÉRÉE, *Referendum e ordinamenti costituzionali*, in M. LUCIANI, M. VOLPI (cur.), *Referendum, cit.*, p. 51.

finanziamento pubblico dei partiti agli stupefacenti, dalla privatizzazione della RAI all'Ordine dei giornalisti, dall'ordinamento giudiziario alla procreazione assistita, etc.

In sede di prassi dell'istituto appare peraltro suggestivo indagare i motivi del mancato ricorso, per oltre un ventennio, all'iniziativa referendaria abrogativa regionale. La dottrina risulta averla ascritta al potenziale complesso d'inferiorità regionale nei confronti dell'istituto, determinato dal timore che l'elettorato disertasse le urne, rendendo nulla la consultazione, posto un generale sostanziale disinteresse alle questioni referendarie proposte dalle Regioni rispetto ai comitati promotori di cittadini<sup>184</sup>. Tuttavia, tale datata asserzione appare del tutto smentita da elementi oggettivi successivi posto che il *trend* di partecipazione ai quattro *referendum* d'iniziativa regionale ad oggi svolti non si discosta dalla media dei restanti contemporaneamente espletati ed anche a prescindere o meno dal raggiungimento del *quorum* strutturale.

Ne segue che appare solo parzialmente più verosimile l'ipotesi dell'effetto di cd. trascinarsi svolto da altre concomitanti consultazioni referendarie attivate dagli elettori su temi più rilevanti rispetto alle iniziative regionali<sup>185</sup>. Come del resto avvenuto per i *referendum* sulle due abolizioni ministeriali del 1993 ma non anche per l'ulteriore del 1997 laddove il fallimento della partecipazione è stato generalizzato per tutte le consultazioni. L'elevato afflusso alle urne per le soppressioni dei dicasteri dell'agricoltura e del turismo del 1993 ed il successo dei restanti cinque quesiti dei comitati<sup>186</sup> è stato infatti generato soprattutto dalla sentita tematica dell'abrogazione della legge elettorale proporzionale del Senato<sup>187</sup> nonché da altri temi caldi quali il finanziamento pubblico dei partiti e la disciplina delle sostanze stupefacenti dettata dalla cd. legge Jervolino-Vassalli, di cui al testo unico raccolto nel d.P.R. n. 309/1990. Infatti, la mera soppressione di Ministeri cd. inutili, pur al fine di uno snellimento degli apparati governativi nonché nel quadro del riordinamento dei dicasteri onde perseguire la piena attuazione dell'ordinamento regionale, non appariva tematica di rilevante interesse e radicalizzazione politica<sup>188</sup>.

<sup>184</sup> Cfr. T. MARTINES, A. RUGGERI, *Lineamenti di diritto regionale*, 1992, cit., p. 129.

<sup>185</sup> Cfr. G. AMBROSINI, *Referendum*, Torino, 1993, p. 134 e G. GEMMA, *Soppressione di ministeri*, cit., pp. 195-196.

<sup>186</sup> I restanti cinque referendum abrogativi sostenuti dai comitati promotori attenevano all'abrogazione del finanziamento pubblico dei partiti, di norme della legge sugli stupefacenti, dell'affidamento alle U.S.L. dei controlli ambientali, delle norme per le nomine ai vertici delle banche pubbliche nonché l'abolizione del Ministero delle partecipazioni statali. A fronte di un'affluenza media del 76% tali quesiti referendari furono approvati con percentuali variabili tra il 90,25% per il finanziamento dei partiti ed il 55,36% per gli stupefacenti.

<sup>187</sup> Cfr. V. BARNATO, *I referendum elettorali: analisi dei quesiti*, in *Riv. trim. dir. pub.*, n. 3/1992, pp. 725-743.

<sup>188</sup> Cfr. G. AMBROSINI, *Referendum*, cit., pp. 144-145.

Il punto focale per il buon esito dell'iniziativa referendaria regionale risulta dunque quello dell'individuazione di tematiche dotate di elevata tensione politica per cui la radicalizzazione dello scontro tra fautori e contrari dell'abrogazione mobilita gli elettori ponendo nel nulla l'astensionismo. Ovvero la presenza di un peculiare contesto storico, com'è stato quello del 1992-'93, connotato da una profonda sfiducia dei cittadini nei confronti del circuito rappresentativo a fronte degli scandali giudiziari di corruzione politica<sup>189</sup>. Lo sgretolamento del sistema della cd. Repubblica dei partiti è infatti riconosciuto come un processo progressivo che ha trovato il suo momento conclusivo, almeno simbolicamente, nel voto referendario del 18 aprile 1993<sup>190</sup>.

Un ulteriore elemento d'interesse è dato dalla mancata costituzione in giudizio avanti la Consulta del Presidente del Consiglio dei Ministri come avvenuto per la discussione dell'ammissibilità di tutte le richieste referendarie regionali in chiave autonomista del 1992 e del 1996 nonché da ultimo del 2019 in tema di legge elettorale. Del resto, nel giudizio sull'ammissibilità del *referendum* avanti la Corte costituzionale, l'Esecutivo predilige per prassi una linea di *self-restraint* senza costituzione in giudizio, attestando per l'effetto di non trovarsi istituzionalmente in uno stato di conflitto di interessi coi promotori<sup>191</sup>. Si tratta di un dato che conferma anche l'assenza di un interesse governativo attorno ai quesiti regionali proposti su tematiche prive di particolari ricadute politiche per quanto non certo improvvisati. Tuttavia, significativamente, per i quesiti relativi alla geografia giudiziaria ed alle prospezioni marine di combustibili fossili s'è invece registrata la costituzione dell'Avvocatura erariale onde avversare le iniziative regionali. Infatti, maggiore attenzione per l'Esecutivo detenevano le richieste sulla riforma delle circoscrizioni giudiziarie ordinarie venute da buona dose di campanilismo locale, nonché per le cd. trivelle a fronte d'implicazioni connesse alla politica energetica nazionale e per le quali, a fronte dello *ius superveniens*, il Governo riteneva d'aver già soddisfatto le istanze regional-ambientaliste.

Di per sé l'iniziativa referendaria regionale ai fini abrogativi nazionali appare detenere sicuramente una potenziale sorta di valenza conflittuale nei riguardi dell'Esecutivo e del Parlamento statale. Le primigenie iniziative del 1992 e del 1996 hanno ben dimostrato la volontà regionale di mutare alcuni assetti organizzativi

---

<sup>189</sup> Cfr. B. CARAVITA, *I referendum del 1993, cit.*, p. 561.

<sup>190</sup> Cfr. A. PACE, *L'instaurazione di una nuova Costituzione. Profili di teoria costituzionale*, in *Quad. cost.*, n. 1/1997, pp. 7-50 e P. SCOPPOLA, *La repubblica dei partiti. Evoluzione e crisi di un sistema politico, 1945-1996*, Bologna, 1997, p. 459.

<sup>191</sup> Cfr. A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2014, p. 32.

dell'architettura di governo quali contrastanti con la forma di Stato regionale<sup>192</sup>. Tuttavia, appare interessante rilevare che con la riforma strutturale del Titolo V del 2001 in chiave regionalista e localista le iniziative referendarie regionale risultano traslate su tematiche d'interesse non eminentemente autonomistico salvo in parte il solo richiamato *referendum* sulle cd. trivelle del 2016. Inoltre s'aggiunga il fatto che giudizi d'ammissibilità di tal fatta tendono a sovra-esporre la Corte costituzionale ad istanze potenzialmente delegittimanti quali eventualmente provenienti dalle Regioni.

Giova non a caso rilevare come le primigenie richieste referendarie regionali depositate nel 1992 furono variamente accolte e commentate in dottrina per quanto offuscate dalla, a sua volta iniziale, stagione dei *referendum* elettorali<sup>193</sup>. In parte giudicate negativamente, laddove si paventava la presenza di *referendum* iper-regionalistici che avrebbero alterato (o quasi) la forma di Stato delineata in Costituzione<sup>194</sup> ovvero criticando aspramente le due intervenute decisioni di rigetto in chiave anti-regionale<sup>195</sup>. Infatti, a fronte d'un frangente di cesura della storia repubblicana, risulta logico e consequenziale che – dopo il risultato schiacciante al primo *referendum* elettorale del 1991 sulla preferenza unica alla Camera, stante il persistente e deprecabile immobilismo del sistema partitico<sup>196</sup> – s'attivassero per la prima volta nuove istanze referendarie da parte di svariati Consigli regionali su assetti istituzionali per la soppressione di dicasteri e di titolarità di funzioni in materie di competenza regionale quale spinta ad un maggiore decentramento.

Tali iniziative appaiono sintomatiche della possibilità d'incidere su aspetti costituzionali dello Stato anche su proposta degli stessi Consigli regionali, laddove del resto anche i comitati promotori si sono fatti latori, ed anche anteriormente alle Regioni, di quesiti nello stesso settore. Nell'ambito dell'insieme complessivo dei *referendum* che attengono ad aspetti essenziali dei poteri statuali d'iniziativa popolare si possono infatti annoverare i quesiti ammessi relativamente all'ordinamento giudiziario militare<sup>197</sup>, la responsabilità civile dei magistrati<sup>198</sup>, la commissione parlamentare per i procedimenti d'accusa<sup>199</sup>, il sistema elettorale delle Camere (con

<sup>192</sup> Cfr. P. COSTANZO, *Teoria e pratica*, cit., p. 170.

<sup>193</sup> Cfr. A. CHIMENTI, *Storia dei referendum*, cit., pp. 126-147.

<sup>194</sup> Cfr. E. BALBONI, *Il potere emigra*, cit. e G.F. CIAURRO, *Sono ancora attuali le ragioni del diritto*, in *Il Giornale*, 18 gennaio 1993.

<sup>195</sup> Cfr. G. MIGLIO, *Consulta matrigna delle Regioni*, in *l'Unità*, 17 gennaio 1993.

<sup>196</sup> Cfr. E. BERSELLI, *L'ultima recita dei partiti*, in *Il Mulino*, n. 6/1991, p. 1032.

<sup>197</sup> Corte cost., 10 febbraio 1981, n. 25.

<sup>198</sup> Corte cost., 3 febbraio 1987, n. 26.

<sup>199</sup> Corte cost., 7 febbraio 1978, n. 16.

sette quesiti nell'arco degli anni)<sup>200</sup>, gli incarichi extragiudiziari dei magistrati<sup>201</sup>, la progressione<sup>202</sup> e la separazione<sup>203</sup> delle carriere magistratuali, il sistema d'elezione del CSM<sup>204</sup>, nonché il legittimo impedimento per le alte cariche statali<sup>205</sup>.

Al riguardo appare che gli interessi regionali si frappongono all'interno dei rapporti fra organi e poteri costituzionali e dunque risulta realistico che l'istituto referendario possa essere fatto proprio dalle Regioni in chiave d'architettura costituzionale. In tema la dottrina s'era pure interrogata sul fatto che attraverso le istanze referendarie regionali di soppressione di dicasteri si finirebbe per destrutturare l'equilibrio dell'Esecutivo dal punto di vista organizzativo interno nonché dei legami con le Camere e dunque anche incidendo sul rapporto fiduciario<sup>206</sup>. Ne sarebbero quindi lesi, quantomeno implicitamente, i principi di fiducia, unità e continuità governativa<sup>207</sup> similmente a quanto avviene nel caso di rimpasto ministeriale eccessivo che determina un mutamento strutturale sostanziale del governo che impedisce di riferirvi la fiducia parlamentare iniziale<sup>208</sup>.

Tuttavia, appaiono ultronei i datati riferimenti dottrinari degli anni Settanta, e dunque ben anteriori alle prime esperienze referendarie d'iniziativa regionale, circa la possibilità d'incidere con tale strumento sulla fondamentale unità di un potere pubblico essenziale<sup>209</sup>. Parimenti per l'ipotesi di un condizionamento referendario dei limiti della sovranità popolare in un ordinamento parlamentare<sup>210</sup>. Questo laddove s'influisca meramente sulla soppressione di dicasteri come quelli agricolo e turistico, in assenza d'espresse indicazioni costituzionali in materia e dunque enti pacificamente non presupposti. Quindi del tutto diversi non già solo dall'unico costituzionalmente previsto, qual è il Ministero della Giustizia – *ex artt. 107, comma 2 e 110, Cost.*, che richiamano espressamente il relativo Ministro<sup>211</sup> –, ma anche da

<sup>200</sup> Corte cost., 2 febbraio 1991, n. 47; 4 febbraio 1993, n. 32; 28 gennaio 1999, n. 13; 7 febbraio 2000, n. 32; 30 gennaio 2008, nn. 15, 16 e 17.

<sup>201</sup> Corte cost., 10 febbraio 1997, n. 41.

<sup>202</sup> Corte cost., 10 febbraio 1997, n. 33.

<sup>203</sup> Corte cost., 7 febbraio 2000, n. 37.

<sup>204</sup> Corte cost., 7 febbraio 2000, n. 44.

<sup>205</sup> Corte cost., 26 gennaio 2011, n. 29.

<sup>206</sup> Cfr. P. COSTANZO, *Teoria e pratica, cit.*, p. 174. *Contra* P. CARNEVALE, *La Corte e il referendum: un nuovo atto, cit.*, pp. 2286-2289.

<sup>207</sup> Cfr. L. PALADIN, *Diritto costituzionale*, Padova, 1998, p. 383.

<sup>208</sup> Cfr. E. SPAGNA MUSSO, *Diritto costituzionale*, Padova, 1995, p. 551.

<sup>209</sup> Cfr. A. BALDASSARRE, *La Costituzione non prevede due democrazie*, in *l'Unità*, 3 dicembre 1977.

<sup>210</sup> Cfr. P. COSTANZO, *Teoria e pratica, cit.*, p. 175.

<sup>211</sup> Il mero riferimento al Ministro piuttosto che al Ministero non pare certo in grado di escludere la necessità costituzionale del relativo dicastero vieppiù laddove l'art. 110, Cost., demanda espressamente al Ministro «l'organizzazione e al funzionamento dei servizi relativi alla giustizia». Cfr. G. SOBRINO, *Il Ministro della*

quelli costituzionalmente necessitati per l'organizzazione dell'Esecutivo quali principalmente la Difesa, l'Economia, gli Esteri e gli Interni<sup>212</sup> (ma forse anche le Infrastrutture, l'Istruzione ed il Lavoro), posto che in tal caso si graverebbe su leggi a contenuto costituzionalmente vincolato in quanto costituenti lo zoccolo duro della struttura governativa statale<sup>213</sup>. Vieppiù laddove alcun elenco dei Ministeri è presente nella Carta che, anzi, all'art. 95, comma 3, ne riserva espressamente l'istituzione alla legge, pur ad onta delle scarse indicazioni costituzionali circa le attribuzioni ministeriali ed i rapporti fra dicasteri e Consiglio dei Ministri<sup>214</sup>.

Il richiamo della Corte all'ammissibilità della soppressione di apparati «discrezionalmente» elevati a dicastero sembra confermare tale ipotesi per cui *a contrariis* competenze statali non potrebbero non fare capo a dicasteri implicitamente necessitati per Costituzione, restando per l'effetto esclusa qualsivoglia ipotesi di disarticolazione dell'apparato dell'Esecutivo per via referendaria<sup>215</sup>. Ancora, la diga della Consulta, quale sancita sin dalla primigenia sentenza n. 16 del 1978, avverso l'utilizzo dello strumento referendario abrogativo su norme costituzionalmente vincolate<sup>216</sup>, se non addirittura in chiave anti-demolitoria dell'equilibrio tra i poteri costituzionali, appare del tutto granitica nell'esclusione di qualsivoglia "sovversione" costituzionale per via dell'iniziativa referendaria consiliare regionale. Del resto si badi che la Consulta non risulta neppure avere mai ipotizzato l'esistenza di un limite referendario oggettivo su leggi connesse all'indirizzo politico, pur isolatamente evocato in dottrina<sup>217</sup> nonché in sede di lavori preparatori della legge referendaria. Anche prescindendo dall'apparente oscurità di tale insieme di leggi<sup>218</sup>, tale preclusione finirebbe per snaturare il significato della stessa riserva parlamentare per le decisioni relative al rapporto fiduciario<sup>219</sup>. Parimenti, ritenere che la *ratio* di alcune leggi espressamente sottratte *ex art. 75, Cost.*, dal *referendum* abrogativo, sarebbe quella d'impedire l'ingresso diretto degli elettori in decisioni strettamente afferenti al circuito fiduciario<sup>220</sup>, appare in fregio alla natura stessa dell'istituto popolare in chiave censurante del Parlamento quale soggetto autore delle norme oggetto

*Giustizia ed i Poteri dello Stato. Vicende e prospettive di una collocazione problematica*, Napoli, 2015, pp. 282-307 e P. COSTANZO, *Teoria e pratica*, cit., p. 173.

<sup>212</sup> Cfr. F. RACIOPPI, I. BRUNELLI, *Commento allo Statuto del Regno*, III, Torino, 1909, p. 324.

<sup>213</sup> Cfr. G. GEMMA, *Soppressione di ministeri*, cit., pp. 194-195.

<sup>214</sup> Cfr. L. PALADIN, *Diritto costituzionale*, cit., p. 404.

<sup>215</sup> Cfr. G. PARODI, *L'iniziativa referendaria*, cit., p. 1449.

<sup>216</sup> Cfr. V. CRISAFULLI, *In tema di limiti al referendum*, in *Giur. cost.*, n. 2/1978, pp. 151-166.

<sup>217</sup> Cfr. C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., p. 788.

<sup>218</sup> Cfr. M. LUCIANI, *Giuristi e referendum*, in *Dir. soc.*, n. 1/1978, p. 123.

<sup>219</sup> Cfr. A. CHIAPPETTI, *L'ammissibilità del referendum abrogativo*, Milano, 1974, p. 218.

<sup>220</sup> Cfr. P. CARNEVALE, *Il «referendum» abrogativo*, cit., p. 43.

d'abrogazione. Di fatto un potenziale parallelo della sfiducia governativa da parte delle Camere e dunque un'implicita disapprovazione dello stesso operato dell'Esecutivo. La stessa scelta costituente del *referendum* abrogativo tra tutte le restanti ipotesi proposte dal Mortati, delinea la volontà di coinvolgere sostanzialmente il popolo nell'attività legislativa<sup>221</sup> sia pure limitatamente ai fini abrogativi e salvi gli imprevisti sviluppi dell'istituto che ha portato a considerarlo come elemento della forma di governo<sup>222</sup>. Il dissenso popolare si concentra solo sulla norma oggetto del quesito mentre effetti ulteriori rispetto all'abrogazione hanno origine non già dalla volontà popolare, bensì dal Parlamento che determina la reazione dell'ordinamento giuridico alla lacuna creata<sup>223</sup>. Se quindi i Costituenti innestarono il *referendum* nel circuito costituzionale – anche per iniziativa consiliare regionale – ne accettarono il ruolo correttivo degli eccessi del parlamentarismo, negando l'incompatibilità tra parlamentarismo e logica referendaria.

#### **4. I fattori comuni delle iniziative referendarie regionali a fini abrogativi nazionali.**

Traguardando il richiamato caso elvetico che ha registrato una sola iniziativa cantonale nella storia costituzionale federale ultrasecolare, a fronte di un evidente attrito di natura finanziaria tra Stato centrale ed entità federate, si rileva come le richieste referendarie d'iniziativa regionale italiane hanno (quasi) sempre riguardato tematiche connesse con l'ampliamento dell'autonomia regionale e locale quale evidente contraltare al corrispondente eccesso dei poteri del Governo centrale. Questo è pacificamente avvenuto per le iniziative depositate nel 1992, 1996 e 2015, su tematiche in ogni caso riconducibili alla limitazione dell'autonomia regionale e locale. Dalle soppressione di dicasteri al superamento della figura del segretario comunale e provinciale, dalla riduzione ovvero eliminazione dei controlli di legittimità sugli atti regionali e locali, dal potere estero ovvero europeo regionale ai concorsi pubblici unici. Parimenti per le sei iniziative regionali del 2015 sulla ricerca ed estrazione degli idrocarburi che attingevano i poteri regionali in punto

---

<sup>221</sup> Cfr. M. LUCIANI, *Art. 75, cit.*, p. 188.

<sup>222</sup> Cfr. V. COCOZZA, *Potere abrogativo referendario e potere abrogativo del parlamento*, in *Pol. dir.*, n. 4/1981, p. 516.

<sup>223</sup> Cfr. G. FERRARA, *Referendum e Corte costituzionale: un'obiezione non lieve*, in F. MODUGNO, G. ZAGREBELSKY (cur.), *Le tortuose vie dell'ammissibilità referendaria*, Torino, 2001, p. 115.

procedimentale concessorio ovvero a fini ambientale per la protezione dell'ambiente costiero.

Una prima eccezione a tale ambito tematico s'è però registrata con le quattro richieste referendarie abrogative del 2013 e 2014 relative alla riforma della geografia giudiziaria ordinaria. In assenza di competenze regionali in materia giurisdizionale, salva l'ipotesi dell'organizzazione della giustizia di pace<sup>224</sup> eventualmente attuabile *de futuro* in sede di regionalizzazione differenziata, *ex art.* 116, comma 3, Cost., a fronte della concreta attivazione di proposte d'intese Stato-Regioni<sup>225</sup>, si tratta all'evidenza di una materia statale. L'iniziativa regionale deteneva il *fumus* di ragioni campanilistiche e localistiche onde evitare la soppressione di tribunali e relative procure (nonché sezioni distaccate di tribunali) in centri di medie dimensioni non capoluoghi di provincia per i quali la perdita della sede giudiziaria avrebbe determinato una penalizzazione in punto di ricadute economiche per l'indotto degli uffici giudiziari soppressi. Come già richiamato, i quesiti non hanno superato il vaglio d'ammissibilità per strette ragioni di necessità costituzionale della normativa in materia di sedi giudiziarie, sia per la legge delega che per il discendente decreto attuativo. Tale iniziativa appare tuttavia sintomatica di quel nuovo fronte del contenzioso costituzionale Regioni-Stato, ulteriore rispetto ai giudizi in via principale ed al conflitto d'attribuzioni, già paventato dalla dottrina all'indomani delle prime decisioni sull'ammissibilità di richieste referendarie regionali<sup>226</sup>. Particolarmente, la natura altamente contenziosa dell'iniziativa referendaria regionale<sup>227</sup> emerge non già solo in relazione alle prime richieste degli anni Novanta ma si ripete con attenzione proprio ai quesiti relativi alla geografia giudiziaria ordinaria, alle trivellazioni marine ed anche al sistema elettorale parlamentare.

Tuttavia, in disparte il caso dei quesiti sulla geografia giudiziaria ordinaria appare opportuno concentrarsi sull'ulteriore e più recente interessante eccezione costituita dall'iniziativa referendaria abrogativa regionale in tema di legge elettorale nazionale, *cd. Rosatellum* del 2017, laddove i Consigli regionali si sono cimentati con una

---

<sup>224</sup> Per una critica alla nozione costituzionalizzata di «giustizia di pace», cfr. G. FALCON, *Il nuovo Titolo V della parte seconda della Costituzione*, in *Le Reg.*, n. 1/2001, p. 11.

<sup>225</sup> In tema, da ultimo, cfr.: E. AURELI, L. MARILOTTI, *L'attuazione del regionalismo differenziato: l'oggetto delle bozze di intesa di Veneto, Lombardia ed Emilia-Romagna ed il rapporto tra competenze legislative e funzioni amministrative*, in *Oss. fonti*, n. S1/2020, pp. 29-52; L. DI MAJO, *Regionalismo differenziato: una questione di metodo, prima ancora del merito*, in *Rivista AIC*, n. 1/2020, pp. 232-265; A. MORELLI, *Fonti e procedimenti dell'asimmetria*, in *Federalismi.it*, n. 5/2020, pp. 73-93; R. BIFULCO, *I limiti del regionalismo differenziato*, in *Rivista AIC*, n. 4/2019, pp. 260-283.

<sup>226</sup> Cfr. P. COSTANZO, *Teoria e pratica*, *cit.*, p. 170.

<sup>227</sup> Cfr. G. PARODI, *L'iniziativa referendaria*, *cit.*, p. 1459.

tematica esclusivamente nazionale quale avente ad oggetto il sistema elettorale delle due Camere. L'obiettivo era tanto evidente quanto pregnante, è cioè realizzare – attraverso un quesito altamente manipolativo – una legge elettorale integralmente maggioritaria con soli collegi uninominali escludendo qualsivoglia quota di riparto proporzionale che il cd. *Rosatellum* prevede nell'ampia misura dei 2/3 dei seggi. Di fatto, con tale richiesta referendaria, i Consigli regionali significativamente eccedono – dopo il primo citato caso dei concorsi unici del 1996 – dal mero ambito d'interesse e tutela regionale e locale e pervengono a proporre un quesito referendario direttamente connesso alla formazione del Parlamento nazionale, e dunque un organo dello Stato centrale, con ogni evidente ricaduta anche in punto d'ingegneria costituzionale. A nulla valendo la successiva pronuncia d'inammissibilità della Consulta laddove l'ipotesi d'insufficiente normativa di risulta incapace di superare il *test* della Corte era stata ampiamente ventilata in dottrina<sup>228</sup>, pur a fronte d'opposte possibiliste valutazioni circa l'ipotesi di pervenire al ridisegno dei collegi elettorali uninominali in forza di pregressa delega parlamentare<sup>229</sup>, ex art. 3, l. 51/2019. Dunque un puro tecnicismo in punto d'auto-applicatività della normativa di risulta circa l'impossibilità di consentire il rinnovo delle Camere a causa dell'eliminazione del criterio di riparto proporzionale dei seggi residui a quelli uninominali, con relativa generalizzazione di quest'ultimi. Prova ne sia anche il contestuale fallito conflitto di attribuzione interorganico sollevato da cinque fra le otto Regioni deliberanti circa la mancata adozione di una legislazione che imponesse la sospensione degli effetti abrogativi del *referendum*, allorché – attesa la natura non autoapplicativa della normativa di risulta – sia necessario adottare una disciplina attuativa idonea ad assicurare la costante operatività degli organi costituzionali<sup>230</sup>.

Da ultimo, si colloca sulla stessa lunghezza d'onda l'ipotesi (ovvero la minaccia) di un *referendum* abrogativo in materia di disciplina della prescrizione del reato eliminando l'ipotesi di sospensione *sine die* della medesima dopo il primo grado di giudizio. In tal caso, di fatto, le Regioni interverrebbero a “gamba tesa” nel condizionare la materia della giustizia penale con un intervento ablativo sul codice di rito. Pacifico che le Regioni (e gli Enti locali) non detengono potere alcuno in materia e dunque l'iniziativa sub-statale risulterebbe estremamente condizionante delle

<sup>228</sup> Cfr. G. GUZZETTA, *Tirannia dei valori e ragionevolezza della disciplina legislativa sul referendum abrogativo: il caso delle leggi elettorali*, in *Federalismi.it*, n. 1/2020, pp. 1-14 e P. VIPIANA, *La legge elettorale come legge costituzionalmente necessaria*, in *Oss. fonti*, n. 1/2019, pp. 1-34.

<sup>229</sup> Cfr. A. MORRONE, *In controtendenza. Note sull'ammissibilità del referendum elettorale per i collegi uninominali*, in *Federalismi.it*, n. 23/2019, pp. 1-15.

<sup>230</sup> Corte cost., ord. 31 gennaio 2020, n. 9. Cfr. R. ROMBOLI, *Ammissibilità di richiesta di referendum abrogativo. Conflitto di attribuzione*, in *Foro it.*, n. 3/2020, pp. 791-794.

politiche legislative centrali. Ma soprattutto assumerebbe una valenza politica di sfiducia nei confronti di parte della coalizione di maggioranza che ha sostenuto strenuamente la ridetta norma da assoggettare a consultazione popolare.

Ripercorrendo poi le ragioni sottese alle iniziative referendarie abrogative regionali emerge come nel primo caso del 1993, in costanza della cd. Prima Repubblica, l'iniziativa s'inquadrava nel solco di decentralizzare maggiormente il Paese in conformità al disegno costituzionale dell'ordinamento regionale<sup>231</sup>. Non stupisce quindi l'avvio d'iniziative referendarie abrogative tese alla soppressione di dicasteri centrali ovvero ad eliminare l'attribuzione allo Stato di funzioni amministrative, peraltro, si badi, proprio da parte delle Regioni settentrionali con maggiori dotazioni finanziarie. Del resto, la dottrina aveva ampiamente attestato come il mantenimento di alcuni dicasteri costituisse una carenza macroscopica dell'attuazione legislativa del Titolo V della Costituzione<sup>232</sup>.

Le Regioni abbandonavano gli istituti di negoziazione e compromesso nei rapporti con lo Stato in favore di una politica più aggressiva nei confronti dell'Esecutivo nazionale. A fronte di un evidente processo d'emancipazione regionale e locale si dipana la volontà di ricercare ulteriori vie per imporre all'agenda politica del legislatore la riforma dello Stato. Una di queste è certamente quella referendaria abrogativa per rivolgere direttamente agli elettori quesiti tesi al superamento d'istituti obsoleti lesivi dell'autonomia locale a fronte della nascita di movimenti autonomisti e regionalistici tipica dei primi anni Novanta. All'epoca la posta in gioco della stagione referendaria era dunque prettamente istituzionale<sup>233</sup> e se la Consulta avesse frenato troppo sulle richieste sarebbe forse apparsa all'opinione pubblica quale custode di un sistema delegittimato ed inefficiente<sup>234</sup>.

A sua volta, le iniziative del 1996 s'inquadrano in una chiara volontà regionale di porre in difficoltà il Governo centrale su materie relative all'autonomia locale con riguardo ad istituti obsoleti e sintomatici del controllo statale sugli Enti locali<sup>235</sup>.

In materia non può peraltro neppure obliterarsi il seguito legislativo nazionale elusivo dell'intervenuta soppressione popolare dei dicasteri agricolo e turistico a mezzo dei *referendum* propugnati dai Consigli regionali nel 1992 e nel 1996. Infatti, per la materia del turismo e dello spettacolo, da un lato si prese atto della

<sup>231</sup> Cfr. E. MALFATTI, *Il giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo*, in R. ROMBOLI (cur.), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1993-1995)*, Torino, 1996, p. 439.

<sup>232</sup> Cfr. L. PALADIN, *Diritto regionale*, cit., p. 30.

<sup>233</sup> Cfr. G. AMBROSINI, *Referendum*, cit., pp. 147-149.

<sup>234</sup> Cfr. G. GEMMA, *Soppressione di ministeri*, cit., p. 193.

<sup>235</sup> Cfr. A. PERTICI, *Il giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo*, in R. ROMBOLI (cur.), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1996-1998)*, Torino, 1999, p. 454.

soppressione del dicastero, ma, dall'altro lato s'introdusse un surrogato attraverso l'istituzione di un Dipartimento *ad hoc* presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri<sup>236</sup> successivamente soppresso con trasferimento delle funzioni al dicastero dei beni culturali<sup>237</sup>. A sua volta, la duplice effettiva ricostituzione del dicastero in materia agricola – nel 1993 con il Ministero per le risorse agricole<sup>238</sup> e poi nel 1997 con il dicastero delle politiche agricole<sup>239</sup>, tuttora attivo –, attesta la volontà dell'Esecutivo centrale di ripristinare una situazione che nega la volontà espressa dal corpo elettorale<sup>240</sup>. Del resto, la Consulta è pure sembrata avallare la tesi dell'esistenza di un divieto assoluto, per il legislatore ordinario, di adottare una nuova disciplina che risulti (sostanzialmente) analoga a quella abrogata in sede referendaria<sup>241</sup>. Tuttavia, da un lato l'interpretazione è condivisibile in rapporto alla regola del trasferimento del quesito imposto dalla Corte in presenza di sopravvenuta abrogazione della normativa con contestuale reviviscenza senza modificare i principi ispiratori né i contenuti normativi essenziali dei singoli precetti<sup>242</sup>. Dall'altro lato però, il cd. vincolo referendario appare criticabile laddove non mantiene distinte le diverse fattispecie cui potrebbe dare vita la legislazione successiva all'abrogazione popolare e quindi

<sup>236</sup> In forza dell'approvazione del referendum del 1993 sono stati adottati il d.l. 4 agosto 1993, n. 273, più volte reiterato sino al d.l. 29 marzo 1995, n. 97, convertito in l. 30 maggio 1995, n. 203, recante «Riordino delle funzioni in materia di turismo, spettacolo e sport». Cfr. S. FOÀ, *Il riordino istituzionale delle funzioni in materia di turismo nella legge 30 maggio 1995, n. 203*, in *Il dir. dell'eco.*, n. 3/1995, pp. 661-683 e A. FRAGOLA, *Necropsia del Ministero dello spettacolo*, in *Cons. Stato*, n. 9/1993, pp. 1671-1675.

<sup>237</sup> L. 24 giugno 2013, n. 71 e d.l. 21 settembre 2019, n. 104, convertito in l. 18 novembre 2019, n. 132, dopo un intervallo d'affiliazione al Ministero delle politiche agricole, alimentari e forestali, *ex* d.l. 12 luglio 2018, n. 86, convertito in l. 9 agosto 2018, n. 97.

<sup>238</sup> A seguito dell'esito favorevole del referendum del 1993 furono adottati il d.l. 4 agosto 1993, n. 272 ed il d.l. 2 ottobre 1993, n. 393, ambedue non convertiti in legge, quali istitutivi del Ministero per il coordinamento delle politiche agricole, alimentari e forestali, nonché la l. 4 dicembre 1993, n. 491, istitutiva del Ministero delle risorse agricole, alimentari e forestali.

<sup>239</sup> Dopo l'approvazione del referendum del 1997 è stato adottato il d.lgs. 4 giugno 1997, n. 143, in attuazione della delega *ex* l. 15 marzo 1997, n. 59, cd. Bassanini-1, per il conferimento di funzioni e compiti alle Regioni ed Enti locali, per la riforma della pubblica amministrazione e per la semplificazione amministrativa.

<sup>240</sup> Cfr. B. CARAVITA, *I referendum del 1993*, *cit.*, p. 571.

<sup>241</sup> Corte. cost., 20 luglio 2012, n. 199; ord. 14 gennaio 1997, n. 9; 22 ottobre 1990, n. 468. Cfr.: G. FERRI, *Abrogazione popolare e vincolo per il Legislatore: il divieto di ripristino vale finché non intervenga un cambiamento del "quadro politico" o delle "circostanze di fatto"*, in *Giur. it.*, n. 2/2013, pp. 275-281; R. PINARDI, *Volontà referendaria e legislazione successiva tra regime formale e forza politica della pronuncia popolare abrogativa*, in *Giur. cost.*, n. 4/2012, pp. 2892-2900; S.P. PANUNZIO, *Chi è il "custode" del risultato abrogativo del referendum?*, *ivi*, n. 3/1997, pp. 1993-2002; R. PINARDI, *Riflessioni a margine di un "obiter dictum" sulla costituzionalità delle leggi successive all'abrogazione referendaria*, *ivi*, n. 1/1997, pp. 48-55; P. VERONESI, *Voto referendario, ripristino della normativa abrogata e ruolo della Corte*, *ivi*, pp. 55-62.

<sup>242</sup> Corte cost., 17 maggio 1978, n. 68. Cfr. C. CHIOLA, *Il "trasferimento" del referendum: lo spunto per una ipotesi evolutiva*, in *Giur. cost.*, n. 4-6/1978, pp. 717-728 e C. MEZZANOTTE, *Procedimento di referendum e innovazioni legislative sopravvenute*, *ivi*, pp. 729-735.

ledendo i limiti anche strutturali della reviviscenza, financo per la presenza d'un *intentio* referendaria non immediatamente decifrabile<sup>243</sup>.

Al riguardo é ben vero che non appare praticamente possibile un subentro delle Regioni al tavolo agricolo comunitario. Dunque sussiste la necessità d'una struttura centrale incaricata di rappresentare il Paese in sede europea con compiti di carattere generale e politico<sup>244</sup>. Tuttavia, la sistematica ricostituzione di un dicastero in materia agricola (e di una struttura dipartimentale in ambito turistico) a seguito delle due consultazioni d'iniziativa regionale del 1993 e del 1997 ha rappresentato un'evidente volontà centralista di re-imporre l'esistenza di quello stesso «apparato burocratico-amministrativo che il legislatore ha discrezionalmente ritenuto di far assurgere al rango di Ministero» quale richiamato nella stessa sentenza d'ammissibilità del quesito relativo al dicastero del turismo<sup>245</sup>. Tale assunto è stato del resto poi ribadito dall'*obiter dictum* del secondo giudicato in materia intervenuto nel 1997 proprio circa la soppressione del ricostituito Ministero per le risorse agricole per cui gli obblighi comunitari impongono sì il coordinamento delle politiche economiche in stretta collaborazione con le istituzioni europee ma «non indicano gli organi ai quali lo Stato deve affidare le relative funzioni, e nemmeno impongono di affidarle a un Ministero»<sup>246</sup>. La persistente ricostituzione di un apparato statale avente rango di ministero con portafoglio in materia agricola appare dunque una mera scelta discrezionale politica in chiave antiregionalista non scalfita dal duplice voto referendario a richiesta degli enti periferici promotori. L'ipotesi della surroga dell'apparato dicasteriale in questione con una diversa organizzazione delle funzioni statali in materia allo Stato è dunque rimasta lettera morta e l'istanza regionale non ha prodotto l'effetto sperato. Il contrario, per esempio, di quanto avvenuto oltre due decenni dopo in tema di trivellazioni marine grazie allo *ius superveniens* statale soddisfacente dei quesiti regionali.

---

<sup>243</sup> Cfr. G. BARCELLONA, *Osservazioni sul problema della reviviscenza e della rilevanza della "intentio" referendaria: muovendo da Corte cost. n. 13/2012*, in *Pol. dir.*, n. 2/2014, pp. 211-252.

<sup>244</sup> In tema, cfr.: L. COSTATO, *Il Ministero delle risorse agricole, alimentari e forestali (Prime annotazioni a margine della legge istitutiva)*, in *Dir. e giur. agr.*, n. 2/1994, pp. 69-73; I.R. PULLI, *Dopo la istituzione del Ministero per il coordinamento delle politiche agricole, alimentari e forestali: brevi considerazioni*, in *Nuova rass. leg., dottr. e giur.*, n. 2/1994, pp. 248-251; G. MARTIRANO, *Attuazione del risultato referendario. L'amministrazione della agricoltura nelle competenze di Stato e regioni. Nasce il nuovo Ministero delle risorse agricole, alimentari e forestali*, in *Parl.*, n. 8-9/1993, pp. 37-38.

<sup>245</sup> Corte cost., 4 febbraio 1993, n. 35.

<sup>246</sup> Corte cost., 10 febbraio 1997, n. 15.

## 5. Il caso del referendum abrogativo d'iniziativa regionale sulle cd. trivelle del 2016.

In sede di ricostruzione dell'*iter* relativo alla più recente consultazione abrogativa nazionale d'iniziativa regionale, qual è il *referendum upstream* del 2016, emerge come l'*input* all'avvio referendario non sia altro che l'ineludibile seguito della precedente invana soluzione percorsa dalle Regioni per la regolamentazione di un ambito che detiene molteplici ricadute sulle realtà locali coinvolte nei processi di prospezione, ricerca e coltivazione degli idrocarburi. Infatti, alcuna delle numerose proposte di legge d'iniziativa regionale depositate nelle legislature XVI e XVII, quali tese a disciplinare la materia in chiave più restrittiva<sup>247</sup>, ha mai iniziato l'esame in Commissione, così certificando l'assoluta ignavia delle Camere sulla delicata materia ed i connessi interessi regionali e locali.

Per l'effetto le Regioni hanno deciso di percorrere la via alternativa, e comunque anch'essa accidentata, dell'iniziativa referendaria abrogativa in materia. Al riguardo è stato determinante anche il ruolo delle organizzazioni ambientaliste che, nel corso del 2015, avevano sottoposto alle Regioni un pacchetto di sei *referendum* sottoscritto da 130 organizzazioni ed alcune personalità pubbliche<sup>248</sup> seco approvato all'unanimità dalla Conferenza dei Presidenti dei Consigli regionali. Si trattava dunque di un'iniziativa nata in parte dallo stallo e disinteresse legislativo sulla materia nonostante le pressioni regionali ed in parte sospinta dal mondo dell'associazionismo ecologico laddove le Giunte regionali hanno colto il destro per sostenere i sei *referendum* abrogativi sullo stesso ambito. Infatti, non può obliterarsi che la tematica della politica energetica costituisce un tipico ambito di scontro fra Regioni e Stato, quale da ricondurre, in ultima analisi, al perenne conflitto fra i due livelli di governo in merito al riparto di competenze legislative e funzioni amministrative. La richiesta d'indizione referendaria è stata quindi approvata dai Consigli di dieci Regioni (Abruzzo, Basilicata, Calabria, Campania, Liguria, Marche, Molise, Puglia, Sardegna e Veneto), per quanto la prima fra esse abbia in seguito

---

<sup>247</sup> Nella XVI legislatura: Atto Senato d'iniziativa del Consiglio regionale del Molise, n. 3592, presentato il 20 novembre 2012; Atto Camera d'iniziativa del Consiglio regionale della Puglia, n. 4597, presentato il 11 agosto 2011; Atto Camera d'iniziativa del Consiglio regionale dell'Abruzzo, n. 3842, presentato l'8 novembre 2010. Nella XVII legislatura: Atto Senato d'iniziativa del Consiglio regionale dell'Abruzzo, n. 2105, presentato il 16 ottobre 2015; Atto Camera d'iniziativa del Consiglio regionale dell'Abruzzo, n. 3358, presentato il 9 ottobre 2015; Atto Senato d'iniziativa del Consiglio regionale della Puglia, n. 1708, presentato il 28 marzo 2014; Atto Camera d'iniziativa del Consiglio regionale della Puglia, n. 2245, presentato il 27 marzo 2014; Atto Camera d'iniziativa del Consiglio regionale delle Marche, n. 1411, presentato il 23 luglio 2013.

<sup>248</sup> Cfr. COORDINAMENTO NO TRIV, *Richiesta referendum ai Consigli regionali: «Stop ai progetti petroliferi in mare»*, 1° novembre 2015.

espressamente chiesto alla Consulta il superamento del quesito in forza delle norme sopravvenute e quindi sostanzialmente abbandonato l'iniziativa<sup>249</sup>.

Peraltro, e come nel dettaglio si vedrà meglio in seguito, il procedimento referendario è stato connotato dalla modifica della disciplina legislativa su impulso governativo ben anteriormente alla stessa pronuncia della Corte costituzionale<sup>250</sup>. Tale aspetto appare rilevante posto che l'iniziativa referendaria regionale ha generato un effetto di *feedback* immediato da parte del Parlamento che ha conformato la disciplina legislativa alle richieste referendarie, tanto che l'Ufficio centrale referendario ha poi dichiarato la cessazione del procedimento per ben cinque, su sei complessivi, quesiti<sup>251</sup>. Ecco dunque che le Regioni, grazie all'iniziativa referendaria, hanno innescato l'azione del potere legislativo, al contrario di quanto avvenuto in presenza delle iniziative legislative cadute sistematicamente nel vuoto. Per l'effetto il *referendum* abrogativo s'è trasformato anche in una sorta di succedaneo dell'iniziativa legislativa consiliare regionale. Appaiono dunque evidenti le implicazioni, anche di stretto ordine costituzionale, sulla scelta del *referendum* anziché dell'iniziativa legislativa<sup>252</sup>. Nel caso di specie la censurabile prassi parlamentare di obnubilare i progetti di legge regionale è stata dunque ampiamente aggirata e "punita", ben potendosi ritenere corretta e doverosa l'iniziativa referendaria regionale quale necessitata conseguenza. Lungi dal potersi condividere l'opinione che riteneva tale esito immediato alla stregua di un ricorso distorto al *referendum*<sup>253</sup>. Al riguardo appare perciò credibile e provato come la via dell'iniziativa referendaria regionale a fini abrogativi nazionali ben possa costituire un artificio onde redimere la stessa funzione di stimolo dell'iniziativa legislativa regionale nei riguardi del Parlamento. Del resto resta pure ferma l'ulteriore funzione d'impulso del *referendum* d'iniziativa regionale nei confronti del legislatore nazionale, vieppiù in caso di sopravvivenza all'abrogazione di disposizioni variamente connesse alla disciplina oggetto del quesito<sup>254</sup>. Ovviamente il tema è riconducibile al più ampio e problematico nodo della gestione dei meccanismi di raccordo fra centro ed autonomie territoriali che si sono

<sup>249</sup> La Regione Abruzzo con memoria del 15 gennaio 2016 ha chiesto la cessazione dell'oggetto del contendere in relazione a tutte le richieste referendarie ivi compresa quella per la quale l'Ufficio centrale per il referendum aveva confermato che il procedimento avesse corso ad onta dello *ius superveniens*.

<sup>250</sup> Art. 1, comma 240, 241 e 242, l. 208/2015.

<sup>251</sup> Ufficio centrale per il referendum, ord. 7 gennaio 2016.

<sup>252</sup> Cfr. G. D'ORAZIO, *Contributo allo studio delle funzioni costituzionali delle Regioni*, in *Riv. trim. dir. pub.*, n. 2/1972, p. 682.

<sup>253</sup> Cfr. L. PACE, *Sulle tracce di un'attribuzione costituzionale*, cit., p. 34.

<sup>254</sup> Cfr. F. MODUGNO, *Rassegna critica delle sentenze sul referendum (anche alla luce di alcuni commenti della dottrina)*, in *Giur. cost.*, n. 1/1981, p. 2114. *Contra*, L. PALADIN, *Intervento*, in M. LUCIANI, M. VOLPI (a cura di), *Referendum*, cit., p. 203.

progressivamente estesi da un nucleo ristretto di specifici atti amministrativi ad una più ampia e indeterminata tipologia di atti politici<sup>255</sup> come attestato dall'incremento di competenze delle Conferenze centro-periferia<sup>256</sup>.

Alla sopravvenuta decisione dell'Ufficio centrale referendario è tecnicamente seguita un'inedita formula d'estinzione del giudizio costituzionale d'ammissibilità per carenza dell'oggetto<sup>257</sup> per cinque dei sei quesiti, con annessa prevalenza dei profili relativi alla formulazione del quesito rispetto a quelli relativi al contenuto<sup>258</sup>. Per l'effetto il procedimento referendario ha avuto un ulteriore strascico giudiziario con il successivo ricorso regionale alla Corte costituzionale per conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato, riguardo a due quesiti referendari – relativi al piano aree ed al regime dei titoli abilitativi per l'attività di ricerca, prospezione e coltivazione degli idrocarburi – per i quali le operazioni sono state bloccate dallo *iussuperveniens*. Tuttavia, come richiamato, la Consulta ha sterilizzato con un *escamotage* meramente tecnico il conflitto legato ai *referendum* rigettando la "riammissione" dei medesimi due quesiti<sup>259</sup>. Per la Corte i conflitti sarebbero stati carenti sotto il profilo del requisito soggettivo, dal momento che solo il Consiglio regionale veneto aveva deliberato in merito alla sollevazione del conflitto<sup>260</sup>, mentre avrebbero dovuto proporli almeno cinque Consigli regionali tra quelli che avevano originariamente richiesto i *referendum*. Infatti, se la titolarità del potere di iniziativa referendaria spetta ad almeno cinque assisi, in quanto configurati come autonomo centro d'imputazione dell'attribuzione costituzionale di cui all'art. 75, Cost. – e quindi una distinta figura soggettiva<sup>261</sup> –, solo a tali Consigli può essere riconosciuta la legittimazione ad agire in conflitto, non essendo possibile scindere la titolarità del potere dalla legittimazione al ricorso<sup>262</sup>.

Nel merito dell'istanza referendaria, a ben vedere, la tematica della prospezione, ricerca e coltivazione degli idrocarburi è solo un tipico esempio di conflitto di

<sup>255</sup> Cfr. R. BIN, *La cooperazione nel sistema italiano di "Multilivel Government"*, in A. BARBERA, T. GIUPPONI (a cura di), *La prassi degli organi costituzionali*, Bologna, 2008, pp. 452-453.

<sup>256</sup> Cfr. F. POLACCHINI, *La funzione di raccordo della Conferenza Stato-Regioni: ipotesi ricostruttive in prospettiva del perfezionamento del procedimento di revisione costituzionale*, in *Federalismi.it*, n. 22/2016, pp. 17-19.

<sup>257</sup> Cfr. R. PINARDI, *L'illegittimità dello "ius superveniens" ed il suo giudice in una pronuncia di estinzione del giudizio di ammissibilità*, in *Giur. cost.*, n. 1/2016, pp. 104-112.

<sup>258</sup> Cfr. P. CARNEVALE, *La Corte e il referendum sulle trivelle*, *cit.*, pp. 795-799.

<sup>259</sup> Cfr. F. COSTANTINO, *Il terzo incluso*, *cit.*, p. 4.

<sup>260</sup> Deliberazione del Consiglio regionale del Veneto del 19 gennaio 2016, n. 13, reperibile all'indirizzo <http://www.consiglio.veneto.it/web/crv/dettaglio-delibere?catStruttura=DACR&numero=13&anno=2016>.

<sup>261</sup> Cfr. G. D'ORAZIO, *Contributo allo studio*, *cit.*, p. 679.

<sup>262</sup> Corte cost., ord. 7 aprile 2016, n. 82. Cfr. M. PERINI, *La Corte chiarisce alcuni aspetti*, *cit.*, pp. 734-743.

competenze tra Regioni e Governo centrale. Il quesito referendario sottoposto ai cittadini era solo uno dei sei che erano stati proposti dai dieci Consigli regionali soprattutto contro alcune norme del decreto-legge cd. "Sblocca Italia" del 2014<sup>263</sup> che, per raggiungere un maggiore sfruttamento dei giacimenti nazionali al fine di ridurre l'import di combustibili fossili, trasferiva una parte del potere decisionale dalle Regioni allo Stato<sup>264</sup>. Altre norme attinte dai referendum d'iniziativa regionale riguardavano alcune semplificazioni procedurali per la ricerca degli idrocarburi in caso di mancata intesa con la Regione interessata<sup>265</sup> nonché il tema del divieto di proroga alla scadenza delle concessioni in corso<sup>266</sup>.

Da qui la richiesta referendaria, su spinta degli Esecutivi regionali privi di riscontro in sede parlamentare alle loro istanze legislative nonché dell'associazionismo ambientalista, per assoggettare la normativa a referendum abrogativo. Ma contemporaneamente il Governo, onde evitare le consultazioni, è intervenuto con quattro emendamenti *ad hoc* alla richiamata legge di stabilità 2016, stabilendo il divieto di perforare entro le 12 miglia dalla costa e stoppando i procedimenti concessori in corso<sup>267</sup>. L'intervento dell'Esecutivo ha quindi provocato la decadenza di tutti i quesiti referendari, eccetto quello relativo alla proroga alla scadenza delle trivellazioni già autorizzate laddove la sopravvenuta modifica normativa<sup>268</sup> è stata ritenuta dall'Ufficio centrale per il referendum non incidente sul contenuto normativo essenziale del precetto oggetto di richiesta referendaria.

Giova peraltro qui rammentare l'irrituale posizione della Regione Abruzzo che era fra le promotrici delle sei istanze referendarie ma, all'esito della decisione dell'Ufficio centrale referendario di trasferire il ridetto quesito sulla normativa sopravvenuta, ha espressamente non condiviso la soluzione offerta dall'ordinanza del competente ufficio della Corte di cassazione<sup>269</sup>. Ad onta del pur dirimente elemento che – nel quadro della rigida separazione di competenze procedurali delineata dalla legge referendaria – la *quaestio* relativa al trasferimento del quesito referendario esula pacificamente dal giudizio di ammissibilità, l'ente regionale è venuto a porsi

---

<sup>263</sup> D.l. 12 settembre 2014, n. 133, conv. in l. 11 novembre 2014, n. 164, recante «Misure urgenti per l'apertura dei cantieri, la realizzazione delle opere pubbliche, la digitalizzazione del Paese, la semplificazione burocratica, l'emergenza del dissesto idrogeologico e per la ripresa delle attività produttive».

<sup>264</sup> Art. 12, comma 1, 1-*bis* e 5, d.l. 12 settembre 2014, n. 133, convertito in l. 11 novembre 2014, n. 164.

<sup>265</sup> Art. 57, comma 3-*bis*, d.l. 9 febbraio 2012, n. 5, convertito in l. 4 aprile 2012, n. 35 ed art. 1, comma 8-*bis*, l. 23 agosto 2004, n. 239.

<sup>266</sup> Art. 6, comma 17, III periodo, d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152.

<sup>267</sup> Art. 1, comma 240, 241 e 242, l. n. 208/2015.

<sup>268</sup> Art. 1, comma 239, l. n. 208/2015.

<sup>269</sup> Ufficio centrale per il referendum, ord. 7 gennaio 2016.

nell'anomala identica posizione dell'Avvocatura erariale sostenendo che la nuova disciplina avrebbe mutato il contenuto normativo essenziale del precetto oggetto della richiesta referendaria. Per conseguenza non poteva operarsi il trasferimento della richiesta medesima nella nuova previsione legislativa<sup>270</sup>. Di fatto, con una revoca del mandato alle liti all'originario difensore ed il rilascio di procura a nuovo legale da parte del delegato effettivo consiliare abruzzese, l'organo riteneva che in forza delle novelle normative s'è prodotto il medesimo effetto abrogativo che si sarebbe avuto per via referendaria, con soddisfazione della richiesta regionale. Parimenti, ed al contrario di altre Regioni, l'Abruzzo ha svolto deduzioni soddisfattive circa le modifiche legislative incidenti sui restanti cinque quesiti referendari<sup>271</sup> che avevano determinato la decisione di chiusura procedimentale con la suddetta ordinanza. Del resto rileva come il Consiglio regionale nulla aveva dedotto in punto di stretta inammissibilità del quesito, limitandosi ad opporre la cessazione della materia del contendere, laddove peraltro la stessa normativa regionale abruzzese in materia di *upstream* è stata successivamente censurata dalla Consulta<sup>272</sup>.

Del resto il conflitto competenziale tra Stato e Regioni in materia energetica, già da tempo pure all'attenzione della Consulta, non è altro che un'ulteriore conferma del disordine creato dalla riforma del Titolo V della Costituzione del 2001. Infatti, l'art. 117, comma 2 e 3, Cost. stabilisce che lo Stato ha competenza esclusiva in materia «di tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali», mentre «produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia» rientrano tra le materie di legislazione concorrente tra lo Stato e le Regioni; a queste spetta la potestà legislativa, salvo che per la determinazione dei principi fondamentali, riservata allo Stato. Se consideriamo, inoltre, che le fonti di energia possono essere annoverate tra gli interessi strategici nazionali, la già serrata diatriba tra il Governo nazionale e le Regioni è destinata a proseguire in futuro<sup>273</sup>, vieppiù stante l'esito referendario nullo sul limitato ambito della ricerca ed estrazione degli idrocarburi in mare.

Tuttavia, non appare di per sé criticabile il fatto che le tematiche connesse alla ripartizione delle competenze fra lo Stato e le Regioni siano trasfuse in quesiti referendari, in disparte i tecnicismi sottesi a tali problematiche sicuramente

<sup>270</sup> Corte cost. 2 febbraio 2016, n. 17, punto 11. *Ritenuto in fatto* e 4.1. *Considerato in diritto*.

<sup>271</sup> Corte cost. 2 febbraio 2016, n. 16, punto 9. *Ritenuto in fatto* e 2. *Considerato in diritto*

<sup>272</sup> Corte cost. 24 febbraio 2017, n. 39. Cfr. F. MINNI, "Abruzzo vs Trivelle" in mare: la legge regionale non passa il giudizio della Corte, in *Quad. cost.*, n. 2/2017, pp. 500-501.

<sup>273</sup> Corte cost., 12 luglio 2017, n. 170 e 14 luglio 2017, n. 198. Cfr. C. BERGONZINI, *Le conseguenze della competenza statale sulle trivellazioni I: una raffica di rigetti sui ricorsi regionali*, in *ivi*, n. 4/2017, pp. 1001-1002 e C. PINELLI, *Accoglimento di un ricorso regionale avverso disposizione non incidente sul riparto di competenze Stato/Regioni*, in *Giur. cost.*, n. 4/2017, pp. 1615-1616.

difficilmente decifrabili dal *quisque de populo*. Infatti, se l'istituto referendario abrogativo già appare indebolito, massimamente per gli effetti distorsivi del *quorum* strutturale di partecipazione, a fronte dei massicci e sistematici inviti all'astensione da parte degli oppositori all'abrogazione, non sarà certo un oggetto referendario che inerisce i rapporti centro-periferia a fiaccarlo ulteriormente. Anzi, l'iniziativa regionale abrogativa nei confronti di atti aventi forza di legge statale non potrà che accrescere in potenza l'identitarismo regionale dell'elettore medio quanto più le tematiche portate al voto dai Consigli regionali siano connesse con le competenze e funzioni – e dunque, in ultima analisi, con l'autonomia – dell'ente regionale stesso.

Di primo acchitto il quesito sulle cd. trivelle marine era estremamente tecnico e dunque con ristretto *appeal* mediatico ma l'aspetto che appare dirimente è che, a differenza di molti precedenti *referendum* abrogativi i promotori non erano comitati di cittadini elettori, ma una serie di Consigli regionali che, in quanto pubbliche amministrazioni, non possono formalmente utilizzare mezzi e loghi istituzionali per la campagna referendaria. Al riguardo, peraltro, una notazione in prospettiva *de iure condendo* appare doverosa laddove la legge referendaria del 1970 d'attuazione dell'istituto nulla ha previsto in ordine alla titolarità degli stessi enti regionali di svolgere campagna referendaria in favore della richiesta referendaria deliberata. A nulla vale opporre la possibilità per gli esponenti politici regionali di sostenere la campagna per il «sì» nell'ambito di comitati referendari appositamente costituiti in vista del voto. Infatti, il *vulnus* della normativa appare l'assoluto difetto della titolarità delle stesse Regioni a sostenere la "battaglia" referendaria quali enti che hanno essi stessi promosso l'iniziativa. Particolarmente si staglia in tale ambito una differenza radicale in rapporto al *referendum* legislativo facoltativo elvetico promuovibile (anche) da otto Cantoni laddove i medesimi hanno titolo a prendere parte direttamente alla campagna referendaria quali soggetti promotori, al pari di un qualsiasi comitato di elettori ed anche nell'ambito della redazione del cd. *ballot pamphlet* distribuito agli elettori onde assicurare massima informazione ai cittadini votanti. Evidente quindi la posizione di svantaggio degli enti regionali promotori in rapporto ai comitati di cittadini elettori raccoglitori delle 500 mila sottoscrizioni, laddove s'evidenzia un'asimmetria a scapito delle Regioni. Elemento di non poco conto laddove favorisce banalizzazioni e strumentalizzazioni tese in concreto a favorire l'astensionismo e quindi a nullificare la consultazione. Così, nel caso del *referendum* sulle cd. trivelle attivato da dieci Regioni, votare "sì" non significava cancellare l'energia fossile dal nostro Paese, così come votare "no" (ovvero astenersi) non equivaleva a difendere le aziende petrolifere da eventuali chiusure né ad evitare

la perdita di posti di lavoro<sup>274</sup>. Questo a prescindere dal fatto che le scelte in materia di tutela ambientale e di politica energetica rappresentano un autentico crocevia: con il passare del tempo, più queste rischiano di essere salvifiche ovvero catastrofiche<sup>275</sup>. Dunque, a fronte del tecnicismo formale del quesito, tale per cui gli elettori quasi dovevano essere giuristi per comprenderlo appieno, la valenza implicita del medesimo era ineludibile.

Lo sforzo dell'iniziativa referendaria regionale in materia di prospezione, ricerca e coltivazione dei giacimenti marini d'idrocarburi, pur a prescindere dall'esito del voto a causa dell'astensionismo propugnato dallo stesso Esecutivo nazionale, costituisce quindi un successo della strategia regionale e locale tesa ad impedire il prolungamento ad oltranza dello sfruttamento di alcuni giacimenti di idrocarburi *offshore*. Ponendo prepotentemente il tema all'attenzione dell'elettorato nazionale non già solo è stato indotto l'Esecutivo a mettere mano alla normativa in senso restrittivo come inteso dagli enti regionali (*rectius*, per i 5/6) ma anche è stata sollevata una questione più ampia quale relativa alla sostenibilità energetica avente evidenti ricadute ambientali a livello locale<sup>276</sup>. L'iniziativa referendaria regionale ha quindi condizionato l'Esecutivo centrale, precedentemente del tutto restio a sintonizzare le strategie energetiche nazionali con le esigenze regionali e locali, peraltro maggiormente orientate verso una transizione energetica come auspicato dagli stessi impegni internazionalmente assunti dal nostro Paese in sede di Conferenza di Parigi del 2015 sui cambiamenti climatici (COP21)<sup>277</sup>.

## 6. Il referendum abrogativo nazionale quale generale ipotesi correttiva del parlamentarismo?

L'ipotesi che s'intende partitamente esaminare è quella che configura il *referendum* abrogativo d'iniziativa consiliare regionale quale istituto condizionante il sistema di Governo centrale. Appare dunque suggestivo indagare circa la consapevolezza

<sup>274</sup> Cfr. C. TINTORI, *Referendum sulle trivelle: informarsi e partecipare*, in *Agg. soc.*, n. 4/2016, pp. 277-280.

<sup>275</sup> Cfr. A.I. ARENA, *Brevi osservazioni*, *cit.*, p. 149.

<sup>276</sup> Cfr. C. TINTORI, *Cambiamenti climatici: la partita inizia ora*, in *Agg. soc.*, n. 1/2016, pp. 13-16 eA. GRATANI, *Le c.d. "trivellazioni esplorative": preoccupazioni e salvaguardie*, in *Riv. giur. amb.*, n. 2/2015, pp. 235-240.

<sup>277</sup> Cfr. J. MORAND-DEVILLER, *COP21. L'Accord de Paris et l'irrésistible principe de solidarité*, in *Dir. proc. amm.*, n. 1/2017, pp. 1-14 eR. CALVANO, *Chi ha paura dei "TTIP Leaks"? Brevi spunti sulla tutela dell'ambiente e di altri "beni comuni" tra prospettiva europea, internazionale e problemi di riassetto del regionalismo*, in *Oss. cost.*, n. 2/2016, pp. 1-8.

regionale di detenere la possibilità d'incidere sulle norme legislative statali e quindi del livello centrale di Governo a cui sono le Regioni sono gerarchicamente subordinate. Se non altro in punto di sovranità derivata in quanto enti creati dagli stessi Madri e Padri Costituenti. Mentre un discorso diverso potrebbe forse valere per gli Enti locali che per certo preesistono non già solo alla Carta costituzionale del 1948 ma anche allo Stato italiano, se non pure ad alcuni Stati preunitari, e che pertanto hanno soltanto funzioni che la Repubblica può esclusivamente "riconoscere" e non semplicemente "determinare" come al contrario sanciva l'originario art. 128, Cost., poi soppresso con la riforma del 2001. Non a caso, nel Settentrione ed in Toscana, l'organizzazione politica che ha lasciato maggiori tracce è stata sicuramente quella dei liberi Comuni che governarono le singole città nell'epoca precedente alla loro unificazione in entità microstatuali<sup>278</sup>.

Risulta quindi piuttosto ovvio domandarsi quanto l'eventuale frequente ricorso a tal potere regionale d'iniziativa referendaria nazionale possa avere impliciti effetti sul Governo centrale. Del resto, e soprattutto in presenza di "coabitazione" fra i Governi, centrale e regionali, non appare peregrino sostenere che il ricorso allo strumento referendario possa potenzialmente costituire, riprendendo Paladin, un'ulteriore forma di correttivo del sistema parlamentare<sup>279</sup> anche in forza della tesi del suo carattere collaterale rispetto alla determinazione dell'indirizzo politico<sup>280</sup>. Fermo restando l'ambiguità di tale ultima nozione, oscillante tra «normatività e fattualità», come fonte di obblighi giuridici da un lato e strumento di ricognizione di vicende istituzionali dall'altro<sup>281</sup>, s'appalesa il ruolo del *referendum* abrogativo quale strumento di controllo – correttivo ovvero distorsivo – del parlamentarismo<sup>282</sup>. Per certo l'inserimento del *referendum* nella forma di governo parlamentare è estremamente delicato<sup>283</sup>, sia in generale, che in relazione ai precisi momenti storico-politici in cui il corpo elettorale è chiamato alle urne<sup>284</sup>. Ma se i Costituenti non concepirono il *referendum* come strumento di determinazione dell'indirizzo popolare posto che la partecipazione alla politica nazionale era garantita dai partiti politici ovvero da

<sup>278</sup> Cfr. R. DEL CARRIA, *Le "piccole patrie" e il caso toscano. La Toscana dei comuni federati*, Firenze, 2001 e D. WALEY, *Città-repubbliche dell'Italia medioevale*, tr. it., Torino, 1980.

<sup>279</sup> Cfr. L. PALADIN, *Diritto costituzionale*, cit., p. 487.

<sup>280</sup> Cfr. A. DI GIOVINE, *Referendum e sistema rappresentativo: una difficile convivenza*, in *Foro it.*, n. 7-8/1979, pp. 150-164.

<sup>281</sup> Cfr. A. MANGIA, *Referendum*, cit., p. 151.

<sup>282</sup> Cfr. F. PIZZOLATO, V. SATTA, *Art. 75*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (cur.), *Commentario alla Costituzione*, II, Torino, 2006, p. 1467.

<sup>283</sup> Cfr. M. LUCIANI, *Referendum e forma di governo*, in *Quad. ass. studi e ric. parl.*, n. 7/1996, p. 102.

<sup>284</sup> Cfr. G.L. CONTI, *Referendum, Corte costituzionale e forma di governo in transizione*, in *Giur. cost.*, n. 6/1997, pp. 4175-4182.

istituti tradizionali della democrazia rappresentativa parlamentare<sup>285</sup>, sono rimaste ampiamente disattese le loro speranze di convergere su una consultazione meramente abrogativa poco invasiva della stessa rappresentanza<sup>286</sup>. Infatti, nella storia costituzionale italiana il *referendum* abrogativo ha assunto funzioni e ruoli diversi, financo come succedaneo di altre tipologie referendarie costituzionalmente non previste (consultivo, di minoranza ovvero propositivo)<sup>287</sup>. Tuttavia, nel caso dell'iniziativa regionale appare come possa prestarsi all'utilizzo per un "muro contro muro" fra maggioranze politiche opposte, consiliari regionali *vs.* parlamentare, ovvero con funzioni di stimolo alle Camere su ambiti d'interesse per le entità regionali imponendo temi nuovi all'agenda politica.

Orbene, volgendo l'attenzione alla stessa descrizione dei ruoli che in Italia sono stati assunti dai tre organi fondamentali di qualsivoglia sistema parlamentare di derivazione inglese (Parlamento, Capo dello Stato e Governo), risulta ormai assodato come il sistema vigente in Italia in alcun modo coincide con il parlamentarismo puro. Da un lato, nei rapporti fra Parlamento e Governo, e quindi fra la maggioranza e le opposizioni, si sono variamente registrati – soprattutto nella seconda metà degli anni Settanta – fenomeni che obbedivano ad una logica assembleare piuttosto che parlamentare. Di fatto l'indirizzo politico non era predisposto dall'Esecutivo in forza di uno stabile sostegno assicurato da determinati gruppi politici, ma volta per volta contrattato, sino alla ricerca di un ampio consenso inglobante quasi tutte le forze presenti in Parlamento. Si trascendeva quindi dalla classica dicotomia maggioranza-opposizione, tipica dei sistemi parlamentari contemporanei. Peraltro, neppure la posizione del Capo dello Stato rientra pienamente nel modello del parlamentarismo posto che le funzioni di tale organo eccedono dalla mera soluzione delle crisi di governo quale magistrato d'influenza e persuasione<sup>288</sup>. Infatti, assurgono in rilievo non solo poteri di controllo ma anche informali e di *moral suasion*<sup>289</sup> – peraltro non sempre tracciabili<sup>290</sup> – che si traducono in un limite implicito all'indirizzo politico

<sup>285</sup> Cfr. S. PANUNZIO, *Esperienze e prospettive*, cit., p. 68 ss.

<sup>286</sup> Cfr. C. MEZZANOTTE, R. NANIA, *Referendum e forma di governo*, cit., p. 52.

<sup>287</sup> Cfr. M. VOLPI, *Il referendum tra rinnovamento e declino*, in *Pol. dir.*, n. 3/1988, p. 440.

<sup>288</sup> Corte cost., 15 gennaio 2013, n. 1 nonché intervento di Ruini del 6 febbraio del 1947, Atti Assemblea costituente, Relazione del Presidente della Commissione al progetto di Costituzione, p. 11-12. Cfr. F. FERRARI, *Ma non era una Repubblica? Sul ruolo costituzionale del Presidente della Repubblica dopo Corte cost. 1/2013*, in *Federalismi.it*, n. 13/2013, pp. 1-25 e V. LIPPOLIS, G.M. SALERNO, *La repubblica del Presidente*, Bologna, 2012, p. 13.

<sup>289</sup> Cfr. A. PACE, *Esternazioni presidenziali e forma di governo. Considerazioni critiche*, in *Quad. cost.*, n. 2/1992, pp. 191-213.

<sup>290</sup> Cfr. M.C. GRISOLIA, *La libertà di espressione del Capo dello Stato tra diritto e funzione*, in *Rivista AIC*, n. 4/2014, pp. 1-15.

espresso dal raccordo Governo-Parlamento ovvero in un fattore politico ulteriore che Esecutivo e Parlamento non possono obliterare pena la loro stessa credibilità istituzionale ovvero lo scontro fra poteri.

Accanto a tali intrinseche ragioni sussistono tuttavia altri profili di natura espressa rispetto al sistema dei rapporti intercorrenti fra i tre organi essenziali del parlamentarismo. Anch'essi impediscono di ritenere il sistema italiano come un Governo puramente parlamentare. Una prima eccezione radica nello stesso carattere rigido della Carta del 1948 in quanto alcune decisioni politiche basilari sono sottratte alla titolarità del Parlamento. Il riferimento è anzitutto all'art. 139, Cost., per cui la forma repubblicana non può essere oggetto di revisione costituzionale. Ma anche perché alcuna disposizione costituzionale è emendabile se non attraverso l'iter legislativo proceduralmente aggravato in punto di letture e *quorum* deliberativi, ex art. 138, Cost., anche al fine dell'eventuale ricorso al voto popolare confermativo.

Di fatto, come la dottrina del Paladin ebbe modo di rilevare, il coacervo delle norme costituzionali attesta la subordinazione della logica del parlamentarismo puro a plurimi correttivi<sup>291</sup>. Infatti, emerge come tutta una serie di decisioni politiche è stata sottratta al classico raccordo Governo-Parlamento e trasferita ad altri organi ovvero soggetti con limitazioni ovvero condizionamenti dell'indirizzo politico della maggioranza. In particolare, tale esito deriva sia dalle previsioni costituzionali di autonomie politiche territoriali, che dalla creazione di una Corte costituzionale quale giudice della legittimità delle leggi laddove gli effetti derivabili dalle sue decisioni possono incidere sull'evoluzione della linea esecutiva. Inoltre si consideri l'affermazione dell'indipendenza dell'ordine giudiziario con annesso innesto del Consiglio superiore della magistratura a fronte di un progressivo ampliamento degli spazi di relazione con altri poteri dello Stato che ha determinato l'erosione della teoria del CSM quale mero organo di rilievo costituzionale che tale sarebbe proprio perché non concorre all'indirizzo politico generale<sup>292</sup>. Infine, chiude il cerchio dei correttivi al parlamentarismo, la previsione di svariati istituti di democrazia diretta, fra i quali emerge proprio il *referendum* nazionale abrogativo delle leggi e degli atti aventi forza di legge, per il quale peraltro si contesta anche la suddetta natura<sup>293</sup>.

Ecco quindi che uno stretto esame sull'evoluzione della forma di governo dello Stato-soggetto italiano deve concentrarsi anche e soprattutto sul "contropotere" in

---

<sup>291</sup> Cfr. L. PALADIN, *Diritto costituzionale, cit.*, pp. 485-487.

<sup>292</sup> Cfr. G. LEGNINI, D. PICCIONE, *Il governo autonomo della magistratura a sessant'anni dalla legge istitutiva del Consiglio superiore della magistratura*, in *Foro it.*, n. 1/2019, pp. 25-32.

<sup>293</sup> Cfr. M. LUCIANI, *Il referendum. Questioni teoriche e dell'esperienza italiana*, in *Rev. cat. dret púb.*, n. 37/2008, pp. 158-161.

capo al corpo elettorale nella forma del *referendum* abrogativo quale eccezione alla logica del parlamentarismo puro ovvero quale limite al predominio della maggioranza derivata dal mero raccordo Governo-Parlamento. A tal fine occorre ribadire che il *referendum* abrogativo nazionale è stato concepito dai Costituenti come un istituto eccezionale con carattere complementare degli organi tipici della democrazia rappresentativa<sup>294</sup>. Questo per tre ordini di ragioni: l'inattuabilità della consultazione frequente degli elettori in un Paese di grandi dimensioni; le numerose scelte politiche che attingono all'azione statale; l'impossibilità di fondare l'indirizzo politico su mere abrogazioni incapaci di creare un diritto *ex novo*. Tuttavia, risulta evidente che nei cinque decenni di vigenza della legge attuativa referendaria del 1970 il ricorso allo strumento referendario abrogativo è stato via via crescente con punte elevate soprattutto negli anni Ottanta e Novanta del secolo scorso. La stessa iniziativa consiliare regionale ha fatto capolino nel 1992 e ha complessivamente generato ventotto istanze referendarie di cui quattro sono andate al voto su tematiche di preminente interesse regionale e locale. A sua volta si sono registrate delle vere e proprie iniziative "a pioggia", soprattutto grazie all'esistenza di un vero e proprio "partito del *referendum*" strutturato qual'è stato quello radicale<sup>295</sup> sino al *record* delle trenta richieste referendarie abrogative complessivamente depositate nel 1996. Pur nella mera constatazione quantitativa, gli stessi dati comparati internazionali confermano ampiamente come l'Italia sia il Paese con il più elevato numero di *referendum* nazionali svolti dopo la Svizzera – caso che non ha eguali nelle esperienze democratiche<sup>296</sup> – ed il Liechtenstein (caso peculiare per le ridottissime dimensioni del Paese), e salvo il caso degli Stati federati americani<sup>297</sup>, che non a caso sono stati definiti come un «altro mondo»<sup>298</sup>.

Tuttavia, appare da rigettare quale ultronea l'interpretazione per cui in Italia si sarebbe affacciata una democrazia mista ovvero semi-rappresentativa<sup>299</sup> in cui il "contropotere" referendario<sup>300</sup> avrebbe potuto alterare o travolgere la politica della maggioranza. Appare pacifico che i *referendum* richiesti ed indetti alla fine del secolo

<sup>294</sup> Cfr. A. CHIAPPETTI, *L'ammissibilità del referendum abrogativo*, cit., p. 21.

<sup>295</sup> Cfr. A. BALDASSARRE, *Il referendum abrogativo nel sistema costituzionale: un bilancio*, cit., p. 475.

<sup>296</sup> Cfr. P.V. ULERI, *Referendum e iniziative popolari*, in G. PASQUINO (cur.), *Strumenti della democrazia*, Bologna, 2007, p. 60.

<sup>297</sup> Cfr. D. ALTMAN, *Direct democracy worldwide*, New York, 2014.

<sup>298</sup> Cfr. P.V. ULERI, *Referendum e democrazia. Una prospettiva comparata*, Bologna, 2003, p. 264.

<sup>299</sup> Cfr. C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., p. 836. *Contra*, M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Milano, 1983, p. 192.

<sup>300</sup> Cfr. S. FOIS, *Il referendum come contropotere e garanzia nel sistema costituzionale italiano*, in E. BETTINELLI, L. BONESCHI (cur.), *Referendum, ordine pubblico, Costituzione*, Milano, 1978, p. 135.

scorso hanno saputo incidere, e non poco, sugli stessi destini d'esistenza delle coalizioni politiche sostenute dalla maggioranza parlamentare sino all'*extrema ratio* di rappresentare la concausa di tre scioglimenti anticipati delle Assemblee legislative nel 1972, 1976 e 1987<sup>301</sup>. D'altro canto questo non può ritenersi un elemento di novità laddove sin dalla Costituente s'era ampiamente temuto il periglio di crisi determinate dagli esiti dei voti popolari prima ancora che delle stesse iniziative referendarie, all'epoca di là da venire in assenza di alcuna norma attuativa, ex art. 75, comma 4, Cost., che vedrà la luce solo oltre due decenni dopo<sup>302</sup>.

A sua volta, il reiterato ricorso allo strumento referendario abrogativo nazionale non s'è indirettamente limitato a perseguire la delegittimazione del sistema politico vigente<sup>303</sup> ma ha financo estrinsecato un utilizzo molteplice delle consultazioni, di volta in volta proposte con finalità molto diverse sino ad incidere sulla tipologia delle richieste e dei voti in esame. Dai cd. *referendum* "di rottura" quali tesi ad azzerare interi istituti, ai *referendum* "di stimolo"<sup>304</sup> volti a sollecitare il Parlamento all'approvazione di nuove leggi. Infine, accanto alle mere richieste abrogative di singoli e puntuali disposti legislativi sono ampiamente emerse richieste manipolative tese ad innovare l'ordinamento con l'abrogazione "chirurgica" di singole parti dei testi normativi onde alterare il significato originario della disposizione. Particolarmente questo è avvenuto nell'ambito elettorale laddove la Consulta ha ammesso ben sette richieste referendarie salvo nei casi in cui i promotori miravano a costruire una disciplina del tutto nuova ed impreveduta dal legislatore ordinario<sup>305</sup>. Emblematico al riguardo il recentissimo menzionato caso dell'accertata e censurata «eccessiva manipolatività del quesito referendario» promosso dai Consigli regionali

---

<sup>301</sup> In tema, cfr.: S. SILVERIO, *Il referendum "arrestato"*, in *Giur. it.*, n. 3/2009, pp. 570-574; P. CARNEVALE, *Scioglimento anticipato e slittamento del referendum. Il conflitto di attribuzioni serve a qualcosa?*, in *Forum cost.*, 2008, pp. 1-7; F. MODUGNO, *Abrogazione referendaria e scioglimento delle Camere*, in *Parl.*, n. 3-5/1987, pp. 10-13.

<sup>302</sup> Cfr. A. GUARINO, *Il referendum e la sua applicazione al regime parlamentare*, in *Rass. dir. pub.*, n. 1/1947, pp. 30-57.

<sup>303</sup> Cfr. C. MEZZANOTTE, R. NANIA, *Referendum e forma di governo*, cit., pp. 51-75.

<sup>304</sup> Cfr. A. PIZZORUSSO, *Presupposti per una ricostruzione storica del referendum. I referendum "di stimolo" e i referendum "di rottura"*, in E. BETTINELLI, L. BONESCHI (cur.), *Referendum, ordine pubblico*, cit., pp. 157-166.

<sup>305</sup> Corte cost., 10 febbraio 1997, n. 36. In tema, cfr.: P. TORRETTA, *I referendum manipolativi nella recente giurisprudenza costituzionale a proposito delle decisioni nn. 43 e 46 del 2003*, in *Stud. iur.*, n. 12/2003, pp. 1508-1514; R. CALVANO, *Il "falso problema" dei referendum manipolativi*, in *Giur. cost.*, n. 1/1997, pp. 322-328; F. DONATI, *La sentenza sull'ammissibilità dei referendum elettorali*, in *Foro it.*, n. 4/1991, pp. 1013-1029.

avverso la quota proporzionale del *Rosatellum*, quale «incompatibile con la natura abrogativa dell'istituto del referendum previsto all'art. 75 Cost.»<sup>306</sup>.

In sede parallela non si può omettere di focalizzare la possibilità per l'esito referendario d'assumere la valenza di un indirizzo politico di natura innovativa e dunque positiva con ogni effetto per il legislatore<sup>307</sup>. La tematica di desumere dal risultato referendario l'indirizzo perseguito dai promotori ed approvato dal corpo elettorale è del resto connessa al fine intrinseco perseguito dai richiedenti la cui evidenza è stata pure imposta dalla Consulta<sup>308</sup>. Ma se il quesito proposto dev'essere formulato in termini da consentire di desumere dall'eventuale esito abrogativo un significato positivo appare evidente che il medesimo s'impone al legislatore<sup>309</sup>. Si tratta a ben vedere della *quaestio* connessa al divario fra i quesiti formali quali riportati nelle schede referendarie in punto di formulazione della domanda ed i quesiti impliciti che attengono al significato politico del voto in cui si sostanziano le effettive finalità referendarie<sup>310</sup>. Il riferimento concreto è alla valenza politica dei referendum che può trascendere di molto la portata delle norme di cui si sostiene l'abrogazione. Il caso "principe" è quello dei referendum abrogativi del 1987 sull'utilizzo dell'energia nucleare che hanno toccato la stessa esistenza delle relative centrali trascendendo i puntuali quesiti referendari<sup>311</sup>. Ovvero la consultazione del 1985 sul taglio dei punti di contingenza che atteneva ad una questione centrale dell'indirizzo politico dell'Esecutivo a fronte dell'opposizione e dei sindacati per cui il Governo è uscito rafforzato dal rigetto<sup>312</sup>. Da ultimo, il caso dei quesiti d'iniziativa regionale del 2016 sulla prospezione, ricerca e coltivazione d'idrocarburi che, quantomeno in potenza, potevano investire l'utilizzo dell'energia fossile.

Ne discende che l'ipotesi della caratterizzazione del referendum abrogativo quale generale correttivo della forma di governo parlamentare non appare peregrina laddove il medesimo intervenga su istituti quali i sistemi elettorali ovvero i rapporti

<sup>306</sup> Corte cost., 31 gennaio 2020, n. 10, punto 7.3. Considerato in diritto. Cfr. G. BERGONZINI, *Il referendum abrogativo come strumento per disporre diversamente*, in *Federalismi.it*, n. 26/2020, pp. 1-24 e N. LUPO, *L'ammissibilità dei referendum abrogativi in materia elettorale, nella strettoia tra (necessaria) auto-applicatività e (moderata) manipolatività. Nota a Corte cost. n. 10/2020*, in *Quad. cost.*, n. 1/2020, pp. 131-134.

<sup>307</sup> Cfr. V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, cit., p. 98.

<sup>308</sup> Corte cost., 3 febbraio 1987, n. 29. Cfr. P. CARNEVALE, *Inabrogabilità di leggi "costituzionalmente obbligatorie" ed inammissibilità di referendum "puramente" abrogativi: ancora una "svolta" nella giurisprudenza costituzionale in materia referendaria*, in *Giur. cost.*, n. 2/1987, pp. 308-334.

<sup>309</sup> Cfr. M. VOLPI, *Una "storia infinita"*, cit., p. 237.

<sup>310</sup> Cfr. G.M. SALERNO, *Referendum*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 270.

<sup>311</sup> Cfr. F. COSTANTINO, *De profundissul nucleare: le lezioni per il futuro (e cosa rimane in piedi)*, in *Rivista AIC*, n. 3/2011, pp. 1-32.

<sup>312</sup> Cfr. A. PIZZORUSSO, *Il referendum e l'evoluzione della Costituzione materiale vigente in Italia*, in *Foro it.*, n. 2/1985, pp. 329-335.

Stato-Regioni-Enti locali e particolarmente su iniziativa di entità sub-statali quali sono i Consigli regionali. Di fatto, allorché la Regione, ricorrendo al prescritto requisito soggettivo della convergente pluralità degli enti richiedenti, attiva il procedimento referendario abrogativo, rende giuridicamente necessario l'esercizio da parte del corpo elettorale di un potere di democrazia diretta. La conseguenza è che la deliberazione dell'iniziativa abrogativa su norme di legge è dunque rimessa non già agli organi ritualmente competenti dello Stato-apparato, bensì, ed in contrapposizione ad esso<sup>313</sup>, allo Stato-comunità<sup>314</sup> quale insieme di soggetti che potranno esprimersi attraverso propri organi<sup>315</sup> ed in cui appunto rientra il corpo elettorale<sup>316</sup>.

Peraltro, la dottrina ha avuto modo di porre l'accento sul fatto che il *referendum* abrogativo giocherebbe a favore della stabilità dell'Esecutivo<sup>317</sup>. Infatti, in sistemi parlamentari connotati da Governi di coalizione non è sempre possibile pervenire ad un accordo fra i partiti di maggioranza su tutte le questioni sul tappeto, con discendenti rischi di crisi dello stesso Governo. Quindi, il *referendum* avrebbe la capacità di trasferire dai gruppi politici di maggioranza agli elettori la decisione sulle questioni controverse nell'ambito delle forze che sostengono la compagine ministeriale ed in ultima analisi consentirebbe d'accantonare i motivi d'attrito a tutto vantaggio della stabilità governativa<sup>318</sup>. Senonché tale tesi non appare condivisibile alla luce della prassi referendaria abrogativa italiana laddove le consultazioni anziché appianare hanno sovente esasperato i contrasti tra le forze della coalizione governativa<sup>319</sup>.

Tuttavia occorre riconoscere come la dosimetria dell'effettiva incidenza referendaria sull'indirizzo politico governativo appare sfuggente. Se da un lato risulta possibile configurare un'influenza negativa del *referendum* sull'indirizzo politico contingente ovvero settoriale di cui la disposizione abrogata rappresenta la traduzione normativa, dall'altro lato per l'indirizzo politico generale sarebbe

<sup>313</sup> Cfr. C. MORTATI, cit., 783 e G. FERRARI, *Elezioni. Teoria generale*, Milano, 1965, pp. 626-627.

<sup>314</sup> Cfr. E. BETTINELLI, *Rigore definitorio e "ingiustiziabilità" di un conflitto*, in *Le Reg.*, n. 1/1979, pp. 127-137 e G. AMATO, *La sovranità popolare nell'ordinamento italiano*, in *Riv. trim. dir. pub.*, n. 1/1962, pp. 88-89.

<sup>315</sup> Cfr. C. MODUGNO, *La dicotomia Stato-soggetto – Stato-ordinamento nel pensiero dei tre maestri*, in L. CARLASSARE (cur.), *La sovranità popolare nel pensiero di Esposito, Crisafulli, Paladin*, Padova, 2004, p. 17.

<sup>316</sup> Cfr. G. D'ORAZIO, *Contributo allo studio delle funzioni costituzionali delle Regioni*, in *Riv. trim. dir. pub.*, n.2/1972, pp. 681-682.

<sup>317</sup> Cfr. E. DE MARCO, *Contributo allo studio del referendum*, cit., p. 119.

<sup>318</sup> Cfr. F. CUOCOLO, *Note introduttive sul referendum*, cit., p. 173.

<sup>319</sup> Cfr. G. GUARINO, *Il referendum*, cit., pp. 53-54.

necessaria un'improbabile catena d'abrogazioni referendarie aventi a tema i punti più significativi del programma di governo.

Quindi l'incidenza del *referendum* sull'indirizzo politico costituisce una variabile indefinibile a priori, laddove tale effetto è tanto maggiore quanto più la questione sul tappeto è complessa ed irrisolvibile attraverso il mero richiamo all'effetto abrogativo e quanto minore è la capacità del sistema politico-istituzionale di assorbirne gli effetti. Ancora, occorre considerare come il tasso di rendimento referendario nel sistema politico è connesso alle caratteristiche formali e sostanziali dell'iniziativa referendaria nonché al contesto politico-istituzionale in cui la medesima s'innesta. Basicamente si può certo ritenere che il popolo ovvero i Consigli regionali divengano promotori di riforme ovvero quantomeno di aggiustamenti del sistema istituzionale<sup>320</sup>. Il corpo elettorale può ben essere in grado di modificare l'agenda delle questioni sottoposte all'attenzione di Parlamento e Governo costringendoli ad affrontare temi che, al contrario, non si sarebbero posti con la stessa urgenza<sup>321</sup>. Circa le iniziative referendarie sub-statali lo abbiamo visto in concreto con le abrogazioni dei dicasteri in senso regionalista ovvero con il tema delle cd. trivelle nonché, da ultimo, con il tentativo d'intervento regionale sul sistema elettorale delle Camere.

L'evoluzione referendaria italiana ha poi ampiamente dimostrato come l'istituto ha avuto anche un'incidenza importante sui rapporti di forza interpartitici, e talvolta anche infrapartitici, sul sistema dei partiti nel suo complesso e, quindi, sul funzionamento della stessa forma di governo. Del resto nel contesto italiano se il *referendum* rappresenta uno dei canali di partecipazione diretta dell'elettorato non appare però potersi elevare ad espressione di una sovranità popolare superiore a quella espressa dal Parlamento e dai partiti stante l'assenza di un referente istituzionale legittimato dal corpo elettorale, qual è per esempio il Presidente della Repubblica francese<sup>322</sup>. Tale condizionamento è stato però anche reciproco laddove il sistema partitico ha colto la valenza politica dell'istituto cercando d'appropriarsene onde utilizzarlo a scopo di lotta interna. L'operazione è stata facilitata dalle caratteristiche del *referendum* che lascia ampi spazi a forme di mediazione politica e di organizzazione del consenso sia in sede d'iniziativa che di svolgimento della campagna referendaria nonché rileva l'assenza di un referente sociale distinto dai partiti<sup>323</sup>. Il rapporto tra *referendum* e sistema politico fondato sull'utilizzazione

<sup>320</sup> Cfr. G. MARSHALL, *The Referendum: What, When and How*, in *Parl. Aff.*, n. 2/1997, pp. 307-313.

<sup>321</sup> Cfr. G. AMATO, *Intervento*, in M. LUCIANI, M. VOLPI (cur.), *Referendum, cit.*, pp. 213-214.

<sup>322</sup> Cfr. C. MEZZANOTTE, R. NANIA, *Referendum e forma di governo, cit.*, p. 67.

<sup>323</sup> Cfr. M. LUCIANI, *Il referendum impossibile*, in *Quad. cost.*, n. 3/1991, pp. 509-525.

dell'istituto in base ai soggetti promotori ed all'oggetto dell'iniziativa<sup>324</sup> e sull'evoluzione del sistema politico, ha generato almeno quattro fasi connotate dalla diversa valenza politico-istituzionale che i *referendum* assumono: *referendum* su tematiche di coscienza ed alta rilevanza sociale; *referendum* radicali contro il sistema dei partiti; *referendum* come lotta politica dei partiti e fra partiti, che saranno esaminati nel dettaglio di seguito; *referendum* sulle regole del gioco in materia elettorale come strumento di pressione su Parlamento e partiti<sup>325</sup>.

Particolarmente, considerando la fase dell'appropriazione del *referendum* per conto dei partiti quale strumento politico fra maggioranza ed opposizione ovvero tra partiti della coalizione che sostiene l'Esecutivo, si realizza l'assoluto azzeramento dell'istituto come espressione della partecipazione popolare con relativo massimo condizionamento dei partiti sull'esito stesso del voto. Tale utilizzo partitico del *referendum* appare in ogni caso evidentemente sintomatico della debolezza del sistema politico laddove attesta l'incapacità a trovare una mediazione politico-parlamentare. Inoltre, si tratta di un indizio non solo d'autentica lotta politica ma anche e soprattutto di rinvio decisionale e dunque deresponsabilizzazione del sistema<sup>326</sup>, specialmente su temi sensibili, come avvenuto nei decenni, per esempio, circa la politica salariale, l'energia nucleare, il decentramento, il sistema elettorale ovvero, se vogliamo, da ultimo, la minaccia referendaria regionale su una tema altamente divisivo quale la prescrizione del reato.

Del resto non può omettersi di rilevare la generale e progressiva decadenza dello stesso tono politico dell'istituto referendario, anche su iniziativa regionale, che da temi generali è sovente trasceso a questioni settoriali. Il *referendum* non appare presentarsi più come la traduzione di un autentico progetto politico né come opposizione a scelte specifiche e dirimenti del legislatore<sup>327</sup>. Le stesse abrogande normative in tema di prospezione, ricerca e coltivazione degli idrocarburi nascondono infatti interessi del tutto circoscritti ed anche difficilmente intelleggibili da parte dell'elettore medio per cui sono ben lontani dalle eccelse spinte ideali che hanno originariamente connotato l'istituto<sup>328</sup>.

Tuttavia, come si vedrà nel prosieguo, e per quanto qui interessa circa le iniziative referendarie regionali, il nodo in esame è strettamente connesso alla cognizione e

<sup>324</sup> Cfr. P. BERRETTA, *Il referendum abrogativo negli sviluppi della prassi*, in *Quad. cost.*, n. 2/1985, pp. 367-391.

<sup>325</sup> Cfr. M. VOLPI, *Una storia "infinita"*, cit., pp. 238-239.

<sup>326</sup> *Ivi*, p. 245.

<sup>327</sup> Cfr. A. BARBERA, A. MORRONE, *La repubblica dei referendum*, Bologna, 2003, p. 249.

<sup>328</sup> Cfr. M. PERINI, *La Corte chiarisce alcuni aspetti*, cit., pp. 745-746.

capacità degli stessi enti sub-statali di poter utilizzare e sfruttare al massimo lo strumento referendario in chiave di “contrasto” delle politiche del Governo centrale quale sorta di *stress test* su specifiche discipline relative a materie d’interesse regionale e locale. Al riguardo può essere rilevante anche l’elemento ideologico, laddove l’Esecutivo statale sia di colore politico opposto a quello degli Esecutivi regionali sorretti dalle maggioranze consiliari e dunque dell’istituto ne sia fatto un utilizzo altamente politicizzato quale strumento di lotta fra i partiti oltreché ovviamente fra il centro e la periferia.

## **7. La consapevolezza e capacità regionale d’incidere sulle logiche di Governo nazionale a mezzo referendum abrogativo.**

Un esame della potenzialità regionale d’incidere a mezzo iniziativa referendaria abrogativa sull’indirizzo politico governativo nazionale non può che dipanarsi da alcune considerazioni relative alla preventiva esperienza in materia d’iniziativa referendarie abrogative.

Il mancato raggiungimento del *quorum* sulla consultazione in tema di attività *upstream*, pur a fronte di ampia prevalenza dei voti favorevoli<sup>329</sup>, è sintomatico dell’estrema difficoltà regionale a coltivare la propria iniziativa referendaria, invitando al voto gli elettori per sostenere la posizione regionale di tutela nei confronti dello Stato. La presenza di una graffiante ed aggressiva politica d’astensione sostenuta dall’Esecutivo e dalle segreterie dei principali partiti politici, attesta come l’interesse referendario regionale possa essere messo all’angolo.

In tema appare evidente il *vulnus* regionale in materia di *vis attractiva* al voto su questione che s’attaglia alla dicotomia centro-periferia e che dovrebbe anche riporre sostegno su un identitarismo regionale dell’elettore anche in chiave anticentralista<sup>330</sup>. Il tutto fermo restando il punto della legittimità dell’invito all’astensione formulato anche da personaggi chiave della vita politica del Paese in relazione al *referendum* sulle cd. trivelle. A fronte di norme che miravano pacificamente a tutelare la libertà di voto referendario<sup>331</sup> ovvero in assenza di un *quorum* funzionale per il *referendum*

---

<sup>329</sup> Il referendum ha registrato un tasso di partecipazione del 31,19% degli aventi diritto al voto con la netta preponderanza dei voti favorevoli all’abrogazione della norma pari all’85,85%.

<sup>330</sup> In tema, cfr.: G. AIRALDI, *Una regione di frontiera*, in *Quad. reg.*, n. 3/2005, pp. 499-508; S. BARTOLE, *Dal regionalismo delle Regioni al regionalismo delle etnie*, in *Le Reg.*, n. 6/2000, pp. 963-967; ID. (cur.), *Le regioni alla ricerca della loro identità culturale e storica*, Milano, 1999, *passim*.

<sup>331</sup> Art. 51, comma 2, l. n. 352/1970, che rinvia all’art. 98, d.P.R. 30 marzo 1957, n. 361.

nazionale abrogativo, non appare quantomeno corretto costituzionalmente<sup>332</sup> che, per esempio, il Presidente del Consiglio dei Ministri ovvero titolari di dicasteri esprimano contrarietà all'iniziativa referendaria invitando gli elettori all'astensione, come di fatto avvenuto da parte di componenti del Governo Renzi per la ridetta consultazione. In realtà, il nodo gordiano della questione attiene non già alla legittimità giuridica, bensì alla eticità politica della scelta astensionistica, che a ben vedere costituisce una modalità di svolgimento della campagna elettorale, *rectius* referendaria. L'ipotesi di ritenere le ridette norme quali retaggio ovvero feticcio di una diversa concezione del diritto di voto quale connessa all'obbligatorietà giuridica del suffragio non appare certo peregrina ma la liceità giuridica e moralità politica sono aspetti dissimili e distinti. È ben vero che, all'interno di qualsivoglia competizione elettorale, anche referendaria, sussiste una quota di astensionismo avente natura fisiologica, quale connessa a disaffezione, disinteresse ovvero motivazioni private svincolate da scelte politiche. Tuttavia, con questa tipologia di prese di posizioni appare la discutibile volontà governativa di sfruttare la quota parte di astensioni discendenti da disaffezione e disinteresse nonché fare propri i restanti indifferenti onde accrescere virtualmente consensi. In definitiva la scarsa sensibilità civica di una certa classe politica che, a partire dagli anni Ottanta del secolo scorso, ha ripetutamente invitato gli elettori a non recarsi al voto, ha contribuito a limitare fortemente l'istituto referendario vieppiù laddove d'iniziativa regionale e dunque in assenza di un formale comitato promotore costituito. Del resto se i partiti politici costituiscono la forma idealtipica di partecipazione dei cittadini alla dialettica politica risulta ineludibile un confronto/scontro con l'istituto referendario che per i Costituenti avrebbe dovuto avere lo stesso fine, alternando per scopi di lotta politica l'appropriazione dell'iniziativa con l'invito all'astensione<sup>333</sup>. Il risultato è quindi la generale crisi di legittimazione dell'istituto referendario abrogativo da parte di crescenti quote dell'elettorato con diffusa sfiducia nei confronti dello stesso e relativi riflessi in punto di reiterato mancato *quorum* di partecipazione. Inoltre l'eccessivo tecnicismo delle iniziative determina una sensazione d'incomprensione del vero significato dello strumento laddove le parti contrapposte appaiono spesso evanescenti ed il corpo elettorale fatica ad identificare precisamente contro chi e cosa

---

<sup>332</sup> Cfr. A. MORRONE, *È legittimo astenersi e invitare a disertare le urne?*, in *Forum cost.*, 2005, pp. 1-4 e ID., *L'invito a disertare le urne, tra storia, costituzione e regole di correttezza costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2003, p. 597.

<sup>333</sup> Cfr. C. ESPOSITO, *I partiti nella Costituzione italiana*, in *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954, p. 219.

si pronuncia<sup>334</sup>. Tale mancata comprensione del quesito favorisce quindi una sorta di “partitizzazione” del consenso e discendente inefficienza del controllo popolare<sup>335</sup>. Difettano poi strumenti conoscitivi per l’elettore, tra cui il già richiamato *ballot pamphlet* che costituisce un perno fondamentale della tradizione referendaria elvetica e statunitense<sup>336</sup>, pure richiamato nel “Codice di buona condotta sui referendum” della Commissione di Venezia in seno al Consiglio d’Europa<sup>337</sup>. In Italia l’istituto del fascicolo informativo, con il punto di vista dei partigiani e degli oppositori dell’iniziativa, ha fatto formale capolino per la prima volta a livello nazionale solo in vista del referendum costituzionale oppositivo sulla riduzione dei parlamentari<sup>338</sup> quale mero impegno – successivamente non mantenuto – dell’Esecutivo subordinato al vincolo delle risorse necessarie<sup>339</sup>.

Tuttavia, ragionando partitamente sulla natura dell’iniziativa referendaria regionale a fini abrogativi nazionali emerge come in presenza di una “coabitazione” tra Governi, centrale e regionali, laddove la maggioranza degli Esecutivi regionali sia di segno politico diverso rispetto al Governo centrale – come per esempio nel contesto degli Esecutivi della XVIII legislatura –, sussiste un’elevata potenzialità di condizionare il sistema di Governo nazionale e la sua azione politica. Questo particolarmente laddove la consultazione referendaria abrogativa si svolga in tempi

<sup>334</sup> Cfr. G.M. SALERNO, *Il referendum, cit.*, p. 275 ss.

<sup>335</sup> Cfr. A. BALDASSARRE, *Il referendum abrogativo nel sistema costituzionale: un bilancio, cit.*, p. 487.

<sup>336</sup> Cfr. L. KOMÁROMI, *Establishment, evolution and interaction of modern direct democratic traditions*, in *Giorn. storia cost.*, n. 2/2015, pp. 59-70 e A. AUER, *L’esperienza del referendum in Svizzera e negli Stati Uniti*, in *Quad. cost.*, n. 3/1990, pp. 463-477.

<sup>337</sup> Punto 3.1.d. delle Linee guida sulla realizzazione dei referendum adottate nella LXVIII sessione plenaria della Commissione di Venezia del 13-14 ottobre 2006 ed inserite nel “Codice di buona condotta sui referendum” adottato nella LXX sessione plenaria della stessa Commissione nella seduta del 16-17 marzo 2007: «Le autorità devono fornire informazioni obiettive. Ciò comporta che debba essere messo a disposizione degli elettori con sufficiente anticipo il testo sottoposto a referendum ed un rapporto esplicativo o del materiale imparziale da parte dei sostenitori e degli oppositori della proposta».

<sup>338</sup> Referendum costituzionale del 20-21 settembre 2020 sul testo della legge costituzionale recante «Modifiche agli articoli 56, 57 e 59 della Costituzione in materia di riduzione del numero dei parlamentari», approvato dal Parlamento e pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* n. 240 del 12 ottobre 2019, confermato con il 69,64% dei consensi a fronte di una partecipazione al voto del 53,84%. Fonte: Ministero dell’Interno.

<sup>339</sup> Ordine del giorno n. 9/02471-A/001 dell’11 giugno 2020 d’iniziativa Magi, in sede d’esame in Assemblea dell’Atto Camera 2471 sulla conversione in legge del d.l. 20 aprile 2020, n. 26, recante «Disposizioni urgenti in materia di consultazioni elettorali per l’anno 2020», per cui s’impegna il Governo «compatibilmente con il reperimento delle risorse necessarie, nel rispetto dei vincoli di finanza pubblica e in accordo con i comitati referendari, a predisporre, rendere disponibile e inviare agli elettori con sufficiente anticipo un opuscolo informativo redatto in formato cartaceo e digitale sul referendum costituzionale contenente una descrizione neutrale ed imparziale del quadro normativo di riferimento nonché le posizioni dei comitati rispetto alle ragioni del sì e del no».

ravvicinati rispetto al varo della legge assoggettata al voto per cui si materializza la configurazione del *referendum* quale atto di controllo politico popolare *ex post*.

Infatti, se i Consigli regionali si valessero in maniera sistematica dell'iniziativa referendaria abrogativa avverso atti sostenuti dal Governo centrale non potrebbero escludersi ricadute anche sulla tenuta della coalizione di governo, in parallelo con le reiterate soprarichiamate iniziative popolari radicali dell'ultimo trentennio del secolo scorso. Si tratta di uno sviluppo dell'istituto referendario che solo un'isolata dottrina, all'esito della seconda tornata referendaria d'origine regionale, aveva vagamente prefigurato al fine di porre in discussione avanti all'elettorato gli equilibri del Governo centrale attraverso l'azione coordinata di almeno cinque Regioni, onde pervenire al confronto fra due schieramenti politici<sup>340</sup>. Uno che sostiene la maggioranza dell'Esecutivo nazionale e l'altro espressione di una sommatoria di maggioranze regionali di diverso colore politico e dunque coincidente con l'opposizione parlamentare o parte di essa.

La cartina di tornasole della ridetta ipotesi è costituita dall'esame del sostegno politico alle sei tornate referendarie abrogative d'iniziativa regionale propugnate. In materia appare opportuno prescindere dalle primigenie iniziative referendarie regionali del 1992, calate in un diverso sistema ideologico-partitico ed in un frangente storico connotato da delegittimazione del quadro politico, rilevando tuttavia uno sfondo di forte contrapposizione centro-periferia. A sua volta, circa l'esame dalle seguenti iniziative depositate nel 1996, emerge come i sette Esecutivi regionali che sostennero le ridette erano tutti, salvo due, di colore politico opposto rispetto al Governo centrale dell'epoca da cui l'evidente carattere concorrenziale<sup>341</sup> oltre a trattarsi ancora di questioni prettamente di diretto interesse regionale. A seguire temporalmente, per le iniziative depositate nel 2013 e 2014 in materia di geografia giudiziaria ordinaria, non appare peraltro possibile trovare un vero e proprio motivo di conflitto con il Governo centrale in carica, ed anzi si delinea una preponderanza di Consigli regionali del medesimo colore politico dell'Esecutivo

---

<sup>340</sup> Cfr. F. PIZZETTI, *I «referendum regionali» e la giurisprudenza costituzionale*, in *Le Reg.*, n. 2-3/1997, p. 266.

<sup>341</sup> Le dodici iniziative referendarie abrogative regionali del 1996 hanno complessivamente interessato sette Consigli regionali (Calabria, Lombardia, Piemonte, Puglia, Toscana, Valle d'Aosta e Veneto), per quanto la Toscana deliberò solo sette quesiti mentre la Calabria ne sostenne undici. Fra questi, solo la Toscana e la Valle d'Aosta detenevano un Esecutivo ed una maggioranza consiliare riconducibile allo stesso colore politico del Governo nazionale della XIII legislatura (1996-2001). Cfr. B. CARAVITA, *Non disturbare il manovratore*, in *Ideazione*, n. 2/1997, pp. 58-73.

nazionale<sup>342</sup>, laddove la tematica appariva tipicamente ancora di tutela degli interessi locali per finalità anche campanilistiche. Inoltre rileva pure il non secondario aspetto che il ridetto Governo che ha implementato in concreto la disciplina era ideologicamente opposto a quello che un biennio prima l'aveva prevista in sede di legge delega.

A sua volta, nel caso del *referendum* sulle cd. trivelle del 2016 l'iniziativa appare non già solo trasversale in quanto il primo denominatore comune dell'azione erano gli interessi ambientali delle Regioni costiere italiane avanti alle quali possono svolgersi attività di prospezione degli idrocarburi in chiave contraria alla lassista disciplina statale. Infatti, emerge significativamente che la stragrande maggioranza (8/10) delle assisi consiliari deliberanti poggiavano su Esecutivi direttamente riconducibili allo stesso colore politico del Governo romano<sup>343</sup>. Dunque, l'iniziativa referendaria regionale appare qui connessa al classico *cleavages* centro-periferia con evidenti connotazioni anticoncentraliste. Mentre ben può anche essere totalmente svincolata dalla classica dicotomia destra-sinistra che potrebbe, a rigor di logica, connotare l'avvio del procedimento abrogativo nazionale su spinta regionale. Ma la deviazione sul nodo della dicotomia centro-periferia non appare in grado di smentire la regola cardine che la *cohabitation* a livello di Governi regionali e statale ben si presta all'avvio dell'istituto referendario sul piano nazionale in chiave conflittuale. A comprova si veda da ultimo l'iniziativa referendaria regionale del 2019 sulla quota proporzionale della legge elettorale per le Camere che è stata propugnata esclusivamente da Consigli regionali sorretti da Giunte d'opposto colore politico rispetto a quello dell'Esecutivo statale in carica al momento del deposito<sup>344</sup>.

Tuttavia, per quanto interconnesso alle precedenti riflessioni, il fatto dirimente in materia d'iniziativa referendaria regionale a valenza statale appare un altro ancora. Solo in tempi recentissimi le Regioni appaiono aver assunto una maggiore (e forse

---

<sup>342</sup> Le quattro totali iniziative referendarie regionali del 2013 e 2014 sono state deliberate da complessivi dieci Consigli regionali (Abruzzo, Basilicata, Calabria, Campania, Friuli-Venezia Giulia, Liguria, Marche, Piemonte e Puglia), per quanto la seconda tornata era stata proposta solo da cinque fra essi nonché dalla Sicilia. Fra queste Regioni, solo Abruzzo (nella prima tornata), Calabria, Campania e Piemonte avevano un Esecutivo ed una maggioranza consiliare di diverso colore politico rispetto all'Esecutivo centrale della XVII legislatura (2013-2018).

<sup>343</sup> Le sei iniziative referendarie abrogative regionali del 2015 sono state deliberate da dieci Consigli regionali (Abruzzo, Basilicata, Calabria, Campania, Liguria, Molise, Puglia, Marche, Sardegna e Veneto). Fra questi, solo la Liguria ed il Veneto detenevano un Esecutivo ed una maggioranza consiliare di diverso colore politico rispetto al Governo nazionale della XVII legislatura (2013-2018).

<sup>344</sup> L'iniziativa referendaria abrogativa regionale del 2019 è stata deliberata da dieci Consigli regionali (Abruzzo, Basilicata, Friuli-Venezia Giulia, Liguria, Lombardia, Piemonte, Sardegna e Veneto) connotati da una maggioranza di diverso colore politico rispetto al Governo nazionale della XVIII legislatura (2018-2023) in carica al momento del deposito.

piena?) consapevolezza delle potenzialità di tale strumento loro riservato dal Costituente del 1948. Il tutto ovviamente motivato dal contesto di un diverso colore politico marcato (*rectius* opposto, e specialmente nel quadro sovranismo populista *versus* liberalismo globalista) fra Governi, statale e regionali, che pone sovente il primo come minoritario di consensi nel singolo livello regionale. Questo per quanto si debba annotare che pure a fine anni Novanta-inizio Duemila s'era verificato un quadro centro-periferia del tutto politicamente contrapposto senza però ne fosse seguito alcun ricorso a tale strumento di legislazione negativa da parte regionale.

Peraltro, occorre valutare anche un altro aspetto, e cioè che nel sistema italiano la strutturazione regionale ovvero locale delle gerarchie partitiche non detiene alcuna autonomia ma resta del tutto assoggettata, in un quadro rigidamente verticistico, alle direttive degli organi centrali. La presenza di una ferrea subordinazione del quadro partitico periferico rispetto a quello centrale ha connotato il sistema politico italiano almeno sino agli anni Novanta. Indi ha lasciato spazio ad una limitata emancipazione delle componenti locali dei partiti nazionali che nel tempo non ha però saputo scalfire la predominanza dei vertici romani ovvero il tipico sistema della cooptazione dei *leaders* di livello regionale (in qualità di Presidenti regionali ovvero Sindaci di capoluoghi) "promossi" a quello nazionale. Quindi la frequente interpretazione della Regione quale mero passaggio di un *cursus honorum* per entrare nei palazzi romani del potere.

Al riguardo, ne costituisce un'ampia conferma il fatto che gli incarichi politici a livello regionale ovvero locale costituiscono spesso (se non quasi sempre) un'autentica rampa di lancio per la carriera nazionale, *id est* la candidatura parlamentare ovvero per incarichi di livello governativo. Le Regioni sono infatti divenute la "scala" con cui amministratori locali, anche spregiudicati ed incapaci di farsi interpreti delle vere esigenze delle comunità regionali sferrano l'assalto ai centri di potere governamentale. Una sorta di corsia preferenziale non per contestare il potere centrale ma a fini di carrierismo e tale classe politica regionale finisce col distribuire risorse alle clientele personali e partitiche<sup>345</sup>. L'assenza di una classe politica regionale autonoma – ed anche concorrente – rispetto a quella centrale non giova quindi allo sviluppo di una coscienza identitaria e dunque neppure autonomistica al fine di azioni di tutela con una *governance* che possa sfruttare ogni mezzo per porre "in difficoltà" il Governo centrale che dovrebbe essere basicamente inquadrato come un'antagonista quantomeno in punto di riparto di funzioni e risorse. Se poi alla logica di partito s'aggiunge quella campanilistica dei piccoli

---

<sup>345</sup> Cfr. M. FEDELE (cur.), *Autonomia politica regionale e sistema dei partiti*, Milano, 1988.

territori, l'ambito regionale appare ancora piuttosto aspecifico laddove stretto tra dinamiche nazionali di partito e tradizioni civiche lontane dall'autonomismo ovvero, quantomeno, dall'identitarismo. Difettano, del resto, nel caso italiano, elementi d'attaccamento dei cittadini alle Regioni anche attraverso un radicamento territoriale, altrove sviluppatosi principalmente attorno a conflitti, come la guerra di Secessione negli USA<sup>346</sup> e quella del *Sonderbund* in Svizzera<sup>347</sup>, ovvero in seguito alla ricostruzione post-bellica come nel caso tedesco<sup>348</sup>, se non in forza di stretti elementi linguistico-culturali come per le tre Comunità Autonome storiche spagnole<sup>349</sup>. Peraltro, appare ragionevole che solo un – più volte preconizzato ma ad oggi ancora del tutto ipotetico – superamento del bicameralismo perfetto con la creazione di una Camera delle Regioni, quale sede di collaborazione centro-periferia, potrebbe giustificare l'eliminazione dell'iniziativa referendaria regionale a fronte di poteri di veto regionali surrogatori della valenza contestativa del *referendum* abrogativo nazionale<sup>350</sup>.

Del resto, laddove il sistema dei partiti politici è debole, esiste una maggiore probabilità che le persone ovvero gli enti abilitati all'iniziativa esercitino la democrazia diretta e questo ben può valere anche per delle entità sub-statali che ne siano eventualmente titolate come in Italia e Svizzera. In effetti, il movimento del potere popolare è una forma di democrazia diretta così come l'iniziativa di gruppi politici in seno ad un'assise locale.

Al riguardo appare interessante anche l'esame empirico dei caratteri dell'elettorato in relazione ai problemi della frammentazione, della polarizzazione e della struttura delle linee di divisione, i cd. *cleavages*, nonché del sistema di partiti di cui le entità governative statali e sub-statali sono portavoce. Esso dimostra come, partendo dall'analisi della distribuzione degli elettorati lungo il *continuum* destra-sinistra, la variabile centrale è costituita dalla polarizzazione – e non tanto dalla frammentazione – dell'elettorato. L'aggregazione ideologica viene così definita come una funzione della "distanza" tra i due partiti "estremi" lungo l'asse destra-sinistra<sup>351</sup>. Al suo interno le entità sub-statali esercitano le loro azioni anche in chiave di tutela dei propri interessi ben potendo sfruttare lo strumento referendario laddove previsto

<sup>346</sup> Cfr. A. TESTI, *La formazione degli Stati Uniti*, Bologna, 2003.

<sup>347</sup> Cfr. P. DU BOIS, *La guerre du Sonderbund. La Suisse de 1847*, Paris, 2002.

<sup>348</sup> Cfr. H. BEST, *Le Regioni politiche in Germania: continuità e discontinuità storiche*, in *Passato e Presente*, n. 2/1990, pp. 49-70.

<sup>349</sup> Cfr. A. BOTTI, C. ADAGIO, *Storia della Spagna democratica. Da Franco a Zapatero*, Milano, 2009.

<sup>350</sup> Cfr. R. TOSI, *I «referendum regionali»*, cit., p. 259.

<sup>351</sup> Cfr. G. SANI, G. SARTORI, *Frammentazione, polarizzazione e cleavages: democrazie facili e difficili*, in *Riv. it. sc. pol.*, n. 3/1978, pp. 339-361.

e che si dimostra capace di porre all'attenzione dell'agenda politica centrale tematiche diversamente omesse.

La stessa *Brexit* nel Regno Unito, finalmente concretizzata in attesa della conclusione del periodo transitorio, è un esempio del crescente desiderio delle persone di esercitare la democrazia diretta su un importante tema nazionale quale il condizionamento sovranazionale sulle politiche interne<sup>352</sup>. Meccanismi simili avviati dai cittadini sono stati utilizzati in Paesi del Sud del mondo come l'Uganda, peraltro anche su iniziativa sub-statale come sopra esaminato, e l'Uruguay. Mentre è comprovato che durante i periodi crisi di economica mondiale le iniziative referendarie sono divenute sempre più frequenti, in corrispondenza all'acuirsi delle conflittualità tra società civile ed istituzioni su temi cruciali quali la politica finanziaria, sociale e militare.

Per certo la democrazia diretta, e nel dettaglio lo strumento referendario, anche allorquando è esercitata da entità sub-statali diverse dai meri cittadini, non è la panacea di tutti i mali delle democrazie rappresentative dello Stato di diritto contemporaneo. Solo apparentemente sembra essere la soluzione ai problemi della disoccupazione, dei salari inadempienti, del terrorismo, degli stupefacenti illegali, del traffico di esseri umani, etc., che sono spesso ricondotti alla globalizzazione ed al fallimento delle *élites* al potere nell'affrontare questi problemi. Infatti, pur riconoscendo queste importanti funzioni, non può che ritenersi come, nella migliore delle ipotesi, la democrazia diretta è uno strumento utile quando viene utilizzato per aiutarci a comprendere la volontà democratica e migliorare la responsabilità dei rappresentanti eletti anche nel quadro di una contrapposizione politica fra centro e periferia.

Tuttavia, appare pacifico che la democrazia diretta detenga dei limiti anche laddove sia attivata da entità sub-statali come nel caso del *referendum* abrogativo italiano su iniziativa regionale. È sicuramente più efficace come complemento alla *governance* democratica rappresentativa ma tra i *deficit* annovera la richiesta di un alto livello di impegno da parte dei cittadini elettori nonché pure delle entità sub-statali attivanti. Si tratta di un compito difficile da sostenere all'interno di una vasta popolazione, laddove ineluttabilmente esistono apatia e complessi problemi socio-economici. Tra i pericoli vi è la scarsa affluenza degli elettori nonché la presenza di gruppi di interesse speciali e lobbisti che possono finanziare iniziative di democrazia

---

<sup>352</sup> Cfr. C. MARTINELLI, *L'Isola e il Continente: un matrimonio d'interesse e un divorzio complicato. Dai discorsi di Churchill alle sentenze Brexit*, in ID. (cur.), *Il referendum Brexit e le sue ricadute costituzionali*, Santarcangelo di Romagna, 2017, pp. 9-62.

diretta anche per il tramite degli enti regionali (si veda il caso delle prospezioni degli idrocarburi con l'azione delle organizzazioni ambientaliste sulle Regioni interessate).

Ma se i cittadini devono avere voce in capitolo, in realtà appaiono piuttosto quali *partners* dei rappresentanti, il che non li abilita a surrogare il lavoro del legislatore. Il fatto poi che entità sub-statali, come le Regioni italiane ovvero i Cantoni elvetici, detengano titolo ad attivare strumenti referendari di rilievo nazionale, costituisce solo un valore aggiunto dal punto di vista dei soggetti titolati ad avviare procedimenti di democrazia diretta. La stessa presenza di organi diversi da meri cittadini elettori quali soggetti attivi dell'iniziativa referendaria costituisce ulteriore prova del fatto che la consultazione referendaria appare sempre più un episodio all'interno di una strategia politica definita. Se tale tattica difetta o non riesce a pervenire chiaramente all'opinione pubblica, non solo il *test* dell'ammissibilità costituzionale del quesito sarà più complicato ma anche l'eventuale approvazione della domanda referendaria avrà difficoltà a pervenire all'obiettivo politico effettivamente perseguito dai promotori regionali<sup>353</sup>.

*Quo Vadis?* La democrazia diretta a mezzo *referendum* popolare abrogativo, quale faticosamente partorito dalla Costituente a fronte dell'immaturità delle masse<sup>354</sup>, è un chiaro punto fermo del nostro sistema costituzionale e non si riduce ad un mero convalida della democrazia rappresentativa bensì ne costituisce appendice<sup>355</sup> svolgendo una funzione dinamizzante<sup>356</sup>. Dunque, le Regioni italiane con i loro Consigli ed Esecutivi allorquando saranno pienamente consce delle potenzialità dell'istituto referendario nazionale abrogativo ben potranno maggiormente influenzare l'azione del Governo nazionale, anche ben oltre di quanto non già accaduto alla fine del secolo scorso con le iniziative radicali contro il sistema dei partiti. Del resto, se da un lato è vero che la tutela delle posizioni dell'autonomia regionale non può essere delegata alle mere iniziative referendarie abrogative nazionali, per lo stessa natura eccezionali ed estemporanee, dall'altro lato è altrettanto vero che le Regioni italiane necessitano di un congruo processo di verifica della consapevolezza del proprio ruolo, attraverso la relativa classe politica, circa le potenzialità di tutte le singole funzioni del livello di governo, ivi compresa l'iniziativa referendaria nazionale, con discendente analisi della capacità di poter

<sup>353</sup> Cfr. B. CARAVITA, *I referendum del 1993*, cit., p. 563.

<sup>354</sup> Cfr. A. CHIMENTI, *Referendum, quel no di Togliatti*, in *Corriere della Sera*, 27 dicembre 2007, p. 49.

<sup>355</sup> Cfr. E. FRAENKEL, *La componente rappresentativa e plebiscitaria nello Stato costituzionale democratico*, cur. L. Ciauro, C. Forte, Torino, 1994, p. 14 ss.

<sup>356</sup> Cfr. M. LUCIANI, *Referendum e forma di governo*, cit., p. 99 ss.

condizionare l'indirizzo politico statale<sup>357</sup>. In tal modo il *referendum* abrogativo d'iniziativa regionale può assumere il ruolo di contrappeso all'inerziale degenerazione oligarchica, secondo gli schemi di una logica autoreferenziale, della forma di governo rappresentativa. Resta ferma però la verifica caso per caso della sovranità popolare, dipendendo dalle condizioni nella quali si costituisce la c.d. pubblica opinione onde evitare la *fictio democratica*, per cui tale opinione non si forma in modo autonomo, ma attraverso notevoli pressioni politiche<sup>358</sup>. Una sorta di autentico strumento di resistenza collettiva onde superare lo svuotamento della democrazia parlamentare quale già preconizzato agli albori dell'istituto delineato in Costituzione<sup>359</sup>.

Le Regioni italiane appaiono effettivamente al centro di una significativa presa di coscienza circa la salvaguardia e l'implementazione delle ragioni della propria autonomia costituzionalmente garantita e del senso di appartenenza regionale dei cittadini. Tuttavia, complice anche una classe politica protesa a raggiungere il livello parlamentare, e dunque sì regionale ma non anche pienamente regionalizzata, gli esiti non appaiono sempre confortanti. Lo stesso successo delle liste dei Presidenti regionali alle consultazioni del 2020 appaiono mere personalizzazioni del voto, al più de-ideologizzato<sup>360</sup> ma prive di qualsivoglia riferimento all'identità regionale ed alla sua autonomia. Vieppiù si considerino le contaminazioni generate dalla forte incidenza delle spinte campanilistiche fondate su interessi micro-locali. Questo anche oltre il mero diverso colore politico fra Governi, nazionale e regionali. Del resto, è notorio che la coabitazione fra Esecutivi regionali e Governo centrale di diverso colore politico non sia sempre di facile praticabilità. Lo strumento referendario d'iniziativa regionale può quindi inserirsi non solo nella lotta fra i partiti ma financo nella diatriba centro-periferia in chiave identitaria per rafforzare il regionalismo anticoncentralista e dunque anche traguardando le mere distinzioni politiche. Tuttavia, se il ricorso regionale all'istituto referendario abrogativo nazionale diventasse sistematico onde porre in discussione gli equilibri politici centrali, supportando l'opposizione parlamentare, ne potrebbe derivare anche una *deminutio* dello stesso ruolo regionale di fatto sminuito a strumento delle logiche politiche nazionali. A sua

---

<sup>357</sup> Cfr. R. SEGATORI, *Le debolezze identitarie del regionalismo italiano*, in *Ist. fed.*, n. 5-6/2010, pp. 451-467.

<sup>358</sup> In tema, cfr.: E. DE MARCO, *Referendum indirizzo politico*, in *Giur. cost.*, n. 2/1994, p. 1401 ss.; G. SARTORI, *Democrazia e definizioni*, Bologna, 1969, p. 60 ss.; G. GRASSI, *Il referendum nel governo di gabinetto*, Roma, 1913, p. 176.

<sup>359</sup> Cfr. R. DAHRENDORF, *La libertà che cambia*, Roma-Bari, 1980, pp. 61-62 e R. RIZZO, *Natura ed efficacia del referendum abrogativo*, in *Montecitorio*, n. 9-10-11/1962, p. 47.

<sup>360</sup> Cfr. M. RUBECHI, A. STERPA, *Elezioni regionali 2020: nuovi elementi di differenziazione dei sistemi politici regionali?*, in *Federalismi.it*, n. 23/2020, p. 15.

volta, l'attuale e radicata disillusione sulle virtù degli istituti democratici deve essere gestita non solo con la messa in atto di nuove regole ma anche e soprattutto con un rinnovato senso civico, di cui ben possono farsi portavoce anche gli enti regionali, richiamando vecchi adagi quanto mai attuali e cioè con «la tolleranza, la pubblica discussione, la ricerca del consenso e [...] la capacità di espansione e di persuasione delle opinioni di pochi, che viene prima della “numerazione dei voti”»<sup>361</sup>.

---

<sup>361</sup> Cfr. A. GRAMSCI, *Quaderni del carcere*, cur. V. Gerratana, III, Torino, 2014, p. 1624.

<i>N.</i>	<i>Oggetto referendum</i>	<i>Iniziativa consiliare</i>	<i>Decisione Corte costituzionale</i>	<i>Esito procedimentale</i>
1	Abolizione del Ministero dell'agricoltura e delle foreste	Trentino Alto-Adige, Umbria, Piemonte, Valle d'Aosta, Lombardia, Marche, Basilicata, Toscana, Emilia-Romagna, Veneto	Sentenza 16 gennaio-4 febbraio 1993, n. 26	Ammissibilità Approvato nella votazione del 18-19 aprile 1993: votanti 76,89%; favorevoli 70,23%
2	Abolizione di funzioni amministrative statali	Lombardia, Basilicata, Toscana, Emilia-Romagna, Veneto	Sentenza 16 gennaio-4 febbraio 1993, n. 29	Inammissibilità
3	Abolizione del Ministero della Sanità	Trentino Alto-Adige, Umbria, Piemonte, Valle d'Aosta, Lombardia, Marche, Basilicata, Toscana, Emilia-Romagna, Veneto	Sentenza 16 gennaio-4 febbraio 1993, n. 34	Inammissibilità
4	Abolizione del Ministero del turismo e dello spettacolo	Trentino-Alto-Adige, Umbria, Piemonte, Valle d'Aosta, Lombardia, Marche, Basilicata,	Sentenza 16 gennaio-4 febbraio 1993, n. 35	Ammissibilità Approvato nella votazione del 18-19 aprile 1993: votanti 76,88%; favorevoli 82,28%

- |   |  |   |   |  |
|---|--|---|---|--|
|   |  | Toscana, Emilia-Romagna, Veneto   |   |  |
| 5 | Abolizione del Ministero dell'industria, del commercio e dell'artigianato                                  | Umbria, Piemonte, Valle d'Aosta, Lombardia, Marche, Basilicata, Toscana, Emilia-Romagna, Veneto | Sentenza 16 gennaio-4 febbraio 1993, n. 36  | Inammissibilità  |
| 6 | Abolizione dei concorsi unici nelle Pubbliche Amministrazioni  | Lombardia, Piemonte, Valle d'Aosta, Calabria, Veneto, Puglia                                    | Sentenza 30 gennaio-10 febbraio 1997, n. 14 | Ammissibilità<br>Procedimento chiuso per <i>ius superveniens</i> : Ufficio centrale per il referendum, ordinanza 26 maggio 1997        |
| 7 | Abolizione del Ministero delle riforme agricole, alimentari e forestali                                    | Lombardia, Piemonte, Valle d'Aosta, Calabria, Veneto, Toscana                                   | Sentenza 30 gennaio-10 febbraio 1997, n. 15 | Ammissibilità<br><i>Referendum</i> nullo per mancanza del quorum nella votazione del 15 giugno 1997: votanti 30,10%; favorevoli 87,20% |
| 8 | Abolizione del Dipartimento del turismo e dello spettacolo presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri | Veneto, Lombardia, Piemonte, Valle d'Aosta, Calabria, Toscana                                   | Sentenza 30 gennaio-10 febbraio 1997, n. 16 | Inammissibilità  |
| 9 | Abolizione del   | Toscana,  | Sentenza 30                                 | Inammissibilità  |

	Ministero della sanità	Veneto, Lombardia, Piemonte, Valle d'Aosta	gennaio-10 febbraio 1997, n. 17	
10	Abolizione di funzioni statali di indirizzo e coordinamento regionale	Calabria, Lombardia, Piemonte, Puglia, Valle d'Aosta, Veneto	Sentenza 30 gennaio-10 febbraio 1997, n. 18	Inammissibilità
11	Abolizione dei limiti statali alle attività promozionali all'estero delle Regioni	Valle d'Aosta, Toscana, Veneto, Lombardia, Piemonte, Calabria, Puglia	Sentenza 30 gennaio-10 febbraio 1997, n. 19	Inammissibilità
12	Abolizione dei limiti statali alla partecipazione regionale alle attività dell'Unione europea	Piemonte, Valle d'Aosta, Veneto, Lombardia, Calabria, Puglia	Sentenza 30 gennaio-10 febbraio 1997, n. 20	Inammissibilità
13	Abolizione dei controlli statali sugli atti amministrativi regionali	Lombardia, Piemonte, Valle d'Aosta, Calabria, Veneto, Puglia, Toscana	Sentenza 30 gennaio-10 febbraio 1997, n. 21	Ammissibilità Procedimento chiuso per <i>ius superveniens</i> : Ufficio centrale per il referendum, ordinanza 26 maggio 1997
14	Abolizione della figura del segretario comunale e provinciale negli Enti locali	Lombardia, Piemonte, Valle d'Aosta, Calabria, Veneto, Puglia	Sentenza 30 gennaio-10 febbraio 1997, n. 22	Ammissibilità Procedimento chiuso per <i>ius superveniens</i> : Ufficio centrale per il referendum, ordinanza 26

- |    |   |   |   |   |
|----|---|---|---|---|
|    |   |   |   | maggio 1997   |
| 15 | Abolizione del Ministero dell'industria, del commercio e dell'artigianato                                       | Piemonte, Veneto, Valle d'Aosta, Lombardia, Calabria, Toscana                                     | Sentenza 30 gennaio-10 febbraio 1997, n. 23 | Inammissibilità   |
| 16 | Abolizione dei poteri di direttiva statali sulle funzioni amministrative statali delegate alle Regioni          | Calabria, Piemonte, Veneto, Valle d'Aosta, Lombardia, Puglia                                      | Sentenza 30 gennaio-10 febbraio 1997, n. 24 | Inammissibilità   |
| 17 | Abolizione di una serie di controlli di legittimità sugli atti degli Enti locali                                | Lombardia, Piemonte, Calabria, Veneto, Puglia, Toscana  | Sentenza 30 gennaio-10 febbraio 1997, n. 25 | Ammissibilità<br>Procedimento chiuso per <i>ius superveniens</i> : Ufficio centrale per il referendum, ordinanza 26 maggio 1997 |
| 18 | Abolizione della revisione delle circoscrizioni giudiziarie e della nuova organizzazione dei tribunali ordinari | Abruzzo, Basilicata, Calabria, Puglia, Marche, Friuli-Venezia Giulia, Campania, Liguria, Piemonte | Sentenza 15-29 gennaio 2014, n. 12          | Inammissibilità   |
| 19 | Abolizione della soppressione di tribunali ordinari e corrispondenti procure della                              | Abruzzo, Basilicata, Campania, Puglia, Sicilia  | Sentenza 14-27 gennaio 2015, n. 5           | Inammissibilità   |

- Repubblica, nonché di sezioni distaccate di tribunali ordinari
- 20 Abolizione della soppressione di trenta tribunali ordinari e corrispondenti Procure della Repubblica      Abruzzo, Basilicata, Campania, Puglia, Sicilia      Sentenza 14-27 gennaio 2015, n. 5      Inammissibilità
- 21 Abolizione della soppressione di trenta tribunali ordinari e corrispondenti procure della Repubblica, nonché della mancata previsione nell'ordinamento giudiziario dei circondari dei tribunali soppressi      Abruzzo, Basilicata, Campania, Puglia, Sicilia      Sentenza 14-27 gennaio 2015, n. 5      Inammissibilità
- 22 Abolizione del carattere di interesse strategico, di indifferibilità ed urgenza delle opere per attività di prospezione, ricerca, coltivazione e stoccaggio sotterraneo di gas naturale      Basilicata, Marche, Puglia, Sardegna, Abruzzo, Veneto, Calabria, Liguria, Campania, Molise      Sentenza 19 gennaio-2 febbraio 2016, n. 16      Estinzione del giudizio Procedimento chiuso per *ius superveniens*: Ufficio centrale per il referendum, ordinanza 7 gennaio 2016
- 23 Abolizione della disciplina in tema      Basilicata, Marche, Puglia,      Sentenza 19 gennaio-2      Estinzione del giudizio

- |    |   |  |   |   |
|----|---|--|---|---|
|    | d'intesa e mancata<br>intesa e dei titoli<br>abilitativi in<br>assenza, per il<br>piano ministeriale<br>per le attività di<br>prospezione,<br>ricerca, coltivazione<br>di idrocarburi e<br>stoccaggio<br>sotterraneo di gas<br>naturale | Sardegna,<br>Abruzzo,<br>Veneto,<br>Calabria,<br>Liguria,<br>Campania,<br>Molise                                   | febbraio 2016,<br>n. 16                             | Procedimento<br>chiuso per <i>ius<br/>superveniens</i> : Ufficio<br>centrale per il<br><i>referendum</i> ,<br>ordinanza 7 gennaio<br>2016                               |
| 24 | Abolizione della<br>proroga delle<br>concessioni per le<br>attività di ricerca e<br>coltivazione di<br>idrocarburi  | Basilicata,<br>Marche, Puglia,<br>Sardegna,<br>Abruzzo,<br>Veneto,<br>Calabria,<br>Liguria,<br>Campania,<br>Molise | Sentenza 19<br>gennaio-2<br>febbraio 2016,<br>n. 16 | Estinzione del<br>giudizio<br>Procedimento<br>chiuso per <i>ius<br/>superveniens</i> : Ufficio<br>centrale per il<br><i>referendum</i> ,<br>ordinanza 7 gennaio<br>2016 |
| 25 | Abolizione della<br>disciplina per la<br>mancata intesa e<br>per il potere<br>sostitutivo per le<br>autorizzazioni<br>rilasciate per le<br>opere strumentali<br>allo sfruttamento<br>degli idrocarburi                                  | Basilicata,<br>Marche, Puglia,<br>Sardegna,<br>Abruzzo,<br>Veneto,<br>Calabria,<br>Liguria,<br>Campania,<br>Molise | Sentenza 19<br>gennaio-2<br>febbraio 2016,<br>n. 16 | Estinzione del<br>giudizio<br>Procedimento<br>chiuso per <i>ius<br/>superveniens</i> : Ufficio<br>centrale per il<br><i>referendum</i> ,<br>ordinanza 7 gennaio<br>2016 |
| 26 | Abolizione della<br>disciplina recante<br>una procedura<br>semplificata per<br>l'esercizio del  | Basilicata,<br>Marche, Puglia,<br>Sardegna,<br>Abruzzo,<br>Veneto,   | Sentenza 19<br>gennaio-2<br>febbraio 2016,<br>n. 16 | Estinzione del<br>giudizio<br>Procedimento<br>chiuso per <i>ius<br/>superveniens</i> : Ufficio  |

	potere sostitutivo in Calabria, caso di mancata Liguria, intesa con le Campania, Regioni sugli atti Molise inerenti alla prospezione, ricerca e coltivazione di idrocarburi		centrale per il <i>referendum</i> , ordinanza 7 gennaio 2016
27	Abolizione delle attività di prospezione, ricerca e coltivazione di idrocarburi in zone di mare entro dodici miglia marine	Basilicata, Marche, Puglia, Sardegna, Abruzzo, Veneto, Calabria, Liguria, Campania, Molise	Sentenza 19 gennaio-2 febbraio 2016, n. 17
			Ammissibilità <i>Referendum</i> nullo per mancanza del <i>quorum</i> nella votazione del 17 aprile 2016: votanti 31,19%; favorevoli 85,85%
28	Abolizione del metodo proporzionale per i seggi in collegi plurinominali nel sistema elettorale della Camera dei Deputati e del Senato della Repubblica	Abruzzo, Basilicata, Friuli-Venezia Giulia, Liguria, Lombardia, Piemonte, Sardegna, Veneto	Sentenza 16-31 gennaio 2020, n. 10
			Inammissibilità

Fonte: Ministero dell'Interno

<i>Regioni/ Province Autonome</i>	<i>Deliberazioni di iniziativa referendaria abrogativa</i>
Abruzzo	11
Basilicata	16
Bolzano	-
Calabria	18
Campania	10
Emilia-Romagna	5
Friuli-Venezia Giulia	2
Lazio	-
Liguria	8
Lombardia	18
Marche	11
Molise	6
Piemonte	18
Puglia	18
Sardegna	7
Sicilia	3
Toscana	12
Trentino Alto-Adige	3
Trento	-
Umbria	4
Valle d'Aosta	15
Veneto	24

**Fonte: Ministero dell'Interno**

# LA RIDETERMINAZIONE DEI POTERI DEL GSE NEL D.L. SEMPLIFICAZIONI E LA (APPARENTE) STABILITÀ DEGLI INCENTIVI PER L'ENERGIA DA FONTE RINNOVABILE

Giuseppe La Rosa\*

**ABSTRACT** [ITA]: Il sistema degli incentivi per la produzione di energia da fonti rinnovabile è al centro di una delicata tensione tra esigenze di interesse pubblico e le ragioni dei privati alla tutela del proprio affidamento a beneficiare della loro erogazione per l'intera durata contrattuale. In questa prospettiva, il d.l. Semplificazioni ha introdotto alcune modifiche all'art. 42 d.lgs. n. 28/2011 con l'obiettivo di circoscrivere il potere di decadenza del GSE e rafforzare la stabilità dei sottesi rapporti amministrativi. Il presente studio, ricostruito il quadro normativo e dogmatico di riferimento, indaga sulle modifiche introdotte al fine di valutare l'effettiva idoneità delle stesse a perseguire i dichiarati obiettivi di stabilità degli incentivi.

**ABSTRACT** [ENG]: *The incentives granted for energy from renewable sources meets both public and private interests. By way of d.l. Semplificazioni Article 42 of Legislative Decree No. 42/2011 has been amended with the purpose of limiting the GSE's administrative power to withdraw the incentives already granted and, as consequence, aiming at guarantee the private legitimate expectations. This paper, within the current regulatory framework, aims at analysing the new legislative provisions in order to assess their actual suitability to pursue the declared goals in terms of stability in the incentives granting.*

---

\* Professore straordinario a tempo determinato di diritto amministrativo nell'Università telematica Pegaso.

**SOMMARIO:** **1.** Premessa e finalità dell'indagine. – **2.** L'art. 42 d.lgs. n. 28/2011 e i controlli del GSE nell'ambito dell'erogazione degli incentivi per la produzione di energia da fonte rinnovabile, energia termica e risparmio energetico. – **3.** La controversa qualificazione dei poteri esercitati dal GSE nell'ambito dell'erogazione degli incentivi: le tesi contrapposte. – **4.** Segue: una possibile diversa ipotesi ricostruttiva. – **5.** Il riferimento all'art. 21-*nonies* l. n. 241/1990 introdotto dal d.l. Semplificazioni: il rilievo dell'illegittimità del provvedimento originario. – **6.** L'interesse pubblico e il termine per l'annullamento d'ufficio del provvedimento di erogazione degli incentivi: profili critici. – **6.1.** Le ragioni di interesse pubblico e il bilanciamento con gli interessi dei privati. – **6.2.** Il termine per l'annullamento d'ufficio. – **7.** Considerazioni conclusive.

## 1. Premessa e finalità dell'indagine.

Il d.l. n. 76/2020, recante «Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale», convertito, con modificazioni, dalla l. n. 120/2020 (c.d. d.l. Semplificazioni), nell'ambito di un complessivo intervento volto alla semplificazione<sup>1</sup> e allo sviluppo della *green economy*, ha apportato significative modifiche all'art. 42 d.lgs. n. 28/2011.

In particolare, è stato previsto che il Gestore dei Servizi Energetici S.p.A. ("GSE") può disporre la decadenza degli incentivi ovvero l'annullamento del provvedimento di riconoscimento dei titoli di efficienza energetica «in presenza dei presupposti di cui all'articolo 21-*nonies* della legge 7 agosto 1990, n. 241». Sebbene la novella sia stata accolta con favore, in quanto tesa a garantire una maggiore certezza e stabilità nell'erogazione degli incentivi<sup>2</sup>, i sottesi obiettivi rischiano di essere più apparenti che reali. Infatti, essa, lungi dal rideterminare in modo sistematico e organico i poteri amministrativi attribuiti al GSE, si limita ad un intervento circoscritto e posticcio che rischia di generare più confusione applicativa che certezza regolatoria, minando le finalità cui l'intervento normativo in tesi tende. Nel contesto appena descritto, il

---

<sup>1</sup> Per una critica sulla tecnica di semplificazione adottata dal d.l. Semplificazioni si v. le condivisibili osservazioni di L.A. MAZZAROLLI, *Considerazioni generali sul «semplificare» ... ma all'italiana*, in *AmbienteDiritto*, 2020, 4, ove ampi richiami di dottrina in tema di semplificazione nel diritto amministrativo (nota 15). Per una analisi critica delle principali modifiche introdotte dal d.l. Semplificazioni, cfr. F. FRACCHIA, P. PANTALONE, *La fatica di semplificare: procedimenti a geometria variabile, amministrazione difensiva, contratti pubblici ed esigenze di collaborazione del privato "responsabilizzato"*, in *Federalismi.it*, 2020.

<sup>2</sup> Si v. L. PERGOLIZZI, *Il d.l. n. 76/2020 nel processo di attuazione del piano nazionale integrato per l'energia e il clima*, in *AmbienteDiritto.it*, 2020, 4, spec. 12.

presente studio, partendo da un inquadramento dogmatico del potere amministrativo esercitato dal GSE, intende indagare se il riferimento all'art. 21-*nonies* introdotto dal d.l. n. 76/2020 rappresenti una effettiva e concreta misura di limitazione del suo esercizio e, in definitiva, di maggiore stabilità delle erogazioni di incentivi pubblici nella materia.

## **2. L'art. 42 d.lgs. n. 28/2011 e i controlli del GSE nell'ambito dell'erogazione degli incentivi per la produzione di energia da fonte rinnovabile, energia termica e risparmio energetico.**

In recepimento della Direttiva Europea 2009/28/CE, il d.lgs. n. 28/2011 ha posto una disciplina organica in materia di promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili, prevedendone - al Titolo V - specifici meccanismi di incentivazione e sostegno e demandando a fonti di rango secondario (decreti ministeriali) la puntuale regolamentazione dei termini e dei requisiti per l'ammissione agli incentivi<sup>3</sup>.

L'art. 42 d.lgs. n. 28/2011, rubricato «Controlli e sanzioni in materia di incentivi», attribuisce al GSE un generale potere di controllo volto a verificare la sussistenza in capo ai beneficiari dei requisiti per accedere e mantenere l'erogazione degli incentivi<sup>4</sup>. Questa disposizione, tra il 2017 e il 2020, è stata oggetto di ben quattro consistenti interventi legislativi<sup>5</sup>, oltre a una pronuncia di incostituzionalità<sup>6</sup>, così passando dagli originari 7 commi (di complessive 546 parole) agli attuali 15 commi (di complessive 1541 parole). Queste modifiche, volte a circoscrivere e graduare i poteri del GSE e a

---

<sup>3</sup> Per una ricostruzione dei principali profili normativi e regolatori in materia di energie rinnovabili, cfr. S. PIANTA, *Le fonti energetiche rinnovabili: profili giuridici*, in (a cura di E. PICOZZA, S.M. SAMBRI) *Il diritto dell'energia*, Vicenza, 2015, 521 ss.

<sup>4</sup> Sulle funzioni esercitate dal GSE nella materia dell'incentivazione dell'energia da fonti rinnovabili, si v. l'art. 4 dello statuto societario.

<sup>5</sup> In particolare, l'articolo 57-*quater* del d.l. n. 50/2017, conv. dalla l. n. 96/2017, ha inserito i commi 4-*bis*, 4-*ter*, 4-*quater*, 4-*quinquies* e 4-*sexies*; l'art. 1, comma 89, della l. n. 124/2017 ha inserito i commi 3-*bis*, 3-*ter* e 3-*quater*; l'art. 1, comma 960, lett. a, l. 205/2017, l'art. 13-*bis*, comma 1, lettera a), del d.l. n. 101/2019, conv. dalla l. n. 128/2019, e, da ultimo, l'art. 56, comma 7, lettere a) e a-*bis*, del d.l. n. 76/2020, conv. con modificazioni dalla l. n. 120/2020 hanno modificato il comma 3.

<sup>6</sup> Corte cost., 13 novembre 2020, n. 237, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del comma 4-*sexies* nella parte in cui non prevede la riammissione agli incentivi in favore anche di altri impianti di produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili di cui al medesimo decreto del Ministro dello sviluppo economico 6 luglio 2012, collocati utilmente nella graduatoria relativa ad altro registro informatico, a condizione che l'errata indicazione della data del titolo autorizzativo o concessorio, quale unica causa del diniego di accesso agli incentivi, non abbia effettivamente portato all'impianto alcun vantaggio in relazione alla loro posizione in graduatoria.

garantire maggiore stabilità e tutela alla posizione del privato<sup>7</sup>, hanno, in definitiva, determinato un quadro regolatorio molto complesso e non sempre lineare, foriero di consistenti dubbi interpretativi e applicativi, come confermato dal consistente contenzioso che nella materia si è generato<sup>8</sup>.

L'art. 42, al comma 1, attribuisce al GSE il potere di verificare «i dati forniti dai soggetti responsabili che presentano istanza», precisando che tale verifica «è effettuata attraverso il controllo della documentazione trasmessa, nonché con controlli a campione sugli impianti», i quali «sono svolti anche senza preavviso ed hanno ad oggetto la documentazione relativa all'impianto, la sua configurazione impiantistica e le modalità di connessione alla rete elettrica». A tale attività di controllo del GSE si affiancano le attività di controllo che spettano alle altre amministrazioni pubbliche (comma 2), le quali, affinché il GSE possa assumere i provvedimenti di competenza, sono tenute a comunicare a quest'ultimo tempestivamente gli esiti delle proprie verifiche laddove possano incidere sul mantenimento dell'incentivo (comma 4). I commi 3 e seguenti dell'art. 42, cit., quindi, individuano una serie eterogenea di provvedimenti che possono essere adottati dal GSE all'esito delle ridette attività, includendo altresì ipotesi specifiche in ragione della tipologia di incentivi e di impianti.

L'attuale testo dell'art. 42, cit. prevede che il GSE dispone la decadenza integrale dall'incentivo (o rigetto dell'istanza), con il recupero delle somme già erogate, laddove (*i*) le violazioni riscontrate siano «rilevanti ai fini dell'erogazione degli

---

<sup>7</sup> Si v. la Relazione illustrativa al d.l. n. 76/2020 che, chiaramente, afferma come «l'intervento proposto è volto a stabilire condizioni di certezza e stabilità per gli investimenti a lungo termine che le imprese effettuano nel settore delle energie rinnovabili», e ciò anche alla luce della direttiva 2009/28/CE che, nell'evidenziare il ruolo dei regimi nazionali di sostegno alla produzione di energia rinnovabile, ne sottolinea anche i necessari caratteri di stabilità e certezza giuridica. In particolare, viene affermato che «la disposizione di cui alla lettera a) consente al Gestore dei Servizi Energetici S.p.A. di esercitare i propri poteri di controllo con una adeguata ponderazione sul valore della certezza degli investimenti». Infatti, la circostanza che il GSE possa esercitare i propri poteri entro i limiti dell'autotutela amministrativa, di cui all'art. 21-*nonies* della l. n. 241/1990, eviterebbe «l'adozione di provvedimenti sanzionatori, che possono intervenire anche a notevole distanza di anni dall'ammissione ai benefici incentivanti, attraverso una adeguata ponderazione degli effetti e degli investimenti effettuati». Giova altresì precisare come la Relazione illustrativa precisi che la novella sarebbe volta alla «introduzione nell'ordinamento positivo di un principio già sancito in ambito giurisprudenziale» (richiamando, sul punto, Cons. Stato n. 5324/2019) e avrebbe, dunque, la finalità di dare certezza alla materia dei controlli, rafforzare la fiducia degli investitori ed in ultimo determinare un effetto deflattivo del carico giudiziario. Sul punto, Corte cost., 13 novembre 2020, n. 237 ha rilevato come l'evoluzione normativa che ha interessato la materia dimostra la volontà del Legislatore di attenuare l'eccessivo rigore di alcune misure demandate al GSE, introducendo un sistema maggiormente rispondente ai canoni di adeguatezza e proporzionalità.

<sup>8</sup> Da una consultazione del sito istituzionale della giustizia amministrativa si ricava che i provvedimenti giudiziari adottati in materia solo nel 2020 sono 1126 (966 adottati dal TAR Lazio, Roma e 160 dal Consiglio di Stato).

incentivi» e (ii) sussistano i presupposti di cui all'articolo 21-*nonies* della legge 7 agosto 1990, n. 241 (cfr. comma 3, primo cpv.). In attuazione del comma 6<sup>9</sup>, il d.m. 31 gennaio 2014, dopo avere specificato che i controlli «sono effettuati e disposti dal GSE e sono volti alla verifica della sussistenza o della permanenza dei requisiti soggettivi e oggettivi e dei presupposti per il riconoscimento o il mantenimento degli incentivi» (art. 1), individua le *violazioni rilevanti*<sup>10</sup>, precisando altresì che il GSE, in ogni caso, laddove «rilevi violazioni, elusioni o inadempimenti cui consegua l'indebito accesso agli incentivi, dispone comunque il rigetto dell'istanza ovvero la decadenza dagli incentivi nonché l'integrale recupero delle somme eventualmente già erogate» (art. 11). La portata della misura generale della decadenza è, tuttavia, limitata dalla sussistenza di ipotesi speciali e derogatorie che trovano applicazione con riferimento a specifiche condizioni relative al tempo in cui la violazione viene accertata, alla tipologia di fonte o di impianto, nonché alla gravità della violazione.

<sup>9</sup> In dettaglio, il comma 6 prevede che il Ministero predisponga apposito decreto in ragione delle informazioni fornite dal GSE, le quali, ai sensi del comma 5, devono prevedere: a) le modalità con le quali i gestori di rete forniscono supporto operativo al GSE per la verifica degli impianti di produzione di energia elettrica e per la certificazione delle misure elettriche necessarie al rilascio degli incentivi; b) le procedure per lo svolgimento dei controlli sugli impianti di competenza del GSE; c) le violazioni rilevanti ai fini dell'erogazione degli incentivi in relazione a ciascuna fonte, tipologia di impianto e potenza nominale; c-bis) le violazioni che danno luogo a decurtazione dell'incentivo ai sensi dell'ultimo periodo del comma 3 (disposizione coeva alla introduzione del secondo cpv. del comma 3); d) le modalità con cui sono messe a disposizione delle autorità pubbliche competenti all'erogazione di incentivi le informazioni relative ai soggetti esclusi ai sensi dell'articolo 23, comma 3; e) le modalità con cui il GSE trasmette all'Autorità per l'energia elettrica e il gas gli esiti delle istruttorie ai fini dell'applicazione delle sanzioni di cui al comma 3.

<sup>10</sup> In particolare, vengono indicate le seguenti violazioni rilevanti: a) presentazione al GSE di dati non veritieri o di documenti falsi, mendaci o contraffatti, in relazione alla richiesta di incentivi, ovvero mancata presentazione di documenti indispensabili ai fini della verifica della ammissibilità agli incentivi; b) violazione del termine per la presentazione dell'istanza di incentivazione e, nel caso in cui sia determinante ai fini dell'accesso degli incentivi, la violazione del termine per l'entrata in esercizio; c) inosservanza delle prescrizioni contenute nel provvedimento del GSE relativo all'esito dell'attività di controllo; d) indisponibilità della documentazione da tenere presso l'impianto ai sensi dell'art. 9, comma 3, nel caso in cui se ne sia già accertata l'assenza nell'ambito di una precedente attività di controllo; e) comportamento ostantivo od omissivo tenuto dal titolare dell'impianto nei confronti del preposto al controllo o del gestore di rete, consistente anche nel diniego di accesso all'impianto stesso ovvero alla documentazione; f) manomissione degli strumenti di misura dell'energia incentivata; g) alterazione della configurazione impiantistica, non comunicata al GSE, finalizzata ad ottenere un incremento dell'energia incentivata; h) interventi di rifacimento e potenziamento realizzati in difformità dalle norme di riferimento ovvero da quanto dichiarato in fase di qualifica o di richiesta dell'incentivo; i) inefficacia del titolo autorizzativo per la costruzione ed esercizio dell'impianto; j) insussistenza dei requisiti per la qualificazione dell'impianto, per l'accesso agli incentivi ovvero autorizzativi; k) utilizzo di combustibili fossili di due punti percentuali oltre la soglia consentita, non previamente comunicato al GSE; l) utilizzo di combustibili rinnovabili in difformità dal titolo autorizzativo o dalla documentazione presentata in sede di qualifica ovvero di istanza di incentivazione; m) mancata trasmissione al GSE della certificazione di fine lavori dell'impianto nei termini previsti dalla normativa di incentivazione, nel caso in cui sia determinante ai fini dell'accesso o della determinazione agli incentivi; n) utilizzo di componenti contraffatti ovvero rubati.

Ognuna di queste ipotesi riceve, nell'ambito dello stesso art. 42, cit., una puntuale disciplina quanto ai presupposti applicativi e alle conseguenze sanzionatorie. In particolare:

(a) con riferimento a qualsiasi fonte e impianto, laddove la violazione sia *lieve* (sul punto, si tornerà *infra*) e sia accertata nella fase in cui l'incentivo sia in corso di erogazione, il GSE dispone la decurtazione dello stesso in misura ricompresa fra il 10 e il 50 per cento in ragione dell'entità della violazione - misura ridotta della metà laddove essa sia spontaneamente denunciata dal soggetto responsabile al di fuori di un procedimento di verifica e controllo - (comma 3, secondo cpv.);

(b) con riferimento ai progetti di risparmio energetico incentivati con il meccanismo dei titoli di efficienza energetica, laddove il GSE riscontri la non rispondenza del progetto proposto e approvato alla normativa vigente alla data di presentazione del progetto e tali difformità non derivino da documenti non veritieri ovvero da dichiarazioni false o mendaci, è disposto il rigetto dell'istanza di rendicontazione o l'annullamento del provvedimento di riconoscimento dei titoli, con efficacia *ex nunc* e ferma restando la sussistenza dei presupposti di cui all'art. 21-*nonies* l. n. 241/1990. Infatti, da un lato, gli effetti del rigetto dell'istanza di rendicontazione decorrono dall'inizio del periodo di rendicontazione oggetto della richiesta di verifica e certificazione dei risparmi; dall'altro, gli effetti dell'annullamento del provvedimento decorrono dalla data dell'annullamento; in entrambe le ipotesi, sono fatte salve le rendicontazioni già approvate relative ai progetti standard, analitici o a consuntivo (commi 3-*bis* e 3-*ter*);

(c) con riferimento agli impianti fotovoltaici, nel caso in cui la violazione riscontrata consista nella installazione di moduli non certificati o con certificazioni non rispondenti alla normativa di riferimento, (c.1) per gli impianti di potenza compresa tra 1 e 3 kW, si applica la decurtazione del 10 per cento della tariffa incentivante sin dalla data di decorrenza della convenzione (comma 3-*quater*); (c.2) per gli impianti di potenza superiore a 3 kW, si applica la decurtazione del 10 per cento (5 per cento in caso di autodenuncia) dalla data di decorrenza della convenzione, laddove il soggetto beneficiario della tariffa incentivante abbia intrapreso le azioni consentite dalla legge nei confronti dei soggetti responsabili della non conformità dei moduli (commi 4-*bis* e 4-*ter*).

Come anticipato, l'attuale struttura dell'articolo in analisi è il frutto di una serie di interventi legislativi sviluppatasi nell'arco degli ultimi anni e accomunati dal duplice obiettivo di rendere le misure adottabili dal GSE maggiormente rispondenti ai requisiti di adeguatezza e proporzionalità (come, peraltro, richiesto da Corte cost., n.

57/2017<sup>11</sup>) e di rafforzare la fiducia degli investitori nel settore delle energie rinnovabili<sup>12</sup>, esigenza certamente indispensabile anche per il raggiungimento degli obiettivi indicati nel PNIEC di recente approvazione<sup>13</sup>.

### **3. La controversa qualificazione dei poteri esercitati dal GSE nell'ambito dell'erogazione degli incentivi: le tesi contrapposte.**

Anche al fine di apprezzare la consistenza della novella introdotta dal d.l. Semplificazioni, si ritiene necessario richiamare l'ampio dibattito che ha riguardato la qualificazione giuridica del potere attribuito al GSE dall'art. 42 e, dunque, la disciplina ad esso applicabile. Sul punto, si sono tradizionalmente delineati tre orientamenti.

Secondo una prima impostazione<sup>14</sup>, il potere esercitato dal GSE avrebbe natura eminentemente sanzionatoria, atteso che lo stesso mira a garantire una reazione

---

<sup>11</sup>Che, seppur con riferimento all'art. 43 d.lgs. n. 28/2011, ha avuto modo di rilevare che il profilo «di automatismo e di non graduabilità in rapporto al pur variabile contenuto lesivo delle violazioni cui la misura stessa consegue - contraddice manifestamente i principi di proporzionalità ed adeguatezza ai quali il legislatore delegante voleva, viceversa, conformata la risposta alle infrazioni alle disposizioni dei decreti attuativi commesse dagli operatori del settore».

<sup>12</sup>Invero, sul punto, non può tacersi come alcuni interventi legislativi siano andati in segno opposto determinando una profonda incertezza, laddove non sfiducia, tra gli operatori del mercato. Il riferimento è, innanzitutto, al d.l. 91/2014 (c.d. "Spalmaincentivi") che ha previsto una riduzione/rimodulazione degli incentivi a favore degli impianti fotovoltaici. La sua applicazione alle convenzioni già stipulate e agli incentivi in corso di erogazione ha determinato un consistente contenzioso avanti al Giudice amministrativo che ha sollevato, dapprima, questioni di legittimità costituzionali (dichiarate infondate con sentenza Corte cost. n. 16/2017) e, successivamente, questioni di compatibilità con l'ordinamento europeo (allo stato non ancora decise). Inoltre, tra gli interventi con un alto impatto di instabilità per il settore si ritiene debba essere segnalato l'art. 36 del d.l. 124/2019. Questa disposizione, dando per pacifica la incompatibilità tra il beneficio c.d. Tremonti ambiente e gli incentivi per gli impianti fotovoltaici erogati ai sensi del III, IV e V Conto energia, ha introdotto un meccanismo di restituzione del beneficio fiscale, con rinuncia contestuale dei contenziosi pendenti, il quale avrebbe dunque garantito la stabilità degli incentivi. Tuttavia, la norma dava per presupposta la ridetta incompatibilità la quale, tuttavia, era stata sconfessata dal TAR Lazio, Roma, (sentenza n. 6784/2019), sebbene appellata. È chiaro, dunque, come a fronte della presupposta incertezza circa la cumulabilità degli incentivi erogati dal III conto energia in poi con il beneficio fiscale della Tremonti ambiente, la norma in parola, lungi dal fornire stabilità e fiducia al sistema, è stata foriera di ulteriori incertezze applicative a danno degli operatori. Per una ricostruzione sul legittimo affidamento nel settore dell'incentivazione dell'energia da fonte rinnovabile, cfr. F. SCALIA, *Incentivi alle fonti rinnovabili e tutela dell'affidamento*, in *Dir. econ.*, 2019, 229.

<sup>13</sup>Sulle misure e gli obiettivi del PNIEC, cfr. L. PERGOLIZZI, *Il d.l. n. 76/2020 nel processo di attuazione del piano nazionale integrato per l'energia e il clima*, cit.

<sup>14</sup>F. SCALIA, *Controlli e sanzioni in materia di incentivi alle fonti energetiche rinnovabili*, in *Federalismi.it*, 19, 2018, spec. 24 ss., il quale ritiene che questa tesi troverebbe conferma nelle modifiche apportate al comma 3 dell'art. 42 dalla l. n. 205/2017 che, nell'introdurre la decurtazione tra un minimo e un massimo in ragione dell'entità della violazione, si porrebbe in linea con i criteri posti, in via generale, dalla l. n. 689/1981. In

dell'ordinamento nei confronti di un comportamento del beneficiario che si assume illecito, in quanto posto in violazione di un precetto normativo<sup>15</sup>. Riconducendo la decadenza nell'alveo delle misure sanzionatorie, anche per come definite in ambito sovranazionale<sup>16</sup>, questo orientamento giunge, dunque, a ritenere applicabili i principi posti in materia dalla Costituzione, dalla CEDU e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (Carta di Nizza), tra cui: la garanzia del giusto processo<sup>17</sup>, la tassatività, intesa quale puntuale individuazione del precetto da seguire<sup>18</sup>, la presunzione di non colpevolezza, l'adeguata motivazione e istruttoria, la proporzionalità, la rilevanza dell'elemento soggettivo, l'irretroattività, nonché la perentorietà del termine di conclusione del procedimento<sup>19</sup>.

Secondo diverso indirizzo<sup>20</sup>, i provvedimenti adottati dal GSE sarebbero da qualificarsi come espressione di autotutela amministrativa decisoria - in specie di

giurisprudenza, sebbene con riferimento a una ipotesi di decadenza da contributo pubblico, la decadenza è qualificata come misura sanzionatoria da Cons. Stato, Sez. VI, 17 gennaio 2014, n. 232.

<sup>15</sup> Per una ricostruzione dell'evoluzione della sanzione amministrativa e degli elementi caratterizzanti la stessa anche nei confronti della sanzione penale, si v. M. DELSIGNORE, *Le regole di convivenza della sanzione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2, 2017, 235. Sul potere sanzionatorio, si v. C.E. PALIERO, A. TRAVI, *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, Milano, 1989.

<sup>16</sup> Per la qualificazione della nozione, a partire dalla sentenza Engel ed altri v. Paesi Bassi, 8 giugno 1976, si fa riferimento alla sussistenza di tre criteri, da considerarsi alternativi e non cumulativi: i) la qualificazione giuridico-formale dell'infrazione nel diritto interno; ii) la natura dell'infrazione; iii) la natura o il grado di severità della sanzione. Pertanto, la qualificazione che l'infrazione riceve nell'ordinamento nazionale non ha che un valore formale e relativo e può cedere ove si accerti la natura intrinsecamente penale della stessa, avendo riguardo alla funzione deterrente e repressiva della sanzione e al tipo di sanzione prevista. In argomento, la dottrina è vasta: tra gli altri, si v. M. ALLENA, *Le sanzioni amministrative tra garanzie costituzionali e convenzionali - europee*, in *Giorn. Dir. amm.*, n. 3/2018, 374 ss.; Id., *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2012, pp. 47 ss.; F. GOISIS, *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, 2015; Id., *Verso una nuova nozione di sanzione amministrativa in senso stretto: il contributo della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2, 2014, 337 ss.

<sup>17</sup> Cfr. art. 6, par. 1, CEDU, applicabile non solo con riferimento alla fase processuale, ma anche alla fase procedimentale, come sostenuto da M. ALLENA, *Art. 6, cit.*, 14 e, in giurisprudenza, da Cons Stato, Sez. VI, 26 marzo 2015, n. 1595.

<sup>18</sup> Cfr. art. 1 del primo protocollo addizionale della CEDU.

<sup>19</sup> Si v. TAR Lombardia, Milano, Sez. II, 31 ottobre 2018, n. 2456, che prendendo le mosse dalla nozione di "pena" elaborata dalla CEDU, afferma che il principio che impone la giusta durata di un procedimento amministrativo non può essere surrogato dalla presenza di una successiva fase giurisdizionale soggetta alle regole dell'articolo 6 della CEDU, assumendo «un valore *ex se*, non surrogabile in altro modo al pari di quanto accade in relazione ad altri profili di garanzia del procedimento sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti (Cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, 26 marzo 2015, n. 1596)», ritenendo, in definitiva, che «il procedimento sanzionatorio abbia una natura, almeno in parte, para-giurisdizionale, che richiede un rafforzamento delle garanzie principali del c.d. giusto processo, ivi compresa l'esigenza di una ragionevole durata del procedimento».

<sup>20</sup> Cfr., seppur con specifico riferimento alla decadenza dei titoli di efficienza energetica, A. TRAVI, *I poteri di revisione del G.S.E.*, in (a cura di AA.VV.) *Efficienza energetica ed efficienza del sistema dell'energia: un*

annullamento d'ufficio - dovendo, dunque, trovare applicazione la disciplina posta, a livello generale, dall'art. 21-*nonies* l. n. 241/1990<sup>21</sup>. Ne deriva, innanzitutto, che il provvedimento di annullamento d'ufficio presuppone una congrua motivazione sull'interesse pubblico, attuale e concreto, con una adeguata ponderazione comparativa, che tenga anche conto dell'interesse dei destinatari dell'atto al mantenimento delle posizioni che su di esso si sono consolidate e del conseguente affidamento derivante dal comportamento seguito dall'Amministrazione<sup>22</sup>. Non assume, quindi, dirimente rilievo l'accertata originaria illegittimità dell'atto, essendo altresì necessaria la sussistenza di un interesse pubblico attuale al ripristino della legalità che risulti prevalente sugli interessi dei privati che militano in senso opposto, senza peraltro che l'amministrazione possa affidare la motivazione dell'atto di ritiro a clausole di stile riguardo alla prevalenza dell'interesse pubblico<sup>23</sup>. Inoltre, l'annullamento d'ufficio può essere disposto esclusivamente entro un termine ragionevole, comunque non superiore a diciotto mesi dall'adozione dell'atto annullando<sup>24</sup>.

Secondo altro orientamento - consolidatosi nella giurisprudenza amministrativa maggioritaria<sup>25</sup> e, da ultimo, confermato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato<sup>26</sup> e ribadito dalla Corte costituzionale<sup>27</sup> -, il GSE eserciterebbe un immanente

---

*nuovo modello?*, Milano, 2017, 126. In giurisprudenza, si v. Cons. Stato, Sez. VI, 29 luglio 2019, n. 5324; Cons. Stato, Sez. VI, 14 novembre 2014, n. 5609; sussumibile nell'alveo dell'orientamento in parola anche TAR Lazio, Roma, Sez. III-ter, 22 aprile 2016, n. 4663 che, sebbene abbia rigettato la censura relativa alla violazione dell'art. 21-*nonies* l. n. 241/1990, dalla parte motiva sembra presupporre l'applicabilità della disposizione anche ai poteri del GSE, salvo difettare, nel caso di specie, ragioni ostative all'annullamento d'ufficio.

<sup>21</sup> La dottrina sull'annullamento d'ufficio è vastissima: tra i contributi più recenti, si v. S. D'ANCONA, *L'annullamento d'ufficio tra vincoli e discrezionalità*, Napoli, 2015; C. DEODATO, *L'annullamento d'ufficio*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, 1173 ss.; M. ALLENA, *L'annullamento d'ufficio. Dall'autotutela alla tutela*, Napoli, 2018.

<sup>22</sup> Così Cons. Stato, sez. IV, 14 maggio 2014, n. 2468; C.G.A., s. g. 15 settembre 2014, n. 540.

<sup>23</sup> Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 19 marzo 2013, n. 1605; Cons. Stato, Sez. III, 30 luglio 2013, n. 4026.

<sup>24</sup> Sul rapporto tra decorso del tempo e affidamento, si v. A. ARDITO, *Autotutela, affidamento e concorrenza nella giurisprudenza comunitaria*, in *Dir. amm.*, 2008, 653, la quale osserva come «la situazione di affidamento prescinde dal trascorrere del tempo e che anzi sorga nell'immediatezza dell'emanazione del provvedimento. Al contrario il consolidamento presuppone necessariamente il trascorrere del tempo e determina il cristallizzarsi degli effetti del provvedimento, qualora medio tempore si siano concretamente poste in essere attività che riempiano di contenuti il decorso del tempo»; G. BARONE, *Autotutela amministrativa e decorso del tempo*, in *Dir. amm.*, 2002, 705, secondo cui le situazioni create dal provvedimento possono dirsi consolidate non tanto e non solo ad opera del mero trascorrere del tempo, quanto, piuttosto, in conseguenza di ciò che concretamente è stato fatto nel corso del tempo trascorso.

<sup>25</sup> *Ex multis*, tra le più recenti, si v. TAR Lazio, Roma, Sez. III-ter, 29 dicembre 2020, n. 14087; 14 dicembre 2020, n. 13443; Id. 26 novembre 2020, n. 12631; Id. 4 novembre 2020, n. 11406; Id. 13 ottobre 2020, n. 10410; Id. 23 settembre 2020, n. 9743; Id. 7 luglio 2020, n. 7777; Id. 23 marzo 2020, n. 3569; Id. 2 ottobre 2019, n. 11502; Id. 1 febbraio 2019, n. 1289; Cons. Stato, Sez. IV, 12 dicembre 2019, n. 8442;

<sup>26</sup> Cons. Stato, Ad. Plen., 11 settembre 2020, n. 18.

potere di accertamento e controllo che, essendo volto essenzialmente a verificare quanto dichiarato dal beneficiario dell'incentivo, sarebbe privo di spazi di discrezionalità, avendo, anzi, natura doverosa ed esito vincolato. Esso è causalmente collegato a una carenza commessa dal beneficiario nell'ambito del sistema di accesso ai meccanismi incentivanti caratterizzato dal principio di autoresponsabilità, nel senso che costituisce onere dell'interessato fornire tutti gli elementi idonei a dar prova della sussistenza delle condizioni per l'ammissione ai benefici, ricadendo sullo stesso le conseguenze di eventuali carenze che incidano sul perfezionamento della fattispecie agevolativa<sup>28</sup>. Del resto, il meccanismo degli incentivi è preordinato al soddisfacimento di un interesse istituzionale che trascende il mero interesse dei destinatari, coinvolgendo in principalità l'interesse dell'organismo che elargisce il beneficio il quale, a sua volta, altro non è che il portatore degli interessi, dei fini e degli obiettivi del superiore livello politico istituzionale<sup>29</sup>. Facendo applicazione delle richiamate coordinate interpretative, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato<sup>30</sup> ha, dunque, confermato che il potere in esame è qualificabile come «decadenza, intesa quale vicenda pubblicistica estintiva», distinguendosi tanto dall'annullamento d'ufficio, quanto dal potere sanzionatorio. Dal primo si discosta «a) per l'espressa e specifica previsione, da parte della legge, non sussistendo, in materia di decadenza, una norma generale quale quella prevista dall'art. 21 *nonies* della legge 241/90 che ne disciplini presupposti, condizioni ed effetti; b) per la tipologia del vizio, *more solito* individuato nella falsità o non veridicità degli stati e delle condizioni dichiarate dall'istante, o nella violazione di prescrizioni amministrative ritenute essenziali per il perdurante godimento dei benefici, ovvero, ancora, nel venir meno dei requisiti di idoneità per la costituzione e la continuazione del rapporto; c) per il carattere vincolato del potere, una volta accertato il ricorrere dei presupposti»; dal secondo si differenzia in ragione «a) della non rilevanza, ai fini della integrazione dei presupposti, dell'elemento soggettivo del dolo o della colpa; b) del limite dell'effetto ablatorio prodotto, al massimo coincidente con l'utilità innanzi concessa attraverso il pregresso provvedimento ampliativo sul quale la decadenza viene ad incidere».

---

<sup>27</sup> Corte cost. 13 novembre 2020, n. 237.

<sup>28</sup> Cfr., *ex multis*, TAR Lazio, Roma, Sez. III-ter, 22 giugno 2017, n. 7295; id. 19 settembre 2017, n. 9807; id. 6 maggio 2016, n. 5340; id. 21 novembre 2016, n. 11621.

<sup>29</sup> Così Cons. Stato, Sez. IV, 21 gennaio 2017, n. 50, che aggiunge come «logico corollario è che le disposizioni attributive di finanziamento devono essere interpretate in modo rigoroso e quanto più conformemente con gli obiettivi avuti di mira dal normatore, anche allo scopo di evitare che si configurino aiuti di stato illegittimi».

<sup>30</sup> Cons. Stato, Ad. Plen., n. 18/2020, cit.

#### 4. **Segue: una possibile diversa ipotesi ricostruttiva.**

Nessuno degli orientamenti sopra richiamati appare pienamente esaustivo e convincente, in quanto, fondandosi su approcci qualificatori monolitici, risulta obliterata la pluralità delle potestà (poteri e facoltà) concretamente esercitabili dal GSE in relazione agli esiti delle attività di accertamento e alle difformità riscontrate.

Come anticipato, l'art. 42, comma 1, d.lgs. n. 28/2011, dopo avere stabilito che l'erogazione degli incentivi nei settori elettrico, termico e dell'efficienza energetica è di competenza del GSE ed è subordinata alla verifica dei dati forniti dai soggetti responsabili, prevede che tale verifica «è effettuata attraverso il controllo della documentazione trasmessa, nonché con controlli a campione sugli impianti [che] hanno ad oggetto la documentazione relativa all'impianto, la sua configurazione impiantistica e le modalità di connessione alla rete elettrica». Il d.m. 31 gennaio 2014, quindi, prevede che l'attività di controllo è volta «alla verifica della sussistenza o della permanenza dei requisiti soggettivi e oggettivi e dei presupposti per il riconoscimento o il mantenimento degli incentivi» (art. 1, comma 2). La descritta attività di controllo spettante al GSE riveste una funzione propedeutica e strumentale rispetto alle possibili determinazioni che ne conseguiranno, le quali, dunque, avranno natura e qualificazione giuridica propria, indipendente dalla circostanza che tali determinazioni sono assunte all'esito di una specifica attività di controllo e verifica<sup>31</sup>. In altre parole, in funzione della difformità/violazione riscontrata nell'ambito dell'attività di controllo il GSE adotterà i conseguenti provvedimenti amministrativi. La qualificazione giuridica del provvedimento adottando non può essere intesa, pertanto, in modo aprioristico e monolitico, ma dipende da quanto è emerso dall'attività di controllo e, in particolare, dalla situazione di fatto nei confronti della quale il GSE fornisce una risposta. In questa prospettiva, non è possibile qualificare in modo uniforme (unicamente come espressione di autotutela, di sanzione o decadenza) qualsiasi provvedimento che il GSE adotta all'esito dell'attività di controllo, ma la qualificazione giuridica (e, di conseguenza, il regime applicabile) di ciascun provvedimento è strettamente dipendente dalla tipologia di difformità riscontrata e, quindi, dalla "reazione" alla stessa.

Seguendo tale approccio, i provvedimenti astrattamente adottabili dal GSE possono essere qualificati come espressione di *annullamento d'ufficio*, *decadenza*

---

<sup>31</sup> In termini, si v. F. SCALIA, *Controlli e sanzioni in materia di incentivi alle fonti energetiche rinnovabili*, cit., sebbene le conclusioni cui giunge l'A. in relazione alla natura sanzionatoria del potere esercitato dal GSE non sono pienamente condivisibili.

*amministrativa, autotutela obbligatoria e autotutela privatistica*, in ragione dei presupposti, di fatto e di diritto, su cui essi trovano fondamento. In particolare, essi saranno qualificati come espressione di:

(a) annullamento d'ufficio, allorquando si cotesti l'originaria insussistenza dei requisiti soggettivi od oggettivi, la cui erronea considerazione ha determinato l'illegittimità del provvedimento di ammissione al beneficio;

(b) decadenza amministrativa<sup>32</sup>, ove la difformità consista nella violazione di prescrizioni amministrative ritenute essenziali per il godimento dei benefici;

(c) autotutela obbligatoria, laddove, ai sensi dell'art. 75 d.p.r. n. 445/2000, il GSE riscontri una dichiarazione non veritiera, disponendo, dunque, la decadenza dal beneficio sulla cui base era stato concesso; e

(d) autotutela privatistica<sup>33</sup>, ove nel corso del rapporto convenzionale dovessero sopraggiungere fatti soggettivi (ad esempio, divieti e decadenze di cui al d.lgs. n. 159/2011, sopravvenuto venir meno dei requisiti soggettivi per l'ammissione al beneficio) od oggettivi (ad esempio, variazioni che comportino modifiche sostanziali dell'impianto, sopravvenuto venir meno dei requisiti strutturali e funzionali dell'impianto sulla cui base lo stesso è stato ammesso al beneficio).

<sup>32</sup> M.A. SANDULLI, *Decadenza, Diritto amministrativo* (voce), in *Enc. giur.*, Roma, 1989, secondo cui con il termine decadenza si fa riferimento a tre fenomeni giuridici distinti tra loro: a) la c.d. decadenza in senso stretto, che rappresenta la conseguenza per il mancato esercizio entro il termine stabilito delle facoltà inerenti a un rapporto derivante da un provvedimento amministrativo (ad esempio, decadenza della concessione edilizia per mancato inizio o ultimazione dei lavori entro il termine stabilito; b) la decadenza per inadempimento del privato a obblighi, modi o ordini inerenti conseguenti a un rapporto negoziale o amministrativo, a carattere continuativo, con la pubblica amministrazione (ad esempio, la decadenza dalle concessioni); c) la decadenza per sopravvenuto venir meno dei presupposti (essenzialmente soggettivi) necessari perché il provvedimento potesse essere originariamente adottato. Si v. anche P. VIRGA, *Il provvedimento amministrativo*, Milano, 1972, 478, ss. ritiene che «in relazione alle varie cause che possono determinare la pronuncia dell'autorità, possiamo distinguere due specie di decadenza: a) decadenza sanzionatoria: trova il suo presupposto in un inadempimento del destinatario, ovvero nel mancato esercizio delle facoltà inerenti all'atto stesso. Essa comporta una valutazione discrezionale del comportamento del destinatario e deve essere preceduta da una preventiva contestazione di addebiti; b) decadenza accertativa: trova il suo presupposto nel sopravvenuto venir meno di uno dei requisiti di idoneità, richiesti sia per la costituzione che per la prosecuzione del rapporto. Non sempre richiede una previa contestazione, perché il venir meno dei requisiti può anche derivare da un fatto incolpevole ed implica un accertamento di carattere obiettivo».

<sup>33</sup> La dottrina sull'autotutela privatistica è vastissima. Tra i contributi più rilevanti per ampiezza di trattazione si v. C. M. BIANCA, *Autotutela (diritto privato)* (voce), in *Enc. dir.*, Aggiornamento, IV, Milano, 2000; A. RAPPAZZO, *L'autotutela della parte nel contratto*, Padova, 1999; L. MEZZANOTTE, *Il diritto di ritenzione. Dall'autotutela alla pena privata*, Napoli, 1995; L. BIGLIAZZI GERI, *Autotutela: II) diritto civile*, in *Enc. Giur.*, IV, Roma, 1988; A. DAGNINO, *Contributo allo studio dell'autotutela privata*, Milano, 1983; L. BIGLIAZZI GERI, *Profili sistematici dell'autotutela privata*, vol. II, Milano, 1974; E. BETTI, *Autotutela* (voce), in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959.

Mentre sulle ipotesi di annullamento d'ufficio, di decadenza amministrativa e autotutela obbligatoria si tornerà *infra* (parr. 5 e 6.2), è qui necessario meglio circoscrivere lo spettro della autotutela privatistica, che, come visto, rappresenta uno degli strumenti di "reazione" del GSE nei confronti di difformità/violazioni da parte del soggetto beneficiario dell'incentivo. Sul punto, è necessario rilevare che - come stabilito dall'art. 24, comma 2, d.lgs. n. 28/2011 - «gli incentivi sono assegnati tramite contratti di diritto privato fra il GSE e il soggetto responsabile dell'impianto sulla base di un contratto-tipo definito dall'Autorità per l'energia elettrica e il gas». Il contratto-tipo<sup>34</sup>, all'art. 13, prevede una serie di ipotesi in presenza delle quali il contratto viene risolto. Oltre ai casi in cui la risoluzione non è altro che la conseguenza dei provvedimenti adottati dal GSE in presenza di violazioni rilevanti<sup>35</sup>, la disposizione contrattuale prevede specifiche ipotesi di risoluzione (obbligatoria e facoltativa) determinate dalla sopravvenienza di fatti, stati o condizioni che incidono sulla stabilità del rapporto contrattuale: ad esempio, «qualora l'Operatore incorra nei divieti e nelle decadenze previsti dalla vigente disciplina antimafia», «qualora, a seguito di un proprio procedimento, il GSE accerti il venir meno di una delle condizioni previste per il riconoscimento degli incentivi di cui alla normativa di riferimento e/o una delle condizioni previste per l'ammissione ai regimi di ritiro dell'energia», «nel caso d'inadempienza degli obblighi previsti dal presente Contratto», «qualora si verificano variazioni rispetto a quanto dichiarato in fase di richiesta di ammissione al meccanismo di incentivazione e/o di ritiro dell'energia elettrica», «qualora, a seguito di un proprio procedimento, il GSE accerti variazioni in ordine ai requisiti oggettivi o soggettivi, nonché concessori/autorizzativi, sulla base dei quali l'impianto è stato ammesso al meccanismo incentivante e/o di ritiro dell'energia»<sup>36</sup>. La sussistenza di una delle predette ipotesi, dunque, rileva quale elemento direttamente incidente sul rapporto negoziale in corso e l'atto con cui il GSE dispone la risoluzione non è espressione di potere amministrativo, ma di potestà privatistica<sup>37</sup>, con le connesse conseguenze<sup>38</sup> quanto agli elementi essenziali dell'atto e

<sup>34</sup> Approvato con la delibera ARERA 5 maggio 2020, 155/2020/R/efr.

<sup>35</sup> Tra queste, il caso in cui le Amministrazioni e le Autorità competenti adottino provvedimenti che incidano sulla disponibilità e/o sulla funzionalità e/o sulla produttività dell'impianto/sito e/o sull'idoneità degli interventi realizzati, nonché sull'efficacia e sulla validità dei titoli rilasciati; qualora l'attività di verifica documentale o mediante sopralluogo, ai sensi della normativa di riferimento, si sia conclusa con esito negativo.

<sup>36</sup> L'art. 13, sul punto, prevede che «in alternativa alla risoluzione, per variazioni di lieve entità e al di fuori dei casi rilevanti ai sensi della disciplina di settore, il GSE si riserva di modificare il valore dei corrispettivi riconosciuti nonché, ove le condizioni per il riconoscimento degli stessi siano ripristinate, di non corrispondere gli incentivi per un periodo pari a quello in cui è perdurata la variazione di lieve entità».

<sup>37</sup> In argomento, è utile richiamare l'orientamento giurisprudenziale, ormai consolidato, formatosi con riferimento alla erogazione di sovvenzioni pubbliche, secondo cui «nel caso della revoca di contributi e

del procedimento di formazione, non trovando applicazione le specifiche disposizioni di cui alla l. n. 241/1990 sulla partecipazione procedimentale e sulla motivazione del provvedimento<sup>39</sup>, nonché ai suoi effetti, che saranno *ex nunc*<sup>40</sup>.

La proposta ricostruzione, dunque, individua quale elemento rilevante ai fini della qualificazione del potere, di volta in volta, esercitato dal GSE non già l'attività di verifica e di controllo, che è un mero strumento, ma la difformità che a seguito della stessa emerge e nei confronti della quale il GSE interviene, con i meccanismi pubblicistici o privatistici, a seconda delle circostanze concrete. Tale ipotesi ricostruttiva, lungi dall'aver una mera finalità dogmatica, assume un concreto rilievo pratico laddove venga utilizzata quale chiave di lettura dell'art. 42 d.lgs. n. 28/2011.

---

sovvenzioni pubbliche non viene in rilievo il generale potere di autotutela pubblicistica, fondato sul riesame della legittimità o dell'opportunità dell'iniziale provvedimento di attribuzione del contributo e sulla valutazione dell'interesse pubblico, ma lo speciale potere di autotutela privatistica dell'Amministrazione, con il quale, nell'ambito di un rapporto ormai paritetico, l'Amministrazione fa valere le conseguenze derivanti dall'inadempimento del privato alle obbligazioni assunte per ottenere la sovvenzione» (TAR Veneto, Sez. III, 27 novembre 2017, n. 1087) e «la revoca di una pubblica sovvenzione, ove disposta per l'inadempimento del beneficiario agli obblighi imposti dalla legge o dal provvedimento ed intervenga nella fase esecutiva del rapporto concessorio, va inquadrata nell'ambito dei poteri di autotutela privatistica dell'Amministrazione e trova ragione non in una rinnovata ponderazione tra l'interesse pubblico e quello privato, ma nell'asserito inadempimento degli obblighi imposti al beneficiario e nella verifica dei presupposti di esigibilità del credito» (TAR Campobasso, Sez. I, 23 maggio 2017, n. 189).

<sup>38</sup> Invero, l'argomento è stato principalmente affrontato al fine di individuare la situazione giuridica soggettiva del privato nei cui confronti l'atto viene adottato e, dunque, radicare la giurisdizione (cfr. Cons. Stato, Ad. Plen, n. 13/2013 e 6/2014). Il tema, però, nel caso che ci occupa è irrilevante atteso che l'art. 133 lettera o) c.p.a. devolve alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ogni controversia «concernente la produzione di energia», nel cui alveo rientra è «anche le controversie relative agli incentivi (e più in generale i regimi di sostegno) alla produzione da fonti rinnovabili, stante le notorie finalità dell'intervento pubblico nel settore e il nesso di strumentalità sussistente tra questo e gli inerenti obblighi di matrice europea e internazionale» (Tar Lazio, Roma, Sez. III-ter, 2 novembre 2015, n. 12339).

<sup>39</sup> Non essendo espressione di potere amministrativo non sono applicabili le disposizioni specifiche in punto di garanzie partecipative e di motivazione di cui alla l. n. 241/1990.

<sup>40</sup> L'art. 1458 c.c. prevede che «la risoluzione del contratto per inadempimento ha effetto retroattivo tra le parti, salvo il caso di contratti ad esecuzione continuata o periodica, riguardo ai quali l'effetto della risoluzione non si estende alle prestazioni già eseguite». In argomento, la giurisprudenza amministrativa ha rilevato che l'atto di ripudio unilaterale del rapporto disposto dalla p.a. è espressione di autotutela privatistica, ed è sostanzialmente riconducibile alla fattispecie civilistica della clausola risolutiva espressa (art. 1456 c.c.), di quest'ultima condividendone la struttura (clausola attributiva di un potere negoziale di risoluzione del rapporto), i presupposti (il grave inadempimento della controparte), il concreto modo di operare (atto unilaterale di parte), nonché la natura soltanto eventuale della parentesi giudiziaria, che è onere del preteso inadempiente attivare (cfr. Cons. Stato, n. 7136/19).

## **5. Il riferimento all'art. 21-*nonies* l. n. 241/1990 introdotto dal d.l. Semplificazioni: il rilievo dell'illegittimità del provvedimento originario.**

Come anticipato, il d.l. Semplificazioni ha introdotto all'art. 42, comma 3, primo cpv., il riferimento all'art. 21-*nonies* l. n. 241/1990, subordinando l'adozione del provvedimento di decadenza alla sussistenza dei presupposti ivi previsti. Al fine di meglio comprendere la portata della novella e le sue conseguenze sul piano dogmatico e applicativo, si ritiene utile ripercorrere, seppur brevemente, le modifiche che hanno interessato il comma 3 dell'art. 42, cit. e la sottesa rimodulazione dello spettro di interventi riconosciuto al GSE. La versione originaria della norma prevedeva unicamente che nel caso di violazioni rilevanti ai fini dell'erogazione degli incentivi, il GSE disponesse il rigetto dell'istanza ovvero la decadenza dagli incentivi, nonché il recupero delle somme già erogate. In applicazione di tale disposizione, quindi, il ridetto d.m. 31 gennaio 2014 ha individuato un elenco di violazioni rilevanti, precisando altresì che, anche al di fuori delle ipotesi indicate, il GSE, laddove rilevi violazioni, elusioni o inadempimenti cui consegua l'indebito accesso agli incentivi, dispone comunque il rigetto dell'istanza ovvero la decadenza dagli incentivi nonché l'integrale recupero delle somme eventualmente già erogate. In sostanza, qualsiasi violazione rilevante – di qualsiasi gravità e intensità – avrebbe comportato la decadenza dell'incentivo con effetti *ex tunc*, determinando, dunque, il contestuale recupero delle somme già erogate.

Successivamente, alla richiamata disposizione è stato aggiunto un ulteriore capoverso - a opera dell'art.1, comma 960, lettera a), l. n. 205/2017 – a tenore del quale, «in deroga al periodo precedente», al fine di salvaguardare la produzione di energia da fonti rinnovabili degli impianti che al momento dell'accertamento della violazione percepiscono incentivi, il GSE dispone la decurtazione dell'incentivo in misura ricompresa fra il 20 e l'80 per cento (percentuali ridotte dall'art. 13-*bis*, comma 1, lettera a), d.l. n. 101/2019, rispettivamente, al 10 e 50) in ragione dell'entità della violazione. Tali violazioni avrebbero dovuto essere individuate da un apposito decreto ministeriale, allo stato, non adottato.

Le modifiche apportate nel 2017/2019, dunque, hanno introdotto un sistema "modulare" di contestazioni nei confronti delle violazioni rilevanti, distinguendole, di fatto, in *gravi*, per le quali il GSE avrebbe disposto la decadenza integrale e *lievi*, per le quali il GSE avrebbe disposto la decurtazione (dal 10% al 50%) in ragione

dell'entità della violazione medesima<sup>41</sup>. Nonostante il chiaro intento del Legislatore di attenuare l'eccessivo rigore delle originarie misure demandate al GSE, introducendo meccanismi maggiormente rispondenti ai principi di proporzionalità e adeguatezza, la concreta portata applicativa di tali disposizioni è stata compromessa dalla mancata adozione del decreto ministeriale che, in sostituzione dell'attuale d.m. 31 gennaio 2014, avrebbe dovuto distinguere le violazioni lievi da quelle gravi e, quindi, le ipotesi comportanti la decurtazione da quelle determinanti l'integrale decadenza. Infatti, sebbene la giurisprudenza amministrativa abbia inizialmente ritenuto la previsione applicabile anche in mancanza dell'adozione del decreto ministeriale, dovendo la valutazione della gravità essere affidata caso per caso al GSE<sup>42</sup>, di recente si è assistito a una dequotazione della concreta rilevanza della disposizione in parola, ammettendo che il GSE disponga la decadenza dell'incentivo, salvo poi riservarsi di revocare il provvedimento laddove la violazione contestata venisse inclusa tra le violazioni lievi dall'adottando decreto ministeriale<sup>43</sup>.

---

<sup>41</sup> Come osservato da Corte cost. n. 237/2020, cit. «nel sistema attuale non tutte le violazioni, sebbene rilevanti, determinano l'impossibilità di accedere agli incentivi ovvero la decadenza dagli stessi, ma soltanto quelle connotate da maggiore gravità».

<sup>42</sup> Si v. TAR Lazio, Roma, Sez. III-ter, ord. 17 luglio 2020, n. 4843; id., ord. 7 febbraio 2020, n. 745; id., 30 luglio 2019, n. 10129, secondo cui « non può, in proposito, ritenersi – come sostenuto dal Gestore – che la disposizione ricordata non abbia natura immediatamente applicabile, in mancanza del decreto ministeriale previsto dall'art. 42, comma 5, lett. c-bis (secondo cui il GSE fornisce al Ministero dello Sviluppo Economico “gli elementi per la definizione di una disciplina organica dei controlli che, in conformità ai principi di efficienza, efficacia e proporzionalità, stabilisca [...] le violazioni che danno luogo a decurtazione dell'incentivo ai sensi dell'ultimo periodo del comma 3”). La formulazione dell'art. 42, comma 3, è invero chiara nell'imporre al Gestore le suddette valutazioni “in deroga”, pur a prescindere dalle indicazioni ministeriali; la norma, infatti, non condiziona affatto l'applicazione della deroga all'adozione del decreto ministeriale il quale, dal canto suo, è previsto solo dalla successiva (e diversa) norma contenuta nella lettera c-bis) del comma 5. Del resto, a ragionar diversamente, si finirebbe per avallare la possibilità (come, plasticamente, avverrebbe nella fattispecie oggi *sub iudice*) per cui la volontà espressa dal legislatore di ammettere una deroga al potere amministrativo di decadenza possa rimanere “congelata”, a tempo indefinito, dall'inerzia del Ministero, con una sorta di comportamento “abrogante” posto in essere dal potere esecutivo avente l'effetto di porre nel nulla la norma primaria di favore, in palese stravolgimento del sistema costituzionale delle fonti».

<sup>43</sup> Si v. TAR Lazio, Roma, Sez. III-ter, 29 dicembre 2020, n. 14087; id. ord. 17 luglio 2020, n. 4828; id. ord. 18 giugno 2020, n. 4371; id. ord. 25 maggio 2020, n. 4020; Cons. Stato, Sez. IV, ord. 8 maggio 2020, n. 2488, secondo cui «il Gestore, nell'evidenziare che le violazioni accertate, allo stato, devono ritenersi tali da comportare la decadenza del diritto agli incentivi, si è correttamente riservato, una volta che sarà adottato il decreto di cui all'art. 42, comma 5, lett. c-bis), del d.lgs. n. 28 del 2011, la possibilità di revocare l'atto con contestuale adozione di un provvedimento di decurtazione dell'incentivo». Sebbene l'approfondimento di tali profili esulino dall'economia del presente lavoro, non si può tacere come tali misure finiscano per addossare sull'operatore le incertezze derivanti dalla colpevole mancata adozione del decreto ministeriale, fatto certamente non imputabile al privato. Al fine di mitigare le conseguenze deteriori che un tale assetto determina in capo ai privati, si ritiene che tale potere di revoca debba perdere gli ordinari caratteri dell'autotutela amministrativa (e segnatamente la discrezionalità nell'*an*) ed essere qualificato quale potere ad avvio obbligatorio a fronte di una istanza proposta dal privato. Sulla individuazione delle ipotesi di revoca ad avvio obbligatorio, si rinvia a G. LA

In questo contesto di richiamata progressiva attenuazione della rigidità normativa, il d.l. Semplificazioni ha subordinato la possibilità di disporre la decadenza integrale dell'incentivo (nonché l'annullamento dei titoli di efficienza energetica) alla sussistenza dei presupposti di cui all'art. 21-*nonies* l. n. 241/1990. Superando definitivamente l'orientamento giurisprudenziale maggioritario sopra richiamato (si v. par. 2), il Legislatore ha, dunque, ricondotto il potere attribuito al GSE dal primo capoverso del comma 3 all'alveo dell'autotutela amministrativa (in specie di annullamento d'ufficio) non assumendo alcun ostativo rilievo la circostanza che la norma continui a fare riferimento alla *decadenza*, dovendosi valorizzare unicamente i profili sostanziali e, quindi, l'espreso richiamo ai presupposti dell'annullamento d'ufficio<sup>44</sup>. In sintesi, ai sensi del comma 3, primo cpv., il GSE può disporre la decadenza dell'incentivo (*rectius* annullare d'ufficio il provvedimento di attribuzione del beneficio) nel rispetto dei presupposti posti dall'art. 21-*nonies*, cit., ossia (i) l'accertata illegittimità del provvedimento originario, (ii) la sussistenza di ragioni di interesse pubblico, adeguatamente motivate e bilanciate con i contrapposti interessi privati e (iii) il rispetto di un termine ragionevole, comunque non superiore a diciotto mesi dall'adozione del provvedimento annullando. Mentre i presupposti di cui ai ptt. (ii) e (iii) rappresentano una (possibile) limitazione del potere a *valle*, il riferimento all'illegittimità dell'originario provvedimento costituisce una significativa rimodulazione a *monte* dell'ampiezza dei poteri attribuiti al GSE, meglio circoscrivendo (e limitando) le ipotesi in cui il GSE può disporre l'integrale

---

ROSA, *La revoca del provvedimento amministrativo. L'instabilità delle decisioni amministrative tra esigenze di funzionalizzazione e tutela degli interessi privati*, Giuffrè, Milano, 2013, spec. 315 ss.

<sup>44</sup> Sui criteri di qualificazione di un provvedimento amministrativo, si v. Cons. Stato, ad. plen., 23 gennaio 2003, n. 3, secondo cui «un atto amministrativo non va qualificato in base alla definizione datane dall'autorità amministrativa che lo ha emanato, ma in relazione al suo effettivo contenuto», in *Foro it.*, 2006, 7, con nota di richiami di G. SIGISMONDI. In termini, cfr. Cons. Stato, sez. V, 15 ottobre 2003, n. 6316; TAR Sicilia, Catania, sez. III, 12 novembre 2007, n. 2876, che ha chiarito come «la qualificazione come revoca di un provvedimento di autotutela motivato in relazione non già alla inopportunità, ma alla illegittimità, configura una imprecisione emendabile e non invalidante»; TAR Sardegna, Cagliari, sez. I, 10 agosto 2010, n. 2098; Cons. Stato, sez. V, 21 aprile 2010, n. 2244. In dottrina, sull'attività di interpretazione del provvedimento amministrativo, si v. P. M. VIPIANA, V. CINGANO, *L'atto amministrativo*, Padova, 2012, 106, secondo cui «gli atti amministrativi vanno interpretati non solo in base al tenore letterale, ma anche risalendo alla effettiva volontà dell'amministrazione ed al potere concretamente esercitato, cosicché occorre prescindere dal *nomen iuris* adottato ai fini dell'inquadramento degli stessi all'interno delle tradizionali categorie dell'annullamento, che opera per vizi di legittimità, con effetto *ex tunc*, e della revoca, in presenza di vizi di merito, che opera *ex nunc*»; M.S. GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*, Milano, 1939, 197 ss.; G. MELE, *Interpretazione dei contratti e interpretazione degli atti amministrativi*, in *Giur. Cass. civ.*, 1955, IV, 207 ss.; E. CANNADA BARTOLI, *Interpretazione giudiziaria degli atti amministrativi*, in *Foro amm.*, 1956, II, 1, 175 ss. Sugli elementi distintivi, anche ai fini della qualificazione, tra revoca e annullamento si v. G. PIPERATA, *Il ritiro del provvedimento amministrativo tra annullamento e revoca (Nota a Cons. Stato sez. VI 14 gennaio 2009, n. 136)*, in *Gior. dir. amm.*, 2009, 1191.

decadenza degli incentivi e distinguendole da quelle in cui il potere del GSE consiste nella decurtazione (che si sostanzia in una forma di decadenza parziale). La norma, infatti, nell'attuale formulazione, ha l'effetto di circoscrivere le violazioni rilevanti che possono comportare l'integrale decadenza dell'incentivo unicamente a quelle collegate a una erronea originaria valutazione dei presupposti (soggettivi e oggettivi) per l'accesso all'incentivo, determinando tali violazioni l'originaria illegittimità del provvedimento attributivo. Le ulteriori violazioni rilevanti - ad esempio, quelle indicate nell'elenco di cui al d.m. 31 gennaio 2014 alle lett. c)<sup>45</sup>, d)<sup>46</sup>, e)<sup>47</sup>, f)<sup>48</sup>, g)<sup>49</sup>, k)<sup>50</sup> - attenendo a fatti successivi all'adozione del provvedimento originario non possono comportare la decadenza dell'incentivo, ma rileveranno unicamente quali violazioni *lievi*, con la conseguente applicabilità del secondo capoverso del comma 3 e, dunque, del diverso potere di decadenza parziale (decurtazione).

Le richiamate considerazioni inducono, dunque, a ripensare il rapporto tra il primo e il secondo capoverso del comma 3. Inizialmente inteso quale rapporto derogatorio (del secondo capoverso rispetto al primo) fondato sulla identità del potere esercitato e dell'astratta sovrapposibilità delle violazioni rilevanti, esso ora non può che configurarsi come sistema unitario e articolato, individuando, al primo capoverso, i presupposti per l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio e, al secondo capoverso, i diversi presupposti per l'esercizio del potere di decadenza amministrativa *parziale*. In altre parole, la distinzione tra decadenza integrale e decadenza parziale (decurtazione) non trova più fondamento nel binomio gravità-lievità della violazione rilevante, ma nell'esercizio di poteri diversi e, rispettivamente, dell'annullamento d'ufficio e della decadenza amministrativa.

Da tale ricostruzione conseguono due ulteriori profili di consistente rilievo applicativo. In primo luogo, viene a determinarsi una consistente limitazione della discrezionalità nell'individuazione delle violazioni rilevanti da parte del decreto ministeriale adottando ai sensi dei commi 5 e 6 dell'art. 42, cit. E, infatti, le violazioni rilevanti che possono determinare l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio

---

<sup>45</sup> «inosservanza delle prescrizioni contenute nel provvedimento del GSE relativo all'esito dell'attività di controllo».

<sup>46</sup> «indisponibilità della documentazione da tenere presso l'impianto ai sensi dell'art. 9, comma 3, nel caso in cui se ne sia già accertata l'assenza nell'ambito di una precedente attività di controllo».

<sup>47</sup> «comportamento ostantivo od omissivo tenuto dal titolare dell'impianto nei confronti del preposto al controllo o del gestore di rete, consistente anche nel diniego di accesso all'impianto stesso ovvero alla documentazione».

<sup>48</sup> «manomissione degli strumenti di misura dell'energia incentivata».

<sup>49</sup> «alterazione della configurazione impiantistica, non comunicata al GSE, finalizzata ad ottenere un incremento dell'energia incentivata».

<sup>50</sup> «utilizzo di combustibili fossili di due punti percentuali oltre la soglia consentita, non previamente comunicato al GSE».

(con la conseguente *integrale* decadenza dall'incentivo e contestuale *recupero* delle somme già erogate), prima individuabili con un più ampio spettro, comprendendo anche violazioni attinenti alla fase di gestione dell'impianto o comunque a comportamenti tenuti dal beneficiario successivamente all'accesso agli incentivi, a seguito della novella in commento sono unicamente circoscrivibili a quelle relative all'originaria carenza dei requisiti di accesso al beneficio. Solo tali profili, infatti, determinano l'originaria illegittimità del provvedimento amministrativo di concessione e, quindi, giustificano l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio previsto dal primo capoverso del comma 3.

In secondo luogo, la ontologica differenza tra il potere di annullamento d'ufficio e quello di decadenza amministrativa non consente di applicare al secondo, neanche parzialmente, i presupposti e la disciplina posta al primo capoverso, determinandosi diversamente operando una non consentita contaminazione delle norme attributive di distinti poteri amministrativi. Tale considerazione comporta l'impermeabilità delle due disposizioni (originariamente astrattamente consentita dalla circostanza che esse prevedevano un omologo potere), con la conseguenza che la decadenza amministrativa *parziale*, da un lato, non sarà soggetta al rispetto di nessuno dei presupposti previsti dall'art. 21-*nonies* cit. e, dall'altro, non determina l'integrale recupero delle somme erogate in eccesso, dal momento che tale previsione è unicamente contenuta al primo capoverso, né il secondo capoverso ne dispone espressamente l'efficacia *ex tunc*<sup>51</sup>.

## **6. L'interesse pubblico e il termine per l'annullamento d'ufficio del provvedimento di erogazione degli incentivi: profili critici.**

Come anticipato, il riferimento all'art. 21-*nonies* l. n. 241/1990 operato dal comma 3, primo capoverso, dell'art. 42 d.l.gs. n. 28/2011 determina che il GSE dovrà tenere conto dei presupposti ivi previsti allorché disponga l'annullamento d'ufficio dei provvedimenti con cui sono stati concessi incentivi per la produzione di energia da fonti rinnovabili e dei provvedimenti di riconoscimento dei titoli di efficienza energetica. I provvedimenti caducatori, dunque dovranno, da un lato, contenere un'adeguata motivazione circa la rilevanza delle ragioni di interesse pubblico concreto e attuale, in bilanciamento con i contrapposti interessi privati, e, dall'altro,

---

<sup>51</sup> Sull'efficacia *ex nunc* del provvedimento di decadenza, cfr. M.A. SANDULLI, *La semplificazione della produzione documentale mediante le dichiarazioni sostitutive di atti e documenti e l'acquisizione d'ufficio*, in (a cura di M.A. SANDULLI) *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2020, spec. 190.

essere adottati entro un termine ragionevole, comunque, non superiore a diciotto mesi dall'adozione del provvedimento annullando. Queste generali coordinate devono però essere ora analizzate con riferimento alla specifica materia degli incentivi per la produzione di energia da fonti rinnovabili, anche al fine di valutare la concreta portata innovativa della novella in termini di riduzione dei confini di esercizio del potere caducatorio e, in definitiva, l'effettivo perseguimento dell'obiettivo di garantire una maggiore stabilità ai sottesi rapporti.

### **6.1. Le ragioni di interesse pubblico e il bilanciamento con gli interessi dei privati.**

Sulla consistenza delle ragioni di interesse pubblico su cui il provvedimento di secondo grado deve trovare fondamento è pacifico l'orientamento secondo cui queste non possono coincidere con il mero ripristino della legalità, dovendo assumere una propria e autonoma consistenza<sup>52</sup>. In altre parole, quandanche un provvedimento

---

<sup>52</sup> Le pronunce giurisprudenziali di questo tenore sono molteplici: in questa sede ci si limita a segnalare, tra le più chiare, TAR Puglia, Lecce, Sez. I, 5 dicembre 2019, n. 1926; TAR Lazio, Roma, sez. II, 27 novembre 2009, n. 11946; TAR Puglia, Lecce, sez. II, 20 settembre 2004, n. 6512, secondo cui «l'esercizio del potere di autotutela richiede la valutazione dell'esistenza di un interesse pubblico concreto all'annullamento, non identificabile nel mero ripristino della legalità violata, e la sua comparazione con gli interessi privati sacrificati»; Cons. Stato, sez. VI, 20 settembre 2002, n. 4756, che ha affermato che «è illegittimo un provvedimento di annullamento d'ufficio nel quale non sono state indicate le ragioni attuali e specifiche di interesse pubblico che, unitamente all'esigenza di ripristino della legalità violata, devono sorreggere l'esercizio del potere di autotutela»; TAR Lazio, Roma, sez. II, 3 gennaio 1989, n. 13; Cons. Stato, sez. IV, 4 agosto 1988, n. 684; Cons. Stato, sez. IV, 8 luglio 1987, n. 40; TAR Lazio, Roma, sez. II, 30 settembre 1986, n. 1956; Cons. Stato, sez. VI, 25 giugno 1986, n. 470; Cons. Stato, sez. IV, 11 luglio 1985, n. 278, secondo cui «È illegittimo l'annullamento in sede di autotutela di un provvedimento, per il quale sia già scaduto il termine di impugnativa, che sia giustificato solo dall'esigenza astratta del ripristino di una situazione di legalità e non anche da un interesse pubblico attuale e concreto»; TAR Molise, 29 novembre 1984, n. 273. Di segno opposto, seppur relativamente a specifiche fattispecie, si segnalano: Cons. giust. amm. sic., sez. giurisdiz., 2 marzo 1990, n. 45, secondo cui «per l'annullamento d'ufficio di un provvedimento amministrativo non occorre un interesse pubblico diverso da quello del ripristino della legalità, allorché non si sia ancora consolidata alcuna situazione giuridica negli interessati»; Cons. Stato, sez. VI, 9 ottobre 1989, n. 1312, secondo cui « si può prescindere dalla motivazione sull'interesse pubblico all'annullamento d'ufficio di un atto amministrativo (diverso dal ripristino della legalità) soltanto se il provvedimento di autotutela non incide o non abbia inciso negativamente su posizioni consolidate per decorso del tempo; altrimenti è necessaria ed indispensabile la valutazione e l'esistenza dell'interesse pubblico concreto ed attuale, da compararsi con quello da sacrificarsi del destinatario interessato, che negli effetti dell'originario provvedimento aveva fatto affidamento, sussistendo l'obbligo della relativa motivazione anche laddove l'annullamento d'ufficio, pur sempre discrezionale, riguardi atti vincolati »; Cons. Stato, sez. VI, 2 marzo 1987, n. 83; TAR Campania, Napoli, sez. I, 23 ottobre 1985, n. 537, secondo cui « una motivazione sullo specifico interesse pubblico da tutelare è richiesta quando, a causa del decorso del tempo, vi siano interessi consolidati che vengano lesi dal provvedimento di autotutela: pertanto, quando questo segue immediatamente il provvedimento illegittimo, il ripristino della legalità violata è sufficiente a giustificare l'esercizio dei poteri di autotutela »; Cons. Stato, sez. VI, 16 luglio 1983, n. 591, secondo cui « in materia di annullamento d'ufficio, il

amministrativo fosse illegittimo, l'Amministrazione potrebbe disporre l'annullamento se tale decisione, tenuto conto dei contrapposti interessi privati, fosse conforme al perseguimento di specifiche e motivate ragioni di interesse pubblico.

Su tale principale tracciato ermeneutico, tuttavia, la giurisprudenza ha isolato alcune ipotesi in cui l'interesse pubblico all'annullamento dovrebbe considerarsi *in re ipsa*, senza la necessità di compiere ulteriori indagini e valutazioni sulla sussistenza di specifici profili di interesse pubblico e senza che l'eventuale interesse privato possa avere alcuna rilevanza, con ciò inducendo la dottrina a qualificarlo come annullamento doveroso nel *quid*<sup>53</sup>. Venendo a quanto più direttamente riguarda la presente indagine, tra le ipotesi di interesse pubblico *in re ipsa* sono tradizionalmente ricondotte le situazioni caratterizzate da esborsi di danaro pubblico rispetto alle quali la giurisprudenza ha chiarito che «l'esercizio dell'autotutela nel caso di provvedimenti che comportino un esborso illegittimo di danaro pubblico non necessita né di particolare motivazione né di particolare ponderazione rispetto alla sussistenza e prevalenza dell'interesse pubblico, che è *in re ipsa* e sul quale il trascorrere del tempo non ha efficacia riduttiva»<sup>54</sup>. Prendendo abbrivio da tale impostazione, proprio con riferimento all'annullamento dei provvedimenti di erogazione degli incentivi pubblici per la realizzazione di impianti alimentati da energia rinnovabile, è stato precisato che «anche nelle ipotesi in cui può correttamente parlarsi di autotutela esercitata ai sensi dell'art. 21 *nonies*, l. n. 241 del 1990, l'esigenza di evitare un indebito esborso di danaro pubblico costituisce ragione di pubblico interesse sufficiente per l'adozione del provvedimento di annullamento, né può configurarsi un affidamento meritevole di giuridica tutela»<sup>55</sup>. Da queste

---

principio secondo cui per l'esercizio di quel potere, al di là della estrinseca violazione di legge perpetrata dall'originario provvedimento, è indispensabile la valutazione attuale che l'amministrazione faccia del miglior modo di realizzare i fini ad essa assegnati dall'ordinamento, soffre deroga solo quando l'attuale vigenza del provvedimento illegittimo consenta il prodursi di nuovi effetti *contra ius*, non essendo logicamente concepibile che attraverso l'uso di potestà discrezionali l'amministrazione possa autorizzare il protrarsi di situazioni o rapporti, non soltanto viziati nel loro momento genetico, ma di per sé contrastanti con l'ordinamento vigente»; Cons. Stato, sez. IV, 21 settembre 1984, n. 707, che ha stabilito che «il provvedimento di annullamento d'ufficio di un precedente atto non necessita che sia motivato in relazione all'interesse pubblico specifico ed attuale quando il nuovo intervento dell'amministrazione soddisfa legittimamente l'interesse del privato senza sacrificarne altri».

<sup>53</sup> Sul tema si v. a M. ALLENA, *op. cit.*, spec. 122 ss., ove ampi richiami di dottrina e giurisprudenza fino al 2018.

<sup>54</sup> Cons. Stato, Sez. II, 2 marzo 2020, n. 1468. In questo senso, *ex multis*, recentemente, Cons. Stato, Sez. V, 29 gennaio 2020, n. 717; TAR Lazio, Roma, Sez. III, 5 settembre 2019, n. 10763; TAR L'Aquila, Sez. I, 9 febbraio 2018, n. 53, secondo cui «l'esigenza di evitare detto esborso non solo non richiede un'espressa motivazione in ordine alla sussistenza di un interesse pubblico specifico, ma non richiede nemmeno la valutazione delle posizioni della ricorrente».

<sup>55</sup> TAR Lazio, Roma, Sez. III, 3 febbraio 2017, n. 1812.

considerazioni, dunque, risulta chiaro come la rilevanza astratta del presupposto in parola rischi di affievolirsi nella concreta applicazione alla materia degli incentivi pubblici, essendo questa ontologicamente caratterizzata dall'erogazione di consistenti somme di denaro, il cui recupero assumerebbe pertanto sempre preminente rilievo satisfattivo di ogni ulteriore ragione a supporto del provvedimento caducatorio. Né tali conseguenze potrebbero essere superate accedendo all'orientamento giurisprudenziale che, cercando di circoscrivere la portata del principio in parola, ne ha limitato l'applicazione unicamente alle ipotesi in cui l'erogazione del beneficio sia ancora in corso, sul presupposto che «in tal caso l'interesse pubblico può dirsi (non solo concreto, in quanto effettivamente sussistente, in relazione alla vicenda incisa e, come tale, distinto dal mero e solo concorrente interesse al ripristino della violata legalità, ma anche, come è necessario) attuale, nella segnata e specifica accezione di perdurante (che ne evoca una delle possibili accezioni sul piano della rilevanza temporale)»<sup>56</sup>. E ciò perché gli incentivi per la produzione di energia da fonti rinnovabili sono erogati nell'ambito di uno spettro temporale particolarmente lungo, che arriva fino al ventennio, e che i controlli del GSE si concentrano proprio nel corso dell'erogazione degli incentivi<sup>57</sup>.

I cennati rischi di sostanziale svuotamento del presupposto normativo potrebbero essere superati mediante una rimediazione del confine delle ragioni di interesse pubblico su cui il provvedimento di annullamento deve trovare fondamento. Tale analisi non può che prendere abbrivio da una corretta individuazione della norma attributiva del potere di annullamento d'ufficio, essendo opinione diffusa che questa deve individuare, anche implicitamente, l'interesse pubblico per il cui raggiungimento il potere amministrativo è attribuito<sup>58</sup>. Invero, la questione troverebbe un'immediata soluzione se si accedesse alla tesi secondo cui il potere di riesame sarebbe esercitato nel perseguimento di interessi che non sono individuabili *ex ante* ma che spetta all'amministrazione circoscrivere di volta in volta, ponendoli a

<sup>56</sup> Cons. Stato, Sez. V, 2 agosto 2019, n. 5496.

<sup>57</sup> Sul punto, cfr. TAR Lazio, Roma, Sez. III, 4 marzo 2019, n. 2877, secondo cui «l'art. 42 del d.lgs. n. 28/2011 conferisce un potere immanente di verifica della spettanza dei benefici previsti per la produzione di energia elettrica; poteri la cui sussistenza è pienamente giustificata dalla mera pendenza del rapporto di incentivazione e che può essere esercitato per tutta la durata dello stesso, non essendo previsto alcun termine decadenziale al riguardo».

<sup>58</sup> Cfr. F. BASSI, *Brevi note sulla nozione di interesse pubblico*, in *Studi in onore di F. Benvenuti*, Modena, 1996, I, 243 ss., spec. 245, in cui l'A. rileva che la individuazione dell'interesse pubblico non può che essere effettuata dal legislatore e non anche dall'amministrazione, atteso che, diversamente opinando, «si lascerebbe arbitra la pubblica amministrazione di scegliere a proprio insindacabile bene placido l'ambito dei propri poteri di ingerenza».

fondamento del provvedimento di riesame<sup>59</sup>. Tuttavia, siffatta teorica, se ha l'innegabile pregio di risolvere la questione relativa all'esatta individuazione delle ragioni sottese al potere di riesame, si porrebbe in contrasto con i principi di legalità e tipicità, nonché di tutela della posizione dei privati. Così opinando, infatti, si finirebbe per configurare l'annullamento d'ufficio non già come potere, ma alla stregua di un privilegio di cui sarebbe investita la pubblica amministrazione che non troverebbe fondamento, giustificazione né limite nella cura di un particolare e individuato interesse pubblico<sup>60</sup>. Lo stretto collegamento funzionale tra il provvedimento di primo grado e quello di secondo grado<sup>61</sup> induce a ritenere che la norma attributiva del potere di disporre l'annullamento d'ufficio è rappresentata dal combinato disposto dell'art. 21-*nonies* cit. con la norma attributiva del potere di primo grado, messe in necessario collegamento attraverso i principi di efficacia, buon andamento e funzionalizzazione. Ne consegue, a ben vedere, che vi è una convergenza funzionale tra l'interesse sotteso al provvedimento di secondo grado e quello di cui il provvedimento annullando era espressione, al punto che «l'interesse dell'amministrazione [all'annullamento] deve coincidere con l'interesse per il cui soddisfacimento era o doveva essere preordinato l'atto colpito dall'annullamento»<sup>62</sup>.

Orbene, declinando tali considerazioni alla materia che qui è in esame, non può trascurarsi come l'interesse pubblico sotteso all'erogazione degli incentivi sia rappresentato dallo sviluppo degli impianti alimentati da fonti rinnovabili<sup>63</sup>, significativamente qualificati come *opere di pubblica utilità*<sup>64</sup>. La tariffa incentivante, del resto, non si atteggia a incentivo pubblico a fondo perduto, dal momento che il beneficiario della stessa, proprio attraverso la realizzazione e l'esercizio dell'impianto di produzione energetica da fonte rinnovabile, esercita un'attività di interesse pubblico. La proposta riparametrazione delle ragioni di interesse pubblico sottese

<sup>59</sup> Si v. F. BENVENUTI, *Appunti di diritto amministrativo - Parte generale*, Padova, 1987, 150, secondo cui «se un interesse deve essere soddisfatto questo non può essere semplicemente quello perseguito dall'atto oggetto dell'autotutela, ma quello diverso e appunto attuale che muove l'Amministrazione all'esercizio della stessa».

<sup>60</sup> Cfr. A. CONTIERI, *Il riesame del provvedimento amministrativo. Annullamento e revoca tra posizioni favorevoli e interessi sopravvenuti*, Napoli, 1991, 68.

<sup>61</sup> Sul fondamento del potere di secondo grado, sulla natura dello stesso e sulla individuazione dell'interesse pubblico rilevante, sia consentito rinviare a G. LA ROSA, *La revoca del provvedimento amministrativo*, cit., 81 ss.

<sup>62</sup> A. CONTIERI, *Il riesame del provvedimento amministrativo*, cit., Napoli, 1991, 134.

<sup>63</sup> Si consideri, infatti, che la riduzione delle emissioni di gas ad effetto serra nonché la ricerca, promozione, sviluppo e la maggior utilizzazione possibile di fonti energetiche alternative a quelle fossili sulla base di tecniche avanzate compatibili con il rispetto dell'ambiente corrispondono a precisi impegni assunti dall'Italia in ambito europeo (cfr. direttiva n. 2009/28/C del 5 giugno 2009) ed internazionale (cfr. l. 1 giugno 2002 n. 120, con cui è stato ratificato il Protocollo di Kyoto alla Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici).

<sup>64</sup> Cfr. art. 12, primo comma, d.lgs. n. 387/2003.

all'annullamento d'ufficio e, segnatamente, il perdurante collegamento con l'interesse pubblico sotteso all'erogazione degli incentivi consente di prendere le distanze dall'orientamento giurisprudenziale che vede nel risparmio delle risorse pubbliche una imperitura e immantinente ragione a supporto del provvedimento di secondo grado. Per quanto qui argomentato, ai fini dell'adozione del provvedimento di annullamento d'ufficio, il GSE dovrà dunque valutare non già il mero rilievo economico del recupero delle somme erogate e da erogare, ma il perdurante perseguimento dell'interesse pubblico rappresentato, come detto, dalla produzione di energia da fonte rinnovabile. Solo seguendo questa prospettiva sarebbe possibile garantire effettivamente una maggiore stabilità ai provvedimenti di riconoscimento degli incentivi, consentendo un adeguato bilanciamento tra le esigenze del privato (che ha già realizzato l'investimento) e l'interesse pubblico (alla produzione di energia da fonti rinnovabili) e privilegiando un approccio sostanzialistico. Su tale ultimo aspetto, infatti, l'annullamento d'ufficio potrà essere disposto dal GSE allorché l'illegittimità del provvedimento originario si accompagni a una contestuale frustrazione delle ridette esigenze pubblicistiche, come sarebbe riscontrabile ove, ad esempio, l'impianto non fosse alimentato da fonti rinnovabili ovvero l'energia prodotta non fosse correttamente e interamente immessa in rete. Laddove invece la carenza originaria dei requisiti non determini il mancato perseguimento delle finalità di pubblico interesse non ci sarà spazio per operare un legittimo annullamento d'ufficio (ad esempio, se la carenza attiene al titolo edilizio/autorizzatorio con cui è stato realizzato l'impianto, se questo non sia stato annullato o revocato dalla competente autorità)<sup>65</sup>.

## 6.2. Il termine per l'annullamento d'ufficio.

Il presupposto certamente più rilevante ai fini di una maggiore garanzia sulla stabilità dei provvedimenti amministrativi è rappresentato dalla circostanza che l'annullamento d'ufficio può essere adottato entro un *termine ragionevole* comunque non superiore a diciotto mesi dal momento dell'adozione dei provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici, nel cui alveo è riconducibile

---

<sup>65</sup> Sulla rilevanza dell'interesse pubblico nell'accezione proposta di produzione di energia da fonte rinnovabile, si v. Cons. Stato n. 5609/2014, cit., che sottolinea come la produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili corrisponda a finalità di interesse pubblico che, unitamente agli interessi del privato, devono essere adeguatamente ponderate dal GSE nella adozione dei provvedimenti di secondo grado.

il provvedimento di attribuzione degli incentivi<sup>66</sup>. Sugli effetti dello spirare di questo termine, pur non mancando pronunce giurisprudenziali che hanno confermato la possibilità di adottare comunque il provvedimento di annullamento tardivamente, salvo un onere motivazionale rafforzato<sup>67</sup>, sembra essersi consolidato l'orientamento circa la sua perentorietà, determinando il suo superamento l'illegittimità del provvedimento<sup>68</sup>. Tuttavia, sul presupposto che non è meritevole di tutela l'affidamento del privato che abbia indotto in errore l'amministrazione<sup>69</sup>, il comma 2-bis stabilisce che i provvedimenti amministrativi «conseguiti sulla base di false rappresentazioni dei fatti o di dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà false o mendaci per effetto di condotte costituenti reato, accertate con sentenza passata in giudicato»<sup>70</sup>, possono essere annullati anche oltre i diciotto mesi. La portata applicativa della disposizione è strettamente connessa al rilievo se l'inciso «per effetto di condotte costituenti reato, accertate con sentenza passata in giudicato» vada riferito esclusivamente alle «dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto

<sup>66</sup> Tale previsione era in linea con le indicazioni europee che pur richiedendo il necessario rispetto di termini di annullamento ragionevoli, non ne fissavano la concreta portata. In questo senso, si v. Corte di Giustizia, 12 luglio 1957, cause riun. 7/56, 3/57, 7/57, *Algera Dineke*, e altri c. Alta Autorità in Racc. 1957, 81 ss., punto III; Tribunale di primo grado, sez. II, 12 settembre 2007, cause T-25/04, *González y Díez, SA c. Commissione*; Tribunale di primo grado, sez. I ampliata, 16 ottobre 1996, causa T-336/94, *Efisol SA c. Commissione*, secondo cui «Il Tribunale ricorda inoltre che la Corte ha precisato nella sua giurisprudenza che, se l'atto idoneo a fondare il legittimo affidamento è revocato dall'amministrazione entro un termine ragionevole, il sorgere del legittimo affidamento non può essere accertato (cfr. ex multis Corte di Giustizia, 26 febbraio 1987, causa 15/85, *Consorzio Cooperative d'Abruzzo c. Commissione*, Racc. pag. 1005, punti 12-17) ». Sulla determinazione della ragionevolezza del termine cfr. Tribunale della funzione pubblica, sez. II, 11 settembre 2008, causa F-51/07, *Philippe Bui Van c. Commissione*, secondo cui «da una giurisprudenza costante risulta che la revoca di un atto amministrativo illegittimo deve avvenire entro un termine ragionevole. [...] Per quanto riguarda la revoca di un atto amministrativo, dalla giurisprudenza discende che la ragionevolezza del termine di revoca deve essere valutata in funzione delle circostanze proprie di ciascuna causa e, in particolare, della rilevanza della controversia per l'interessato, della complessità della causa nonché del comportamento delle parti coinvolte». Nell'ottica di garantire una maggiore stabilità dei provvedimenti e più appagante tutela al legittimo affidamento dei privati, la l. n. 124/2015 ha modificato l'articolo, prevedendo il limite temporale dei diciotto mesi.

<sup>67</sup> Cfr. TAR Campania, Napoli, Sez. II, 24 settembre 2018 n. 5574; TAR Lazio, Roma, 13 febbraio 2018, n. 1695; Cons. Stato, Sez. VI, 13 luglio 2017 n. 3462.

<sup>68</sup> Cfr. TAR Campania, Salerno, sez. II, 28 gennaio 2019, n. 199, secondo cui «è illegittimo l'annullamento in autotutela di un permesso di costruire oltre il termine di diciotto mesi previsto dall' art. 21 *nonies* l. n. 241/1990, a seguito della riforma operata dalla l. n. 124/2015; tale termine deve essere considerato come un astratto e generale termine *ne ultra quem*, decorso il quale non potrà essere legittimamente esercitato il potere di ritiro per vizi di legittimità»; TAR Liguria, Genova, Sez. I, 3 ottobre 2016, n. 970. In dottrina, cfr. S. D'ANCONA, *L'annullamento d'ufficio dopo la Riforma Madia*, in *Giur. It.*, 2015, spec. 2753, il quale tuttavia (a pag. 2754) manifesta rilievi critici sulla omessa previsione legislativa circa la perentorietà del termine.

<sup>69</sup> Per un'analisi critica del profilo circa la tutela del legittimo affidamento in relazione al comportamento tenuto dal privato, anche alla luce dei principi espressi da Cons. Stato, Ad. Plen., n. 8/2017, si v. G. TROPEA, *Autotutela in edilizia: a piccoli passi verso la legalità*, in *Giur. It.*, 2020, spec. 652.

<sup>70</sup> Così il comma 2-bis dell'art. 21-*nonies*, cit.

di notorietà false o mendaci» ovvero anche alle «false rappresentazioni dei fatti». Infatti, laddove si accedesse alla seconda impostazione, la possibilità di superare i diciotto mesi sarebbe maggiormente circoscritta dalla necessità che anche le *false rappresentazioni dei fatti* siano oggetto di accertamento penale con sentenza passata in giudicato. Tale questione, la cui rilevanza è stata opportunamente segnalata dal Consiglio di Stato<sup>71</sup>, senza tuttavia ricevere adeguato componimento in sede legislativa, ha dato adito a un contrasto interpretativo. Sebbene non siano mancate posizioni difformi<sup>72</sup>, l'orientamento oggi prevalente è nel senso che il presupposto accertamento giudiziale in sede penale riguarda unicamente il caso delle dichiarazioni sostitutive, non estendendosi anche alle false rappresentazioni dei fatti<sup>73</sup>. Ne consegue che il superamento dei diciotto mesi è consentito sia nel caso in cui la falsa attestazione, inerente i presupposti per il rilascio del provvedimento ampliativo, abbia costituito il frutto di una condotta di falsificazione penalmente rilevante (indipendentemente dal fatto che siano state all'uopo rese dichiarazioni sostitutive): nel qual caso sarà necessario l'accertamento definitivo in sede penale; sia nel caso in cui l'acclarata erroneità dei ridetti presupposti risulti comunque non imputabile (neanche a titolo di colpa concorrente) all'Amministrazione, ed imputabile, per contro, esclusivamente al dolo (equiparabile, per solito, alla colpa grave e corrispondente, nella specie, alla mala fede oggettiva) della parte: nel qual caso - non essendo parimenti ragionevole pretendere dalla incolpevole Amministrazione il rispetto di una stringente tempistica nella gestione della iniziativa rimotiva - si dovrà esclusivamente far capo al canone di ragionevolezza per apprezzare e gestire la confliggente correlazione tra gli opposti interessi in gioco. Su questo crinale, peraltro, la giurisprudenza è giunta finanche ad equiparare la falsa rappresentazione alla erronea<sup>74</sup> od omessa<sup>75</sup> indicazione di rilevanti circostanze di fatto e di diritto<sup>76</sup>. È stata avvertita<sup>77</sup>, condivisibilmente, la preoccupazione che un

<sup>71</sup> Il riferimento è al parere del Cons. Stato n. 839/2016, sullo schema di decreto legislativo recante attuazione della delega di cui all'articolo 5 della legge 7 agosto 2015, n. 124, in materia di segnalazione certificata di inizio attività (SCIA) e n. 1784/2016 sullo schema di decreto legislativo in materia di individuazione di procedimenti oggetto di autorizzazione, segnalazione certificata di inizio attività (SCIA), silenzio assenso e comunicazione e di definizione dei regimi amministrativi applicabili a determinate attività e procedimenti, ai sensi dell'art. 5 della legge 7 agosto 2015, n. 124.

<sup>72</sup> Cfr. TAR Campania, Salerno, Sez. II, 16 gennaio 2019, n. 95.

<sup>73</sup> Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 14 ottobre 2019, n. 6975; id., Sez. VI, 4 febbraio 2019, n. 849; id., Sez. V, 27 giugno 2018, n. 3940; id., Sez. IV, 8 novembre 2018, n. 6308.

<sup>74</sup> Si v. TAR Calabria, Catanzaro, Sez. II, 25 settembre 2018, n. 1604.

<sup>75</sup> Così TAR Campania, Napoli, Sez. VIII, 16 giugno 2020, n. 2441; Cons. Stato, Sez. IV, 18 luglio 2018, n. 4374.

<sup>76</sup> Parla espressamente della «prospettazione da parte del privato delle circostanze in fatto e in diritto poste a fondamento dell'atto illegittimo» Cons. Stato, Ad. Plen., n. 8/2017.

siffatto approccio giunga a dare rilievo anche alla valutazione che di una circostanza di fatto o di diritto il privato possa avere compiuto, con la conseguenza che, per tale via, si giungerebbe a un sostanziale svuotamento della garanzia rappresentata dalla previsione del termine di esercizio del potere di annullamento.

A bene vedere, però, le garanzie di stabilità sottese alla novella, nella materia oggetto di interesse, rischiano di essere ulteriormente compromesse in ragione dei meccanismi propri che la caratterizzano e, in particolare, per l'uso diffuso delle dichiarazioni sostitutive. Giova prendere le mosse dall'art. 18 l. n. 241/1990, il cui comma 3-*bis*, introdotto dal d.l. Semplificazioni, ha previsto che nei procedimenti avviati su istanza di parte aventi ad oggetto l'erogazione di benefici economici i requisiti soggettivi e oggettivi richiesti dalla normativa di riferimento sono comprovati mediante dichiarazioni sostitutive ovvero la diretta acquisizione dei documenti da parte dell'amministrazione precedente. Come è stato osservato<sup>78</sup>, invero, le inefficienze dell'organizzazione amministrativa hanno determinato la sempre maggiore centralità delle autodichiarazioni, spostando così in capo al privato l'onere di ricostruire (e dichiarare) l'esistenza/inesistenza di situazioni di fatto o di diritto spesso attraverso la valutazione e l'interpretazione di un quadro normativo incerto. Il profilo è rilevante in considerazione delle conseguenze che il d.p.r. n. 445/2000 prevede laddove le rese dichiarazioni dovessero risultare *non veritiere*. Infatti, l'art. 75 d.p.r. cit. stabilisce che qualora «emerga la non veridicità del contenuto della dichiarazione, il dichiarante decade dai benefici eventualmente conseguenti al provvedimento emanato sulla base della dichiarazione non veritiera». La portata afflittiva della disposizione è stata ulteriormente acuita a opera del d.l. n. 34/2020 che, aggiungendo il comma 1-*bis*, ha previsto che «la dichiarazione mendace comporta, altresì, la revoca degli eventuali benefici già erogati nonché il divieto di accesso a contributi, finanziamenti e agevolazioni per un periodo di 2 anni decorrenti da quando l'amministrazione ha adottato l'atto di decadenza». L'irrilevanza che la giurisprudenza ha attribuito all'elemento soggettivo<sup>79</sup> e all'accertamento penale della falsità<sup>80</sup>, in uno con il carattere automatico e vincolato della decadenza<sup>81</sup> inducono a

<sup>77</sup> Sul punto, si v. M.A. SANDULLI, *La semplificazione della produzione documentale mediante le dichiarazioni sostitutive di atti e documenti e l'acquisizione d'ufficio*, cit., 188, la quale stigmatizza il rischio che tale approccio valorizzi «errori di valutazione e/o ricostruzione del quadro normativo e/o tecnico di riferimento».

<sup>78</sup> M.A. SANDULLI, *La semplificazione della produzione documentale mediante le dichiarazioni sostitutive di atti e documenti e l'acquisizione d'ufficio*, cit., 183.

<sup>79</sup> *Ex multis*, cfr. TAR Lazio, Roma, Sez. I *bis*, 23 luglio 2020, n. 8622. In argomento si consideri che il TAR Puglia, Lecce, ord. 17 settembre 2018, n. 1346 ha sollevato questione di illegittimità costituzionale che, tuttavia, con sentenza Corte cost. n. 199/2019 è stata dichiarata inammissibile.

<sup>80</sup> Così T.A.R. Puglia Bari Sez. II, 03/07/2020, n. 968.

ritenere come la blanda protezione della stabilità del provvedimento (come risultante dalla richiamata lettura dell'art. 21-*nonies*, comma 2-*bis*, fornita dalla giurisprudenza) si sposti sulla strutturale instabilità dei rapporti amministrativi fondati su presupposte dichiarazioni rese dal privato, laddove se ne dovesse accertare la non veridicità. Instabilità che, nella materia dell'erogazione degli incentivi pubblici, diventa particolarmente sensibile dal momento che gli atti assentivi si basano, prevalentemente, sulle autodichiarazioni della parte circa i requisiti soggettivi, le caratteristiche strutturali dell'impianto, la data di entrata in esercizio, la data di ultimazione dei lavori, etc. In sostanza, posto che l'erogazione degli incentivi viene assentita in ragione delle autodichiarazioni rese dalla parte l'eventuale accertamento dell'insussistenza di un requisito necessario per accedere al beneficio comporta la contestuale contestazione della non veridicità della dichiarazione e, dunque, la decadenza del beneficio ai sensi dell'art. 75 d.p.r. n. 445/2000, la cui applicazione è significativamente «fatta salva» dal comma 2-*bis* l. n. 241/1990<sup>82</sup>. Il GSE, pertanto, nell'esercizio del potere di autotutela obbligatoria, adotterà il provvedimento di decadenza dal beneficio, non avendo alcuna concreta rilevanza le misure mitigative sottese alla novella qui in esame.

## 7. Considerazioni conclusive.

L'analisi qui condotta consente di rilevare come la soluzione legislativa, pur nel pregevole tentativo di circoscrivere i poteri del GSE mediante il richiamo ai

<sup>81</sup> Ad esempio, cfr. Cons. Stato, Sez. III, 20 luglio 2020, n. 4634.

<sup>82</sup> Sulla circostanza che il comma 2-*bis* fa salva l'applicazione dell'art. 75 d.p.r. n. 445/2000 e, quindi, sulla applicabilità della decadenza alle ipotesi di falsità della dichiarazione si v. P. CERBO, *Brevi note sul potere di autotutela "tardivo"*, in *Giur. it.*, 2020, spec. 657. Sui problematici profili di compatibilità tra le due disposizioni, si v. M.A. SANDULLI, *La semplificazione della produzione documentale mediante le dichiarazioni sostitutive di atti e documenti e l'acquisizione d'ufficio*, cit., 193. In giurisprudenza, cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 31 dicembre 2019, n. 8920, secondo cui l'art. 75 d.p.r. n. 445/2000 prevede «forme ben definite d'autotutela doverosa, poste a garanzia di supremi valori ed interessi dell'ordinamento contro la consolidazione degli effetti d'un atto illegittimo ed ingiusto e non tempestivamente revocato o annullato - aventi dunque una copertura costituzionale di forza superiore all'autotutela discrezionale ed un'efficacia parimenti generale e concorrente con i casi ordinari dell'autotutela discrezionale, oltre ad esser basate sulla delibazione predefinita del pubblico interesse a tal rimozione -, tant'è che l'art. 21-*nonies*, co. 2-*bis*, recato dalla novella ex art. 6, co. 1, lett. d), n. 2) della l. 7 agosto 2015 n. 124 (quindi, ben prima dei fatti di causa), ha fatto salve, tra le altre, le sanzioni previste dal capo VI del DPR 445/2000, tra cui, appunto, quelle dettate dal ripetuto art. 75», con la conseguenza che «non è vero dunque che esista solo l'autotutela discrezionale e che, comunque, essa vada esercitata nel termine di diciotto mesi di cui all'art. 21-*nonies*, co. 1, I per. della l. 241/1990, poiché è la stessa norma a prevedere le vicende in cui prevale l'esigenza di provvedere in autotutela doverosa o, il che negli effetti è lo stesso, dichiarare la decadenza dai benefici secondo la formula del ripetuto art. 75».

presupposti dell'articolo 21-*nonies* l. n. 241/1990, non consenta di apprezzare un'effettiva maggiore tutela alla stabilità dei rapporti di incentivazione per l'erogazione di energia da fonti rinnovabili. La stabilità presuppone innanzitutto certezza e prevedibilità<sup>83</sup> e questa non può che essere conseguita mediante un quadro normativo chiaro, definito e, dunque, scevro da dubbi interpretativi e aporie applicative. E ciò non può dirsi dell'attuale contesto regolamentare, ove, da un lato, la stratificazione di interventi succedutisi nel tempo ha portato a una disciplina disarmonica e asistemica, consegnandola alla mercè dell'attività interpretativa della giurisprudenza; dall'altro, elementi essenziali ai fini della definizione del concreto spettro di esercizio del potere del GSE (si fa riferimento all'individuazione delle violazioni rilevanti e a quelle che, ai sensi del secondo cpv. del comma 3, comportano la decurtazione) sono demandati ad atti normativi di secondo grado, per la cui adozione non sono neanche previsti tempi certi. Sgombrando il campo dai falsi miti della maggiore stabilità che la novella avrebbe dovuto garantire, l'analisi condotta per mezzo delle richiamate coordinate dogmatiche ha lumeggiato come il percorso di tutela della posizione di legittimo affidamento dei beneficiari degli incentivi sia ancora irto di consistenti ostacoli, acuiti dall'uso disinvolto di istituti di carattere generale in settori caratterizzati da specificità. Si è visto come i presupposti di cui all'art. 21-*nonies* hanno, in effetti, un circoscritto ambito di applicazione con riferimento a quelle violazioni rilevanti che attengono ai requisiti soggettivi e oggettivi la cui carenza, *ab origine*, rileva quale vizio originario del provvedimento amministrativo di concessione del beneficio. In disparte i profili relativi alla concreta dequotazione delle garanzie sottese alla disciplina dell'annullamento d'ufficio derivanti dai prevalenti indirizzi giurisprudenziali circa la sussistenza dell'interesse in *re ipsa* all'adozione dell'atto caducatorio e allo spettro applicativo del comma 2-*bis*, non può tacersi come la materia in esame sia caratterizzata da un diffuso utilizzo delle dichiarazioni sostitutive al fine di dimostrare la sussistenza dei requisiti di legge (come previsto dall'art. 18 l. n. 241/1990). Tale considerazione, fondata su asserite ragioni di semplificazione, determina una fisiologica contrazione delle garanzie di stabilità, atteso che ciò legittima l'esercizio di poteri imperituri di controllo da parte del GSE e l'adozione di atti di c.d. autotutela obbligatoria comportanti la decadenza dal beneficio e il recupero delle somme erogate, laddove

---

<sup>83</sup> Intende la semplificazione come strumento di chiarezza, stabilità e prevedibilità in ordine all'effettiva tenuta e conseguente spendibilità di un titolo M. RAMAJOLI, *L'annullamento d'ufficio alla ricerca di un punto d'equilibrio*, in *www.giustamm.it*, 2016.

fosse accertata (dallo stesso GSE) la non veridicità della dichiarazione (come previsto dall'art. 75 d.p.r. n. 445/2000).

Queste considerazioni sono sufficienti a giustificare la richiamata diffidenza verso l'approccio ad oggi seguito dal Legislatore e rilevare come la stabilità dei rapporti amministrativi non può essere seriamente perseguita se non attraverso una previa ridefinizione dei rapporti tra semplificazione e organizzazione amministrativa. Per come è oggi concepita, la semplificazione amministrativa, fondata com'è sui meccanismi di autodichiarazione, sposta sistematicamente sul privato il "peso" dell'istruttoria amministrativa. Allo stesso è richiesto, infatti, di autocertificare la sussistenza dei presupposti di legge che altro non è sostanzialmente che l'esito dell'attività di verifica che l'amministrazione dovrebbe compiere a monte, ossia prima della erogazione del beneficio. Semplificando, in questo modo, il regime di accesso agli incentivi, ma contemporaneamente lasciando alla mercé dell'organizzazione amministrativa i tempi e le modalità del controllo su queste dichiarazioni si giunge ad ammettere nel nostro ordinamento una fisiologica instabilità dei sottesi rapporti. Ciò consente, dunque, di indicare quale via che il Legislatore dovrebbe intraprendere la previsione di una necessaria fase di valutazione e verifica che deve essere condotta e conclusa prima della erogazione degli incentivi, consentendo di disporre la decadenza in corso di erogazione solo nelle ipotesi patologiche, ossia laddove la falsità della dichiarazione e/o della rappresentazione sia il frutto voluto di una condotta illecita che, come tale, non può che essere accertata nell'opportuna sede giudiziale.

# CONSIDERAZIONI A PRIMA LETTURA SUL PRIMO CASO DI SOSPENSIONE CAUTELARE DI UNA LEGGE NEL GIUDIZIO DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE IN VIA PRINCIPALE

**Paolo Giangaspero**

**ABSTRACT** [ITA]: Nell'esaminare la prima ordinanza della Corte costituzionale che determina la sospensione di una legge (ai sensi dell'art. 35 della l. n. 87 del 1953) , il saggio - dopo aver sintetizzato i contorni dell'istituto come finora emersi dalla giurisprudenza costituzionale - tratta delle argomentazioni che sorreggono la decisione della Corte costituzionale in tema di valutazione di *fumus boni juris* e di *periculum in mora*, e dei problemi collegati alle conseguenze dell'ordinanza sugli atti attuativi della legge sospesa.

**ABSTRACT** [ENG]: *The essay contains some remarks on the first order of the Italian Constitutional Court that applies the precautionary measure provided by art. 35 l. n. 87/1953, suspending the effects of a Regional law. After summarizing some procedural aspects of the precautionary measure, the essay makes some observations on the motivation of the decision, taking into account the reasons on whose grounds the Constitutional Court decides for the existence of the conditions for the measure to be applied, and analyzing the consequences of the decision.*

**SOMMARIO:** **1.** Premessa – **2.** Una “prima volta” processuale: l’applicazione dell’art. 35 della l. n. 87 del 1953 e la sospensione cautelare di una legge regionale: un istituto con ancora alcune zone d’ombra – **3.** Un’altra “prima volta”: il “sistema normativo emergenziale” per il contenimento della pandemia da Covid-19 davanti alla Corte costituzionale sotto il profilo del riparto di competenze tra Stato e Regioni: le censure del ricorso statale – **4.** Gli argomenti della Corte in sede di valutazione dei presupposti della tutela cautelare: *fumus boni iuris* e *periculum in mora* nella motivazione dell’ordinanza – **5.** I possibili problemi legati al seguito della decisione cautelare

## **1. Premessa**

Con l’ordinanza n. 4 del 2021 per la prima volta la Corte costituzionale decide la sospensione di una legge, nella specie della l.r. Valle d’Aosta 9 dicembre 2020, n. 11 (rubricata “Misure di contenimento della diffusione del virus SARS-COV-2 nelle attività sociali ed economiche della Regione autonoma Valle d’Aosta in relazione allo stato di emergenza”). Il provvedimento della Corte, pronunciato il 14 gennaio del 2021, giunge a pochi giorni dal deposito del ricorso (21 dicembre 2020), è stato adottato in camera di consiglio dopo aver sentito il giudice relatore e le parti ed è destinato a protrarsi fino alla decisione nel merito della questione, la cui udienza di trattazione è fissata al 23 febbraio 2021.

Il presente contributo tenterà di svolgere qualche considerazione incentrata prevalentemente sul modo in cui la Corte ha esercitato il suo potere cautelare sotto il profilo della valutazione dei relativi presupposti e sulle possibili conseguenze dell’ordinanza, mentre osservazioni più sommarie saranno dedicate ai profili più strettamente “processuali”, riguardanti la ricostruzione dell’istituto di cui all’art. 35 della l. n. 87 del 1953, che rimane ancora per alcuni aspetti controversa.

## **2. Una “prima volta” processuale: l’applicazione dell’art. 35 della l. n. 87 del 1953 e la sospensione cautelare di una legge regionale: un istituto con ancora alcune zone d’ombra**

Come si segnalava, l’ordinanza in commento è il primo caso di esercizio del potere di sospensione dell’atto impugnato nell’ambito del giudizio sulle leggi in via

principale, potere che è riconosciuto alla Corte dall'art. 35 della legge n. 87 del 1953, così come modificato, in sede di attuazione della riforma del Titolo V, parte II, Cost., dall'art. 9 della l. n. 131 del 2003, che ha esteso anche al giudizio principale il potere cautelare di sospensione dell'atto impugnato già previsto (dall'art. 40 della l.n. 87 cit.) per i giudizi su conflitti di attribuzione.

Se si escludono i casi in cui la Corte, con proprie ordinanze, ha rinviato alla decisione di merito la trattazione delle istanze cautelari di Stato e Regioni, sulla base della rinuncia alla trattazione immediata da parte di chi aveva formulato l'istanza<sup>1</sup>, o a seguito di rinuncia in conseguenza della modifica della legge impugnata<sup>2</sup>, prima della decisione in commento i precedenti di maggior significato rispetto all'ordinanza n. 4 del 2021 sono soltanto due, e solo in uno di questi la Corte ha avuto modo di pronunciarsi (in senso negativo) sul merito della richiesta di sospensione cautelare.

Il primo dei casi citati è quello dell'ordinanza n. 245 del 2006<sup>3</sup>, caratterizzata da un dispositivo di "non luogo a procedere" su un'istanza di sospensione regionale relativa ad una legge statale: la mancata pronuncia nel merito dell'istanza da parte della Corte era stata nell'occasione motivata sul presupposto della assenza di adeguate motivazioni a sostegno della richiesta regionale in ordine alla sussistenza dei presupposti della tutela cautelare come individuati dall'art. 35 l. 87 del 1953.

Il secondo caso, che ad oggi costituisce il precedente più importante in materia (e che del resto è citato puntualmente dall'ordinanza in commento) è quello deciso dall'ordinanza n. 107 del 2010, ed è l'unico in cui la Corte ha giudicato nel merito una richiesta di applicazione dell'art. 35 della l. n. 87 del 1953 rigettando un'istanza regionale di sospensione, che pure era stata considerata ammissibile, sulla base dell'insussistenza del *periculum in mora* nei termini individuati dall'art. 35 cit., senza peraltro giungere alla valutazione del *fumus boni iuris*<sup>4</sup>. In tutte le altre occasioni in

---

<sup>1</sup> Si v. P. Vipiana, *Osservazioni critiche sulla prassi relativa al potere di sospensione delle leggi nei giudizi di costituzionalità in via principale*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2010, 567–587. A commento dell'ord. n. 116 del 2004 si v. anche A. Pertici, *Nota redazionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2004, 1194–1195.

<sup>2</sup> È questo il caso dell'ord. n.233 del 2014, su cui si v. P.Vipiana, *Un'altra volta la Corte costituzionale esamina specificamente (ma non nel merito) un'istanza di sospensione di una legge*, in *Le Regioni*, 2015, 449–455.

<sup>3</sup> Con nota di A. Cerri, *Il potere cautelare nei giudizi principali alla sue prime prove*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2006, 2444–2446.; sulla medesima ordinanza si v. anche P. Milazzo, *L'impugnativa regionale del «codice dell'ambiente»: un'occasione per qualche riflessione sulla struttura ed i limiti del potere di sospensione delle leggi nell'ambito dei giudizi in via d'azione introdotti dalle regioni*, in *Le Regioni*, 2007, 153–166.

<sup>4</sup> La pronuncia, che riguardava la istanza di sospensione del c.d. "decreto salvaliste" avanzata dalla Regione Lazio, ha sotto questo profilo sollevato alcune riserve in dottrina: si v. in particolare A. Vuolo, *Crollo di un altro antico feticcio*, in *forumcostituzionale*, 2010.. A commento della decisione si v. tra gli altri A. Gragnani, *La tutela cautelare nella giustizia costituzionale: la Corte costituzionale e le obiezioni di Carl Schmitt*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2010, 3966-3976 contenente anche una comparazione con l'uso degli strumenti

cui Stato o Regioni avevano avanzato istanze di tutela cautelare, viceversa, la Corte aveva fatto rifluire le relative decisioni nella pronunce che definivano (in taluni casi a grande distanza temporale dai ricorsi) il merito delle controversie, peraltro non sempre esplicitamente pronunciandosi sul punto e, nelle ipotesi in cui specifici riferimenti erano presenti, utilizzando formule decisorie diverse (quali quelle dell'assorbimento, del non luogo a procedere, del non luogo a provvedere) e talora intercambiabili tra loro <sup>5</sup>.

La Corte, dunque, ha dimostrato una notevole ritrosia nell'esercitare i "nuovi" poteri cautelari ad essa riconosciuti anche nel giudizio sulle leggi in via principale (mostrando in forma più esasperata un atteggiamento che è del resto stato riconosciuto, pur in presenza di una giurisprudenza più ampia e numerosa, anche relativamente al potere di sospensione degli atti impugnati in sede di conflitto di attribuzione *ex art. 40 l. 87/1953* <sup>6</sup>).

Nonostante la scarsissima utilizzazione dello strumento, tuttavia, l'analisi della giurisprudenza costituzionale, e l'introduzione di una disposizione delle "Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale" del 2008 dedicata alla sospensione delle leggi nel giudizio principale (l'art. 21) è servita a fissare alcuni punti fermi. Alcuni di questi sono poi rifluiti nella cit. ordinanza n. 107 del 2010, ed hanno contribuito a precisare, quanto meno in parte, una disciplina dell'istituto che per altri aspetti rimane tuttavia ancora "evanescente" <sup>7</sup>, anche in forza di una stesura non felice dell'attuale art. 35 della l. n. 87 del 1953. A questo riguardo possono farsi le seguenti, schematiche, considerazioni:

a) anzitutto, non ha trovato alcun seguito nella giurisprudenza della Corte l'opinione che metterebbe radicalmente in dubbio la stessa legittimità costituzionale dell'istituto così come oggi configurato, fatta propria da coloro i quali dubitano che sia consentito ad una legge ordinaria (quale la l. n. 131/2003) di dare disposizioni tali da condizionare gli effetti di un altro atto primario <sup>8</sup>.

---

cautelari nell'esperienza tedesca.; P. Vipiana, *La prima pronuncia della Corte costituzionale sul merito di un'istanza di sospensiva delle leggi*, in *forumcostituzionale.it*, 2010.

<sup>5</sup> Sul punto ancora P. Vipiana, *Osservazioni critiche*, *cit.*, in part. 575 e ss.

<sup>6</sup> Sulla sospensione cautelare nei conflitti di attribuzione si v. per tutti A. Cerri, *Giustizia costituzionale*, Napoli, 2019, in part. 291 e ss.

<sup>7</sup> In tali termini ancora Vipiana, *op.ult.cit.*, 587

<sup>8</sup> Su questo punto alcune perplessità erano già formulate in sede di primo commento della l. 131 del 2003 da P. Caretti, *Il contenzioso costituzionale (commento all'art. 9)*, in AA.VV. (a c. di G. Falcon), *Stato, Regioni ed enti locali nella legge 5 giugno 2003, n. 131*, Bologna, 2003, pp. 183-198, in part. 191 ss.; si v. anche A. Pertici, *Nota redazionale a ord. 116 del 2004*, in *Giur.cost.*, 2004, 1191 e ss. In senso opposto si v. A. Cerri, *Il potere cautelare*, *cit.*, 2444 e ss.

b) in secondo luogo, dalle decisioni della Corte emerge come l'istituto della sospensione sia utilizzabile non soltanto rispetto alle leggi regionali (quasi fosse una sorta di "surrogato" del vecchio controllo preventivo), ma anche rispetto a quello statale: la conclusione può essere tratta dalle norme integrative citate (che disciplinano sia le richieste statali che quelle delle Regioni) ed è puntualmente argomentata dalla ord. n. 107 del 2010 con argomenti testuali difficilmente oppugnabili, che fanno principalmente perno sul richiamo, contenuto nell'art. 35 della l. 87 del 1953 all'art. 32 della medesima legge che si riferisce nel suo complesso all'instaurazione del giudizio in via principale e non legittima distinzioni, ai fini dell'estensione del potere cautelare della Corte, tra la posizione dello Stato e quella delle Regioni<sup>9</sup>.

c) in terzo luogo, le norme integrative ed in parallelo i dati desumibili dalla giurisprudenza costituzionale hanno quanto meno attenuato quella che pareva una vistosa anomalia in un giudizio tra parti come la questione di legittimità costituzionale in via principale: ci si riferisce all'inciso dell'art. 35 l. 87 del 1953 che pare configurare il potere di sospensione come esercitabile (esclusivamente) d'ufficio<sup>10</sup>. Dalla disposizione delle norme integrative poco sopra richiamata (ma già spunti vi erano in data anteriore al 2008) pare ammesso pacificamente che la sospensione possa essere quanto meno sollecitata dalle parti in causa; semmai rimane dubbio se la richiesta sia del tutto disponibile alle parti, ed in genere rimangono delle incertezze nel valutare quale sia il rapporto tra determinazioni delle parti in ordine al ritiro della sospensiva e poteri d'ufficio della Corte<sup>11</sup>. Su altro versante, pare in ogni modo escluso dalla pratica cui si è poco sopra accennato che la formulazione di una istanza obblighi la Corte a pronunciarsi. Sta di fatto comunque che ogni volta che il problema è stato posto esso ha trovato origine (e del resto ciò era prevedibile, alla

---

<sup>9</sup> Questione diversa (e legata alla differenza dei vizi denunciabili in sede di giudizio principale da Stato e Regioni ed alla non perfetta parità d'armi tra le parti) è quella segnalata da P. Milazzo, *L'impugnativa regionale del "codice dell'ambiente": un'occasione per qualche riflessione sulla struttura ed i limiti del potere di sospensione delle leggi nell'ambito dei giudizi in via d'azione introdotti dalle regioni*, in *Le Regioni*, 2007, 153 e ss., il quale osserva che – per come è definito il *periculum in mora* dalla disposizione della legge 87 – è meno verosimile che esso possa fatto rilevare in un giudizio introdotto dalla Regioni, in conseguenza dei parametri da queste evocabili. A sostegno di questa ricostruzione, peraltro, vi è stato chi ha approntato i presupposti della sospensione a quelli del potere sostitutivo statale previsto dall'art. 120 Cost. (su quest'ultimo profilo si v. Caretti, *Il contenzioso*, cit., 194)

<sup>10</sup> Si v. in toni molto critici, G. Falcon, *Introduzione. Nuove questioni sul percorso istituzionale italiano*, in AA.VV. (a c. di G. Falcon), *Stato, Regioni ed enti locali*, cit., 15 ss.

<sup>11</sup> Per alcuni spunti sul tema si v. Vuolo, *Crollo*, cit., *passim*, che rileva qualche ambivalenza nell'analisi della giurisprudenza costituzionale sul punto.

luce della conformazione del giudizio in via d'azione) in istanze formulate nei ricorsi con cui veniva instaurato il giudizio principale.

d) inoltre la Corte ha in qualche misura "integrato" la disciplina legislativa con riferimento alla necessità, come presupposto per l'esercizio dei poteri cautelari anche del *fumus boni iuris*: il tenore testuale della novella alla legge n. 87 del 1953, individuava esplicitamente (e per la verità in modo piuttosto dettagliato) a presupposto della sospensione cautelare soltanto il "rischio di un irreparabile pregiudizio all'interesse pubblico o all'ordinamento giuridico della Repubblica ovvero il rischio di un pregiudizio grave ed irreparabile per i diritti dei cittadini": si tratta di elementi che sono inquadrabili nel *periculum in mora*, mentre nulla la disposizione dice circa la necessaria presenza del *fumus boni iuris* come ulteriore elemento per la concessione della misura cautelare. E' peraltro da dire che su questo punto esplicita è l'ord. 107 del 2010, che assume a presupposto della concessione delle misure cautelari anche la sussistenza del *fumus boni iuris*, anche in difetto di uno specifico richiamo, desumendola dai "principi generali che disciplinano la tutela in via d'urgenza".

Quest'ultimo inciso (che rimanda all'esistenza di alcuni principi generali comuni a tutte le misure cautelari) valorizza un atteggiamento della Corte che la vede inquadrare – forse in parziale discontinuità con posizioni passate<sup>12</sup> – le istanze cautelari come in qualche modo implicite nelle esigenze di effettività della tutela giurisdizionale, e dunque ispirate ad una serie di principi che si possono applicare anche alla giurisdizione costituzionale, sia pure con alcuni necessari adattamenti<sup>13</sup>. Questi dati comuni potrebbero consentire di integrare, come è stato suggerito<sup>14</sup>, anche per altri profili la disciplina dei poteri cautelari della Corte con il richiamo ad alcuni dati comuni ad altre ipotesi di tutela cautelare presenti nell'ordinamento.

<sup>12</sup> Sulle quali si v. Caretti, *Il contenzioso costituzionale*, cit., in part. 193

<sup>13</sup> A questo riguardo, più ancora che l'ord. n. 107 del 2010 cit. nel testo, è significativa l'ord. n. 225 del 2017, che riguarda un conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato, in cui la Corte esplicitamente osserva che "la disponibilità di misure cautelari assolve alla necessità che il provvedimento finale del giudice intervenga *re adhuc integra* e consenta la soddisfazione dell'interesse protetto, sicché la tutela cautelare è strumentale all'effettività della tutela giurisdizionale" ed è pertanto necessaria e deve essere effettiva, e precisa che "ai medesimi principi (...) risulta ispirato lo stesso sistema della giustizia costituzionale, sia pure con le particolarità che lo connotano, anche in relazione alle singole tipologie processuali in cui si articola".

<sup>14</sup> Sul punto si v. Cerri, *Il potere cautelare*, cit., *passim*

### **3. Un'altra "prima volta": il "sistema normativo emergenziale" per il contenimento della pandemia da Covid-19 davanti alla Corte costituzionale sotto il profilo del riparto di competenze tra Stato e Regioni: le censure del ricorso statale**

Richiamati in modo sommario (e per vari aspetti incompleto) i contorni dell'istituto della sospensione delle leggi nel giudizio in via principale, è opportuno soffermarsi su come, nel caso di specie, la Corte costituzionale abbia argomentato sulla sussistenza dei presupposti per la concessione della misura cautelare, che è a parere di chi scrive il punto di maggior rilievo della decisione in commento.

Come si è accennato, la controversia entro la quale l'ordinanza in commento si iscrive riguarda l'impugnazione da parte del Governo di una legge regionale che disciplina alcuni aspetti rilevanti della gestione della pandemia da COVID-19. La legge valdostana, infatti, contiene una disciplina che demanda al Presidente della Regione – nel rispetto di alcuni vincoli disposti direttamente dalla legge – la competenza a stabilire le misure di sicurezza per la ripresa di una serie di attività economiche, sociali e culturali con proprie ordinanze adottate "in attuazione delle disposizioni statali emanate per la specifica emergenza, dell'ordinamento regionale e dell'organizzazione regionale di protezione civile (...) tenuto conto dell'andamento epidemiologico, del contesto socio-economico e delle peculiarità del territorio regionale" (art. 4 l.r. n. 11/2020 cit.).

La legge è dunque qualificabile come il primo organico intervento di una Regione che almeno in parte si colloca in un ambito che è ad oggi larghissimamente coperto da una fitta disciplina derivante da strumenti normativi statali, composti norme primarie contenute in decreti legge, i quali, come è noto, a loro volta largamente rimandano allo strumento del d.p.c.m. per la concreta applicazione delle misure di protezione contro la pandemia. In questo quadro, gli spazi per la disciplina regionale sono in generale piuttosto ridotti, e comunque occupati prevalentemente da ordinanze, che peraltro sottostanno a limitazioni e vincoli derivanti dalla normativa statale. Sotto questo profilo, la legge valdostana, dunque, dà una copertura legislativa ad interventi regionali anche difformi da quelli statali ed in ogni caso limita in alcuni settori la diretta e immediata applicazione sul territorio regionale delle misure assunte a livello nazionale. Gli interventi regionali fondati sulla legge, inoltre, potrebbero astrattamente consistere anche in misure di "allentamento" dei limiti finalizzati al contenimento del contagio adottati a livello nazionale.

Anche da questo punto di vista dunque la vicenda di cui si tratta è una "prima volta", in quanto costituisce il primo caso in cui la Corte costituzionale è messa nella

condizione di pronunciarsi, sotto il profilo del riparto delle competenze tra Stato e Regioni, sul “sistema normativo emergenziale” messo a punto in sede di contrasto alla pandemia ed imperniato su una serie di decreti legge che sono certamente caratterizzati da una tendenza alla centralizzazione delle misure di contrasto della pandemia, nell’ambito della quale il ruolo regionale è tendenzialmente abbastanza debole <sup>15</sup>.

Come è noto, il contenzioso tra Stato e Regioni in relazione alle iniziative di contrasto della pandemia è finora passato attraverso la giurisdizione amministrativa, nella grande maggioranza dei casi con l’impugnazione statale di ordinanze regionali di fronte ai giudici amministrativi, con esiti peraltro quasi sempre favorevoli allo Stato, concretatisi già prima delle decisioni di merito, in decreti di sospensione degli atti impugnati.

La circostanza che la Regione Valle d’Aosta abbia deciso di approvare una disciplina legislativa che per taluni aspetti si sovrappone a quella statale potrebbe dunque fornire alla Corte l’occasione per pronunciarsi, dall’angolazione dei rapporti tra competenze statali e regionali, sull’impianto complessivo del sistema normativo disegnato dalle fonti statali e sul ruolo che in esso è riconosciuto alle autonomie regionali nell’esercizio delle loro competenze legislative.

A rendere possibile questo giudizio complessivo del resto, è lo stesso tenore del ricorso statale, che pare volto, quanto meno nella sua parte iniziale e più importante, a contestare in radice la possibilità che interventi regionali di normazione primaria entrino nel sistema di gestione della pandemia così come definito dal sistema imperniato sulla decretazione d’urgenza e sui d.p.c.m. di attuazione. A suffragare questo assunto sono finalizzate le censure statali formulate nella parte iniziale del ricorso, che vale la pena riassumere in modo sommario e con l’esclusiva finalità di valutare alla loro luce le argomentazioni spese dalla Corte nell’ordinanza n. 4 del 2021 per concedere la sospensione cautelare.

---

<sup>15</sup> L’impianto fondamentale di questa normazione risale al d.l. n. 16 del 2020, successivamente varie volte modificato, ma non nelle sue linee portanti, da interventi emergenziali successivi. Nel quadro disegnato da tale decreto le misure di contrasto alla pandemia sono demandate alla previsione nella fonte primaria di una serie di limiti generali finalizzati al contenimento della pandemia, la cui concreta applicazione è poi definita attraverso d.p.c.m., nei confronti dei quali le Regioni hanno poteri di proposta e devono essere sentite; quanto ai poteri regionali, essi possono essere esercitati con ordinanze, che tuttavia possono essere adottate solo alle condizioni, e con i limiti contenutistici, previsti nella fonte primaria e soltanto “nelle more” dell’adozione dei d.p.c.m. In questa cornice generale si inserisce anche il d.l. 16 maggio 2020, n. 33, cui il ricorso statale fa in particolare riferimento. In quest’ultimo atto è prevista altresì la divisione del paese in “zone” sulla base della gravità della situazione epidemiologica, affidata ad una ordinanza del Ministro della Salute.

I parametri evocati nel ricorso statale sono vari e sono qui richiamati in modo schematico, e soprattutto nella parte in cui contestano nel suo complesso la legge valdostana: essi conducono alla conclusione che le disposizioni della legge regionale, pur vertendo in materie assegnate statutariamente alla competenza regionale, per la loro complessiva finalità di contrasto alla pandemia in (potenziale) dissonanza con quanto stabilito dai decreti legge e dai d.p.c.m. sarebbero sottratti alla competenza regionale. Ciò in quanto gli atti statali di contrasto alla diffusione del COVID-19 sarebbero legittimi atti di esercizio di competenze esclusive dello Stato, e segnatamente di quelle relative alla profilassi internazionale (art. 117, comma 2, lett. q)), della fissazione dei livelli essenziali delle prestazioni relative ai diritti civili e sociali (art. 117, comma 2, lett. m)), oltre che alla fissazione dei principi fondamentali nella materia della tutela della salute (art. 117, comma 3); vengono inoltre censurati sotto il profilo del mancato rispetto del principio di sussidiarietà e di quello di leale collaborazione.

La presenza dei titoli di competenza statale appena citati e radicati nell'art. 117 Cost. avrebbe determinato altresì "a chiusura del sistema l'attrazione allo Stato delle funzioni amministrative occorrenti per la gestione unitaria della situazione di emergenza epidemiologica", in attuazione del principio di sussidiarietà, e ciò avrebbe attratto alla figura del d.p.c.m. "ascrivibile alla categoria dottrinale degli 'atti necessitati'" la competenza all'adozione delle misure di contenimento dell'emergenza epidemiologica in atto. Quanto detto giustifica, nella prospettazione del ricorso, la possibilità di interventi regionali solo nel caso in cui questi consistano in misure interinali e di ulteriore profilassi (e dunque solo più limitativi di quelli statali, come previsto dai decreti legge attualmente vigenti), le quali comunque devono essere frutto di collaborazione con lo Stato. L'esito di questo ragionamento, negli argomenti del ricorso, è in sostanza quello di precludere in radice la possibilità che le Regioni approvino leggi finalisticamente preordinate al (o comunque interferenti con il) contenimento dell'epidemia di competenza di atti statali. Questo determinerebbe infatti una sorta di cristallizzazione in legge di misure regionali, "in deroga alla (...) disciplina statale [determinando una situazione che] in caso di aumento del contagio non potrebbe essere modificata neanche dal legislatore statale". In questo quadro, dunque, gli unici interventi di contenimento dell'epidemia a disposizione delle Regioni sarebbero "quelli adottati in via amministrativa negli ambiti e con le modalità appositamente stabiliti dalla disciplina primaria statale".

Accanto a queste censure, che coinvolgono la legge nel suo complesso, il ricorso prosegue poi con singoli e specifici rilievi alle singole disposizioni della legge, per

chiudersi con la formulazione di un'istanza di sospensione dell'intera legge regionale, argomentando la sussistenza del *periculum in mora* anche alla luce del fatto che recenti decisioni giurisdizionali amministrative, abbiano respinto domande di sospensione cautelare avanzate contro ordinanze adottate sulla base della legge impugnata (che peraltro a parere del giudice amministrativo erano più restrittive di quelle statale), e paventando il rischio che altre Regioni seguano l'esempio valdostano.

#### **4. Gli argomenti della Corte in sede di valutazione dei presupposti della tutela cautelare: *fumus boni iuris* e *periculum in mora* nella motivazione dell'ordinanza**

Come si segnalava, l'ordinanza n. 4 del 2021 decide la sospensione cautelare della legge impugnata. Dopo aver sintetizzato i termini delle rispettive posizioni delle parti (udite nella camera di consiglio) essa è per la verità particolarmente stringata sul piano delle motivazioni circa la sussistenza dei presupposti per la concessione della misura cautelare, e tuttavia, nonostante questo, alcune osservazioni sul punto possono essere svolte.

In primo luogo, aderendo alla istanza di parte statale, la Corte si pronuncia sulla sospensione dell'intera legge, e non su una sospensione parziale, che pure sarebbe stata possibile ai sensi dell'art. 35 l. 87 del 1953, tanto più in presenza di puntuali censure verso le singole disposizioni della legge impugnata. La scelta è giustificata dalla Corte in quanto "i limiti propri dell'esame che è possibile condurre in questa fase cautelare impediscono una verifica analitica delle singole disposizioni contenute dalla legge regionale impugnata".

In secondo luogo, va osservato che la motivazione della Corte prende prima di tutto in considerazione la sussistenza del *fumus boni iuris*<sup>16</sup>: su questo punto, appare significativo che nella motivazione dell'ordinanza la Corte individui la sussistenza di questo presupposto in uno solo tra i tanti parametri evocati nel ricorso, ossia nella competenza statale esclusiva in materia di profilassi internazionale (art. 117, secondo comma, lett. q)), non prendendo viceversa in considerazione gli altri profili di censura. Ed anzi la Corte appare sul punto piuttosto risoluta, nell'affermare – a sostegno della sussistenza del *fumus* – che "la pandemia in corso ha richiesto e

---

<sup>16</sup> Pur senza voler eccedere in formalismi inutili, è forse opportuno ricordare che nell'unico precedente di valutazione nel merito di un'istanza cautelare, operato nella ord. n. 107 del 2010, la Corte aveva analizzato sostanzialmente soltanto la presenza del *periculum in mora*, senza nemmeno considerare l'altro requisito

richiede interventi rientranti nella materia della profilassi internazionale di competenza esclusiva dello Stato ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lett. q), Cost.". Non si può ovviamente pretendere di derivare da questo richiamo troppe conseguenze circa gli argomenti che saranno impiegati nella decisione di merito (tanto più che esso è contenuto in una valutazione, necessariamente sommaria, propedeutica ad un provvedimento cautelare). Cionondimeno è possibile osservare come possa essere revocabile in dubbio che il richiamo esclusivo a questa disposizione costituzionale sia tale da legittimare da solo l'intera competenza esercitata dallo Stato, almeno alla luce dell'impiego che sinora ha avuto nella giurisprudenza della Corte. L'art. 117, comma 2, lett. q) della Costituzione è infatti ad oggi stato usato non particolarmente di frequente nella giurisprudenza costituzionale in materia di salute umana, e comunque sempre in combinazione con altri parametri (quali quelli attinenti ai principi fondamentali in materia di tutela della salute o di istruzione<sup>17</sup>), mentre più frequente ne appare l'impiego in decisioni riguardanti la zootecnia e la salute animale (e talora l'agricoltura), ma quasi sempre in connessione con puntuali impegni internazionali o specifici vincoli europei che impongono una disciplina uniforme a livello statale, e comunque spesso in connessione con altri titoli di competenza statale, quali ad esempio la tutela dell'ambiente e dell'ecosistema<sup>18</sup>. Pur essendo ovviamente presenti nella pandemia, non foss'altro che per la sua dimensione globale, elementi che rimandano ai rapporti internazionali dello Stato, l'integrale riconduzione a questa materia dell'intera disciplina statale sarebbe probabilmente un'innovazione nella giurisprudenza della Corte.

La circostanza che la Corte costituzionale abbia scelto, tra i diversi parametri astrattamente utilizzabili, quello appena citato potrebbe piuttosto forse discendere per un verso dalla decisione di pronunciare la sospensione dell'intera legge regionale; per un altro verso dalla natura speciale dell'autonomia valdostana. È infatti da rilevare che molti dei settori materiali investiti dalla disciplina regionale sono riconducibili a competenze regionali, in alcuni casi anche primarie, ed un limite

---

<sup>17</sup> In questo senso si v. a titolo puramente esemplificativo ad es. la giurisprudenza in materia di vaccinazioni obbligatorie (sent. n. 5 del 2018 e più di recente la sent. 186 del 2019), nelle quali la competenza in materia di profilassi internazionale svolge un ruolo per vari aspetti ancillare rispetto ad altri parametri, e comunque sempre in relazione con impegni di natura internazionale

<sup>18</sup> Anche qui si possono citare a titolo esemplificativo nella giurisprudenza più recente le sentt. 270 del 2016, 173 del 2014, 72 del 2013, 406 del 2005, 12 del 2004. In generale per una rassegna storico-normativa relativa alla riserva allo Stato della profilassi internazionale si v. L. Zanetti, *Art. 126. Profilassi internazionale*, in AAVV (a c. Di G. Falcon), *Lo Stato autonomista. Funzioni statali, regionali e locali nel decreto legislativo n. 112 del 1998 di attuazione della legge Bassanini n. 59 del 1997*, Bologna, 1998, 427 e ss.

opponibile a questo tipo di competenze è quello derivante dagli obblighi internazionali, cui la profilassi internazionale può essere in qualche misura ricondotta, anche in forza di quanto disposto da diversi decreti legislativi di attuazione dello Statuto, che il ricorso puntualmente richiama <sup>19</sup>.

Esaurita in una motivazione molto stringata la valutazione del *fumus*, la Corte è un poco più analitica nell'esame dei requisiti per l'emanazione del provvedimento cautelare sotto il profilo del *periculum in mora*: a questo riguardo si osserva – nel giustificare il rischio di “un grave e irreparabile pregiudizio all’interesse pubblico” e quello di “un pregiudizio grave e irreparabile per i diritti dei cittadini”, che “la legge regionale impugnata, sovrapponendosi alla normativa statale, dettata nell’esercizio della predetta competenza esclusiva, espone di per sé stessa al concreto e attuale rischio che il contagio possa accelerare di intensità per il fatto di consentire misure che possono caratterizzarsi per minor rigore; il che prescinde dal contenuto delle ordinanze in concreto adottate”. Si aggiunge poi che “le modalità di diffusione del virus Covid-19 rendono qualunque aggravamento del rischio, anche su base locale, idoneo a compromettere, in modo irreparabile, la salute delle persone e l’interesse pubblico ad una gestione unitaria a livello nazionale della pandemia, peraltro non preclusiva di diversificazioni regionali nel quadro di una leale collaborazione”.

A commento di questa parte della motivazione dell’ordinanza (nella quale i corsivi sono aggiunti), non si può fare a meno di osservare che la sua formulazione è strettamente collegata alla ricostruzione che la Corte fa del *fumus boni iuris*, ed in questo quadro la sua valutazione può apparire come strettamente dipendente da esso <sup>20</sup>. La Corte pare infatti muovere dall’assunto che il *periculum in mora* sia concretizzato dal fatto stesso che la legge regionale impugnata sia intervenuta, in quanto la diversificazione legislativa delle discipline costituirebbe di per sé stessa un pericolo (anche solo potenziale) di allentamento delle misure di contenimento della pandemia, e che il valore da preservare sia comunque quello della gestione centrale delle misure di contenimento. Ciò non preclude del tutto discipline in parte diversificate delle Regioni, ma le rende possibili soltanto attraverso atti adottati all’esito di procedure collaborative, e che dunque non possono che assumere una

---

<sup>19</sup> Il ricorso governativo pare piuttosto attento sul punto, citando a sostegno delle sue argomentazioni anche alcuni decreti legislativi di attuazione dello Statuto valdostano, che individuano i vincoli discendenti dalle esigenze di profilassi internazionale come limite invalicabile all’esercizio di competenze legislative anche primarie, in quanto riconducibile al rispetto di obblighi internazionali.

<sup>20</sup> Da questo punto di vista la decisione in commento si distacca dall’ord. 107 del 2010, che aveva considerato autonomamente e preliminarmente la sussistenza del *periculum in mora*, prescindendo del tutto dalla valutazione del *fumus boni iuris*

forma non legislativa e devono rimanere vincolati all'osservanza dei limiti imposti dalla legislazione statale.

Da questo punto di vista, la ricostruzione del *periculum in mora* (che, come la Corte esplicitamente afferma, si concreta nella semplice *possibilità* che interventi fondati su leggi regionali attenuino le misure di prevenzione, e dunque *prescinde* dal contenuto concreto di tali misure) pare riecheggiare da vicino gli argomenti esposti nel ricorso. Come si è accennato esso è infatti è imperniato – almeno nella sua parte iniziale – non già nel far valere un vincolo derivante da decisioni assunte in sede statale opponibile ai possibili contenuti della legge regionale, ma piuttosto nell'affermare una sorta di incompetenza legislativa regionale per così dire “assoluta” laddove si tratti di misure finalizzate o comunque interferenti con il controllo della pandemia. In forza di questa incompetenza della legge, gli interventi regionali risulterebbero legittimi soltanto nella misura in cui questi abbiano la forma di atti sublegislativi, configurando una sorta di riserva di atto amministrativo regionale in ambiti comunque interferenti con le esigenze di gestione della crisi sanitaria, anche quando questi si intreccino con competenze di sicura spettanza regionale.

Anche senza voler ricavare troppo dagli argomenti usati per giustificare la sospensione cautelare della legge, dunque, l'impressione è che il complessivo approccio della Corte costituzionale sia nella direzione di considerare costituzionalmente giustificato – nei rapporti tra Stato e Regioni – il “sistema” disegnato a partire dal d.l. n. 19 del 2020, che individua la garanzia della partecipazione delle Regioni alla gestione dell'emergenza sanitaria per un verso a qualche forma di collaborazione in ordine ai d.p.c.m.; per altro verso alla possibilità di adottare ordinanze di necessità comunque di natura interinale e conformate nei loro possibili contenuti dalla legislazione statale.

Le considerazioni appena svolte, naturalmente, costituiscono soltanto delle impressioni derivate dal modo in cui la Corte ha valutato i presupposti per accordare la tutela cautelare e come tali vanno prese. Sebbene esse possano fondare un pronostico non così difficile sull'esito della controversia, non possono certo pretendere di anticipare una valutazione sulla decisione di merito che a breve sarà assunta, e che potrebbe essere (e certamente sarà) più analiticamente argomentata.

## 5. I possibili problemi legati al seguito della decisione cautelare

Qualche ulteriore considerazione a margine dell'ordinanza n. 4 del 2021 ha a che fare, come si anticipava, con le possibili conseguenze della sua emanazione. Sotto

questo profilo, la possibilità di sospendere una legge o un atto avente forza di legge può presentare questioni in parte comuni con ogni altra fattispecie di sospensione cautelare di un atto impugnato; sotto altri profili tuttavia potrebbe proporre problemi specifici, cui vale la pena fare un cenno.

Nel caso di specie, in particolare, la legge regionale impugnata e sospesa dalla Corte ha ricevuto una serie di atti regionali di attuazione, che ovviamente non sono oggetto di impugnazione dinanzi alla Corte (né in quella sede avrebbero potuto esserlo). In particolare, dopo l'entrata in vigore della l.r. n. 11 del 2020, si contano varie ordinanze del Presidente della Giunta regionale che esercitano i poteri conferiti dalla legge al Presidente della Giunta <sup>21</sup>.

Se per un verso può assumersi come un dato certo (e del resto ovvio) che la sospensione dell'efficacia della legge preclude (sia pure provvisoriamente) l'emanazione di ulteriori ordinanze che le diano esecuzione, più complesso è il problema dello "statuto" da riconoscere alle regole contenute nelle ordinanze già emesse. Questo problema ha qualche assonanza con una questione "storica" in ordine agli effetti delle sentenze della Corte sugli atti amministrativi. Ci si riferisce al problema delle conseguenze delle decisioni di accoglimento della Corte in rapporto agli atti amministrativi adottati sulla base della legge che la Corte abbia dichiarato incostituzionale. A quel problema, presentatosi fin dai primi anni di funzionamento della Corte non si può nemmeno accennare in questa sede <sup>22</sup>, se non per concludere che esso è stato alla fine risolto predicando non già il "travolgimento" di tali atti, quanto piuttosto un loro vizio di invalidità sopravvenuta, che può essere rilevato dal giudice: al di là delle ipotesi di annullamento in autotutela da parte dell'amministrazione, dunque, solo l'intervento giurisdizionale può annullare tali atti.

Adattando le conclusioni appena formulate ad una fattispecie, quale quella della sospensione, che è certamente diversa (ma anche per così dire "meno grave") rispetto a quella richiamata, può concludersi nel senso che la sospensione della legge non possa automaticamente comportare la sospensione (e dunque la provvisoria inefficacia) degli atti di sua attuazione. Piuttosto, anche in forza della peculiarità del caso, si potrebbe forse predicare che la sospensione della legge consentirebbe di considerare la disciplina dettata dalle ordinanze regionali "cedevole" rispetto alla

---

<sup>21</sup> Tra queste sono da segnalare in particolare le ordinanze 22 dicembre 2020, n. 575 e l'ordinanza 23 dicembre 2020, n. 580 (quest'ultima in materia di commercio al dettaglio e servizi alla persona), consultabili sul sito [https://www.regione.vda.it/pressevda/Eventi/decreti\\_ordinanze\\_i.aspx](https://www.regione.vda.it/pressevda/Eventi/decreti_ordinanze_i.aspx)

<sup>22</sup> Per una ricostruzione più analitica della vicenda si v., se si vuole, P. Giangaspero, *Il principio di legalità e il "seguito amministrativo" delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale*, Trieste, 2003, pp. 23 e ss.

disciplina statale con essa eventualmente contrastante (e ci si riferisce non soltanto, ovviamente, alla disciplina statale che eventualmente sopravvenga nelle more della decisione della Corte, ma anche a quella che sia stata emessa nel passato e non abbia trovato applicazione nella Regione in forza della “barriera” determinatasi a seguito dell’approvazione della legge regionale) . Se tuttavia una soluzione di questo genere potrebbe essere applicata in sede di eventuali contenziosi di fronte all’autorità giudiziaria, ben più difficilmente potrebbe essere praticata una immediata e diretta provvisoria “disapplicazione” nei termini appena suggeriti della normativa regionale ad opera dell’amministrazione regionale.

Probabilmente il problema in concreto potrebbe non essere così urgente, stante che – per espresso riconoscimento anche dello Stato – il contenuto delle ordinanze valdostane è ispirato a una qualche forma di *self-restraint*, e non presenta eccessivi discostamenti rispetto ai limiti previsti dalla legislazione statale. Cionondimeno, per favorire una qualche chiarezza del quadro normativo anche nel lasso di tempo che perdurerà fino alla decisione di merito, che in ogni modo la Corte assumerà a breve, sarebbe probabilmente opportuno un intervento regionale di sospensione dell’efficacia delle ordinanze al momento vigenti.

# «C'È QUALCOSA DI NUOVO OGGI NEL SOLE, ANZI D'ANTICO»\*: LA «MAGISTRATURA - CORPORAZIONE» NON SMENTISCE SE' STESSA NEMMENO QUANDO POTREBBE E, SOPRATTUTTO, DOVREBBE

**Ludovico A. Mazzaroli**

*Professore Ordinario di Diritto Costituzionale nell'Università degli Studi di Udine*

**ABSTRACT** [ITA]: Il lavoro tratta della profonda crisi in cui versano il Potere giurisdizionale e il Consiglio Superiore della Magistratura in Italia, analizzandone alcune delle cause.

**ABSTRACT** [ENG]: *The work deals with the deep crisis of the Italian Jurisdictional Power and those of the Superior Council of the Judiciary (Consiglio Superiore della Magistratura), analyzing some of its causes.*

«È peggio di un crimine, è un errore».  
JOSEPH FOUCHÉ

---

\* Mi scuso con GIOVANNI PASCOLI e con una delle sue Poesie più conosciute: «L'aquilone».

**SOMMARIO:** **1.** Riassunto delle puntate precedenti. - **2.** Il primo periodo del «dopo Palamara»: l'ovvio calo della fiducia del Paese nella Magistratura. - **3.** Di sentenze che la Magistratura non dovrebbe porre in essere se le interessa riguadagnare almeno parte della fiducia perduta. - **4.** Il dott. Palamara avanti la sezione disciplinare del C.S.M. Un «colpo di spugna» che fa più male che bene alla Magistratura. - **5.** Di C.S.M. eletto e C.S.M. in carica; del dott. Davigo: da eroe del *pool* di «Mani Pulite» al tentativo (per ora fallito) di ... «resistere ad oltranza» in C.S.M. ... con un ricorso al T.A.R. che non fa che peggiorare le cose. - **6.** Bibliografia.

## 1. Riassunto delle puntate precedenti.

Torno ancora una volta su un argomento che ho più volte *frequentato*, nel corso dell'ultimo decennio, ma, nel farlo, non posso che prendere le mosse da quanto già scritto nelle occasioni precedenti<sup>1</sup>.

In esse, volta per volta, ho cercato di esporre i miei convincimenti in tema di • «interpretazione creativa» da parte di giudici pieni di fantasia, ma per nulla rispettosi dell'art. 101, comma 2, Cost.; di ciò che la Costituzione intende con l'espressione • la «magistraturacostituisce un ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere» (... che non equivale affatto a ... ogni magistrato è autonomo e indipendente da chicchessia); del • rapporto che sussiste tra il dettato dell'appena ricordato art. 101, comma 2, Cost. («I

<sup>1</sup>Andando a ritroso, nel tempo: L.A. MAZZAROLLI, *Considerazioni sparse su Costituzione, Magistratura, magistrati e Giustizia. «Il re è nudo»: la vera minaccia all'autonomia della Magistratura ... viene, oggi, dalla Magistratura*, in *Quaderni amm.vi* n. 3/2020, pp. 101 - 127 (18/6/2020); L.A. MAZZAROLLI, *Magistrati e Costituzione. Costituzione e «Carte dei diritti» e pronunce di Corti europee. Art. 101 e 117, co. 1, Cost. «Tout se tient»*, in AA.VV., *Scritti per Roberto Bin*, a cura di C. BERGONZINI, A. COSSIRI, G. DI COSIMO, A. GUAZZAROTTI, C. MAINARDIS, pp. 536 ss., Torino, 2019; L.A. MAZZAROLLI, «*Giudici ordinari e Consiglio superiore della Magistratura. Canto di un Maestro e controcanto di un allievo («anomalo») in tema di magistratura e magistrati*», in S. BARTOLE, «*Scritti scelti*», a cura di R. BIN, A.O. COZZI, F. DIMORA, G.P. DOLSO, F. GAMBINI, P. FARAGUNA, P. GIANGASPERO, D. GIROTTO, L.A. MAZZAROLLI, Jovene, Napoli, 2013, pp. 361 ss.; L.A. MAZZAROLLI, *Considerazioni «sparse» per una «indipendenza» della Magistratura che non pretenda di essere sinonimo di esercizio di un potere sottratto a controllo*, in AA.VV., *L'indipendenza della Magistratura in Europa e il ruolo dei Consigli di giustizia*, a cura di L. MONTANARI e E. D'ORLANDO, *Atti del Convegno dallo stesso titolo, tenutosi a Udine, il 6/5/2010*, pubbl. in *Dir. pubbl. comp. ed europeo* n. IV/2010, pp. 1607 ss.

giudici sono soggetti soltanto alla legge») e la • «naturalissima» – in uno stato di diritto – soggezione del potere giurisdizionale a quello legislativo; dell’ • «innaturale» strapotere dei pubblici ministeri nel nostro Paese, quale anomalo portato di una sola accampata, ma non supportata e tantomeno comprovata da alcunché, necessità di preservarli nella loro (pretesa) autonomia (... da non si sa bene cosa).

Nel lavoro più recente, muovendo da attualissimi episodi di cronaca giudiziaria (nell’inconsueto senso di ... «relativa a magistrati») ho ragionato di • *Associazione Nazionale Magistrati*; • *di correntismo dei Magistrati*; • *di interviste televisive di Magistrati*; • *di Consiglio Superiore della Magistratura*; • *di (oggi ex)protagonisti di peso del mondo giudiziario*; • *di affermazioni di (gran) peso rilasciati da questi ultimi*; • *di giornali e testate televisive e giornalisti di altrettanto peso ... che decidono, a discapito della libertà dei cittadini di essere informati, ciò cui dare risalto e ciò che va messo del dimenticatoio, a seconda di convenienze di carattere perlopiù politico, spingendomi sino a • proporre ciò che, a mio avviso, andrebbe fatto, e al più presto, da un Parlamento cui interessasse, più che la politica di piccolo o infimo cabotaggio, riappropriarsi del ruolo primario che la Costituzione gli assegna.*

## **2. Il primo periodo del «dopo Palamara»: l’ovvio calo della fiducia del Paese nella Magistratura.**

Da uno di quei sondaggi che, ormai, non emozionano più nessuno, ma che ciononostante tutti continuano a guardare, emergeva, il 24 giugno scorso<sup>2</sup>, come le:

*«opinioni dei cittadini nei confronti della magistratura sono profondamente cambiate negli ultimi anni: come tutte le istituzioni di garanzia (presidenza della repubblica, esercito, forze dell’ordine) la magistratura ha per lungo tempo beneficiato di una grande fiducia. Il consenso toccò picchi elevati quando, negli Anni di piombo, i terroristi e la mafia uccisero diversi magistrati e successivamente ai tempi di Tangentopoli nella quale i magistrati vennero considerati veri e propri eroi popolari in lotta contro le malefatte dei politici».*

<sup>2</sup> È datata 31 maggio 2020 l’intervista al dott. Palamara rilasciata al giornalista Massimo Giletti, sul canale televisivo «La7», nel corso del programma: «Non è l’Arena».

Da allora, sono profondamente mutati *i criteri di valutazione sulla magistratura che paiono più influenzati dal funzionamento del sistema giudiziario, afflitto da tempi lunghissimi, [...] da provvedimenti e sentenze giudicate discutibili»* e, da ultimo dalla «*vicenda Palamara-Csm*», di talché «*il consenso per la magistratura segna una ulteriore contrazione: solo un italiano su tre (35%) dichiara di aver fiducia mentre il 55% non ne ha. L'indice di fiducia, calcolato escludendo coloro che non esprimono un giudizio, si attesta a 39, il valore più basso di sempre, in flessione di 8 punti rispetto allo scorso anno e di ben 30 rispetto al picco più elevato raggiunto nel 2011 quando, all'apice della crisi economica e politica che portarono all'avvento del governo tecnico di Mario Monti gli italiani, disillusi rispetto ai partiti, riponevano le loro speranze nelle istituzioni di garanzia*<sup>3</sup>.

A fronte di una situazione di questo genere, il Magistrato (organo monocratico o collegiale che sia) e la Magistratura intera possono cercare di riconquistarsi la stima e la fiducia della gente in molti modi, tranne – poco ma sicuro – i due che seguono.

### **3. Di sentenze che la Magistratura non dovrebbe porre in essere se le interessa riguadagnare almeno parte della fiducia perduta.**

**3a.** -Nella sentenza 29 maggio 2020, n. 16458 (Pres. Luca Ramacci; Rel. Donatella Galterio), tenuta in seguito a un'udienza del 18 febbraio precedente<sup>4</sup>, la III Sezione della Cassazione Penale ha testualmente affermato quanto segue:

<sup>3</sup> N. PAGNONCELLI, *Magistrati, la fiducia è ai minimi: 35%. E per il 61% degli italiani è uno scandalo che avrà delle conseguenze. Il 55% degli italiani non crede nei giudici. L'indice di autorevolezza è il più basso di sempre. I cittadini hanno cambiato profondamente opinione negli ultimi anni*, in *Corriere.it* (21/6/2019, con modifica del 24/6/2019). (Per i pochi che non lo sanno, Pagnoncelli è amministratore delegato di «*Ipsos Italia*» che è il ramo patrio di «*Ipsos Group s.a.*», istituto di rilevazioni e sondaggi che ha la sua sede principale a Parigi ed è quotato in borsa sin dal 1999). La sottolineatura è mia.

Il 31 gennaio del 2020, cioè solo poco meno di cinque mesi prima, il rapporto «*Eurispes*» 2020 dava notizia del crollo della «*fiducia nelle Istituzioni*», ma con una «*fiducia nei confronti della Magistratura [che] continua[va] a crescere, sebbene non riesca ad oltrepassare la soglia della metà dei consensi (49,3%, +2,8% rispetto al 2019*»: cfr. in <https://www.redazione.news/attualita/2020/01/31/eurispes-rapporto-2020-crolla-la-fiducia-nelle-istituzioni/> (10/11/2020).

<sup>4</sup> La Cassazione si pronunciava sul ricorso presentato avverso la sentenza 11/2/2019 della Corte di Appello di Lecce.

[La sentenza la si può scaricare integralmente p. es. da <https://www.giurisprudenzapenale.com/wp-content/uploads/2020/09/cass-pen-2020-16458.pdf> (10/11/2020)].

«... le conclusioni tratte dal consulente del PM, che non solo non risultano contrastate con rilievi precisi e circostanziati svolti dalla perizia prodotta dalla difesa, che era onere del ricorrente indicare specificamente, ma che comunque, pur costituendo anch'esse il prodotto di un'indagine di parte, devono ritenersi assistite da una sostanziale priorità rispetto a quelle tratte dal consulente tecnico della difesa ...»<sup>5</sup>.

«Come condivisibilmente affermato da un precedente arresto di questa Corte [...] non può prescindersi dal ruolo precipuo rivestito dall'organo dell'accusa e dal suo diritto/dovere di ricercare anche le prove a favore dell'indagato, come stabilito dall'art. 358 c.p.p.: se è vero che il consulente viene nominato ed opera sulla base di una scelta sostanzialmente insindacabile del pubblico ministero, in assenza di contraddittorio e soprattutto in assenza di terzietà, è tuttavia altrettanto vero che il pubblico ministero ha per proprio obiettivo quello della ricerca della verità– concretamente raggiungibile attraverso una indagine completa in fatto e corredata da indicazioni tecnico scientifiche espressive di competenza e imparzialità –dovendosi necessariamente ritenere che il consulente dallo stesso nominato operi in sintonia con tali indicazioni»<sup>6</sup>.

«... è del resto dallo stesso ruolo di ausiliario dell'organo che lo ha nominato che discende la qualifica di pubblico ufficiale del consulente nominato dal PM nel corso delle indagini preliminari, il cui elaborato, pur non potendo essere equiparato alla perizia disposta dal giudice del dibattimento, è pur sempre il frutto di un'attività di natura giurisdizionale che perciò non corrisponde appieno a quella del consulente tecnico della parte privata. Gli esiti degli accertamenti e delle valutazioni del consulente nominato ai sensi dell'art. 359 cod. proc. pen. rivestono perciò, proprio in ragione della funzione ricoperta dal Pubblico Ministero che, sia pur nell'ambito della dialettica processuale, non è portatore di interessi di parte, una valenza probatoria non comparabile a quella dei consulenti delle altre parti del giudizio<sup>7</sup>».

---

In argomento, v., riassuntivamente (nel senso che riassume i diversi termini della questione), SIMONE FERRARI, *Appunti: il perito e il consulente tecnico di parte nel procedimento penale*, in <https://www.associazionelaic.it/il-perito-e-il-consulente-tecnico-di-parte-nel-procedimento-penale/> (10/11/2020).

<sup>5</sup> Il grassetto è mio, com'è mia la sottolineatura della parola «comunque» che mi sembra ... devastante.

<sup>6</sup> *Idem*.

<sup>7</sup> *Idem*.

**3b.** -Il (falso) sillogismo che ne emerge è, adoperando le parole della pronuncia, il seguente.

PREMESSA MAGGIORE: «*il pubblico ministero ha per proprio obiettivo quello della ricerca della verità*» ... *mentre l'imputato nel processo penale ha per obiettivo quello di essere assolto, o, comunque, di «limitare i [suoi] danni».*

PREMESSA MINORE: il «*consulente nominato dal PM nel corso delle indagini preliminari*» ha la qualifica di «*pubblico ufficiale*» e ciò che egli elabora è «*frutto di un'attività di natura giurisdizionale*».

CONCLUSIONE: gli «*esiti degli accertamenti e delle valutazioni del consulente [...]* **rivestono** [...] *una valenza probatoria non comparabile a quella dei consulenti delle altre parti del giudizio*».

Non essendo della materia, né essendo questa la migliore delle occasioni, non intendo in questa sede disquisire dell'art. 357, co. 1, del c.p. che dispone come, agli «*effetti della legge penale, sono pubblici ufficiali coloro i quali esercitano una pubblica funzione legislativa, giudiziaria o amministrativa*».

Ma – sarò strano io – perché mai il consulente «*nominato e opera[n]te sulla base di una scelta sostanzialmente insindacabile del pubblico ministero, in assenza di contraddittorio e soprattutto in assenza di terzietà*» (è di nuovo la sentenza a dirlo), deve essere ritenuto svolgere un' «*un'attività di natura giurisdizionale*» circa la quale, normalmente si dice, che la «*terzietà*» è tutto ?

Mi si obietterà che anche la *polizia giudiziaria* è senza dubbio composta di pubblici ufficiali e che, ai sensi del cit. art. 357, co. 1, del c.p., tra le ipotesi lì contemplate, essa non può che esercitare una pubblica funzione... giudiziaria.

Ma ci sono tre particolari che mi sembrano non trascurabili, al riguardo.

Il primo è che, nell'ambito delle indagini e del processo, la *polizia giudiziaria* ubbidisce a ordini dell'autorità giudiziaria (... il che, almeno lo si spera vivamente, non fa il consulente<sup>8</sup> la cui attività è certamente, e per sua stessa natura, funzionale agli accertamenti, rilievi e alle operazioni tecniche che servono al p.m., ma la cui

---

<sup>8</sup> L'art. 359 c.p.p., quello cui fa riferimento la sentenza, così dispone: «*Il pubblico ministero, quando procede ad accertamenti, rilievi segnaletici, descrittivi o fotografici e ad ogni altra operazione tecnica per cui sono necessarie specifiche competenze, può nominare e avvalersi di consulenti, che non possono rifiutare la loro opera*».

«specifica competenza» dovrebbe portarlo ad agire in autonomia di scienza, coscienza e mestiere).

Il secondo è che la polizia giudiziaria si compone di soggetti che svolgono la loro attività per professione e che sono dipendenti della p.A.

Il terzo è che la polizia giudiziaria è, secondo la Costituzione, a disposizione dell'«autorità giudiziaria» generalmente intesa e non dei soli pubblici ministeri.

Insomma, e per farla breve, ho grossi dubbi sul fatto che un privato quale che sia, nominato a discrezione di un p.m., diventi «pubblico ufficiale» per effetto di quella nomina, come se affiancare nel suo lavoro il p.m. potesse farlo assurgere a un livello di *sacertà istituzionale*.

Ma ho ancora più dubbi sul fatto che il privato, pur «nominato e ... assunto», svolga un'«attività» che diventa qualificabile come dotata «di natura giurisdizionale» per la sola circostanza di venire esplicitata accanto al p.m., cioè a dire, quasi «per contatto», perché prestata, affiancando quest'ultimo.

Volevo scriverlo e l'ho scritto, ma pre-cedo (nel senso che cedo senza combattere ancor prima che le avanzino) a fronte delle obiezioni degli specialisti in materia.

**3c.** - Diamo allora pur per concesso il dato di legislazione primaria di cui all'art. 357, co. 1, c.p. e interpretiamolo come fanno i più, con un consulente che, siccome viene nominato dal p.m., diventa immediatamente «pubblico ufficiale», competente – senza affrontare e vincere un concorso, ma neppure, *ex art. 106 Cost.*, in uno dei casi in cui la «legge sull'ordinamento giudiziario ... ammett[a] la nomina, anche elettiva, di magistrati onorari per tutte le funzioni attribuite a giudici singoli»<sup>9</sup> – a porre in essere atti «di natura giurisdizionale».

Con la conclusione raggiunta dalla sentenza in esame («Gli esiti degli accertamenti e delle valutazioni del consulente [...] rivestono [...] una valenza probatoria non comparabile a quella dei consulenti delle altre parti del giudizio») non cozza il dato, di portata, forza e valore costituzionale, di cui all'art. 111 Cost.<sup>10</sup> sul c.d. (... per la verità, ancora molto

<sup>9</sup> Penso ai *Giudici onorari di tribunale* (GOT) e ai *Vice procuratori onorari* (VPO), ma anche ai *Giudici di Pace*, questi ultimi, peraltro, anch'essi «onorari», ma nominati con decreto del Ministro della giustizia a seguito di una selezione per titoli bandita, distretto per distretto, dal Presidente della Corte d'Appello.

<sup>10</sup> Mi riferisco, ovviamente, al testo della disposizione quale risultante dopo la sua modifica disposta dalla l. cost. 23 novembre 1999, n. 2 («*Inserimento dei principi del giusto processo nell'articolo 111 della Costituzione*»),

«c.d.») «giusto processo regolato dalla legge», cui è stata data attuazione con la successiva l. 1/3/2001, n. 63 («Modifiche al codice penale e al codice di procedura penale in materia di formazione e valutazione della prova in attuazione della legge costituzionale di riforma dell'articolo 111 della Costituzione»)?

I primi sei commi dell'art. 111 Cost. (sugli otto complessivi che lo compongono) rispettivamente dispongono quanto segue:

- «1. La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge.
- «2. Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata.
- «3. Nel processo penale, la legge assicura che la persona accusata di un reato sia, nel più breve tempo possibile, informata riservatamente della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico; disponga del tempo e delle condizioni necessari per

---

entrata in vigore il 7 febbraio 2000, e a mezzo della quale sono stati premessi cinque nuovi commi a quello che era originariamente il primo (... e che oggi è quindi il sesto: «Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati»).

In materia, senza alcuna pretesa di esaustività e muovendo da ciò che c'era ante riforma del 1999 [G. ILLUMINATI, *Accusatorio ed inquisitorio (sistema)*, in *Enc. giur.*, I, Roma, 1988]: AA.VV., *Compendio di procedura penale*, a cura di G. CONSO - V. GREVI, Padova, 2016; AA.VV., *Giusto processo. Nuove norme sulla formazione e valutazione delle prove. Legge 1° marzo 2001, n. 63*, a cura di P. TONINI, Padova, 2001; AA.VV., *Le erosioni silenziose del contraddittorio*, a cura di D. NEGRI - R. ORLANDI, Torino, 2017; AA.VV., *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile*, a cura di M.G. CIVININI - C.M. VERARDI, Milano, 2001; AA.VV., *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il «giusto processo» in materia civile*, a cura di B. CAPPONI - V. VERDE, Napoli, 2002; AA.VV., *Il rito accusatorio a vent'anni dalla grande riforma. Continuità, fratture, nuovi orizzonti*, Atti del Convegno di Lecce, 23-25 ottobre 2009, Milano, 2012; E. AMODIO, *Processo penale, diritto europeo e common law dal rito inquisitorio al giusto processo*, Milano, 2003; S. BUZZELLI, *Giusto processo*, in *Dig. disc. pen.*, Aggiornamento, II, 2004, 342 ss.; V. CAIANIELLO, *Riflessioni sull'art. 111 della Costituzione*, in *Riv. dir. proc.* 2001, LVI, 2001, 43 ss.; F. CASSIBBA, *Parità delle parti ed effettività del contraddittorio nel procedimento di sorveglianza*, in *Dir. pen. contemp.* nn. 3-4/2012, 13 ss.; M. CECCHETTI, *Giusto processo (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento, V, Milano, 2001, 595 ss.; M. CECCHETTI, *La riforma dell'art. 111 Cost.: tra fonti preesistenti, modifica della Costituzione, diritto intertemporale ed esigenze di adeguamento della legislazione ordinaria*, in *Osservatorio sulle fonti* 2000, 35 ss.; M. CHIAVARIO, *Giusto processo*, II) *Processo penale*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento, V, Milano, 2001, 627 ss.; L.P. COMOGLIO, *Etica e tecnica del «giusto processo»*, Torino, 2004; C. CONTI, *Giusto processo (proc. pen.)*, in *Diz. di dir. pubbl.*, a cura di S. CASSESE, III, Milano, 2006, 2815 ss.; F.R. DINACCI, *Giurisdizione penale e giusto processo verso nuovi equilibri*, Padova, 2003; P. FERRUA, *Giustizia del processo e giustizia della decisione*, in *Dir. pen. e proc.* 2015, 1201 ss.; P. FERRUA, *Il «giusto processo»*, Bologna, 2005; G. GIOSTRA, *Contraddittorio (principio del)*, II) *Dir. proc. pen.*, in *Enc. giur.*, Aggiornamento, VIII, Roma, 2001; R. KOSTORIS, *Giudizio (dir. proc. pen.)*, in *Enc. giur.*, Aggiornamento, Roma, XVI, 1997; O. MAZZA, *Contraddittorio (principio del) dir. proc. pen.*, in *Enc. dir.*, Annali, VII, Milano, 2014; D. NEGRI, *La Corte costituzionale mira a squilibrare il «giusto processo» sulla giostra dei bilanciamenti*, in *Arch. pen.* 2019, II, 1 ss.; M. TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la ricostruzione dei fatti*, Roma-Bari, 2009; G. UBERTIS, *Giusto processo (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, Annali II, T. I, Milano, 2008, 419 ss.; G. UBERTIS, *Azione penale, contraddittorio e durata ragionevole del processo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2005, I, 143 ss.; G. UBERTIS, *Principi di procedura penale europea. Le regole del giusto processo*, Milano, 2009; G. UBERTIS, *Prova e contraddittorio*, in *Cass. pen.* 2002, 1182 ss.

*preparare la sua difesa; abbia la facoltà, davanti al giudice, di interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico, di ottenere la convocazione e l'interrogatorio di persone a sua difesa nelle stesse condizioni dell'accusa e l'acquisizione di ogni altro mezzo di prova a suo favore; sia assistita da un interprete se non comprende o non parla la lingua impiegata nel processo.*

«4. Il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova. La colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore.

«5. La legge regola i casi in cui la formazione della prova non ha luogo in contraddittorio per consenso dell'imputato o per accertata impossibilità di natura oggettiva o per effetto di provata condotta illecita.

«6. Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati».

Ora, il «giusto processo» di cui al co. 1; le «condizioni di parità» di cui al co. 2; le «stesse condizioni dell'accusa» di cui al co. 3; il «principio del contraddittorio nella formazione della prova»<sup>11</sup> di cui al co. 4; il fatto che quanto appena ricordato non abbia luogo solo nelle ipotesi indicate nel co. 5 e solo nei casi regolati dalla legge; il generale obbligo di motivazione di tutti «i provvedimenti giurisdizionali» di cui al co. 5 come possono ritenersi non violati dalle conclusioni raggiunte dalla sentenza n. 16458/2020 della III sez. pen. della Cassazione ?

Detto diversamente, alla prova di un'impugnazione, avanti la Corte cost., dell'art. 359 c.p.p., siccome interpretato dalla predetta III sezione, sarebbe tanto agevole per il Giudice delle leggi avallare quell'interpretazione siccome non lesiva dei principi di cui all'art. 111 Cost. ?

Il tutto senza dimenticare che a fare l'affermazione che qui contesto è ... il giudice, cioè il soggetto che, per Costituzione, dovrebbe essere «terzo» (perché soggetto solo alla legge, ex art. 101, co. 2, Cost.) e «imparziale» (cioè neutro; *super partes*; privo di pregiudizi; indifferente rispetto al processo, alla sua logica, al suo esito; non collegabile, in alcun modo, ad alcuna delle parti in gioco; garante della «parità di armi» e, quindi, del corretto svolgimento del giudizio) tra accusa e difesa che la Costituzione stessa vorrebbe, nel «processo», svolgere il contraddittorio «nella

<sup>11</sup> Il «diapason della giurisdizione penale» per G. GIOSTRA, *Contraddittorio (principio del)* - II) *Dir. proc. pen.*, in *Enc. giur.*, VIII, Roma, 2001, 6.

*formazione della prova», essendo poste, trovandosi (... e sentendosi, il che – e non può essere sempre un caso – non avviene mai) «in condizioni di parità».*

**3d.** -Non solo, ma, tornando al testo della pronuncia<sup>12</sup>, si noti che quand'anche «*la perizia prodotta dalla difesa contrasti con rilievi precisi e circostanziati*» *le risultanze delle conclusioni tratte dal consulente del p.m., queste ultime, comunque, pur costituendo anch'esse il prodotto di un'indagine di parte, devono ritenersi assistite da una sostanziale priorità rispetto a quelle tratte dal consulente tecnico della difesa.*

Dal che *l'unica speranza*, per la difesa, che i convincimenti del perito del giudice siano coincidenti con quelli del consulente di parte.

È proprio un giudizio ... alla pari !

**3e.** - Secondo la stessa sezione della Cassazione (... ma non solo), in «*virtù del principio del libero convincimento, attingibile da qualsiasi atto legittimamente acquisito al processo, il giudice del merito può trarre argomenti di convinzione dalla relazione del consulente tecnico di parte, così come può non condividerne le conclusioni, privilegiando quelle rassegnate dal perito d'ufficio; tuttavia, ove egli intenda privilegiare le seconde rispetto alla prime, egli deve provvedere alla esposizione sintetica delle ragioni che lo hanno indotto a non ritenere valido il parere del tecnico di parte* (Corte di cassazione, Sezione III penale, 26 marzo 2018, n. 13997; *idem*, Sezione V penale, 25 febbraio 2015, n. 8527)»<sup>13</sup>.

E' una sentenza che precede di un mese la precedente, ma afferma un *quid* di (almeno apparentemente) incompatibile con quella.

In questa, la Cassazione afferma che il Giudice può *privilegiare le conclusioni rassegnate dal perito d'ufficio e non condividere quelle di cui alla relazione del consulente tecnico di parte*, ma, in questo caso, «*deve provvedere alla esposizione sintetica delle ragioni che lo hanno indotto a non ritenere valido il parere del tecnico di parte*».

Il che, a ben vedere, non significa solo ribadire che il giudice non può fare prevalere la sua scienza personale, non fondata su elementi specialistici, su quella di addetti ai lavori, senza dare spiegazioni (egli non è, cioè, come si suole dire, «*peritus*

<sup>12</sup> V. *supra*, sub2.1.

<sup>13</sup> Corte di cassazione, sez. III penale, sent. 24 gennaio - 14 aprile 2020, n. 12026 (Pres. Di Dicola, Rel. Gentili). Le sottolin. sono mie.

*peritorum*»), ma pure che le conclusioni rassegnate dal perito d'ufficio non prevalgono, in automatico, e in virtù della *pretesa sacertà* comunicata loro da chi assegna l'incarico, su quelle provenienti dai consulenti di parte.

Cassazione, III pen., n. 12026/2020, mi convince.

Cassazione, III pen., n. **16458/2020**, assolutamente no e rafforza le ragioni di chi, da tempo, a gran voce e in numero crescente, chiede la separazione della carriere di giudici e pubblici ministeri.

#### **4. Il dott. Palamara avanti la sezione disciplinare del C.S.M. Un «colpo di spugna» che fa più male che bene alla Magistratura.**

**4a.** - Il titolo di questo lavoro e la citazione di JOSEPH FOUCHÉ<sup>14</sup> riportata in apertura dello stesso, nascono con riferimento all'episodio di cui tratta il presente paragrafo. Non torno sui prodromi del c.d. «*caso Palamara*». Chi fosse interessato a conoscere ciò che ne penso e ciò che ne ho desunto, può leggerli il primo dei lavori ricordati *supra*, nella nota 2. Per gli altri, basti parte del titolo che già dice molto: «... *“Il re è nudo”*: la vera minaccia all'autonomia della Magistratura ... viene, oggi, dalla Magistratura».

Orbene, per le sue (al momento presunte) colpe, il dott. Palamara è sotto processo a Perugia con l'accusa di corruzione e la procura perugina (competente su reati commessi da magistrati in servizio a Roma e della quale, dal 17 giugno 2020, è, su nomina del C.S.M., Capo il dott. Cantone, per cinque anni e mezzo – dal 27 marzo 2014 al 23 ottobre 2019 – potente Presidente dell'«*Autorità nazionale anticorruzione*», siccome proposto dall'allora Presidente del Consiglio Renzi, confermato, all'unanimità, dalle Commissioni «*Affari costituzionali*» di Camera e Senato, deliberato dal Consiglio dei Ministri e formalmente nominato con d.P.R. 4 aprile 2014) ne ha chiesto il rinvio a giudizio il 25 agosto scorso.

---

<sup>14</sup> Nato nel 1759 e morto nel 1820, fu «*il*» Ministro di polizia di Napoleone I dal 1804 al 1810 e durante i «*cento giorni*». La frase «*È peggio di un crimine, è un errore*» la disse in occasione della fucilazione del trentatreenne Luigi Antonio duca di Enghien. Componente della famiglia dei Borboni, a torto ritenuto da Napoleone complice di una cospirazione realista per assassinarlo, venne fatto rapire fuori dai confini francesi, condotto a Vincennes e lì fucilato il 21 marzo 1804, otto mesi e mezzo prima dell'incoronazione di Napoleone a Imperatore dei Francesi.

La strada del processo penale, dunque, è appena cominciata, o, per meglio dire, non è ancora iniziata.

Contestualmente, quella del procedimento disciplinare non solo è iniziata, ma, per quanto di competenza del Consiglio Superiore della Magistratura, è già pure finita.

La cosa, non posso nascondere, mi preoccupa, o, meglio, inquieta, alquanto. A maggiore ragione perché la sanzione erogata a carico del dott. Palamara è la più grave che la sezione disciplinare<sup>15</sup> del C.S.M. possa disporre: la «rimozione» dall'ordine giudiziario<sup>16</sup> che «determina la cessazione del rapporto di servizio e viene attuata mediante decreto del Presidente della Repubblica»<sup>17</sup>.

La sanzione della rimozione si applica «al magistrato che sia stato condannato in sede disciplinare per i fatti previsti dall'articolo 3, comma 1, lettera e), che incorre nella interdizione perpetua o temporanea dai pubblici uffici in seguito a condanna penale o che incorre in una condanna a pena detentiva per delitto non colposo non inferiore a un anno la cui esecuzione non sia stata sospesa, ai sensi degli articoli 163 e 164 del Codice penale o per la

<sup>15</sup> Si vedano gli artt. 4 («Composizione della sezione disciplinare») della l. 24 marzo 1958, n. 195, con «Norme sulla Costituzione e sul funzionamento del Consiglio superiore della Magistratura» [e le sue successive modifiche di cui alle ll. 18 dicembre 1967, n. 1198 («Modificazioni alla legge 24 marzo 1958, n. 195, sulla costituzione e funzionamento del Consiglio superiore della magistratura»), 3 gennaio 1981, n. 1 («Modificazioni alla legge 24 marzo 1958, n. 195 e al decreto del Presidente della Repubblica 16 settembre 1958, n. 916, sulla costituzione e il funzionamento del Consiglio superiore della magistratura»), 22 novembre 1985, n. 655 («Modifiche al sistema per l'elezione dei componenti togati del Consiglio superiore della magistratura»), 28 marzo 2002, n. 44 («Modifiche alla legge 24 marzo 1958, n. 195, recante norme sulla costituzione e sul funzionamento del Consiglio superiore della magistratura»), nonché la sent. 22 luglio 2003, n. 262, della Corte cost. che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'articolo nella parte in cui non prevede[va] l'elezione, da parte del C.S.M., di ulteriori membri supplenti della Sezione disciplinare]; 6 («Deliberazioni della sezione disciplinare») della l. n. 195/1958 cit. [successivamente modificato dalle ll. nn. 1198/1967 cit., 1/1981 cit., 44/2002 cit. e 12 aprile 1990, n. 74 («Modifica alle norme sul sistema elettorale e sul funzionamento del Consiglio superiore della magistratura»)]; 17 («Forma dei provvedimenti»), u.c. («Contro i provvedimenti in materia disciplinare, è ammesso ricorso alle sezioni unite della Corte suprema di cassazione. Il ricorso ha effetto sospensivo del provvedimento impugnato»).

Si veda anche il «Regolamento Interno» approvato con deliberazione del 26 settembre 2016 e successivamente aggiornato con le modifiche apportate con deliberazione dell'8 luglio 2020.

<sup>16</sup> Si veda, oggi, il d. lgs. 23 febbraio 2006, n. 109 («Disciplina degli illeciti disciplinari dei magistrati, delle relative sanzioni e della procedura per la loro applicabilità, nonché modifica della disciplina in tema di incompatibilità, dispensa dal servizio e trasferimento di ufficio dei magistrati, a norma dell'articolo 1, comma 1, lettera f), della legge 25 luglio 2005, n. 150»).

Nell'art. 5, co. 1, si legge: «1. Il magistrato che viola i suoi doveri è soggetto alle seguenti sanzioni disciplinari: a) l'ammonizione; b) la censura; c) la perdita dell'anzianità; d) l'incapacità temporanea a esercitare un incarico direttivo o semidirettivo; e) la sospensione dalle funzioni da tre mesi a due anni; f) la rimozione».

<sup>17</sup> Così l'art. 11 del d. lgs. n. 109/2006 cit.

quale sia intervenuto provvedimento di revoca della sospensione ai sensi dell'articolo 168 dello stesso Codice»<sup>18</sup>.

Ma se, come osservato poc'anzi, il processo penale non c'entra, resta, del predetto articolo, solo la «condanna[...] in sede disciplinare per i fatti previsti dall'articolo 3 [«Illeciti disciplinari fuori dell'esercizio delle funzioni»], comma 1, lettera e)» e, cioè: «l'ottenere, direttamente o indirettamente, prestiti o agevolazioni da soggetti che il magistrato sa essere parti o indagati in procedimenti penali o civili pendenti presso l'ufficio giudiziario di appartenenza o presso altro ufficio che si trovi nel distretto di Corte d'appello nel quale esercita le funzioni giudiziarie, ovvero dai difensori di costoro, nonché ottenere, direttamente o indirettamente, prestiti o agevolazioni, a condizioni di eccezionale favore, da parti offese o testimoni o comunque da soggetti coinvolti in detti procedimenti».

Ma, in realtà, non è così, perché i due «capi di imputazione» sui quali è stato giudicato il dott. Palamara, su iniziativa della procura generale della Cassazione, sono stati i seguenti: il «comportamento scorretto [tenuto] nei confronti di colleghi» (i candidati alla guida della Procura di Roma e alcuni dei pubblici Ministeri di quella Procura) e il «tentativo di condizionare l'attività del C.s.m.», adoperando strumentalmente la propria posizione, in particolare quanto alle nomine nelle Procure<sup>19</sup>, il tutto «in violazione dei doveri di correttezza ed equilibrio» di cui, tra gli altri doveri lì menzionati, nell'art. 1 del d. lgs. n. 109/2006 cit.

Ora, quest'ultimo così dispone:

- «1. Il magistrato esercita le funzioni attribuitegli con imparzialità, correttezza, diligenza, laboriosità, riserbo e equilibrio e rispetta la dignità della persona nell'esercizio delle funzioni.
- «2. Il magistrato, anche fuori dall'esercizio delle proprie funzioni, non deve tenere comportamenti, ancorché legittimi, che compromettano la credibilità personale, il prestigio e il decoro del magistrato o il prestigio dell'istituzione giudiziaria.

<sup>18</sup> Così nell'art. 12, co. 5, del d. lgs. n. 109/2006 cit., con grassetti miei. Avverso l'articolo, il C.S.M. ha sollevato questione di legittimità avanti la Corte cost. nella parte in cui esso «impone l'applicazione della sanzione massima della rimozione in relazione indiscriminatamente a tutte le ipotesi di agevolazione previste [dalla disposizione] senza consentire al giudice disciplinare alcuna possibilità di graduazione della sanzione in ragione della diversa intensità del disvalore della condotta di volta in volta tenuta dal magistrato» (orrd. nn. 82 e 86/2017).

<sup>19</sup> <https://www.radioradicale.it/scheda/617568/consiglio-superiore-della-magistratura-disciplinare-caso-palamara> (10/11/2020).

«3. Le violazioni dei doveri di cui ai commi 1 e 2 costituiscono illecito disciplinare perseguibile nelle ipotesi previste agli articoli 2, 3 e 4».

Il tutto per arrivare alla conclusione che la sanzione della «rimozione» dall'ordine giudiziario non era dovuta *ex lege*, ma è stata frutto di una valutazione affatto discrezionale dell'organo giudicante.

E, quindi, non può, né deve stupire che il dott. Palamara abbia già manifestato l'intenzione di impugnare la pronuncia della Sezione disciplinare, ai sensi dell'art. 24 («Impugnazioni delle decisioni della sezione disciplinare del Consiglio superiore della magistratura») del d. lgs. n. 109/2006 cit.<sup>20</sup>.

**4b.** - Non ho a disposizione i dati<sup>21</sup> sulla quantità di «rimozioni» di magistrati disposte dalla Sezione disciplinare nel corso, diciamo, degli ultimi cinquantacinque anni (così, ... a caso: dal Congresso di Gardone dell'ASSOCIAZIONE NAZIONALE MAGISTRATI del settembre 1965<sup>22</sup> in poi).

Ma – così ! di nuovo a caso – mi sentirei di potere affermare che, in percentuale, rispetto al totale delle sanzioni irrogate, siano ben poche e pochissime quelle non collegate alla commissione di reati e al previo accertamento di questi ultimi<sup>23</sup>.

<sup>20</sup> «1. L'incolpato, il Ministro della giustizia e il Procuratore generale presso la Corte di cassazione possono proporre, contro i provvedimenti in materia di sospensione di cui agli articoli 21 e 22 e contro le sentenze della sezione disciplinare del Consiglio superiore della magistratura, ricorso per cassazione, nei termini e con le forme previsti dal codice di procedura penale. Nei confronti dei provvedimenti in materia di sospensione il ricorso non ha effetto sospensivo del provvedimento impugnato. [/] 2. La Corte di cassazione decide a sezioni unite penali, entro sei mesi dalla data di proposizione del ricorso».

<sup>21</sup> Non è proprio un gioco da ragazzi procurarsele. La c.d. «trasparenza» vale sempre per qualcuno, ma non per qualcun altro, nel nostro Paese.

Nel sito del C.S.M., nella parte dedicata alla Sezione disciplinare, si trova quanto segue: «La sezione ospita alcuni provvedimenti giurisdizionali (sentenze ed ordinanze) della Sezione disciplinare.

Questa, come altre sezioni e sottosezioni del sito, non costituisce una banca dati, vuole invece rappresentare un mezzo di conoscenza e diffusione delle attività del Consiglio superiore Magistratura, ed in particolare vuole essere lo strumento per fornire un elemento di conoscenza sia per gli addetti ai lavori che per fini didattici.

La sezione verrà infatti arricchita anche da una raccolta delle decisioni «storiche» della Sezione disciplinare: questo per testimoniare la storia ed il cambiamento nel corso degli anni della morale e dei costumi della società e della deontologia professionale dei magistrati», in <https://www.csm.it/web/csm-internet/giurisprudenza-disciplinare/provvedimenti> (10/11/2020).

A cercare meglio, però, si trovano, almeno, le «massime» delle pronunce della Sezione tra il 2010 e il 2019, in <https://www.csm.it/web/csm-internet/giurisprudenza-disciplinare/massimario> (10/11/2020).

<sup>22</sup> V., ancora, il mio «Considerazioni sparse su Costituzione, Magistratura, magistrati e Giustizia. «Il re è nudo»: la vera minaccia all'autonomia della Magistratura ... viene, oggi, dalla Magistratura» cit., sub § IV.2.

<sup>23</sup> Tra il 2019 e il 2017, a parte le due ordinanze già cit. *supra*, nella nota 19 (nn. 82 e 86/2017), ho trovato solo otto sentenze che trattano della sanzione della «rimozione»: due nel 2019 (nn. 22 e 94); tre nel 2018 (nn. 18, 21 e

E solo una, questo lo so, quella disposta nei confronti di chi è stato *ex* componente del C.S.M., o *ex* Presidente dell'ASSOCIAZIONE NAZIONALE MAGISTRATI. Nel nostro caso, addirittura, di chi ha ricoperto e l'una e l'altra carica.

Tutto ciò posto, mi domando: com'è pensabile – a fronte di quello che è venuto fuori sul sistema correntizio della Magistratura dagli articoli di giornali, dagli stralci di intercettazione riportate dai quotidiani, dagli atti, dalla già ricordata intervista televisiva dal dott. Palamara ecc. ... – che il C.S.M. ritenga di poter «scaricare» su un singolo ... un *sistema* che ha funzionato per decenni ?

Come fa un *sistema* a essere fatto ... di uno ?

Come fa quell'uno, mediatore tra domanda e offerta, ad avere ... *agevolato* la sistemazione di Tizio, Caio, Sempronio, Mevio, Martino, Fulano ecc. ... nei posti 1, 2, 3, 4, 5, 6 ecc. ..., attraverso il voto di un organo collegiale, ad essere sanzionato dalla Sezione disciplinare ... di quello stesso organo collegiale ?

Come può centrare sempre e solo ... il *sistematore* e mai i *sistemati* ?

---

154) e tre nel 2017 (nn. 2, 9 e 113): cfr. <https://www.csm.it/web/csm-internet/giurisprudenza-disciplinare/provvedimenti> (10/11/2020).

Di queste otto, quattro (nn. 94/2019; 154/2018; 19 e 13/2017) per «*illecito disciplinare conseguente a reato*»; una (n. 22/2019), *ex lege*, con riferimento all'art. 3, co. 1, lett. e) del d. lgs. n. 109/2006 cit. e di cui s'è detto *supra*, in questo paragrafo, *sub 4.1.*, poco prima di chiuderlo e una (n. 2/2017) per «*ingiustificata interferenza nella attività di altro magistrato*».

Le due rimanenti (nn. 21 e 18/2018) non comminano la sanzione, ma specificano che «*[q]ualora l'incolpato cessi di appartenere all'Ordine Giudiziario, nessun provvedimento inerente l'azione disciplinare, diverso dalla dichiarazione di estinzione del procedimento, può essere adottato nei suoi confronti (nel caso di specie, la causa della cessazione dell'appartenenza all'Ordine Giudiziario è stata l'applicazione della sanzione disciplinare della rimozione)*».

Per il periodo immediatamente precedente, secondo «... quanto risulta al quotidiano “Il Dubbio”, in più di due anni (dal 25 settembre 2014 al 30 novembre 2016) sono stati definiti 346 procedimenti. Di questi, 121 [... meno di uno su tre] si sono risolti in condanne nei confronti di magistrati, con 113 assoluzioni, 15 sentenze di “non doversi procedere” e 124 ordinanze di “non luogo a procedere”. «La stragrande maggioranza delle sentenze di condanna si sono risolte con le sanzioni meno dure: 90 censure e 11 ammonimenti [... cioè, 101 su 121]. I provvedimenti più seri [20 su 121, cioè meno di 1/6] hanno riguardato infatti soltanto 20 magistrati: 10 puniti con la perdita di anzianità (due dei quali anche trasferiti d'ufficio), 7 rimossi [7 su 121 = 5,8% dei sanzionati, ma 2% dei giudicati], uno trasferito d'ufficio senza altre sanzioni, uno sospeso dalle funzioni e senza stipendio, un altro sospeso e messo fuori organico. «Ma in concreto, quali sono i motivi per cui vengono sanzionati i magistrati italiani? Anzitutto, per il ritardo nel deposito delle sentenze: quasi il 40% dei provvedimenti riguarda infatti negligenze reiterate, gravi e ingiustificate. Il 23% per ritardata scarcerazione. Quasi il 10% è stato sanzionato per illeciti conseguenti a reato. Il 6,6% per comportamenti nei confronti delle parti. Il 4% perché i provvedimenti adottati dai giudici erano privi di motivazione»: così si legge in «Sanzioni ai magistrati, i numeri degli ultimi due anni», in <http://www.finoaprovacontraria.it/sanzioni-ai-magistrati-numeri/> (10/11/2020).

E, quand'anche i *sistemati* siano sempre del tutto ignari del fatto che esista qualcuno che li ha accontentati nelle loro aspettative, v'è qualcuno che ha domandato al posto loro, o il *sistematore* ha sempre fatto tutto da solo ?

**4c.** -Insomma, e per concludere: trovo la pronuncia della Sezione disciplinare del C.S.M. una sorta di frettoloso e rischioso auto-goal.

Dovesse essere riformata dalla Cassazione, o dovesse essere il dott. Palamara assolto nel giudizio penale che lo vede involontario protagonista a Perugia, la Magistratura ne uscirebbe ancora peggio (ammesso che sia possibile) di come ne è entrata.

Ma anche nella doppia ipotesi che non si verifichi quanto appena ipotizzato, quella pronuncia lascia in tutti (... tranne che in alcuni Magistrati) l'impressione che si sia frettolosamente voluto, anziché lavare a fondo il pavimento, tentare di nascondere la polvere sotto il tappeto.

## **5. - Di C.S.M. eletto e C.S.M. in carica; del dott. Davigo: da eroe del pool di «Mani Pulite» al tentativo (per ora fallito) di ... «resistere ad oltranza» in C.S.M. ... con un ricorso al T.A.R. che non fa che peggiorare le cose.**

**5a.** -Come ampiamente noto a chi frequenta, anche poco, la Costituzione, quest'ultima non precisa il numero complessivo dei componenti il C.S.M.

Afferma solo, nell'art. 104, co. 2 e 3, che esistono tre membri di diritto (il Presidente della Repubblica; il primo Presidente e il Procuratore generale della Corte di cassazione) e, per il resto, nell'art. 104, co. 4, la proporzione che, tolti quelli, deve sussistere tra componenti cc.dd. «*laici*» (1/3) e componenti cc.dd. «*togati*» (2/3)<sup>24</sup>.

<sup>24</sup> Fino all'entrata in vigore della l. 28 marzo 2002, n. 44, i magistrati erano 20 e i non magistrati 10. Oggi, dopo che quella ha modificato l'art. 1 della l. n. 195/1958 cit., i primi, eletti dai magistrati, sono 16 (due esercitano funzioni di legittimità; dieci esercitano funzioni giudicanti di merito; quattro esercitano funzioni requirenti di merito) e i secondi, eletti dal Parlamento in seduta comune, 8 (scelti – sempre *ex art. 104, co. 4, Cost.* – tra professori ordinari di materie giuridiche e avvocati con almeno quindici anni di esercizio della professione).

All'esito dell'ultima tornata elettorale svoltasi nei giorni 8 e 9 luglio 2018, per la componente togata, sono risultati eletti, per la Consiliatura 2018-2022,

come • rappresentanti (2) dei «*Magistrati con funzioni di legittimità*»:  
PIERCAMILLO DAVIGO (con 2.522 voti e per la corrente «*Autonomia & Indipendenza*») e LOREDANA MICCICHÈ (con 1.761 voti e per la corrente «*Magistratura indipendente*»);

come • rappresentanti (10) dei «*Magistrati con funzioni di merito*»: MARCO MANCINETTI (con 733 voti e per la corrente «*Unità per la Costituzione*»); PAOLA MARIA BRAGGION (con 720 voti e per la corrente «*Magistratura indipendente*»); GIOVANNI (DETTO CICCIO) ZACCARO (con 671 voti e per la corrente «*Area*»); GIANLUIGI MORLINI (con 651 voti e per la corrente «*Unità per la Costituzione*»); CORRADO CARTONI (con 614 voti e per la corrente «*Magistratura indipendente*»); MICHELE CIAMBELLINI (con 598 voti e per la corrente «*Unità per la Costituzione*»); ALESSANDRA DAL MORO (con 589 voti e per la corrente «*Area*»); MARIO SURIANO (con 567 voti e per la corrente «*Area*»); PAOLO CRISCUOLI (con 540 voti e per la corrente «*Magistratura indipendente*»); CONCETTA ANGELA ROBERTA (DETTA COCHITA) GRILLO (con 522 voti e per la corrente «*Unità per la Costituzione*»);

come • rappresentanti (4) dei «*Magistrati con funzioni requirenti di merito*»:  
ANTONIO LEPRE (con 1.997 voti e per la corrente «*Magistratura indipendente*»); GIUSEPPE CASCINI (con 1.928 voti e per la corrente «*Area*»); LUIGI SPINA (con 1.770 voti e per la corrente «*Unità per la Costituzione*»); SEBASTIANO ARDITA (con 1.291 voti e per la corrente «*Autonomia & Indipendenza*»).

Dalle urne, quindi:

- due rappresentanti per la corrente «*Autonomia & Indipendenza*» (centro ... davighiano ... anti «*Magistratura indipendente*»): dott. Davigo e Ardita;
- cinque rappresentanti per la corrente «*Magistratura indipendente*» (centro; centro-destra, ma ... anche centro-sinistra<sup>25</sup>): dott. Micciché, Braggion, Cartoni, Criscuoli e Lepre;

<sup>25</sup> Tornerò su questo specifico punto tra pochissimo.

- cinque rappresentanti per la corrente «Unità per la Costituzione» (centro): dott. Mancinetti; Morlini; Ciambellini; Concetta e Spina;
- quattro rappresentanti per la corrente «Area» (sinistra): dott. Zaccaro; Dal Moro; Suriano e Cascini.

Di questi sedici componenti dell'organo di rilevanza costituzionale (quello che, ex art. 104, co. 1, Cost. dovrebbe essere garante del fatto che la «magistratura» sia «ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere»), in seguito allo «scandalo Palamara» sei hanno dato le dimissioni tra i giorni 1 giugno e 9 settembre 2019 [il dott. LUIGI SPINA (di «Unità per la Costituzione») il 1 giugno 2019; il dott. GIANLUIGI MORLINI (di «Unità per la Costituzione») il 12 giugno 2019; il dott. ANTONIO LEPRE (di «Magistratura indipendente») il 13 giugno 2019; il dott. CORRADO CARTONI (di «Magistratura indipendente») il 14 giugno 2019; il dott. PAOLO CRISCUOLI (di «Magistratura indipendente») il 18 settembre 2019; il dott. MARCO MANCINETTI (di «Unità per la Costituzione») il 9 settembre 2020] e uno (il dott. PIERCAMILLO DAVIGO di «Autonomia & Indipendenza», Magistrato con funzioni di legittimità) è stato dichiarato decaduto dallo stesso *plenum* dell'organo il 20 ottobre 2020, come diretta e immediata conseguenza della sua andata in quiescenza al compimento del settantesimo anno d'età<sup>26</sup>.

Sette su sedici ... venuti meno: tre di «Unità per la Costituzione»; tre di «Magistratura Indipendente»; uno di «Autonomia & Indipendenza».

Sette su sedici ... da sostituire e sei già sostituiti.

Ma come ?

Quattro attingendo (o, meglio, tentando di attingere) ai risultati elettorali dell'8 e 9 luglio 2018 e ripescando i primi tra i non eletti di allora.

Al posto di Piercamillo Davigo e per i «Magistrati con funzioni di legittimità», il primo dei non eletti nel 2018 nella sua ... categoria, con 1.714 voti: CARMELO CELENTANO<sup>27</sup>, per «Unità per la Costituzione».

Al posto di Gianluigi Morlini, Corrado Cartoni, Paolo Criscuoli e per i «Magistrati con funzioni di merito», il primo, secondo, terzo dei non eletti nel 2018 loro ... categoria,

<sup>26</sup> Si veda, *infra*, tra breve, in nota, chi è e cosa ha fatto e fa oggi, in politica, l'ex potente Segretario Generale della corrente, on. Cosimo Ferri.

<sup>27</sup> Si è insediato il 21 ottobre 2020.

rispettivamente con 490, 485, 387 voti: GIUSEPPE MARRA<sup>28</sup>, per «*Autonomia & Indipendenza*»; ILARIA PEPE<sup>29</sup>, per «*Autonomia & Indipendenza*» e BRUNO GIANGIACOMO per «*Area*» che, però, un po' a sorpresa, rinuncia – su invito della sua stessa corrente – a subentrare a Criscuoli. Ergo, elezioni suppletive, svoltesi l' 8 e 9 dicembre 2019. È risultata eletta ELISABETTA CHINAGLIA<sup>30</sup>, con 2.362 voti, per «*Area*».

Altri due sono stati sostituiti, ricorrendo a nuove elezioni, posto che – stranamente – per quattro posti di rappresentanti dei «*Magistrati con funzioni requirenti di merito*» (i pubblici ministeri) si erano presentati, nel 2018, solo in quattro. Quattro posti, quattro candidati, quattro eletti. Due dimessi, due «*superstiti*» e dunque, per forza di cose, elezioni suppletive (il 6 e 7 ottobre 2019) per due posti. Eletti: ANTONIO D'AMATO (con 1.460 voti e per «*Magistratura indipendente*»<sup>31</sup>) e ANTONINO DI MATTEO (con 1.184 voti; auto-dichiarandosi «*indipendente*», ma, a detta di molti, assai vicino a Davigo e alla sua «*Autonomia & Indipendenza*»<sup>32</sup>)<sup>33</sup>.

[MARCO MANCINETTI (di «*Unità per la Costituzione*»), dimessosi appena due mesi fa, rimane da sostituire<sup>34</sup>, ma, nella logica, dovrebbe esserlo da PASQUALE GRASSO, arrivato, con 1.983 voti, dietro la dott.ssa CHINAGLIA alle suppletive dell'8 e 9 dicembre scorso e già di «*Unità per la Costituzione*», ma ora dimessosi dalla corrente, nonché *ex*Presidente dell'ASSOCIAZIONE NAZIONALE MAGISTRATI e, per questo, già sotto attacco *preventivo* di «*Area*» siccome presunto rappresentante del sistema correntizio «*alla Palamara*»].

<sup>28</sup> Si è insediato il 21 giugno 2019.

<sup>29</sup> *Idem*.

<sup>30</sup> Si è insediata il 17 dicembre 2019.

<sup>31</sup> Più precisamente, per la sotto-corrente non vicina, anzi proprio lontana, dall'*ex* Segretario Generale di «*M.I.*», l'attuale deputato di «*Italia Viva*» Cosimo Ferri, *ex* Sottosegretario nell'Esecutivo Renzi.

<sup>32</sup> Tra i molti, v., p. es., F. OLIVO, *Nel Csm le correnti sono vive e vegete. Con Di Matteo cresce il peso di Davigo*, <https://www.huffingtonpost.it/> (10/11/2020); S. OLLENI, *La nuova geografia del Csm dopo la nomina di D'Amato e Di Matteo*, in [https://www.agi.it/cronaca/csm\\_di\\_matteo\\_d\\_amato-6330862/news/2019-10-10/](https://www.agi.it/cronaca/csm_di_matteo_d_amato-6330862/news/2019-10-10/) (10/11/2020).

<sup>33</sup> Si sono insediati il 10 ottobre 2019.

<sup>34</sup>E, infatti, la consultazione, effettuata il 3/11/2020, del sito ufficiale del C.S.M. [in <https://www.csm.it/web/csm-internet/csm/composizione/consiliatura-attuale> (3/11/2020)] mostra un organo composto di 26 membri, anziché di 27.

Se, circa le correnti della Magistratura, non posso che rinviare nuovamente a quanto scritto in precedenza<sup>35</sup>, mi resta qui da rilevare che il sistema che su di esso si fonda non è affatto venuto meno in seguito allo scoppio dello scandalo Palamara.

I Magistrati che vengono eletti nel C.S.M. lo sono, numericamente, a seconda della funzione che svolgono [due «*Magistrati con funzioni di legittimità*»; dieci «*Magistrati con funzioni di merito*»; quattro «*Magistrati con funzioni requirenti di merito*»], ma, poi, si aggregano, quando è ora di assumere decisioni, per corrente e, a seconda della posizione ideologica di quest'ultima, agli otto membri cc.dd. «laici», eletti dal Parlamento in seduta comune nella logica del «*Manuale Cencelli*» corretto a seconda dei tempi<sup>36</sup>.

A me sembra quindi assai grave che, in seguito agli avvenimenti susseguitisi tra il 1° giugno 2019 e il 14 settembre 2019 (dimissioni di 5 Consiglieri «togati») e il 9 settembre e il 20 ottobre 2020 (dimissioni di un altro Consigliere «togato» e declaratoria di decadenza di un altro ancora), per non dire del rifiuto del dott. Giangiacomo di subentrare al dott. Criscuolo, ma soprattutto delle ragioni sottostanti ai predetti avvenimenti, tutta la rimanente componente togata non abbia avvertito, forte, il dovere di rassegnare, in blocco, le dimissioni, per procedere a elezioni plenarie nuove, caratterizzate da un coralmemente richiesto *cambio di marcia* rispetto al sistema in atto.

E' vero che l'art. 31 della l. n. 195/1958 cit. tuttora prevede come unica causa di scioglimento del Consiglio Superiore della Magistratura da parte del Presidente della Repubblica (che ne è il Presidente), «*sentito il parere dei Presidenti del Senato della*

<sup>35</sup> Sempre se si crede, si v. «*Considerazioni sparse su Costituzione, Magistratura, magistrati e Giustizia. "Il re è nudo": la vera minaccia all'autonomia della Magistratura ... viene, oggi, dalla Magistratura*» cit., partic. sub § I.2a., I.3., II.1., II.2., III.1a3., III.1a4., III.

<sup>36</sup> Il 19 luglio 2018, il Parlamento chiudeva la «pratica» dell'elezione dei componenti di sua spettanza: in quota «5 Stelle»: ALBERTO MARIA BENEDETTI (ordinario di Diritto civile), FILIPPO DONATI (ordinario di Diritto costituzionale), FULVIO GIGLIOTTI (ordinario di Diritto Privato). In quota «Lega»: STEFANO CAVANNA (avvocato civilista e commercialista) e EMANUELE BASILE (avvocato penalista). In quota opposizione (era ancora in carica il Governo «Conte I», a maggioranza «5 Stelle» - «Lega»): indicati da «Forza Italia»: ALESSIO LANZI (ordinario di diritto penale) e MICHELE CERABONA (avvocato penalista); indicato dal «Partito Democratico»: DAVID ERMINI (avvocato penalista), poi, il 27/9/2018, eletto Vice Presidente del C.S.M.. Sulla logica del voto per schieramenti, si veda anche *infra*, sub5.2., nel testo e in nota 42.

*Repubblica e della Camera dei deputati e del Comitato di presidenza»*<sup>37</sup>, la impossibilità di funzionare dell'organo. Ed è innegabile che questa ipotesi non si è verificata.

Ma procedere di surroga in surroga, a costo, in mancanza di soggetti disponibili, di effettuare elezioni suppletive (due in due mesi), con tutto quello che queste comportano<sup>38</sup>, a me non è sembrato serio, per un organo tanto rilevante.

Dopo l'esplosione del «*caso Palamara*», che è tutto fondato sulle correnti e sui giochi di potere tra queste, andava lanciato un segnale molto forte, da parte delle migliaia di Magistrati che lavorano veramente per il bene comune e per una realmente «*pura*» amministrazione della Giustizia. Segnale che – ahitutti ! – non c'è stato.

Con un aggravante ... paradossale.

Il cambio di equilibri tra correnti non dovuto a elezioni, ma a vicende indipendenti da queste<sup>39</sup>.

**5b.** - Come se non bastasse, c'è da dare conto di un altro episodio che lascia alquanto perplessi, se si pensa a una Magistratura in cerca della fiducia del popolo perduta.

Se ne è già fatto cenno.

Lo scorso 20 ottobre 2020 il dott. PIERCAMILLO DAVIGO, non proprio un Magistrato qualsiasi (...) è stato dichiarato decaduto dal *plenum* del C.S.M., perché, quello stesso giorno è andato in pensione, al compimento dei suoi 70 anni.

Mi stupisce, ovviamente, non già l'ovvia declaratoria di decadenza, ma il tentativo di «*resistenza*», da parte del dott. Davigo.

<sup>37</sup> Il Comitato si compone del Vice Presidente del Consiglio e dei due vertici (Primo Presidente e Procuratore Generale) della Corte di Cassazione.

<sup>38</sup> Si veda, quanto a quelle del 6 e 7 ottobre 2019 e dell'8 e 9 dicembre 2019, la pagina *web* del C.S.M., in [https://www.csm.it/web/csm-internet/dettaglio/-/asset\\_publisher/kPflEbsi9DD1/content/elezioni-per-il-rinnovo-del-csm#Elezioni\\_suppletive\\_2019\\_\(un\\_magistrato\\_con\\_funzioni\\_giudicanti\\_di\\_merito](https://www.csm.it/web/csm-internet/dettaglio/-/asset_publisher/kPflEbsi9DD1/content/elezioni-per-il-rinnovo-del-csm#Elezioni_suppletive_2019_(un_magistrato_con_funzioni_giudicanti_di_merito) [sub 7] (10/11/2020).

<sup>39</sup> Lo si è ricordato *supra*, nel testo, *sub5.1*. Dalle urne di luglio 2018 erano uscite vincitrici le correnti «*Magistratura indipendente*» e «*Unità per la Costituzione*», ciascuna con 5 componenti. «*Area*» aveva conquistato 4 posti e solo 2 «*Autonomia & Indipendenza*». A dimissioni date e sostituzioni effettuate, subito prima della vicenda Davigo le correnti risultavano così rappresentate: «*Magistratura indipendente*» con 3 componenti (meno due); «*Unità per la Costituzione*» con 2 (meno tre) [... o con 3 (meno due), se si ipotizza, come ho fatto io *supra*, sempre *sub5.1*, l'ingresso di Pasquale Grasso quale sostituto di Marco Mancinetti]; «*Area*» con 5 (più uno); «*Autonomia & Indipendenza*» con 4 (più due) o addirittura con 5 (più tre) per chi considera anche il Consigliere Di Matteo.

Ma se l'art. 104, co. 4, prescrive che la componente togata è eletta «*per due terzi da tutti i magistrati ordinari tra gli appartenenti alle varie categorie*»<sup>40</sup>, com'è possibile anche solo tentare di sostenere che si possa rimanere in C.S.M. da ... pensionati ?

E' vero che il co. 6 stabilisce che «*I membri elettivi del Consiglio durano in carica quattro anni e non sono immediatamente rieleggibili*», facendo sembrare che basti essere di ruolo al momento dell'elezione, ma che senso avrebbe sedere in CSM per «*rappresentare*» Magistrati ... non essendo più tali ?

Di tant'è che due dei componenti del Consiglio considerati tra i più vicini al dott. Davigo, il Vice Presidente Ermini, suo amico personale, e il dott. Antonino Di Matteo, ritenuto «*suo vicino di corrente*», non hanno, per onestà intellettuale, comportarsi diversamente da come hanno fatto. Il primo ha pubblicamente affermato che l'«*appartenenza all'ordine giudiziario è condizione imprescindibile per l'organo di autogoverno*»; il secondo che «*ci sono momenti in cui chi è chiamato a compiti di responsabilità istituzionale deve assumere decisioni dolorose*»<sup>41</sup>.

Prova ?

L'art. 135, co. 2, Cost. nella parte in cui prevede che «*I giudici della Corte costituzionale sono scelti tra i magistrati anche a riposo delle giurisdizioni superiori ordinaria ed amministrative, i professori ordinari di università in materie giuridiche e gli avvocati dopo venti anni di esercizio*»<sup>42</sup>.

E perché ?

<sup>40</sup> Sottolin. mia.

<sup>41</sup> Tredici, alla fine, i voti contrari: quelli del Vice Presidente David Ermini, del Primo Presidente e del Procuratore Generale della Cassazione, i tre Consiglieri di «*Magistratura indipendente*» (Loredana Micciché, Paola Maria Braggion e Antonio D'Amato); i due di «*Unità per la Costituzione*» (Michele Ciambellini e Concetta Grillo); il Consigliere Antonino Di Matteo; i 2 laici di «*Forza Italia*» (Michele Cerabona e Alessio Lanzi), il laico della «*Lega*» Emanuele Basile, il laico del «*Movimento 5 stelle*» Filippo Donati (... non a caso – ma è un mio pensiero – attento studioso della Carta costituzionale). Sei i voti a favore della sua permanenza in Consiglio [tre di «*Autonomia & indipendenza*», la «*sua*» corrente (Sebastiano Ardita, Giuseppe Marra e Ilaria Pepe); due di «*Area*» (Alessandra Dal Moro e Elisabetta Chinaglia); il laico del «*Movimento 5 stelle*» Fulvio Gigliotti]. Cinque le (a mio avviso «*anomale*», su una questione di siffatto genere) astensioni [tre di «*Area*» (Giuseppe Cascini, Mario Suriano e Giovanni Zaccaro), il laico della «*Lega*» Stefano Cavanna, il laico del «*Movimento 5 stelle*» Alberto M. Benedetti]. Le uniche «*spaccature*» di corrente di Magistrati nella sola «*Area*» (due contrari alla declaratoria di decadenza e cinque astenuti). Le altre divisioni ... solo tra alcuni dei componenti «*laici*» (i tre eletti dal Parlamento in seduta comune su impulso del «*Movimento 5 stelle*», hanno votato uno a favore di Davigo, uno contro e uno s'è astenuto; dei due eletti su impulso della «*Lega*», uno contro e un astenuto).

<sup>42</sup> *Idem*.

Perché i Giudici della Corte non vengono eletti «*per*» rappresentare coloro che li eleggono (Parlamento in seduta comune e Magistrati), o nominano (il Presidente della Repubblica), ma per svolgere – in assoluta indipendenza dai predetti organi che possono arrivare a dover giudicare in quanto tali, o in quanto «*autori*» di atti, comportamenti od omissioni – le funzioni di cui all'art. 134 Cost. e all'art. 1 della l. cost. 11 marzo 1953, n. 1<sup>43</sup>.

Immediato il ricorso del dott. Davigo al T.A.R. del Lazio avverso la determinazione di decadenza da parte del *plenum* del C.S.M., ma altrettanto immediata (12/11/2020), la pronuncia dell'organo giurisdizionale amministrativo che ha dichiarato il proprio «*difetto di giurisdizione*» e la competenza del giudice ordinario, vertendosi di mera questione relativa al rapporto di impiego.

## 6. - Bibliografia.

- AA.VV., *Giusto processo. Nuove norme sulla formazione e valutazione delle prove. Legge 1° marzo 2001, n. 63*, a cura di P. TONINI, Padova, 2001.
- AA.VV., *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile*, a cura di M.G. CIVININI - C.M. VERARDI, Milano, 2001.
- AA.VV., *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il «giusto processo» in materia civile*, a cura di B. CAPPONI - V. VERDE, Napoli, 2002.
- AA.VV., *Il rito accusatorio a vent'anni dalla grande riforma. Continuità, fratture, nuovi orizzonti*, Atti del Convegno di Lecce, 23-25 ottobre 2009, Milano, 2012.
- AA.VV., *Compendio di procedura penale*, a cura di G. CONSO - V. GREVI, Padova, 2016.
- AA.VV., *Le erosioni silenziose del contraddittorio*, a cura di D. NEGRI - R. ORLANDI, Torino, 2017.
- E. AMODIO, *Processo penale, diritto europeo e common law dal rito inquisitorio al giusto processo*, Milano, 2003.
- S. BUZZELLI, *Giusto processo*, in *Dig. disc. pen.*, Aggiornamento, II, 2004, 342 ss.
- V. CAIANIELLO, *Riflessioni sull'art. 111 della Costituzione*, in *Riv. dir. proc.* 2001, LVI, 2001, 43 ss.

<sup>43</sup> «Norme integrative della Costituzione concernenti la Corte costituzionale».

- F. CASSIBBA, *Parità delle parti ed effettività del contraddittorio nel procedimento di sorveglianza*, in *Dir. pen. contemp.* nn. 3-4/2012, 13 ss.
- M. CECCHETTI, *La riforma dell'art. 111 Cost.: tra fonti preesistenti, modifica della Costituzione, diritto intertemporale ed esigenze di adeguamento della legislazione ordinaria*, in *Osservatorio sulle fonti* 2000, 35 ss.
- M. CECCHETTI, *Giusto processo (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento, V, Milano, 2001, 595 ss.
- M. CHIAVARIO, *Giusto processo, II) Processo penale*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento, V, Milano, 2001, 627 ss.
- L.P. COMOGLIO, *Etica e tecnica del «giusto processo»*, Torino, 2004.
- C. CONTI, *Giusto processo (proc. pen.)*, in *Diz. di dir. pubbl.*, a cura di S. CASSESE, III, Milano, 2006, 2815 ss.
- F.R. DINACCI, *Giurisdizione penale e giusto processo verso nuovi equilibri*, Padova, 2003.
- S. FERRARI, *Appunti: il perito e il consulente tecnico di parte nel procedimento penale*, in <https://www.associazionelaic.it/il-perito-e-il-consulente-tecnico-di-parte-nel-procedimento-penale/> (10/11/2020).
- P. FERRUA, *Il «giusto processo»*, Bologna, 2005.
- P. FERRUA, *Giustizia del processo e giustizia della decisione*, in *Dir. pen. e proc.* 2015, 1201 ss.
- G. GIOSTRA, *Contraddittorio (principio del)*, II) *Dir. proc. pen.*, in *Enc. giur.*, Aggiornamento, VIII, Roma, 2001.
- G. ILLUMINATI, *Accusatorio ed inquisitorio (sistema)*, in *Enc. giur.*, I, Roma, 1988.
- R. KOSTORIS, *Giudizio (dir. proc. pen.)*, in *Enc. giur.*, Aggiornamento, Roma, XVI, 1997.
- O. MAZZA, *Contraddittorio (principio del) dir. proc. pen.*, in *Enc. dir.*, Annali, VII, Milano, 2014.
- L.A. MAZZAROLLI, *Considerazioni «sparse» per una «indipendenza» della Magistratura che non pretenda di essere sinonimo di esercizio di un potere sottratto a controllo*, in AA.VV., *L'indipendenza della Magistratura in Europa e il ruolo dei Consigli di giustizia*, a cura di L. MONTANARI e E. D'ORLANDO, *Atti del Convegno dallo stesso titolo*, tenutosi a Udine, il 6/5/2010, pubbl. in *Dir. pubbl. comp. ed europeo* n. IV/2010, pp. 1607 ss.
- L.A. MAZZAROLLI, *«Giudici ordinari e Consiglio superiore della Magistratura. Canto di un Maestro e contro canto di un allievo («anomalo») in tema di magistratura e magistrati»*,

- in S. BARTOLE, «*Scritti scelti*», a cura di R. BIN, A.O. COZZI, F. DIMORA, G.P. DOLSO, F. GAMBINI, P. FARAGUNA, P. GIANGASPERO, D. GIROTTO, L.A. MAZZAROLLI, Jovene, Napoli, 2013, pp. 361 ss.
- L.A. MAZZAROLLI, *Magistrati e Costituzione. Costituzione e "Carte dei diritti" e pronunce di Corti europee. Art. 101 e 117, co. 1, Cost. "Tout se tient"*, in AA.VV., *Scritti per Roberto Bin*, a cura di C. BERGONZINI, A. COSSIRI, G. DI COSIMO, A. GUAZZAROTTI, C. MAINARDIS, pp. 536 ss., Torino, 2019.
- L.A. MAZZAROLLI, *Considerazioni sparse su Costituzione, Magistratura, magistrati e Giustizia. «Il re è nudo»: la vera minaccia all'autonomia della Magistratura ... viene, oggi, dalla Magistratura*, in *Quaderni amm.vi* n. 3/2020, pp. 101 - 127 (18/6/2020).
- D. NEGRI, *La Corte costituzionale mira a squilibrare il «giusto processo» sulla giostra dei bilanciamenti*, in *Arch. pen.* 2019, II, 1 ss.
- F. OLIVO, *Nel Csm le correnti sono vive e vegete. Con Di Matteo cresce il peso di Davigo*, in <https://www.huffingtonpost.it/> (10/11/2020).
- S. OLLENI, *La nuova geografia del Csm dopo la nomina di D'Amato e Di Matteo*, in [https://www.agi.it/cronaca/csm\\_di\\_matteo\\_d\\_amato-6330862/news/2019-10-10/](https://www.agi.it/cronaca/csm_di_matteo_d_amato-6330862/news/2019-10-10/) (10/11/2020).
- N. PAGNONCELLI, *Magistrati, la fiducia è ai minimi: 35%. E per il 61% degli italiani è uno scandalo che avrà delle conseguenze. Il 55% degli italiani non crede nei giudici. L'indice di autorevolezza è il più basso di sempre. I cittadini hanno cambiato profondamente opinione negli ultimi anni*, in *Corriere.it* (21.6.2019, con modifica del 24.6.2019).
- M. TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la ricostruzione dei fatti*, Roma-Bari, 2009.
- G. UBERTIS, *Prova e contraddittorio*, in *Cass. pen.* 2002, 1182 ss.
- G. UBERTIS, *Azione penale, contraddittorio e durata ragionevole del processo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2005, I, 143 ss.
- G. UBERTIS, *Giusto processo (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir., Annali II, T. I*, Milano, 2008, 419 ss.
- G. UBERTIS, *Principi di procedura penale europea. Le regole del giusto processo*, Milano, 2009.

# ENVIRONMENT AND WASTE AS AN IRRECONCILABLE DICHOTOMY: Lessons Learned from Italian Environmental Cases before the two European Courts

**Ruggero Picone**

**ABSTRACT** [ENG]: *The present work aims at illustrating the main verdicts of the European Court of Justice which demonstrated Italian's inability to accurately implement the European legislation on waste issued in the environmental field. After an introduction that mainly lays on the significance of the notion, in an empiric sense, of "environment", outlining the main objectives of the present study, the first part of the work deals with the evolution of this concept in juridical terms. The second one instead focuses on the regulations issued in the environmental field, underlying the process of development of this branch of law with particular regard to the international level. Before deepening into the real core of the script, that analyzes the context in which the Italian Republic has been held responsible, on the European level, for several failures in the field of waste management, recovery and disposal, the work describes the process of developing a protecting system within the frame of the European Community. The script finally ends by mentioning a recent case that, after more than three decades of censures, still leaves some shadows on this thematic.*

**ABSTRACT** [ITA]: Il presente lavoro mira ad illustrare le principali sentenze della Corte di Giustizia dell'Unione Europea che testimoniano l'incapacità della Repubblica Italiana di applicare accuratamente la legislazione Europea sui rifiuti emessa in ambito ambientale. Dopo un'introduzione che si concentra principalmente sul significato, in senso empirico, del termine "ambiente", evidenziando i principali obiettivi del presente studio, la prima parte del lavoro tratta dell'evoluzione di tale concetto in termini giuridici. La seconda invece ha ad oggetto la legislazione emanata in campo ambientale, sottolineando il processo di sviluppo di questa branca del diritto con particolare attenzione al profilo internazionale. Prima di approfondire la parte centrale dello scritto, che analizza il contesto in cui la Repubblica italiana è stata ritenuta responsabile, a livello comunitario, di diversi inadempimenti inerenti, rispettivamente, alla gestione, al recupero e alla eliminazione dei rifiuti, il lavoro descrive il processo che ha portato allo sviluppo di un sistema di protezione in tale ambito all'interno dell'Unione Europea. Lo scritto si conclude con la menzione di una recente sentenza che, dopo più di trent'anni di censure ricevute dall'Italia, lascia ancora diverse ombre sul tema.

**Overview.** **1.** Introductory remarks. – **2.** Linking law and the environment: from a descriptive to a functional approach. – **3.** Juridical concept of the environment – unity or diversity of factors in the rulings of the Italian courts and in comparative law. – **4.** The establishment of environmental and waste law at the international level: the international background. – **5.** The consequences of the disasters that “opened the world’s eyes”. – **6.** The development of environmental and waste law in the framework of the European Union: the causes that favored the blossoming of the EU environmental regulations. – **7.** The current EU legal framework on environmental protection. – **8.** The protection of the environment within the EU Charter of fundamental rights. – **9.** Regulation of waste at the level of EU law. – **10.** The Italian defaults in complying with European environmental legislation in the field of waste: the procedures before the CJEU with particular regard to art. 260 TFEU. – **11.** A deeper glance to the cases. – **12.** The waste catastrophe faced by the region of Campania. – **13.** The Italian violations on waste reach the ECtHR. – **14.** Differences between the two Courts’ approaches to handling the same factual situation. – **15.** A second – and heavier – condemn for Italy ex art. 260 TFEU. – **16.** History repeats itself: two earlier verdicts that should have guided the Italian behaviors regarding waste management. – **17.** Concluding notes.

## 1. Introductory remarks.

The Cambridge online dictionary, under the term “environment” bears two main meanings, both related to people.

On the one hand, it is addressed more generally as the totality of “air, water and land in or in which people, animals and plants live”; on the other hand, focusing more on human beings, it is defined as the whole conditions in which people live or work in and that influence the way individuals feel or effectively work<sup>1</sup>.

These two significances clearly show how environmental issues are strictly connected with human well-being and they reflect the main reason why, especially starting from the second part of the XXth century, the concern dealing with this topic gained importance at the international level.

The quick industrial development that affected worldwide the society during the last century, together with an increasing apprehension regarding, on the one hand, the new forms of pollution and, on the other hand, the diminishing amounts of natural resources, encouraged the international community to focus more on the protection of the environment.

The aim of this work is then to firstly show how there is not unambiguity, in the international scholars’ community, neither on the concept itself of the environment nor on the correct methods to use in order to study this phenomena.

Afterwards, even if the aims of this work do not allow to dwell too long on these aspects, the thesis will proceed through the analysis of the evolution that interested the branch of law which involves the protection of the flora and fauna, especially in the area of waste recovery and disposal.

A particular regard will then be placed on the regulations that have been released on the European Union level, underlying the renovate necessity of ensuring also in this field a common and systematic discipline.

Having set the coordinates of the juridical context in which the present study moves, the last part of the script will focus on the episodes in which a Member State of the European Community (namely Italy) has failed, in the field of waste management, to comply with such discipline, trying at the same time to outline the reasons that have led both the European Court of Justice and the European Court of Human Rights (with regard to their own competences) to find the latter State responsible for

---

<sup>1</sup> See also M. Cortelazzo, P. Zolli, *Dizionario etimologico della Lingua italiana*, Giappichelli, Bologna 1979, I, 45-46, in which it is stated that, within the purview of the Italian language, the first who employed the term “environment” (“ambiente”) was Galileo Galilei in order to designate « the space in which a person or a thing are », recalling the latin origin of the word.

several violations respectively of the Community environmental law and of the European Convention on Human Rights.

## **2. Linking law and the environment: from a descriptive to a functional approach.**

Before starting the described analysis, it seems necessary to linger both on the exact meaning, on a legal acceptance, of the concept “environment” and on the process, on an international scale, that fostered the flowering of this discipline.

Namely, it is difficult to formulate a unique juridical definition of “environmental law” since the notion itself could appear to someone excessively broad and abstract to be conveyed in few words.

On this aspect different scholars have in the past offered their contributions, delivering to the academic society at least three different approaches in order to face such complicated task<sup>2</sup>.

According to the first conception, environmental law is the combination of all the laws and regulations that pertain to the protection of the environment within the legal body of a specific territory.

Such view, not by chance known as “descriptive” approach<sup>3</sup>, only consists of the listing of the laws related to the topic. Perhaps this definition ends not to be as precise as it aims to be, considering the amount of existing regulations that deal with different features of the environment.

In this way, environmental law appears more as a bumbling box of norms rather than a systematic set of rules.

Counterposed to the descriptive approach is the “purposive” path, which aspiration is to describe environmental law according to its function<sup>4</sup>.

Even if the main objective of the policies released in this field concerns the protection of the environment, various are the ways to do so, just like the areas in which such safety is needed.

---

<sup>2</sup> E. Fisher, B. Lange, E. Scotford, *Environmental Law. Text, Cases and Materials*, Oxford University Press, Oxford 2013, 6.

<sup>3</sup> *Ibid.*

<sup>4</sup> A. D. Tarlock, “The future of Environmental Rule of Law Litigation”, *Pace Environmental Law Review*, 19/2002, 575-577.

Thus, differently from the previous one, the purposive approach offers an incomplete reconstruction, too microscopic if compared to the countless sub-functions that this discipline tries to fulfill.

The last theory left for discussion is the “jurisprudential” one. As the name itself reveals, according to this view environmental law has to be considered as a body of legal principles, placing emphasis on the need for exegetes’ interpretation in order to give a legal integrity to the subject.

### **3. Juridical concept of the environment – unity or diversity of factors in the rulings of the Italian courts and in comparative law.**

The issues emerged in finding a correct definition stem from the difficulties that arose in the past even for determining how the “environment” itself needed to be intended.

According to a broader interpretation that in Italy has probably found its major supporter<sup>5</sup>, the juridical concept of environment could not be reduced to unity, at least because of both the variety of interests that it pursues and the numerous subjects that it intercepts.

However, nowadays this belief has been abandoned in favor of a unitary concept of environment, interpreted as a synthesis of different factors which grant and foster human and animal life, in the light of a sustainable development that takes into account also the preservation of the environment for the future generations.

This last stance has been followed also within European member States, especially by the national Courts that have been called upon to dispel any remaining doubts with regard to the extent of the mentioned notion.

Namely, already from the second part of the last century the Italian Constitutional Court had the chance to clarify the meaning and the capacity of the above-mentioned concept<sup>6</sup>.

In particular it asserted that, notwithstanding the fact that it represents the composition of various factors (each of which can be enjoyed in different forms and is susceptible of a separate protection), the environment is an intangible and unitary le-

---

<sup>5</sup> M. S. Giannini, “Ambiente: saggio sui suoi aspetti giuridici”, *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1973, 15 e ss.

<sup>6</sup> For a brief examination of the process that led to the jurisprudential development in Italy of the “right to a safe environment”, see: P. Caretti, G. T. Barbieri, *I diritti fondamentali. Libertà e Diritti sociali*, Giappichelli, Torino 2017, 549 e ss.

gal asset<sup>7</sup>, which stands as a “public interest of primary<sup>8</sup> and absolute<sup>9</sup> constitutional value”.

Taking the cue from this tendency, also the Italian Supreme Court of Cassation had the possibility to reaffirm the necessary view for an overall unity of the elements that compose the environment<sup>10</sup> and which include both natural resources as well as the operations put in place by man that are worthy of protection.

As it is easy to grasp, the contribution of the jurisprudence in this field has played a decisive role, especially considering that the Italian Constitution does not provide for specific protection of the environment, which is a subject that is only indirectly affected by other prescriptions of the same Chart, related now to the conservation of the landscape (art. 9 of the Italian Constitution), now to the safeguard of human health (art. 32 Italian Constitution), now to the economical initiative (art. 41 Italian Constitution) and now, finally, to the competence of the State for dealing with the subject (art. 117 Italian Constitution).

Italy therefore, together with France and Czech Republic, pertain to the same group of European States that do not establish an explicit reference to the conservation of the environment in their formal constitutional texts, but ensure a protection via other laws<sup>11</sup> or through case law<sup>12</sup>.

However, there is as well no shortage of European States’ Constitutions which expressly recognize environmental protection, “not only as a duty of governmental authorities, but also as a right (and duty) of the individual”.<sup>13</sup>

<sup>7</sup> Corte Costituzionale, 17 December 1987, n. 641, in <https://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>

<sup>8</sup> C. Cost., 27 June 1986, n. 151, in <https://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>, which addresses as “fundamental” the norms that deal with environmental protection.

<sup>9</sup> C. Cost., 22nd may 1987, n. 210, in <https://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>, which specifies the necessity of a unified conception of the environment, comprehensive of natural and cultural resources. In particular, it includes the “conservation, the efficient management and the improvement of natural resources (air, water, soil, and territory in general), as well as the existence and the preservation of the genetic heritage, terrestrial and marine, of all the animal and vegetal species that live within it and, ultimately, of human beings in all their externalizations”.

<sup>10</sup> Cass. pen., Sez.III, 3rd July 2018, n.29901, in *CED Cass.*, n. 273211. For older verdicts that raise environment to a fundamental interest of the society, see also: Cass pen., 25th September 1996, in *Foro it.*, 1996, I, 3062; Cass. Pen., 1st September 1995, n. 2911, in *Corr. Giur.*, 1995, 1146.

<sup>11</sup> See French Code on the Environment (as amended in 2012); see also (even if the State does not belong to the European Union) Arts 7 and 35 of the Charter of Fundamental Rights and Freedoms of the Czech Republic (as amended in 1999).

<sup>12</sup> One of the first ruling that dealt with the set up of the right to a healthy environment - even if intended as a specification of the wider right to health - was: Cass. civ., Sez I, 6 October 1979, n. 5172, in *Giust. civ.*, 1980, I, 1970. This verdict represents a milestone in the emergence of such right, which is considered to be instrumental to an effective health protection.

<sup>13</sup> S. Peers et. al., *The EU Charter of Fundamental Rights*, Hart, Oxford and Portland 2014, 989.

To this set belong, for example, the Spanish Constitution<sup>14</sup> and the fundamental Charters of certain Central<sup>15</sup> and eastern European States<sup>16</sup>. In particular some of the latter ones are not limited to impose a right/duty to the individuals/State, but also acknowledge some principles of European matrix in the area of environmental protection, such as the “polluter pays” principle (Estonia, Hungary and, more indirectly, Slovenia) or the “sustainable development” principle (Poland).

Finally, a third group of European States, albeit short of a right-based formulation, recognizes the environmental safeguard as a constitutional value, that needs to be preserved by the State.

Examples on this aspect can be found in the German Constitution<sup>17</sup>, as well as in the Dutch one<sup>18</sup>.

<sup>14</sup> Art. 45 of the mentioned document places both a right for any individual to enjoy an environment which is suitable for his development and a duty on each member of the community to preserve it. The second paragraph is instead addressed to the public authorities, which are in charge of monitoring the “rational use of all natural resources with a view to protecting and improving the quality of life and preserving and restoring the environment”.

<sup>15</sup> Such as the Belgian Constitution, which expressly states in art. 23 the “right to enjoy the protection of a healthy environment”; also the Finnish constitution, as well as the Portuguese one provide for a reference to the protection of the environment: the former, in art. 20, that affirms the necessity for public authorities to “guarantee for everyone the right to a healthy environment”; the latter, in art. 66, recommends the need for every individual to “possess the right to a healthy and ecologically balanced human living environment and the duty to defend it”.

<sup>16</sup> Art. 44 of the Slovakian Constitution proclaims that “everyone has the right to an auspicious environment” but, at the same time, an obligation to “protect and enhance the environment and the cultural heritage”. See also art. 115 of the Latvian Constitution (“*The State shall protect the right of everyone to live in a benevolent environment by providing information about environmental conditions and by promoting the preservation and improvement of the environment*”); art. 24 of the Greek Constitution (“*The protection of the natural and cultural environment constitutes a duty of the State and a right of every person [...]*”); art. 53 of the Estonian Constitution (“*Everyone has a duty to preserve the human and natural environment and to compensate for damage caused to the environment by him or her*”); art. 21 of the Hungarian Constitution (“*Hungary shall recognize and enforce the right of every person to a healthy environment. A person who causes any damage to the environment shall be obliged to restore it or to bear all costs of restoration as defined by law*”); art. 72 of the Slovenian Constitution (“*Each person shall have the right in accordance with statute to a healthy environment in which to live. The State shall be responsible for such an environment. To this end, the conditions and the manner in which economic and other activities shall take place shall be regulated by statute. The conditions under which any person damaging the environment shall be obliged to make compensation shall be determined by statute*”); art. 5 of the Polish Constitution (“*The Republic of Poland shall safeguard the independence and integrity of its territory and ensure the freedoms and rights of persons and citizens, the security of the citizens, safeguard the national heritage and shall ensure the protection of the natural environment pursuant to the principles of sustainable development*”).

<sup>17</sup> Art. 20a of the Basic Law for the Federal Republic of Germany states that “Mindful also of its responsibility towards future generations, the state shall protect the natural foundations of life and animals by legislation [...]”.

<sup>18</sup> Art. 21 proclaims that “It shall be the concern of the authorities to keep the country habitable and to protect and improve the environment”.

#### 4. The establishment of environmental and waste law at the international level: the international background.

The advancement and the introduction in the States legislation of norms that care about the environment, far from being a fast course, has represented the result of a long international process that has its roots at the beginning of the XIX century.

In 1864, for the first time, the detrimental consequences on nature of human incautious behaviors were witnessed by George Perkins Marsh in his book "Man and Nature", which showed how man's actions were endangering the original balance of the world's ecosystems, irreparably compromising future generations<sup>19</sup>.

However, rather than protecting the environment as a value itself, at that time the policies that were made on this regard were seen in a utilitarian perspective of economic benefits for human beings. In other words, they lacked of a real environmental vocation, aiming at pursuing a shorter-term advantage related to material needs that could, from time to time, make their appearance.

Suffice it to mention the 1902 Convention for the Protection of Birds Useful to Agriculture (the first pact on a global scale that had the aspiration to protect a particular species of wildlife)<sup>20</sup> which, already from the name, contained the idea of protecting the environment not for the purpose of safeguard itself, but for the sake of commercial convenience.

In the same direction was established the Whaling Convention in 1931, that limited the exploitation of whales. The Convention indeed aimed at providing for "*the proper conservation of whale stocks and thus make possible the orderly development of the whaling industry*"<sup>21</sup>.

Furthermore, also the 1933 London Convention Relative to the Preservation of Fauna and Flora in their Natural State pursued the same utilitarian objective, even if in a less obvious way. In fact, it provided, on the one hand, for the creation of national parks and, on the other hand, for a severe protection of some species of wild animals. Behind those apparently positive measures other interests were hiding, such as

---

<sup>19</sup> G. P. Marsh, *Man and Nature, or, Physical Geography as Modified by Human Action*, C. Scribner and Co., New York 1867.

<sup>20</sup> *International Convention for the Protection of Birds Useful to Agriculture*, Paris, 19th March 1902, <http://www2.ecolex.org/server2neu.php/libcat/docs/TRE/Full/En/TRE-000067.txt>.

<sup>21</sup> This sentence belongs to the Preamble of the 1946 International Convention for the Regulation of Whaling, that replaced the Whaling Convention of 1931. For further readings, see: *International Convention for the Regulation of Whaling*, 2nd December 1946, Washington, available at <http://library.arcticportal.org/1863/1/1946%20IC%20for%20the%20Regulation%20of%20Whaling-pdf.pdf>.

the will to preserve big game hunting or the intention to domesticate animals which were susceptible of economic utilization<sup>22</sup>.

Notwithstanding the context described, it was in the frame of this period that one of the guiding principles of today's international environmental law was generated: the so-called *good neighbourliness* principle<sup>23</sup>. It was conceived as a result of an arbitral procedure between Canada and the United States that lasted for more than 12 years (from 1928 to 1941) and is known as the *Trail Smelter* case<sup>24</sup>.

The dispute dealt with transboundary air pollution, coming from the Trail Smelter situated close to the US border on the Canadian side, that ended in damaging the State of Washington in the USA.

The award of the tribunal represented a milestone in the development of the relations among States in environmental matters, since it proclaimed that "*no State has the right to use or permit the use of its territory in such a manner as to cause injury by fumes in the territory of another...when the case is of serious consequence and the injury is established by clear and convincing evidence*"<sup>25</sup>.

Thus, the importance of the case lays in the consideration that, for the first time, a clear limitation on a State's sovereignty was set with respect to activities with transboundary environmental effects.<sup>26</sup>

However, the real turning point occurred in the 1960s, again fostered by the publication of a book in which the author complained about the great damages the use of pesticides caused to the environment<sup>27</sup>.

Even if it is undeniable the role played by this publication in raising people's consciousness regarding those issues, it would have not been enough on its own for creating a wide consensus about the need for a concrete action.

<sup>22</sup> Convention Relative to the Preservation of Fauna and Flora in their Natural State, 8 November 1933, London, available at: <http://www2.ecolex.org/server2neu.php/libcat/docs/TRE/Full/En/TRE-000069.txt>. In particular, see art. 4 and 7.

<sup>23</sup> K. Hossain, "The international environmental law - making process", in *Routledge Handbook of International Environmental Law* (ed. by S. Alam et al.), Routledge, Oxon 2013, 73.

<sup>24</sup> Trail smelter case (United States, Canada), 16 April 1938 and 11 March 1941, Reports of International Arbitral Awards, V. III, 1905-1982, available at [https://legal.un.org/riaa/cases/vol\\_III/1905-1982.pdf](https://legal.un.org/riaa/cases/vol_III/1905-1982.pdf).

<sup>25</sup> L. F. Damrosch et al., *International Law, Cases and Materials*, Thomson/West, St. Paul 2009, 1493.

<sup>26</sup> Some years later, in 1949, the International Court of Justice embraced this principle and adopted it for the solution of another dispute. In that occasion the Court, remodulating the dictum of the Arbitral Tribunale, asserted that no State should utilize its territory in a way which is contrary to the rights of other States. See: *Corfu Channel Case (UK vs Albania)*, 3 April 1949, Merits, 1949, I.C.J. Rep. 4.

<sup>27</sup> R. L. Carson, *Silent Spring*, Houghton Mifflin, Boston 1962.

## 5. The consequences of the disasters that “opened the world’s eyes”.

In this sense, two other events, both catastrophes, encouraged the scientific world and the civil society to take awareness of the dangers threatening the environment.

The first one, dated 18th March 1967, occurred over the spilling of 118,000 tons of crude oil by a supertanker (the *Torrey Canyon*) which stranded off the coasts of England. The impact of the accident was terrifying: it is estimated that about 25,000 birds died as a consequence.<sup>28</sup>

Two years later, outside the shores of Santa Barbara (California) a drilling platform exploded during a routine maintenance intervention, releasing in the water more than 80,000 barrels of petroleum<sup>29</sup>. The effect of this disaster, together with the still present memory of the *Torrey Canyon* accident, was sufficient to awaken the consciences on regard of the need for a global feeling on environmental protection. It was indeed diffusing among nations the shared thought that events causing environmental damages could have serious healthy and economic consequences all over the world, and thus a synergic action ought to be performed on this matter.

The efforts put in place in this direction by several States as a consequence of those disasters were not vain, and they conveyed in the summit, held in Stockholm in 1972, known as *UNCHE* (United Nations Conference on Human Environment).

This conference was the first massive media event that dealt with environmental issues on a global scale, with the participation of 113 heads of States and governments, more than 700 observers coming from non-governmental organizations and about 1500 journalists<sup>30</sup>.

It witnessed the need not to conceive the environment only as a right to enjoy, but also as a responsibility for its preservation weighing down on mankind.

Yet, the result of the congress did not consist in the promulgation of binding treaties which imposed certain obligation or restrictions to States’ activities, but it ended in the issuance of non-binding instruments, two in particular: a *Declaration of Principles for the Preservation and Enhancement of the Human Environment*<sup>31</sup> and an *Action Plan*<sup>32</sup>.

<sup>28</sup> A. M. Halvorssenn, The origin and development of international environmental law, in *Routledge Handbook of International Environmental Law* (ed. by S. Alam et al.), Routledge, Oxon 2013, 31.

<sup>29</sup> *Ibid.*

<sup>30</sup> See: [https://www.are.admin.ch/are/it/home/sviluppo-sostenibile/cooperazione-internazionale/agenda2030/onu\\_-le-pietre-miliari-dello-sviluppo-sostenibile/1972--conferenza-delle-nazioni-unite-sullambiente-umano--stoccol.html](https://www.are.admin.ch/are/it/home/sviluppo-sostenibile/cooperazione-internazionale/agenda2030/onu_-le-pietre-miliari-dello-sviluppo-sostenibile/1972--conferenza-delle-nazioni-unite-sullambiente-umano--stoccol.html).

<sup>31</sup> A. M. Halvorssenn, The origin and development of international environmental law, cit.

Even if the positive echo related to the improvements reached at the Stockholm summit had important repercussions on the legal growth, in several fields, of the international environmental law<sup>33</sup>, the lack of a binding nature of the measures adopted in that context left the States with a too broad discretion on the policies to pursue in that regard.

It ended then to be more an occasion for declarations of (positive) intents rather than for taking concrete steps towards the enhancement of common measures.

Already aware of these facts, far from considering *UNCHE* the culmination of the process for the affirmation of environmental guarantees, the United Nations General Assembly, in 1983, voted for the creation of the World Commission on Environment and Development.

Such agency, later go down in history as the Brundtland Commission<sup>34</sup>, was a body independent from (but at the same time linked to) the United Nations system, which was in charge, on the one hand of examining critical environment and development issues and, on the other hand, of formulating feasible measures for dealing with them<sup>35</sup>.

---

To the Declaration in particular it is recognized the merit of having introduced the “most ambitious and forward-looking set of environmental principles by the international community at that time”. The document is composed of 26 Principles regarding both rights and duties of humans in relation to the environment, regarding for instance pollution control (Principles 2 through 7), stability of prices (Principle 10), implementation of environmental policies in all States (Principles 11 through 13) and States’ cooperation (Principle 22).

See also: Federico Antich, “Origine ed evoluzione del diritto internazionale ambientale. Verso una governance globale dell’ambiente.”, [https://www.google.com/search\\_client=safari&rls=en&q=ambiente+diritto+.it&ie=UTF-8&oe=UTF-8](https://www.google.com/search_client=safari&rls=en&q=ambiente+diritto+.it&ie=UTF-8&oe=UTF-8).

<sup>32</sup> A. C. Kiss, D. Shelton, *International Environmental Law*, Transnational Publishers, New York 2004, 47.

The Action Plan consisted in a world Programme for the environmental evaluation (Earthwatch), to be implemented through a global system of monitoring (Global Environmental Monitoring System, GEMS) and an exchange of information system (International Referral System, INFOTERRA), in order both to define the guiding principles for the promotion of a balanced utilization of the natural resources and to develop measures regarding supportive measures, such as education and professional formation.

<sup>33</sup> In the years that followed the Stockholm Conference many international agreements on the safeguard of sectorial aspects of the environmental discipline were reached. Just to mention some of them, the United Nations Convention on the Law of the Sea (signed in Montego Bay the 10th December 1982) was the result of the negotiations started first at the mentioned summit and later subject of another meeting, on the law of the sea, held in New York in 1973.

Noteworthy is also the creation of the World Charter of Nature (28 October 1982), which came to existence after the emergence, at the *UNCHE*, of a strict relation between human rights and protection of the environment. In particular the importance of this document is remarked also by the incorporation of its principles in other conventions, such as the South-East Asian Agreement on the Conservation of Nature and its Resources (signed in Kuala Lumpur the 9th July 1985).

<sup>34</sup> The denomination is due to the name of the President of the commission, the Norwegian Gro Harlem Brundtland.

<sup>35</sup> A. C. Kiss, D. Shelton, *International Environmental Law* cit., 51.

The conclusions reached in the Brundtland Report<sup>36</sup> recognized the importance of the combination between the economic development of nations and the protection of the environment, introducing for the first time the concept of *sustainable development*, to be intended as a “*development that meets the needs of the present without compromising the ability of future generations to meet their own needs*”<sup>37</sup>.

In this sense, it appears also interesting to mention that, in those years, the focus reserved to a particular branch of the environmental thematic (namely the waste issue) was gaining importance, especially in light of certain bad practices that were worldwide diffusing.

In particular, States commenced to consider important to put brakes to transboundary movements of hazardous waste from developed countries to less developed ones.

For these reasons, in 1989 it was adopted the so called “Basel Convention on the Control of Transboundary Movements of Hazardous Wastes and their Disposal”, which actually came into force in 1992. Such agreement still represents, on the global level, the most comprehensive one. It aims at protecting human life and the environment against the adverse effects resulting from uncontrolled movements of waste among nations.

However, for its global scope, it is an agreement of general matrix that cannot address specific contexts. For this reasons, already in the provision of its article 11, it contemplates the possibility, for the States part of the Convention, to stipulate bilateral or multilateral agreements among them, with the only limit represented by the need not to infringe the obligations arising out of the Convention itself.

If, on the one hand, the introduction of art. 11 appears really actual and demonstrates the will of the contracting parties not to ignore specific and contingent situations, at the same time it appears to leave too much discretion upon the States willing to use the instruments provided in it, with the risk not to circumscribe enough the powers of single nations.

In any case, art. 11 favored the flowering of many smaller agreements among states. It is possible, for example, to recall the Lomé IV Convention, which constituted a general and international agreement between 71 countries of the world (mainly of Africa, Caribbean and Pacific areas) and the European Community. Its aim was

---

<sup>36</sup> World Commission on Environment and Development, *Our common future*, Oxford University Press, Oxford 1987.

<sup>37</sup> *Ibid.*

not only to control hazardous waste movements in those regions, but also to completely forbid these shifts in relation to certain residues<sup>38</sup>.

Also the Bamako Convention was an effect of art. 11. This piece of law, drafted after the impulse of the Organization of Africa Unity (OAU), was the consequence of African States' discontent with the excessively broad provisions of the Basel Convention.

This aspect is also evident in relation to art. 4 of the Bamako convention, which bans waste importations to Africa coming from States which are not member of the Convention. The value of this agreement is also to have enlarged the notion of "hazardous waste", encompassing in it also other substances, such as, for example, radioactive residues<sup>39</sup>.

The same *ratio* led also to the stipulation of a third Convention (Waigani Convention), whose main parties were nations of the South Pacific area.

Those States, joint together in the South Pacific Forum, agreed on the one hand to regulate waste movement between members of the already mentioned forum and, on the other hand, to forbid any hazardous or radioactive waste imports coming from foreign nations<sup>40</sup>.

These progresses, together with the already mentioned Brundtland Report, pushed the United Nation to opt for the summons of another conference, that would have been held in 1992 in Rio de Janeiro, in order to discuss the innovative elements that arose from this document.

To show the stress on the thematic faced by the Report, the name that was given to the summit was "United Nations Conference on Environment and Development" (UNCED)<sup>41</sup>.

If compared to the *UNCHE*, Rio conference was a more resounding event, whether because of the amount of actors involved<sup>42</sup> or for the number of instruments adopted<sup>43</sup> (the *ratio* of which was taken as example, in the years that followed, for the emis-

---

<sup>38</sup> For further insights on the Lomé IV Convention, see: <http://aei.pitt.edu/7561/1/31735055261238-1.pdf>.

<sup>39</sup> For a further analysis on the Bamako Convention, see: <https://www.unenvironment.org/explore-topics/environmental-rights-and-governance/what-we-do/meeting-international-environmental>.

<sup>40</sup> For further readings on the Waigani Convention, see: <https://www.sprep.org/convention-secretariat/waigani-convention>.

<sup>41</sup> United Nations Conference on Environment and Development (UNCED), Rio de Janeiro (Brazil), 3-4 June 1992.

<sup>42</sup> At the conference were present around 10,000 participants (including 116 head of state and government), representing more than 170 States. Furthermore, also the participation of about 1500 non-governmental organizations is remarkable, as well as the presence of nearly 9,000 journalists.

<sup>43</sup> As a result of the summit, five documents were released: two conventions (UN Framework Convention on Climate Change and the Convention on Biological Diversity); one declaration (Non-legally binding authoritative statement of principles for a global consensus on the management, conservation and sustainable development of

sion of several binding and non-binding instruments such as for the promotion of other international initiatives)<sup>44</sup>.

However, UNCED experienced the same issues of the Stockholm Summit related to the lack of mandatory measures which could actually bind the participant States. Furthermore, many other expectations were not met<sup>45</sup>, legitimizing part of the scholars of different portion of the world to consider it a complete failure<sup>46</sup>.

Also in relation to its concrete results for the health of the planet the Rio summit left something to be desired: it was noticed that, after 1992, the environmental condition worldwide had got worse, not taking into account the needs of the future generations.<sup>47</sup>

forests); two texts (Declaration on Environment and Development and Agenda 21). These last two documents bear a general scope.

The former one contains 27 principles (recalling in certain ways the Stockholm Declaration on the Human Environment), the common thread being the concept of sustainable development. The latter one instead consists of an action plan composed by forty chapters dealing with 115 specific topics, that can be divided in four main parts: socio-economic; conservation of resources; role of the non-governmental organizations; measure of implementation.

<sup>44</sup> C. Breidenich *et al.*, “The Kyoto Protocol to the United Nations Framework Convention on Climate Change”, *American Journal of International Law*, 92/1998, 315-331; F. Yamin, “The Kyoto Protocol: origins, assessment and future challenges”, *Review of European Community & International Environmental Law*, 7/1998, 113-127; K. Campbell, “From Rio to Kyoto: the use of voluntary agreements to implement the Climate Change Convention”, *Review of European Community and International Environmental Law*, 7/1998, 159-170; S. Oberthur, H. Ott, *The Kyoto Protocol, International climate policy for the 21st century*, Springer, Berlin-London, 1999; M. C. Pontecorvo, “Interdependence between global environmental regimes: the Kyoto Protocol on climate change and forest protection”, *Zeitschrift für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht (Zaorv)*, 59/1999, 709-748.

<sup>45</sup> For example, the negotiations regarding the Earth Charter (a universal declaration concerning the protection of the environment and the sustainable development, which would expose in a clear way the rights and the duties of human beings towards the environment) did not bear fruit and its adoption was postponed to June 2000, at the Peace Palace in the Hague (<https://www.cartadellaterra.it/index.php?c=storia>, 14 March 2020).

The same considerations can be carried out in respect of the Convention on Biological Diversity, which was basically nullified from the beginning because of USA's non-adherence (<http://www.isprambiente.gov.it/temi/biodiversita/convenzioni-e-accordi-multilaterali/convenzione-sulla-biodiversita-convention-on-biological-diversity>, 14 March 2020), as well as for the Convention on the Climate Change, again hindered by the US denial to reduce its polluting emissions in the lack of a precise calendar and amount specifying the extent of the reduction (<http://www.isprambiente.gov.it/temi/cambiamenti-climatici/convenzione-quadro-sui-cambiamenti-climatici-e-protocollo-di-kyoto>, 14 March 2020).

<sup>46</sup> T. Treves, “Il diritto dell'ambiente a Rio e dopo Rio”, *Rivista Giuridica dell'Ambiente*, 1993, 577; see also M. Pallemerts, “La conférence de Rio: grandeur ou décadence du droit international de l'environnement?”, *Revue Belge de Droit International*, 28/1995, 175.

<sup>47</sup> F. Antich, “Origine ed evoluzione”, cit. In particular the author recalls some consideration carried out by Kofi Annan, at that time Secretary-General of the United Nations, during his speech “Verso Un Futuro Sostenibile” at the Annual Conference on the Environment, held in New York the 14th May 2002. In that occasion, Annan pointed out how advances in the environmental policies had been slower than expected, also because of the way

These concerns emerged ten years later, during another occasion for the development of an international dialogue regarding the issues related to the environment: the World Summit on Sustainable Development (WSSD), held in Johannesburg in August 2002<sup>48</sup>.

This conference had the precise aim of verifying the progresses (if any) in the implementation by the States of the commitments made in Rio: unfortunately, the results appeared to be the minimum that could be expected, confirming the fear of the most<sup>49</sup>.

WSSD was then apparently just a further opportunity for the states to reiterate their promises<sup>50</sup>, as it is shown in the two documents approved in the conclusion of the Conference<sup>51</sup>.

Even if those means were still not binding<sup>52</sup>, the matters faced in this occasion collected anyway a wide consensus among the States, especially regarding the renovate awareness that, in order to solve the issues came into view, a global governance was needed, including in the decision-making process also different branches of the world community.

The last noteworthy step of this international path which will (hopefully) lead to an adequate protection of the environment is quite recent<sup>53</sup>.

The *United Nations Climate Change Conference* held in Paris had as main purpose the reduction of climate change, a commitment that was formally proclaimed in the *Paris Agreement*<sup>54</sup>.

to perceive environmental issues, always a step backward in comparison with the topics of economic and financial matrix.

<sup>48</sup> For further readings, G. Gardner, *La sfida di Johannesburg. Creare un mondo più sicuro*, in *State of the World 02*, (a cura di C. Flavin, H. French, G. Gardner), Edizioni Ambiente, Milano 2002, 31-58.

<sup>49</sup> For example, the ecological balance concerning the concentration, in the atmosphere, of carbon dioxide raised vertiginously, witnessing a general indifference towards the necessity of modifying the production and consumption models. See Federico Antich, "Origine ed evoluzione", cit.

<sup>50</sup> Johannesburg summit was the event that experienced the highest rate of participation: more than 190 states representatives from all over the world. The total amount of people who took part to the conference exceeded the 22,000 presences, including non-governmental organizations, scientific institutions, local authorities and journalists.

<sup>51</sup> The final document was the Resolution A/CONF. 199/20, which is composed by two other texts: the "Johannesburg Declaration on Sustainable Development from our origins to the future" and a "Plan of Implementation of the World Summit on Sustainable Development". The former one is a political declaration in which signing States expressed their will to reach certain social objectives (such as promoting a correct and wise usage of natural resources) through their policies; the latter one, as the same denomination suggests, is an action plan released on the heels of the previous Agenda 21, but with the noble intent to overcome its gaps. Specifically, differently from Agenda 21, the Plan of Implementation of Johannesburg wished to equip the international community with instruments that could effectively elicit a change in the States policies.

<sup>52</sup> Again because of the opposition of certain industrialized States, such as USA.

<sup>53</sup> United Nations Climate Change Conference, Paris, 15 December 2015.

This time, on the basis of the limits of the other conferences' results, the prescription contained in the agreement were binding<sup>55</sup>, imposing their respect to all the member States that accepted it<sup>56</sup>.

The adoption of a document with such a "power" then bodes well regarding the concrete realization of the necessity for a "revirement" in world's policies on the environmental issues.

If the frame abovementioned shows, although briefly (for the sake of the present work), the international evolution process of institutions' and, more generally, people's awareness regarding the environmental thematic, noteworthy is also to mention the developments that this *iter* had on the (at that time still) European Community.

## **6. The development of environmental and waste law in the framework of the European Union: the causes that favored the blossoming of the EU environmental regulations.**

The Stockholm Conference, as well as the flowering of international conventions on this matter during the 1970s, positively influenced the progress of political agreements in the European context. However, such concerts were not sufficient in order to enable a Community competence on environmental topics, which could only be established through a legislative act (namely, a treaty).

Such objective was reached only fifteen years later, in 1986, by means of the Single European Act (SEA), a reform that introduced into the TEC a specific Title concerning the environment.

However, as it happened also for the international path<sup>57</sup>, it was the jurisprudence that played a fundamental role in this sense, providing the European Institutions

---

<sup>54</sup> See [https://ec.europa.eu/clima/policies/international/negotiations/paris\\_it](https://ec.europa.eu/clima/policies/international/negotiations/paris_it), 15 March 2020. The document outlines the main objectives that were negotiated at the summit. In particular, they were: to maintain under the 2° Celsius the raise in temperature of the world (as a long term objective); to limit the increase of temperature to 1,5° Celsius (as a short-term objective). It was specified in the negotiations that these measures would be appropriate in significantly reducing the risks and the impacts of climate changes.

<sup>55</sup> However, no international authority has the formal power to override a State's sovereignty. Thus, the measures adopted can be "indirectly coercive", for example providing the nations that disrespect the promises with a sanction. However, the mandatory degree of the measures is not always the same for the entire text, but it changes according to the language adopted in the single rule.

<sup>56</sup> So far, the Agreement has been signed by 195 States, 158 of which have also ratified it.

<sup>57</sup> The jurisprudence of the European Court of Human Rights (ECtHR) was copious on this topic, in particular in relation to industrial pollution and people's right to health.

For example, in the dispute *Lopez Ostra v. Spagna*, 9 December 1994, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57905>, 16 March 2020, the Court stated that, in relation to the situation in which pollutant emissions are released from

with a legal basis for the recognition of an implied competence in this regard even before the promulgation of the SEA<sup>58</sup>.

In this sense, both the Commission and the Council based their rudimentary environmental legislation on the articles 100 and 235 (now 94 and 235 of the TFEU), linking it now to the functioning of the common market, now to the actions “necessary to attain, within the frame of the common market itself, one of the objectives of the Community” (in the case the Treaties did not explicitly confer powers in that specific area to the Union).

Therefore, another similarity regarding the establishment of the environmental legislation can be drafted between the European Community and the international one: environmental measures, also within the European frame, were perceived as conditioned and ancillary to the economic policies of the European market.

---

an industrial plant, in order not to violate art. 8 of the European Convention on Human Rights, States have a duty towards the citizens to ensure that the start-up of the activity does not result in abnormal consequences for the private and family life of the inhabitants of the neighboring places.

In another case (*Guerra e altri c. Italia*, 14th February 1998, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58135>, 16 March 2020), the Court enlarged the capacity of the principle proclaimed in the previous verdict, affirming that a violation of art. 8 ECHR occurs also if the State, in the case of a serious threat for the environment, does not provide citizens with a clear and complete information regarding the potential risks to which they are exposed.

To conclude, a more recent case that involved again Italy and which is noteworthy, is *Giacomelli v. Italia*, 2 November 2006, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-77785>, 16 March 2020, in which the Court found the Italian government responsible for not having performed, before releasing to an industrial plant the authorization, appropriate investigations and studies regarding certain activities that could negatively affect the environment with dangerous repercussions for human health.

<sup>58</sup> Already since 1980 the European Court of Justice ruled, although in an implied way, in the sense of a recognition of the importance of environmental protection for the sake of the Community itself.

In particular, worthy of note is the dispute *Commission v. Italy*, Case 92/79, ECR 1115. In this ruling, the Court analyzed that national environmental law plays a fundamental role in competition affairs, since “differing levels of environmental protection in different states distort competition between economic operators, because an operator in a state with very stringent environmental standards faces higher costs than an operator in a Member State with lower standards” (quoted from Maria Lee, *EU Environmental Law - Challenges, Change and Decision-Making*, Oxford and Portland, 2005, 11).

Another important verdict on the matter is: *European Court of Justice, Procureur de la République v Association de Défense des Bruleurs d’huiles Usages*, 7th February 1985, Case 240/83, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/ALL/?uri=CELEX%3A61983CJ0240>.

In this case, invested with the interpretation of a directive of the European Council concerning the elimination of used oils, the Court clarified that the principle of free trade has not an absolute value and it is subjected to certain limits, which are the expression of specific Community’s purpose of general nature. Namely, in the case at hand, the interest protected by the directive was worth of legal protection, since it aimed at the preservation of the environment, described as an essential objective of the Community.

For a more recent decision, see: *European Court of Justice, Commission v Austria*, 11th December 2008, Case 524/07, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A62007CJ0524>, in which is again shown the tension between the environmental objectives of the Union and the purposes concerning economic growth.

Even though the Single European Act introduced in the EEC Treaty a chapter concerning the environmental protection, it was through the Maastricht Treaty that this topic became a concrete policy the Community was committed to pursue.

This is witnessed on the one hand by the insertion, among the objectives of the Union, of the one promoting a sustainable growth, respectful of the environment; on the other hand by the modification of the previous article 130 R, in which was added also the purpose of endorsing, on the international level, measures reserved to deal with environmental issues on both regional and national level.

## 7. The current EU legal framework on environmental protection.

Nowadays, the protection of the environment has reached a high level, being expressly considered both in the Treaty of the European Union (TEU) and in the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU).

The former one, in art. 3, places attention not only on the necessity of the Union to have a common market, but also to the modalities of its development, which in particular have to be determined according with environmental sustainability measures; the latter one offers instead a more detailed legal basis for the environmental policy of the EU.

In particular, the norms that assume importance in this regard are, on the one hand, art. 11 and, on the other hand, articles 191-193, enclosed in the XXth Title of the TFEU (entitled "Environment").

Article 11 introduces in the first part of the TFEU the *Principle of Integration*<sup>59</sup>, by prescribing that environmental needs *must* be included both in the definition and in the implementation of the policies of the European Union, in a perspective of sustainable development<sup>60</sup>.

This statutory provision then enshrines the extent of the topic, which is to be seen as a transversal subject capable of influencing the decision-making process of the European Bodies.

<sup>59</sup> The Principle of Integration was already provided for in article 130 R, n. 2 by the SEA. After the Treaty of Amsterdam however, it had been detached from the specific environmental discipline and placed within the first part of the TFEU, raising as a general principle.

<sup>60</sup> It seems interesting to notice that, unlike the other integration clauses contained in the EU Treaties (for example with regard of gender equality - Art. 8 TFEU; non discrimination - Art. 10 TFEU; employment and social protection - Art.9 TFEU; consumer protection - Art. 12 TFEU; animal welfare - Art. 13 TFEU), is the only one that adoperates the term *must*. Namely, in the field cited in brackets, the expressions used are less limitative (from "shall aim to" to "pay full regard", passing through "shall take into account").

The discipline provided in the XXth Title is instead more substantial and it regulates in details the objectives and the procedures related to the topic.

Namely, this Title opens with article 191, a norm of general extent: in the first paragraph, the disposition sets out the objectives of the environmental policy of the Union<sup>61</sup>, while in the second it enumerates the principles on the ground of which the EU environmental legislation is implemented<sup>62</sup>, giving also in a way the possibility to

<sup>61</sup> Such objectives aim at the preservation and improvement of the condition of the environment; the safety of human health; the intelligent usage of natural resources; the promotion of measures that are globally suitable to deal with environmental issues.

However, in order to implement these objectives, European Institutions adopt “General environmental action Programs” which establish the primary objectives to reach, as well as the political choices and the implementing measures related to them.

While in the first four Programs the approach chosen was technical and more sector-specific, in the latest (fifth, sixth and seventh) it was expressed a more integrated conception, aiming at a sustainable development.

Currently, the eight Program is about to be perfected. It has been discussed in the past October 2019, and it will deal with several aspects (biodiversity, climate changes, economy) for the period that goes from 2021 to 2030.

For a further analysis, see: A. Tizzano, *Trattati dell'Unione Europea*, Giuffrè, Milano 2014.

<sup>62</sup> The principles that are listed in this paragraph are of different matrix, especially in respect of the time discipline they set.

In a perspective of preventive action for example, are envisaged the precautionary principle and the preventive action principle. The first one requires the adoption of appropriate preventive measures in presence of a threat or a risk for the legal interests contemplated in the first paragraph of art. 191 TFEU (protection of the environment; health protection. See: European Court of Justice, 2 December 2004, C-41/02, *Commission v The Netherlands*, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62002CJ0041>), which has not been neither ascertained with a scientific evidence (see: European Court of Justice, 26th May 2005, C-123/03, *Codacons and Federconsumatori*, <https://www.ecolex.org/details/court-decision/ministero-della-salute-v-coordinamento-delle-associazioni-per-la-difesa-dellambiente-e-dei-diritti-degli-utenti-e-dei-consumatori-codacons-federconsumatori-intervening-parties-lega-delle-cooperative-associazione-italiana-industrie-prodotti-alimentari-aiipa-adusbef-05cd53e9-9f57-44e9-bac2-2d82e394a2e7/>), nor have been subject to an adequate preventive evaluation (European Court of Justice, 26th May 2011, C-538/09, *Commission v Belgium*, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A62009CJ0538>). The precautionary principle then consists of a strategy of risk management in the cases in which are outlined possible negative effects on the environment or on human health, but the scientific data available do not allow a complete evaluation of the dangers. The measures adopted have to be proportionated with the level of protection demanded and should be taken after the implementation of analysis of the costs and the benefits of the actions. Finally, the extent of this principle is not limited to the environmental matters, but extends also to other topics, such as to alimentary discipline (European Parliament and European Council, Reg. EC n.178/2002, <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:2002R0178:20060428:IT:PDF>). In the Italian legal system, other than being an immanent principle of the environmental legislation (art. 3ter, D. Lgs. 152/2006), it has also been transposed in certain fields, such as in waste legislation (art. 178 D.Lgs. 152/2006) and in water legislation (art. 144, paragraph 4bis).

The Preventive Action principle instead draws the attention of the EU legislator towards actions which can avoid in the first place a prejudice for the environment, in the case there is a proven threat (and this is the main difference between the latter principle and the precautionary one). In this sense, instruments such as environmental impact assessments play a fundamental role, making the adoption of certain plans or projects contingent upon a check of its burden on the environment. In particular, environmental impact assessments have been subject to a directive of the European Parliament and Council (Dir. EU 2011/92, 13th December 2011, <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2012:026:0001:0021:IT:PDF>), which has been interpreted

Member States to derogate (after a control of the Community)<sup>63</sup> other EU provisions for the sake of environmental measures of non-economic nature.

The last two paragraphs describe, respectively, the elements the Union has to take into account in the elaboration of this policy and the cooperation processes with third States and international organizations.

Article 192 TFEU instead represents a procedural norm, identifying three different legislative procedures in the field of the environment.<sup>64</sup>

Finally, art. 193 defines the relation between the protection of the environment offered by the European Union and the one of the Member States, conceding the possi-

by the European Court of Justice as a set of norms which provide for an high level of protection (each project in this field should be the object of an assessment), even if it is in any case recognized to any Member State a wide discretionary power with regard to the hypothesis and modalities of the evaluation (see: European Court of Justice, 10th June 2004, *Commission v Italy*, C-87/02, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62002CJ0087&from=DA>).

Finally, it seems worth to mention that the two principles described have also been recalled in conjunction by the Court which, in a dispute concerning waste storage, stated that “by virtue of those principles, it is for the Community and the Member States to prevent, reduce and, in so far as is possible, eliminate from the outset, the sources of pollution or nuisance by adopting measures of a nature such as to eliminate recognised risks” (European Court of Justice, 5th October 1999, *Lirussi and Bizzarro*, C- 175/98 and C-177/98, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/GA/ALL/?uri=CELEX:61998CJ0175>).

The third principle provided by art. 191 TFEU (Rectification at source of environmental damages) is “hybrid” under the point of view of the time in which it has to operate, since it could be both interpreted as preventive and subsequent.

It implies the individuation of the most appropriate competence level to which entrust the management of the protection. This principle represents then an expression of the wider principle of subsidiarity, strictly related to the environmental protection. Concerning the aspect of waste management, the ECJ took the chance to clarify that municipalities, as well as regions, are in the first place required to adopt the most adequate measures in order to ensure that waste is disposed off in the area of its production (European Court of Justice, 23rd May 2000, *Entrepreneurforeningens Affalds/Miljosektion*, C-209/98, <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/c7ffd538-ebfb-4b5e-a2bb-cdd9f119e1e5>). In the same sense, see: European Court of Justice, 4th March 2010, *Commission v Italy*, C-297/08, <http://curia.europa.eu/juris/documents.jsf?num=C-297/08>.

<sup>63</sup> In this sense, derogations must be founded on different conditions: they must be legitimized by environmental reasons of non-economic nature; they have to be temporary and they need the express authorization from the European Commission. Namely the control has to accurately and impartially cover all the relevant elements of the case (see: European Court of Justice, 6th November 2008, *Netherlands v. Commission*, C- 405/07, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62007CJ0405>). Furthermore, this faculty of the Member States has to be exercised in conformity with the goals set in the first part of paragraph 2, meaning an high level of protection for the environment (see: European Court of Justice, 22nd June 200, *Fornasar*, C-318/98, <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-318/98>).

<sup>64</sup> The first one is the ordinary legislative procedure, which constitutes the general rule for both the realization of the objectives set in article 191 and for the adoption and implementation of the environmental action programs. The second one, provided in the second paragraph, represents an exception to the ordinary procedure and requires, in certain topics of national interest, the unanimity through a special legislative procedure, outlined by the same article.

Finally, the so-called “instrument procedure” allows the Council, through a unanimous decision, to decide for the application of the ordinary procedure also to the topics included in the second paragraph of art. 191 TFEU.

bility to the latter ones to grant a higher safeguard or, at least, an equal security to the one of the Union<sup>65</sup>.

## 8. The protection of the environment within the EU Charter of fundamental rights.

For the sake of the present work it appears also important to address the provisions of the Charter of Fundamental Rights of the European Union that deal with the environment, considering that, since the Lisbon Treaty<sup>66</sup>, this document has become directly applicable and is part of the binding primary sources of law of the Union.

In particular, article 37 of the Charter is entitled “Environmental protection” and sets the duties of public authorities in relation to environmental integration, referring to the need both of guaranteeing a high level of environmental protection and improving the quality of the environment. However, understanding what has to be intended for “high level” of safeguard has not been an easy task. Nowadays this statement has been interpreted as a “*moving target*”<sup>67</sup>, which bears the belief of the need for regular enhancement of environmental protection standards within the frame of the EU.

Therefore, “any measure leading to environmental degradation runs counter to the spirit of Article 37 of the Charter”<sup>68</sup>; at the same time the CJEU, excluding that “higher level” can fit in with the lowest one accorded by one Member State<sup>69</sup>, does not pretend that the degree of protection has to be in any case the highest technically available.<sup>70</sup>

<sup>65</sup> In this hypothesis, Member States can activate the derogation unilaterally, without the necessity of a preventive control from the Commission.

For example, the European Court of Justice considered as an enforcement measure of the EU legislation, the prohibition to build wind turbines in the area of Puglia region, in Italy (see: European Court of Justice, 21st July 2011, Azienda Agro-Zootecnica Franchini e Eolica di Altamura, C-2/10, <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-2/10>). In the same sense, but regarding the protection of Italian national sites of European importance, see also: European Court of Justice, 13th January 2005, Società Italiana Dragaggi, C-117/03, <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-117/03>).

<sup>66</sup> The Charter was firstly conceived during the European Council held in 1999 in Köln; it was then solemnly proclaimed by the European Bodies in 2000 in Nice. However, it was with the adoption of the Lisbon Treaty the 1st December 2009 that it actually entered into force, becoming binding for the Member States.

<sup>67</sup> L. Kramer, EU environmental law, Sweet & Maxwell, London 2011, 12.

<sup>68</sup> “Article 37”, The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary (ed. by S. Peers et al.), Hart, Oxford and Portland 2014, 993.

<sup>69</sup> L. Kramer, EU environmental law, above, 11-12.

<sup>70</sup> European Court of Justice, 14th July 1998, Safety High-Tech v S & T Srl, C-284/95, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/GA/TXT/?uri=CELEX:61995CJ0284>.

## 9. Regulation of waste at the level of EU law.

A sector of environmental law in which the production of norms on the European level has been conspicuous, significantly increasing through the years, regards the field of waste.

Waste management represents one of the main aspects concerning the protection of the environment, as it is expressly stated in art.1 of the directive 2008/98/EC<sup>71</sup>. It is based on the principles of precaution, prevention, sustainability, proportionality and cooperation among all the parties involved<sup>72</sup>. Furthermore, it is performed according to a *priority scale*, which highlights the best system that has to be followed in order not to cause neither a prejudice to the environment nor a danger to people's health. In this sense, art. 4 of the abovementioned disposition properly sets a waste hierarchy for legislation concerning its prevention and management<sup>73</sup>.

However, the need for specific regulations on this field emerged long before the adoption of the Dir. 2008/98/EC, which, under certain aspects, represents only a copy of previous acts.

The first piece of European legislation that dealt with the topic has indeed been released right after the Stockholm Conference, in the years in which the attention reserved to the environmental issues was raising.

The 15th of July 1975 the European Council adopted the Dir. 75/442/EEC related to *waste*, that is for the first time defined as “*any substance or object [...] which the holder discards or intends or is required to discard*”<sup>74</sup>.

<sup>71</sup> The disposition states that “This Directive lays down measures to protect the environment and human health by preventing or reducing the adverse impacts of the generation and management of waste and by reducing overall impacts of resource use and improving the efficiency of such use”, available at <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=celex%3A32008L0098>.

<sup>72</sup> The cited principles resemble the ones provided in art. 191 TFEU. See footnote 62, supra.

<sup>73</sup> In particular, the process should aim at first at preventing from generating waste; after, if this was not possible, waste produced should be prepared for re-use; if a further utilization is not possible, then the best option would be recycling what is left over, or provide for other recovery (such as energy recovery); finally, if none of the precedent possibilities are feasible, the phase of disposal should apply.

<sup>74</sup> On this regard, an early verdict of the ECJ observed how this definition had not been respected by Italian legislation (art. 14, L. 178/2002), which excluded automatically from the sphere of art. 1 of the directive industrial residues that were to be re-used, even by third parties. The Commission believed that the effect of this provision was to “narrow unlawfully the meaning of waste and thus to restrict the scope of the Italian legislation on waste management”. The Court, taking the steps from the Annex 1 related to the Directive (which contains a non-exhaustive list of certain substances and objects which may be classified as waste’), asserted that the notion of “waste” cannot be interpreted in a restrictive way (par. 33) and it does not exclude, ex se, substances that are capable of economic re-use (par. 36). The pronouncement is also noteworthy for the Court’s reference to by-products,

This directive has then been modified several times<sup>75</sup>, until its complete abrogation, operated by Dir. 2006/12/EC (which was later replaced by Dir. 2008/98/EC)<sup>76</sup>.

which are to be differentiated from waste in light of the possibility for the former ones to be exploited or marketed. Namely, according to the the ECJ, the latter operation would speak in favor of the non-inclusion of those materials within the scope of art. 1 of the directive 75/442/CEE. However, the Court proceeded stating that “if such re-use requires long-term storage operations which constitute a burden to the holder” and a potential damage to the environment, then “the substance in question must, as a general rule, be regarded as waste” (par. 39). Thus, the value of this decision lies on the implied principle that a “concrete assessment” has to be conducted, case by case, in order to establish whether the substances are waste or by-products. See: European Court of Justice, C-263/05, 18th December 2007, available at: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=71922&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=6382848>.

Besides, this proceeding was part of a triple condemn for Italy, occurred on the same day through two other verdicts bounded by the same ratio: C-194/05 and C-195/05. Rather than industrial residues, to be automatically prevented from being classified as waste were, for the first verdict, the “excavated earth and rocks intended for actual re-use for filling, backfilling, embanking or as aggregates”; for the second, on the one hand the “food scraps from the agro-food industry intended for the production of animal feed” and, on the other hand, “leftovers from the kitchen preparation of all types of solid food, cooked and uncooked, which have not entered the distribution system and are intended for shelters for pet animals”. As it has been highlighted by scholars, the major point of friction between the European definition of waste and the Italian one belonged to the impossibility for a Member State to introduce, through national legislation, any kind of legal modalities of prove that automatically restricts the scope of application of the waste’s notion as it was intended on the European level. Namely, in this way there could not only be a prejudice to the environment, but also to the wider and ontological principal of supremacy of European Law.

For the full text of the cited judgments, see: European Court of Justice, C-194/05, 18th December 2007, available at <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=71918&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=6395525>; European Court of Justice, C-195/05, 18th December 2007, available at <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=71919&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=6395877>.

For a comment of the three judgments, see: A. Natalini, “Nozione di rifiuto, riutilizzo e sostanze escluse: dai giudici comunitari tripla condanna per l’Italia”, in *Diritto e giustizia*, 14/2007, 1.

Not least, it appears also worth of mentioning that those criticisms should have not been unexpected for the Italian Republic, especially in light of another Court’s decision that involved the Country three years earlier (the so called “Niselli” case). In that occasion, invested with a preliminary ruling regarding the notion of waste, the Court already took the chance to stigmatize the Italian bad practice of unreasonably excluding, in an automatic way, certain materials from the scope of the abovementioned term. For the full text of the verdict, see: European Court of Justice, C-457/02, 11th November 2004, available at <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=it&num=C-457/02>.

See also: Leonardo Baroni, “Le principali sentenze di condanna dell’Italia per la mala gesto dell’emergenza rifiuti in Campania e la perdurante violazione della normativa europea”, *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2/2015, 633.

<sup>75</sup> The most significant modifications have been introduced by Dir. 91/156/EEC and by Dir. 91/689/EEC. The goal of the former one is to take into account, after almost twenty years, of the experience gained by Member States in the implementation of Dir. 75/442/EC; the latter one instead introduces into the same directive additional and more stringent provisions concerning hazardous waste.

<sup>76</sup> Directive 2008/98/EC of the European Parliament and of the Council on waste and repealing certain Directives, 19<sup>th</sup> November 2008, Official Journal of the European Union, L 312/3, 2008, available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32008L0098&from=EN>.

Recently, the European Parliament and the Council returned to regulate the waste framework through the adoption of a new Directive which lastly modified Dir. 2008/98/EC<sup>77</sup>.

The objective of this last piece of legislation is to improve even more the management of waste in the European Union, in order to direct it towards a sustainable administration of the materials, “with a view to protecting, preserving and improving the quality of the environment, protecting human health, ensuring prudent, efficient and rational utilization of natural resources, promoting the principles of circular economy, enhancing the use of renewable energy, increasing energy efficiency, reducing the dependence of the Union on imported resources, providing new economic opportunities and contributing to long-term competitiveness”. In particular, in order to render really circular the economy, European bodies believe that “it is necessary to take additional measures on sustainable production and consumption, by focusing on the whole life cycle of products in a way that preserves resources and closes the loop. The more efficient use of resources would also bring substantial net savings for Union businesses, public authorities and consumers, while reducing total annual greenhouse gas emissions”.

The directive, published on the 14th June 2018 in the Official Journal of the European Union, has to be transposed by Member States before the 5th July 2020.

As it appears easy to grasp from this brief analysis, waste regulations, through a metaphor, could be thought as a combination of concentric circles which spread from the smaller one, containing the core of the framework, towards the larger ones, that specify and further develop the principles of the previous spheres.

In this system then, it is undeniable the value of Dir. 75/442/CE, which has established an organic set of Community rules on waste disposal that, in spite of the cited modifications, has been handed down until today, inspiring all the subsequent modifications and progresses.

The frame outlined so far is going to be useful for well understanding the second part of this work, which deals with a particular Member State of the European Union, Italy, with the specific aim to investigate the episodes in which (and the reasons why) the latter State has been found responsible for violating the European legislation in the field of environmental protection and waste.

---

<sup>77</sup> Directive of the European Parliament and of the Council on Waste, 30th May 2018, Official Journal of the European Union, L 150/109, 2018, available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32018L0851&from=EN>.

## 10. The Italian defaults in complying with European environmental legislation in the field of waste: the procedures before the CJEU with particular regard to art. 260 TFEU.

As it has already been brought forward in the previous chapter, the purpose of this second section of the research is to analyze some particular cases in which the Italian Republic has been found responsible, mainly before the Court of Justice of the European Union (CJEU<sup>78</sup>) but also in front of the European Court of Human Rights (ECtHR), for the violation of certain dispositions concerning EU environmental legislation.

However, this branch of law intercepts different areas, which are really diverse from each other in relation to the aspects they aim at protecting. Since this is not the venue for dealing with all the matters that could be relevant in this sense, for the sake of a thorough examination the present study will be circumscribed to one specific field, which have been particularly significant not only on a juridical perspective, but also on a social acceptance.

Namely, what this work seeks to explore is the European discipline of waste recovery and disposal, figuring out which are the main obligations upon Member States in this field.

However, before starting the analysis just mentioned, it appears necessary to quickly linger on the types of proceedings before the European Court of Justice, in order to facilitate even more the comprehension of the verdicts that will be addressed.

The possibility to recourse to the European Court of Justice is recognized with regard to the direct competences expressly granted by the Treaty of the European Union to the parties involved (art. 19, par. 3, lett. a, TEU)<sup>79</sup>.

The single procedures are then regulated in the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) and they can be distinguished in four different types<sup>80</sup>.

---

<sup>78</sup> However, in the text is present also another abbreviation (ECJ), which refers to older verdicts, released before the Lisbon Treaty (which changed the name of the Court).

<sup>79</sup> “The Court of Justice of the European Union shall, in accordance with the Treaties: a) rule on actions brought by a Member State, an institution or a natural or legal person; b) give preliminary rulings, at the request of courts or tribunals of the Member State, on the interpretation of Union law or the validity of acts adopted by the institution; c) rule in other cases provided for in the Treaties”.

<sup>80</sup> Artt. 258 and 259 TFEU contemplate the “infringement procedure”, which objective is the violation, by a Member State, of an obligation arising out from the treaties; artt. 263 TFEU sets the discipline of the “application for annulment”, which aim is to challenge the legitimacy of binding acts that have been adopted by European Institutions; art. 265 TFEU regulates the “action for failure to act”, through which stakeholders attempt to show

Among them, the one that gains importance in relation to the verdicts that will be later examined is the so called “*infringement procedure*”, governed by artt. 258 and 259 TFEU. The former one regulates the hypothesis, which is also the most common, of the opening of the procedures by the Commission<sup>81</sup>; the latter instead contemplates the case in which it is a Member State that acts, soliciting the Commission to take actions towards another Member State. The verdicts released by the CJEU at the end of the disputes established through this procedure are not binding, but are only of mere determination and consist of a declaration in which it is certificated either the occurred violation or the inconsistency of the Commission’s allegations.

In the past, if the Member State kept on violating the dispositions even after the condemn, the Commission could only start another trial of the same nature, which, as the first one, would not have a serious deterrent effect. In order to overcome this deadlock and increase the implementations of the Court’s decisions, it was introduced a specific discipline in the second paragraph of art. 260 TFEU. The peculiar aspect of this “second” proceeding is that the final verdict can impose a lump sum or a penalty payment to the State that has not taken the necessary measures in order to comply with the first decision.

The application of these two correlated judgments is evident in a set of pronouncements (further addressed) that condemned the Italian Republic in the field of waste recovery and disposal.

Namely, as it has been already addressed, Dir. 75/445/EC introduced principles in this area of a new matrix for certain States, which struggled both in implementing them correctly and in respecting the deadlines in order to do so.

Among those States, the one that faced the biggest difficulties in this sense has certainly been Italy, which, after thirty years from the issuance of the cited directive, had the sad primacy in this field for the number of infringement procedures started against it by the Commission.<sup>82</sup>

---

the unlawfulness of the institutions’ omissions; finally, art. 268 TFEU deals with “application for compensation”, which have as objective the extra-contractual responsibility of the European Institutions.

<sup>81</sup> In particular, the Commission acts in this sense whether it believes that a Member State has failed to comply with obligations emerging from the Treaties or from the acts adopted in light of the Treaties.

<sup>82</sup> M. Onida, “Procedura d’infrazione concernenti il diritto comunitario ambientale: recenti sviluppi e considerazioni sulla situazione italiana”, in *Riv. giur. ambiente*, 6/2005, 1137. The author underlines how, at the date of 2005, Italy was subject respectively to: 40 infringement procedures for not having communicated in time to the Commission the measures adopted in order to transpose EU directives; 18 infringement procedures for having endorsed transposition measures which did not correctly comply with the content of the EU directives; 44 infringement procedures for wrong application of the directives in the national legislation. See also “Sixth Annual Survey on the Implementation and Enforcement of Community Environmental Law”, available at [https://ec.europa.eu/environment/legal/law/pdf/6th\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/environment/legal/law/pdf/6th_en.pdf).



rules and the conditions useful in this sense and, on the other hand, the procedures and the disposal measures were compliant with art. 4 of the Directive<sup>88</sup>.

In the case at hand the European Court of Justice was invested with three different censures, raised by the Commission in relation to the decree 5th February 1998 of the Italian Ministry of Environment<sup>89</sup>.

First of all, according to the interpretation of the EU Body, the Italian legislation did not respect art. 11 of Dir. 75/442, since it did not provide, for the purpose of the derogation covered by the Directive, a fixed maximum quantity of waste that could be recovered. It instead encompassed *a relative quantity which depends on the annual treatment capacity of each installation concerned*<sup>90</sup>.

The Court, recognizing on one side the lack of an explicit expression in the Directive regarding a maximum quantity, nonetheless agreed with the concerns of the Commission, considering that the simplified procedure introduced by art. 11 must be "as easy as possible to apply and monitor". A variable regime, that floats depending on the size of each installation, would surely prevent from reaching such objective. It follows that the Italian Republic was not allowed to switch the maximum quantities connected to a specific type of waste with a variable regime that changes according to the capacity of each station.

Such interpretation, in the view of the writer, is of great importance not only for this branch of EU legislation, but for the entire relation that involves the European Union and Member States. Through this reconstruction indeed the ECJ reminds that, even if directives bind States in relation to the achievements that have to be accomplished, leaving a more or less wide discretion to them regarding the tools to use, this cannot mean nor a complete overturn of its principles neither an excessively broad assimilation of its content that could cause, eventually, a concrete ineffectiveness of its scope.

The second violation alleged by the Commission dealt with the lack of accuracy in listing the types of waste that could be covered by the already mentioned derogation.

<sup>88</sup> Art. 4 represents one of the most important provisions of the directive, since it clarifies its real aim: protecting human health and avoiding environmental prejudices. The content of these two aspects is then specified in the second paragraph by asserting that risks related to water, soil, fauna and flora, as well as noise or smell inconveniences must be dodged. Finally, the disposition ends - and this feature will gain importance in the next verdicts - by imposing to Member States to take the necessary measures in order to forbid uncontrolled disposal of waste.

<sup>89</sup> Decreto Ministeriale 5 Febbraio 1998, Official Gazette of the Italian Republic, (GU Serie Generale n.88 del 16-04-1998 - Suppl. Ordinario n. 72), available at <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/1998/04/16/098A3052/sg>

<sup>90</sup> European Court of Justice, C-103/02, cit., par. 20.

In particular, on the one hand certain waste were described in a too vague way; on the other hand, some hazardous residues risked to be included in the category of ordinary waste because of an incorrect (or completely missing) incorporation of the codes provided in the European Waste Catalogue ('EWC codes'). Even if the Commission complained in a general way against this disposition, it actually mentioned only three cases in which this unlawful conduct was evident<sup>91</sup>. In light of this circumstance, the Court considered appropriate to exclusively analyze those hypothesis, and actually recognized an occurred violation in two out of the three criticisms of the Commission, on the grounds that art. 11 of dir. 75/442/CEE had been breached by a failure of the State in defining precisely the types of waste questioned<sup>92</sup>.

The last plea concerned the incorrect inclusion of certain waste's disposal activities within recovery activities, violating through this behavior both art. 9 and 11 of the directive.

However this criticism was not upheld by the Court, which asserted that the mere fact that certain waste contains "very high levels of hydrocarbons or diesel oil or oil which is slightly toxic" does not imply the necessity of a disposal of those substances; on the contrary, those materials can still be recovered if they can "*serve a useful purpose in replacing other materials which would have had to be used for that purpose, thereby conserving natural resources*"<sup>93</sup>.

## 12. The waste catastrophe faced by the region of Campania.

So far, the main violations that have been highlighted concerned, on the one hand, an omissive behavior of the Italian authorities<sup>94</sup> and, on the other hand, an incorrect application and transposition, on the national level, of the dictates stemming from the directive<sup>95</sup>.

<sup>91</sup> In particular, the Commission firstly stated that, in relation to art. 5, par. 9 of the Annex 1 of the censored act, the EWC codes were not mentioned at all for "pieces of dielectric, semi-dielectric and metallic covered optical fibre cable"; secondly, art. 7, par. 8 of the same Annex listed several EWC codes which would not allow a clear identification of the materials therein mentioned among either ordinary waste or hazardous ones; finally, art. 3, par. 10, related to "spent silver oxide batteries" provided for a wrong code "given the mercury content of such batteries".

<sup>92</sup> The censure related to art. 3, par. 10 was rejected in light of the lack evidence regarding the dangerous content of the batteries (see supra, footnote 84).

<sup>93</sup> European Court of Justice, C-103/02, cit., par. 62.

<sup>94</sup> European Court of Justice, C-466/99, cit.

<sup>95</sup> European Court of Justice, C-103/02, cit.

However, the Italian Republic' default did not simply integrate nor an inactivity - by this meaning a total or partial absence of European Directives' transposition<sup>96</sup> - nor an active conduct consisting in introducing national legislation which contravenes European dispositions<sup>97</sup>.

More broadly indeed, certain behaviors of the Italian Republic in the field of environmental law could be implicitly considered as violations of fundamental rights and principles that found the entire European system, such as human dignity and human rights<sup>98</sup>.

An unfortunate example of what has been just said can be drawn by the waste catastrophe that the region of Campania, in the South part of Italy, faced in the last thirty years and which, under certain aspects, is not completely over yet.

It was the 11th of February 1994 when the Italian President of the Council of Ministers, through a decree, declared a state of emergency in the sector of waste disposal of Campania<sup>99</sup>. This situation grew out of different conditions, which can mainly be

<sup>96</sup> A Member State default can also be integrated by the time passing without transposing the Directive or by an incorrect or incomplete transposition (for example, whether the State has not notified to the Commission the national measures adopted in this sense).

Ex multis, see: European Court of Justice, C-279/94, 16th September 1997, Commission v. Italy, <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?oqp=&for=&mat=or&jge=&td=%3BALL&jur=C%2CT%2CF&num=C-279%252F94&page=1&dates=&pcs=Oor&lg=&pro=&nat=or&cit=none%252CC%252CCJ%252CR%252C2008E%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252Ctrue%252Cfalse%252Cfalse&language=it&avg=&cid=6775749> (related to the failure of notify a law to the Commission - notification that was mandatory according to Dir. 83/189/CEE); European Court of Justice, C-195/97, 25th February 1999, Commission v. Italy, <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?oqp=&for=&mat=or&jge=&td=%3BALL&jur=C%2CT%2CF&num=C-195%252F97&page=1&dates=&pcs=Oor&lg=&pro=&nat=or&cit=none%252CC%252CCJ%252CR%252C2008E%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252Ctrue%252Cfalse%252Cfalse&language=it&avg=&cid=6775749> (concerning the failure to adopt and communicate, within the timing set by dir. 91/676/CEE, the legislative and administrative dispositions).

<sup>97</sup> In this sense, the violation can consist even in the correct transposition of a directive, but with further conditions or limits which are not allowed or covered by the European disposition that has been incorporated. On this regard, see A. Gratani, "L'ambiente: il settore prescelto dall'ordinamento italiano per violare la normativa comunitaria", in *Riv. giur. Ambiente*, 2/2007, 289.

<sup>98</sup> Treaty on European Union, art. 2, Official Journal of the European Communities, No. C 224/2, 1992.

<sup>99</sup> D.P.C.M. 11th February 1994, *Gazzetta Ufficiale*, 12th February 1994, [https://www.gazzettaufficiale.it/atto/serie\\_generale/caricaDettaglioAtto/originario?atto.dataPubblicazioneGazzetta=1994-02-12&atto.codiceRedazionale=094A0988&elenco30giorni=false](https://www.gazzettaufficiale.it/atto/serie_generale/caricaDettaglioAtto/originario?atto.dataPubblicazioneGazzetta=1994-02-12&atto.codiceRedazionale=094A0988&elenco30giorni=false).

summarized in two broad factors: the lack of efficient infrastructures<sup>100</sup> and the presence, in the territory, of the so called “Ecomafie”<sup>101</sup>.

A preliminary specification has to be made: it appears incorrect to state that the situation that is about to be narrated had the exact features of an emergency. The latter one indeed, for its ontological definition, is a transitional situation, which justifies the adoption of special legislation precisely in the light of its desirable brief length. On the contrary, it is not possible to consider of emergency a context that protracted itself for several decades<sup>102</sup>.

Namely, the emergency state had been extended, year by year, until the 31st December 2009, day in which the Legislative Decree n. 195/2009 entered into force, announcing the end of the dangerous impasse. However, although this apparently positive news, the situation was still highly critical.

Already in September 2010, the government had to issue another decree in order to set measures which would grant a “seamlessly” waste disposal, accelerate the process of creation of incinerators as well as increase recycling methods<sup>103</sup>.

Unfortunately, the inorganic and incoherent succession of dispositions adopted by the Government did not bring the expected results. In addition, such default was

---

<sup>100</sup> It has been highlighted by national jurisprudence how, in this sense, main difficulties arose from both delays in planning and preparing suitable dumps (objective achieved only ten years later, in 2003) and inappropriate choices in processing waste.

See: Paola Brambilla, “La CEDU e l'emergenza rifiuti: la condanna del diritto interno in tema di danno ambientale”, *Riv. giur. ambiente*, 3/2012, 408B.

<sup>101</sup> This term indicates criminal organizations which, thought their illegal activities, cause a prejudice to the environment.

<sup>102</sup> Namely, the institute of receivership has been used several time after the beginning of the crisis. Already in 1996 the Government in office had to dispose a second receivership, which was, through the subsequent years, strengthened by the conferral to it of powerful tools, derogatory towards ordinary legislation, in order to face in a more effective way the crisis.

In 2006, Legislative Decree n. 263 tried to bring back waste management to an ordinary level, providing for the termination of the chief's office by the end of the next year. However, this goal was not reached, since already during the year 2007 the difficulties regarding, on the one hand, the individuation of the sites for disposing waste and, on the other hand, the lack of any plan by the Region in this sense, led to the nomination of another Commissioner, invested of even wider functions. Also in this occasion however, this remedy was not sufficient. In 2008 then, the ex-Chief of State Police was appointed as new Commissioner, and he was flanked by the Chief of Civil Protection, who was entitled of derogating, for the entire emergency period, to environmental, landscaped and urban norms in order to resolve, as fast as possible, the dangerous situation.

<sup>103</sup> D.L. 26th November 2010, n.196, Disposizioni relative al subentro delle amministrazioni territoriali della regione Campania nelle attività di gestione del ciclo integrato dei rifiuti, available at <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2010/11/26/010G0222/sg>.

This piece of legislation was followed by several others, such as D.L. 225/2010 (concerning the prorogation of the terms agreed before); D.L. 94/2011 (in which it was admitted the critical state arising from the non-self-sufficiency of waste system in Campania and it was arranged waste disposal out of the region); D.L. 2/2012 (which strengthened Commissioners' functions and set further measures in order to realize new installations).

even made more serious in light of a condemn Italian Republic had already received by the European Court of Justice, with regard to this terrible situation affecting the region Campania. The content of this ruling, as it is easy to grasp, had not been implemented at that time: the axe of a new proceedings started by the Commission was pending on the Italian Republic.

Fears became reality in December 2013, when the “guardian of the Treaties”<sup>104</sup> promoted an infringement action against Italy in accordance with the second paragraph of art. 260 TFEU, for not having complied with the precedent judgment.

In order to fully understand the reasons placed as foundations of this ruling, it seems useful to deal with the older verdict that declared Italy’s default on these aspects and which represents its necessary prerequisite.

The case at hand was issued the 4th of March 2010<sup>105</sup> and its object was an action for failure of Italy to fulfill its obligations related to art. 4 and 5 of the European Council and Parliament Dir. 2006/12/EC<sup>106</sup>. This directive, through a “system of supervision and control of waste within the EC” and by determining principles and rules regarding both residues and the processes for their treatment, aimed at protecting “human health and environment against the harmful effects caused by the collection, transport, treatment, storage and tipping of waste”<sup>107</sup>.

In this perspective art. 7 of the Directive, in order to respect the obligations that are set out in the previous dispositions, commanded to the competent authorities to

<sup>104</sup> An expression used to define the European Commission. In this sense, see: Armin von Bogdandy *et al.*, “Solange ribaltata - proteggere l’essenza dei diritti fondamentali nei confronti degli Stati membri dell’UE”, *Riv. trim. dir. pubbl.*, 4/2012, 934.

<sup>105</sup> European Court of Justice, 4th March 2010, C-297/08, <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=it&num=C-297/08>.

<sup>106</sup> Art. 4, as well as art. 5, fully recall art. 4 and 5 of Dir. 75/442/EC, since their texts are the same. In particular, art. 4 of the latter directive has been addressed supra. The content of art. 5 instead provides for two important principles in the field of waste: “cooperation” and “self-sufficiency”. It states that “Member States shall take appropriate measures, in cooperation with other Member States where this is necessary or advisable, to establish an integrated and adequate network of disposal installations, taking account of the best available technology not involving excessive costs. The network must enable the Community as a whole to become self-sufficient in waste disposal and the Member States to move towards that aim individually [...]”. Furthermore, the second paragraph of the disposition requires that the mentioned network of disposal installations has to “ensure a high level of protection for the environment and public health”.

For the full text of the directive, see: Directive of the European Parliament and of the Council on Waste, 5th April 2006, Official Journal of the European Union, L 114/9, 2006. Available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32006L0012&from=it>.

<sup>107</sup> E. Scotford, “The New Waste Directive - Trying to Do it All...An Early Assessment”, *Env. Law. Rev.*, 11/2009, 75. The author, in his contribution, highlights how certain articles of the directive are not as clear as they were intended to be by European Bodies.

elaborate waste management plans, which shall indicate the general features of the activities<sup>108</sup>.

The commission, in the case at hand, argued that the violation ascribed to Italy respectively consisted, on the one hand, in the failure to create an *integrated and adequate network of disposal* installations, thus violating as well the principles of *self-sufficiency* and *proximity* set out in art. 5; on the other hand, in the generation of a dangerous situation within the region of Campania that could jeopardize both human health and environmental protection.

In relation to the first allegation, the Commission noticed how, in order to fulfill the obligation set out in art. 5, it was needed that the State equipped itself with several technical structures, placed in the interested region, which allowed to dispose waste that could not be recovered both without harm for human health and in respect of the environment. In the absence of a similar system in Campania, not only recycling procedures were not doable, but also dumps were not properly functioning<sup>109</sup>. As a consequence, residues were illegally left over around the region, especially in the streets of the cities<sup>110</sup>.

With regard to art. 4 instead, the Commission assumed as a *significant degradation of the environment and the landscape* the ongoing presence in urban agglomerations of waste, which could probably “*cause contamination of the soil and aquifers, the release of pollutants into the atmosphere through the spontaneous combustion of waste and fires deliberately ignited by the local inhabitants, and the consequent pollution of agricultural produce and drinking water, not to mention foul-smelling emanations*”<sup>111</sup>.

The defensive tactic Italian Republic adopted has been defined as a “cluster of excuses for its defaults”<sup>112</sup> which, it could be added in this context, had not serious grounds on its back that could justify its behaviors.

Namely, Italy tried to blame external factors for its conduct, such as breaches of contract by the enterprises in charge of waste management, or criminal behaviors of

<sup>108</sup> In particular, the type, quantity and origins of waste, as well as special dispositions for specific residues. Authorities are also required to mention in the plan the areas in which waste-disposal will occur.

<sup>109</sup> In par. 37 of the decision, the Commission evidences how at that time, for the whole region, only one legal dump -sited in the area of Serre - was active. Its absorption capacities were obviously not sufficient for the need of Campania.

<sup>110</sup> According to the Commission indeed, the amount of waste left in the streets, in March 2008, was of about 55 000 tons, to which it had to be added about 110 000 tons of other waste waiting to be treated in the municipalities's storages.

<sup>111</sup> European Court of Justice, C- 297/08, cit., par. 90.

<sup>112</sup> Marcello Mazzola, “L’Italia seppellita dai rifiuti della Campania, dinanzi alla Corte di Giustizia UE”, *Riv. giur. Amb.*, 5/2010, 574.

particular organizations or, even, a lack of cooperation by inhabitants: in one word, it appealed to *force majeure*.

Therefore, Italian Republic (contrary to what the Commission implied) tried to show it had never tolerated the illegal dumping of waste in its territory: it just could not do anything about its verification, even if it placed in action all the possible precautions and remedies to firstly avoid and, after, contain the crisis.

The Court, regardless of this reconstruction, agreed with the Commission and upheld its version.

In particular, it firstly did not consider the conditions described by the Italian government as traceable in the frame of the hypothesis of *force majeure*. Namely, it specified that the procedure provided by art. 258 TFEU is based just on an objective observation of the violations, perpetrated by a Member State, of the obligations imposed by the Treaties. Such norm indeed does not take into account the causes of the defaults, neither if they are due to the State's will nor if they arise from difficulties of any sort that the State had to face in the implementation of the European Law. On these grounds, the Court evoked the so called principle of "indifference" towards national situations (such as the inhabitants opposition) to exclude any justification for the Italian Republic for not complying with European dispositions<sup>113</sup>.

Not even assigning all the blame to the companies in charge of disposing waste was favored by the ECJ, which believed that "*a diligent authority should have taken the necessary precautions either to guard against the contractual non-performance in question in the region of Campania or to ensure that, despite those shortcomings, actual construction of the infrastructures necessary for waste disposal in the region would be completed on time*"<sup>114</sup>.

Furthermore, the Court recalled the discretion, upon Member States, with regard to the means through which it is possible to achieve the Directives purposes<sup>115</sup>. Discretion that, in Italy, can be seen in the choice to rely on Regions for the concrete operations regarding waste<sup>116</sup>. This choice, as long as it reveals itself appropriate to grant State' self-sufficiency, cannot be questioned by the Court.

<sup>113</sup> See also: European Court of Justice, C-121/07, 9th December 2008, Commission v. France, par. 72, <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=it&num=C-121/07>.

<sup>114</sup> European Court of Justice, C-297/08, cit., par. 86.

<sup>115</sup> Italian Republic, against the European trend, opted for a system which gives priority to "disposal" rather than "recovery" of waste. However this choice, as it has been highlighted by the doctrine, generates "uneconomical processes", since it does not allow to take advantage from recycled waste as a source of raw material for further use.

See: Leonardo Baroni, "Le principali sentenze", cit., 651.

<sup>116</sup> In particular, in order to cover the expenditures connected with such operations, municipalities were released from duties connected with the disposal of waste, in favor of the Region. Thus, the former ones were required to handle their waste to Region's authorities.

When instead a particular region is not able to manage its waste by creating an “adequate network of disposal installations” in the nearest context to their production<sup>117</sup>, “such serious deficiencies are likely to compromise the national network of waste disposal installations, which will then no longer be integrated and adequate, as required under Directive 2006/12, or capable of meeting the obligation to enable the Member State concerned to move individually towards the aim of self-sufficiency as defined in Article 5(1) of that directive”<sup>118</sup>.

Therefore, art. 5 had been violated not only because Campania was lacking of an installation system that would allow waste disposal according with advanced technical instruments, but also because this situation could not permit the region to respect the “proximity” requirement, endangering the entire Italian system<sup>119</sup>.

However, other than the structure of the Italian waste management system, also the irreducible right to health of the citizens living in those areas, set in art. 4 of the Directive, was in danger.

Namely, the discretion recognized to Member States cannot legitimize a conduct that causes a “significant deterioration in the environment over a protracted period without any action being taken”. Art. 4 indeed cannot be interpreted in this sense, which, otherwise, would run counter to the goals pursued by the Directive itself. Such degradation can represent a “genuine threat” also to human health, since it could generate “pollution of agricultural produce and drinking water, not to mention foul-smelling emanations”<sup>120</sup>.

In light of these considerations, the piles of waste dumped in the streets, sometimes subjected to arson kindled by exasperated citizens, exposed inhabitants’ health to an assured risk<sup>121</sup>.

See: Legge Regionale 10th February 1993, n.10, Bollettino Ufficiale della Regione Campania, 3rd March 1993, n.11.

<sup>117</sup> ECJ in particular specifies the criteria that needs to be used in order to determine the area where to place the installations, such as “distance of such sites from inhabited areas where the waste is produced; prohibition on establishing installations in the vicinity of sensitive areas; and existence of adequate infrastructure for the shipment of waste, such as connections to transport networks”.

See: European Court of Justice, C-297/08, cit., par. 65.

<sup>118</sup> European Court of Justice, C-297/08, cit., par. 68.

<sup>119</sup> Such prescription represents, ultimately, a corollary of the principle, set out in art. 191 TFEU, of Rectification at source of environmental damages (See supra, footnote 62).

The importance of this principle in the field of waste management had been already mentioned by the ECJ in an earlier verdict. See: European Court of Justice, 9th June 2009, C-480/06, Commission v. Germany, p.37.

<sup>120</sup> European Court of Justice, C-297/08, cit., par. 90.

<sup>121</sup> On this regard, another principle set in Art. 191 TFEU comes to gain relevance: the preventive principle. Namely, through such conduct, the Italian Republic was not trying to effectively avoid the exposition to a proven threat both people’s health and environment.

In addition to this, the Court specified how waste is a “*matter of a special kind, with the result that accumulation of waste, even before it becomes a health hazard, constitutes a danger to the environment, regard being had in particular to the limited capacity of each region or locality for waste reception*”<sup>122</sup>.

Taking into account what has been set out above, with the award of the 4th March 2010, the Court declared the occurred violations of articles 4 and 5 of Dir. 2006/12/EC by the Italian Republic, and it condemned it to the payment of the costs of the proceeding<sup>123</sup>.

Unfortunately the news reports that followed the verdict continued to witness the Italian inability to comply with European obligations<sup>124</sup>.

### 13. The Italian violations on waste reach the ECtHR.

In those years, the context was also exacerbated by another judgment related to the waste crisis of Campania, this time issued by the European Court of Human

<sup>122</sup> European Court of Justice, C-297/08, cit., par. 105.

<sup>123</sup> Rather than for the payment of the costs of the decision, this judgment was damaging Italian financial balance in relation to the loss of profit arising out from the infringement procedure itself.

Namely, the Commission believed this procedure to challenge the entire Italian waste management system, for which significant amounts of money had previously been allocated by the European Union through its structural fund ERDF.

The Italian Republic protested against this decision, and proposed two actions regarding the Commission’s denial to release the funds, in particular alleging the lack of a sufficiently direct link between this decision and the infringement procedure started in relation to the Campania’s situation. The CJEU, confirming the findings of the EU Tribunal in the joined cases T-99/09 and T-308/99, rejected all the claims brought forward by the State and endorsed the Commission refuse to pay those financial contributes for the waste management and disposal related to Campania region.

For the full text of the judgment, see: Court of Justice of the European Union, C-385/13 P, 6th November 2014, Italian Republic v. Commission, <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=it&jur=C&num=C-385%2F13+P&td=ALL>;

For further readings, see: L. Baroni, “La gestione dei rifiuti in Campania alla luce della recente condanna, dello Stato Italiano al pagamento di «sanzioni», pronunciata dalla Corte di giustizia UE nel giudizio di «doppia condanna» (ex art. 260 TFEU) relativamente alla causa C-653/13”, Riv. It. Dir. Pubbl. Com., 5/2016, 1207.

<sup>124</sup> 17th June 2010, “Slalom tra i rifiuti nelle strade di Napoli”, La Repubblica - napoli.it, [https://napoli.repubblica.it/cronaca/2010/06/17/news/slalom\\_tra\\_i\\_rifiuti\\_nelle\\_strade\\_di\\_napoli-4921044/](https://napoli.repubblica.it/cronaca/2010/06/17/news/slalom_tra_i_rifiuti_nelle_strade_di_napoli-4921044/).

See also: 23rd October 2010, “Rifiuti. Napoli soffoca. Berlusconi: “10 giorni per risolvere ogni cosa”, *il giornale.it*, <https://www.ilgiornale.it/news/rifiuti-napoli-soffoca-berlusconi-10-giorni-risolvere-ogni-cosa>;

14th October 2012, “Roghi tossici, Campania come Taranto”, Il sole 24 ore, <https://st.ilsole24ore.com/art/notizie/2012-10-14/terra-fuochi-campania-come-165011.shtml?uuid=AbTrDvsG>.

Rights<sup>125</sup>. It had a significant role because it demonstrated, two years after the case C-297/08, how the situation in that area did not improve, legitimizing even more the Commission to later start a second proceeding against Italy for non-compliance with the just mentioned award.

Thus it appears useful to linger for a while on this verdict, since it also offers several insights regarding both the different approaches ECJ and ECtHR had in relation to the same issue and, more broadly, their attitude toward the recognition of a general right to an healthy environment.

The European Court of Human Rights is an international body which monitors the correct application and the respect of the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms<sup>126</sup>.

In order to undertake this task, it is invested with both advisory<sup>127</sup> and jurisdictional functions.

In the frame of the latter one it indeed can get to know claims coming from individuals as well as from States (among those that ratified the European Convention). However it is a subsidiary authority, since it may be used only once all the national remedies have been borne; furthermore, differently from the European Court of Justice, its awards are not immediately applicable on the national level, but they need the intervention of States' constitutional Courts in order to remove national dispositions that may have been censored by the Court or that appear counterposed to the principles of the Convention..

With particular reference to individuals, among the other requirements, they can recourse to the ECtHR when they believe to be victims of a violation (by a State) of one or more rights enucleated in the Convention.

Incidentally, in the case *Di Sarno*, the lack of the victim's quality has been one of the main allegations the Italian government tried to assert in order to confute the applicants' appeal<sup>128</sup>.

<sup>125</sup> European Court of Human Rights, 10th January 2012, *Di Sarno and Others v. Italy*, App. no. 30765/08, [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["CASE%20OF%20DI%20SARNO%20AND%20OTHERS%20v.%20ITALY"\],"documentcollection2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{).

<sup>126</sup> The Convention was drafted and opened for signature in Rome on 4 November 1950 by the then newly formed Council of Europe, and came into force on 3 September 1953.

All Council of Europe Member States are party to it, but its ratification is open also to new members.

<sup>127</sup> Mainly regarding the correct interpretation of norms contained in the Convention or in its additional Protocols.

<sup>128</sup> European Court of Human Rights, 10th January 2012, *Di Sarno and Others v. Italy*, cit., par. 101. In particular the Government showed how the scientific studies it conducted demonstrate the lack of any prejudice both for the environment and human health.

In addition Italy affirmed that the claimants did not exhaust all the domestic remedies at their disposal, since they “*could have brought an action for compensation against the agencies ranging the collection, treatment and disposal of waste in order to seek redress for the damages sustained as a result of the malfunctioning of the service*”<sup>129</sup>.

Other than these procedural arguments, the Government also in this occasion submitted that “the difficulties encountered in Campania were attributable to *force majeure* factors”<sup>130</sup>, for which it could not be held responsible.

Finally, it stated that, contrary to what the “victims” were asserting, all the information that could enable the population of that zone to assess their degree of exposure to the risk associated with waste management had been given and, by this, witnessing Italian diligence and care regarding the situation itself and the well-being of the inhabitants.

Namely, on this regard the applicants<sup>131</sup> alleged that the public authorities “had neglected to inform the people concerned of the risks of living in a polluted area”<sup>132</sup>. In addition, they complained about the violations of articles 2 and 8 of the Convention, since, according to them, the Italian conduct in the administration of waste not only caused a significant contamination for the environment, but also created a threat to both health and, even more, to life of humans living in those surroundings<sup>133</sup>.

To conclude, they also denounced the infringement of art. 13, since the Italian Authorities did not provide the parties with an effective remedy useful to stand up for their reasons.

In its verdict, the Court held that there had been a violation of both article 8 and 13, excluding at the same time any criticism for the Italian conduct regarding the providing of information<sup>134</sup>.

<sup>129</sup> The Registrar of the Court - Press Release, “Italy’s prolonged inability to deal with «waste crisis» in Campania breached human rights of 18 people living and working in the region”, 10th January 2012, <https://www.leggioggi.it/wp-content/uploads/2012/01/Chamber-judgment-Di-Sarno-v.-Italy-10.01.2012.pdf>.

<sup>130</sup> European Court of Human Rights, 10th January 2012, Di Sarno and Others v. Italy, cit., par. 99. In particular, organized crime, contractors failures and inhabitants opposition were mentioned as *force majeure*.

<sup>131</sup> The applicants were 18 Italian citizens: 13 of them lived in the environmentally polluted municipality of Somma Vesuviana, while the other 5 worked there.

<sup>132</sup> European Court of Human Rights, 10th January 2012, Di Sarno and Others v. Italy, cit., par. 94.

<sup>133</sup> On this aspect, they recalled a study held by the Italian Health Institute, dating back to 2009, in which it was revealed a link between tumor levels and the existence of landfills in the interested areas.

<sup>134</sup> The Court noticed how the civil emergency planning department published its studies both in 2005 and in 2008, fulfilling the procedural requirements of art. 8, as well as art. 5, par. 1 of the Aarhus Convention. The latter indeed requires Parties of the Convention to ensure that “in the event of any imminent threat to human health or the environment, whether caused by human activities or due to natural causes, all information which could ena-

Specifically, in relation to the latter article, the remedies provided by the Italian system could only grant a compensation to the inhabitants and not the concrete removal of the rubbish from the areas.

In addition, it did not seem that the residents of the affected zones could have joined as civil parties the criminal proceedings that the Italian authorities earlier started.

The only real possibility they had was then to encourage Environment Ministry to apply to the judicial authorities, since they could not do so directly. According to the Court, the latter hypothesis “*could not be said to constitute an effective remedy*” according to art. 35, par. 1 of the Convention, and, therefore, art. 13 ECHR had been violated.

With regard to art. 8, by the fact that it required to States both negative and positive obligations in respecting private or family life, it could find application in the case at hand since the almost twenty-years emergency situation in Campania could likely have led to “*a deterioration of the applicants’ quality of life and, in particular, adversely affected their right to respect for their homes and their family life*”<sup>135</sup>.

However, it is surprising to notice that, with relation to the link between this article and article 2 of the Convention, the ECtHR tread more cautiously on the matter than the ECJ did in its previous verdict<sup>136</sup>.

The latter award, as it has been already pointed out, recognized that the accumulation of large quantities of refuse, both in public roads and in temporary storage areas, exposed the health of certain local inhabitants to an unquestioned danger. The ECtHR decision instead concluded that the applicant’s lives and health had not been at stake. This solution was reached by the Court for two main reasons: first of all the applicants did not allege any medical disorders linked to their exposure to the waste; secondly, because the scientific studies that had been produced by both par-

---

ble the public to take measures to prevent or mitigate harm arising from the threat and is held by a public authority is disseminated immediately and without delay to members of the public who may be affected”.

For further readings, see: Paola Brambilla, “La CEDU e l’emergenza rifiuti”, cit., 414B.

<sup>135</sup> European Court of Human Rights, 10th January 2012, Di Sarno and Others v. Italy, cit., par. 108. Likewise, the Court excluded the relevance of force majeure, recalling its definition as it is provided by art. 23 of the Articles of the United Nations International Law Commission on State responsibility for internationally wrongful acts. Namely this document states that force majeure is an irresistible force or...an unforeseen event, beyond the control of the State, making it materially impossible in the circumstances to perform an international obligation. It is not possible then to lead back, within the frame of such definition, “the protracted inability of the Italian authorities to ensure the proper functioning of the waste collection, treatment and disposal service”, which protracted itself for several years.

<sup>136</sup> See supra, footnote 114.

ties did not reach an unambiguous result, but led to contradictory findings regarding the existing link between health diseases and waste exposure.

#### **14. Differences between the two Courts' approaches to handling the same factual situation.**

According to what has been stated in the previous paragraph then, the ECJ, debunking the myth of its exclusive care about the economic issues of the European Union, granted a higher protection in the direction of the safeguard of the environment than the one offered by the ECtHR.

This circumstance represents the evidence of the recent trend, within the European legal debate, of the rise of a renovated attention towards fundamental rights and their protection and, implicitly, also of placing the human beings as the core of the entire system.

On this ground the ECJ took as certain the tie linking the *mala gestio* of waste and the health's danger for people, essentially then admitting a right for any person to live in a suitable wholesome state. On the contrary, the subsequent verdict of the ECtHR did not take advantage - as it was expected- of case 297/08 in order to finally introduce a right to an healthy environment. It instead appeared skeptical on this aspect, considering as not sufficient for violating art. 2 ECHR the mere persistence of waste inefficiencies, especially if not corroborated by unique medical evidences<sup>137</sup>.

Therefore, even if the result was identical for both verdicts, the conceptual reasonings that led to Italy's condemn were distant from each other: while the ECJ's judgment considered that protecting the environment meant also protecting human beings that live in it, the ECtHR was more prudent, acknowledging a violation of private and family life but not, as well, a disrespect of art. 2 and thus curbing (at least for the moment) a further development in recognizing of a European right to an healthy environment<sup>138</sup>.

---

<sup>137</sup> C. Feliziani, "Il diritto fondamentale all'ambiente salubre nella recente giurisprudenza della Corte di Giustizia e della Corte Edu in materia di rifiuti. Analisi di due approcci differenti", Riv. it. dir. pubbl. communit., 6/2012, 1003.

<sup>138</sup> However, the ECtHR judgment does not fail to provide little progresses in this sense, with regard to two particular aspects. First of all, concerning the right to an healthy environment, the Court admitted that environmental deterioration could eventually lead to a violation of the Convention; secondly, in relation to the "victim" state useful in order to apply to the Court, it widened its notion, allowing applications coming not only from inhabitants of the interested areas, but also from people who in those placed "just" worked.

See: L. Baroni, "La gestione dei rifiuti", cit., 1210.

Taking into account also this pronouncement of the European Court of Human Rights, in June 2013 EU Environment Commissioner pro tempore Janez Potocnik underlined the lack of real improvements in Campania, specifying that, even if it existed a serious risk for Italy to face the infliction of economic sanctions at the end of a possible second judgment ex art. 260 TFEU, such State could have avoided this negative consequence by implementing waste management plans, and thus, by both creating the installations needed in this sense and enforcing the processes of residues differentiated collection<sup>139</sup>.

However those achievements, after three years from the first condemn, were not yet reached: in December 2013 Italy faced a new proceeding in accordance with par. 2 art. 260 TFEU<sup>140</sup>.

## **15. A second – and heavier – condemn for Italy ex art. 260 TFEU.**

The object of this second trial was, on the one hand, to ascertain Italy's default in complying with the previous judgment and, on the other hand, the imposition of a lump sum and a penalty payment<sup>141</sup>.

In relation to art. 4, the Commission declared that the accumulation of "Ecobales" (both in the streets of the cities and in the storage facilities) kept on occurring also during the 39 months that followed the Court's award, increasing the size of the problem<sup>142</sup>. Dealing with art. 5 instead the EU executive body pointed out that the shortage of facilities, at the date of the default determination, was still the main character of the (insufficient) waste system of region Campania, and thus the goal of self-sufficiency had not been accomplished yet<sup>143</sup>.

<sup>139</sup> L. Baroni, "La gestione dei rifiuti", cit., 1202.

<sup>140</sup> European Court of Justice, 16th July 2015, C-653/13, Commission v. Italy, <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=it&num=C-653/13>.

<sup>141</sup> Namely, recalling a precedent verdict (European Court of Justice, 4th July 2000, Commission v. Greece, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/ALL/?uri=CELEX%3A61997CJ0387>), the Commission considered the violation of art. 4, Dir. 2006/12/EC as particularly relevant and thus proposed the application of both sanctions. With regard to the daily penalty it suggested that the sum (obtained through specific calculations set in its Communication "Application of art. 260 TFEU" of the 13th December 2005 and amounting to 256 819,20€) should have been separated in three portions, each related to a specific failure, in order to condemn Italy to pay 85 606,40 €, until, respectively, it actually put into service an adequate number of landfills, it created enough waste-to-energy plants and, finally, it realized installations aiming to organic waste recovery.

<sup>142</sup> The process of disposal of those waste bales will likely take from 10 to 15 years, as the Commission (par. 20) and the Italian Republic itself (par. 22) recognized.

<sup>143</sup> L. Baroni, "La gestione dei rifiuti", cit., 1212.

However, following in certain respects the Italian defense, the Commission admitted that Italy had made some progresses in order to take back to conformity the situation, even if those steps forward could not be considered satisfactory.

In its decision to condemn Italy, the Court underlined how a Member State failure has to be ascertained at the date of expiration of the deadline fixed by the Commission in its letter of formal notice.

In particular, at the date of the 15th January 2012, it was well-established that the Italian Republic had not taken enough measures in order, on the one hand, to avoid neither a danger for human health nor a prejudice for the environment and, on the other hand, to make sure the waste disposal system of Campania was actually self-sufficient. On this point instead, it had become very clear that, in 2012, more than 20% of urban waste of the Region was still sent, during 2012, to other Italian region, as well as to other EU countries (mainly Germany) for its treatment and recovery. Even if this “method” avoided the onset of new crisis, it showed the impossibility to consider the region autonomous in this field<sup>144</sup>.

For those reasons the Court believed that imposing an economic penalty on the Italian Government represented an appropriate financial instrument in order to grant a complete compliance with the prescription of the case C-297/08. The sum, in accordance with the criteria of duration and entity of the violations, as well as with the one of State’s capacity to fulfill the economic obligation, was established to be 120 000 € per each day of delay in the implementation of the necessary measures in order to conform with the award<sup>145</sup>. In addition, reminding its legitimacy to sanction a Member State also with a lump sum, the Court took into account the features of Italian failures, as well as its behavior<sup>146</sup> and decided to condemn the Nation to the payment of 20 millions of euros to a specific EU fund.

According to the writer’s opinion, what appears the most significant in this pronouncement is the fact that the Court reached its conclusions taking also into account several others decisions that had recently confirmed the Italian default on waste management<sup>147</sup>. This consideration indeed shows the importance of the addressed thematic, which, according to the point of view of the Court, could not be handled

---

<sup>144</sup> Furthermore, considering that Campania’s waste production formed 1/10th of the national one, such deficiencies could negatively affect the entire Italian system. See: par. 47.

<sup>145</sup> The amount described was divided in three parts (each of which was 40 000€), ascribable to each one of the categories in which the system was lacking (landfills; incinerators; installation aiming at treating organic refuses).

<sup>146</sup> Which, as it is pointed out in par. 92, emerged also from another verdict released few time before, further analyzed.

<sup>147</sup> L. Baroni, “La gestione dei rifiuti”, cit., 1216.

“on its own” but had actually to be framed within the totality of verdicts that deepened the issue.

Among those verdicts, one in particular played an essential role<sup>148</sup>, both because of its timing and the matter it dealt with.

## **16. History repeats itself: two earlier verdicts that should have guided the Italian behaviors regarding waste management.**

The case at hand was solved less than one year before C-653/2013 and it consisted of an action for failure pursuant to art. 260, par. 2 TFEU. Also this time, the Italian Republic was accused of not having complied with a precedent verdict of the ECJ.

However, in this occasion the time that passed between the first ruling and the beginning of the second failure procedure was almost two times longer than the 39 months which separated, respectively, the sentence pronounced at the end C-297/08 from the Commission’s new letter of formal notice that would, eventually, have led to the emission of the award of the 16th July 2015. Such persistent situation witnessed even more the great difficulties the Italian Government faced in order to align national discipline regarding landfills to the obligations stemming in this field from the European Community, and it also constituted a fertile soil for the following CJEU verdict.

Furthermore, to some extent the bad practices evidenced by the Commission in the rulings that it is about to deal with are not completely over yet, showing how waste management still represents for Italy an hard task to fulfill.

As it has just been said, the verdict C-196/2013 originated after more than six years of Italian noncompliance with the award released in 2007 by the ECJ in conclusion of the proceeding n. 135.

The latter one stemmed from various allegations the Commission moved against Italy in relation to several violations regarding three different directives on the waste legislation: Dir. 75/442/EC, Dir. 91/689/EC and Dir. 1999/31/EC<sup>149</sup>.

---

<sup>148</sup> European Court of Justice, 2nd December 2014, C-196/13, Commission v. Italy, <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=it&jur=C&num=C-196%2F13&td=ALL>.

<sup>149</sup> In relation to the first directive, this time (differently from the previous verdict, C-466, supra) the dispositions that the Commission assumed violated by Italian conduct were, respectively, art. 4 (adoption of the necessary measures in order to avoid any prejudice for human health as well as for the environment); art. 8 (that imposes to holders of waste to either handle them to a competent business for disposal or to autonomously dispose them, in accordance with the principles hereto); art. 9 (already mentioned with regard to C-466/99, see supra).

The straw that led to the beginning of the proceedings sprang from a report of the State Forestry Corps in which it was highlighted the existence of an enormous number of illegal and uncontrolled dumps all over the Italian territory<sup>150</sup>.

The EU Commission, informed of this unfortunate situation, required clarifications to the Italian government. The latter one however remained silent, not answering neither to the letter sent by the Commission according to art. 258 TFEU (at that time still art. 226 TEC) nor to the reasoned opinion issued by the same Body five months later, thus legitimizing the Commission to bring an action before the European Court of Justice<sup>151</sup>.

The Italian Republic however challenged the entire proceeding, underlying its inadmissibility because of the “*general and undefined nature of the alleged failure to fulfill obligations*”<sup>152</sup>, since the Commission did not properly identify neither the holders of the waste nor the operators of the landfills. Furthermore, not even the owners of the lands where the refuses were left over had been determined.

The Commission choice to analyze in one unique proceeding the waste disposal issue was not censored by the Court, which considered it conform to the objectives of easing controls, ensuring at the same time a complete check on the situation - which had a national impact.

Not losing heart, Italy maintained that, in any case, the documents on which the Commission allegations were based could not be relevant, since the State Forestry Corp’ s reports had not been realized in conjunction with the Environment Ministry, the only national Authority competent in this sense. Furthermore, the other “proofs”

With regard to Dir. 91/689/EC, the questioned norm was the one set in art. 2, n. 1 (this directive deals with hazardous waste, and art. 2 imposes to Member States, for this type of residues, cataloging and identificative processes).

Finally, concerning Dir. 1999/32/EC, it was art. 14, lett. a) and c) that played a role. This directive regards dumps’ discipline; in particular, art. 14 requests to those landfills which have obtained an authorization for disposing waste to equip themselves with a recovery plan that they need to submit to competent authorities for its approval within one year (lett. a); at the same time, the competent authorities must adopt a decision regarding the continuation of the dumps activities and, in case of a negative assessment, they have to adopt the necessary measures in order to close them (lett. c).

<sup>150</sup> In particular, a survey of 1986 pointed out the existence of 5978 illegal landfills in the territories of 6890 Italian municipalities. A second study of ten years later revealed the decrease of the previous number (5422); this diminishing trend was confirmed also in 2002, year in which a third analysis identified 4866 landfills which were not up to standards. Instead, the amount of authorized disposal areas was only 1420.

<sup>151</sup> European Court of Justice, 26th April 2007, C-135/05, Commission v. Italy, <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?td=ALL&language=it&jur=C,T,F&num=C-135/05>.

<sup>152</sup> European Court of Justice, 26th April 2007, C-135/05, cit., par. 18.

the Commission alleged<sup>153</sup> were too undetermined, and not corroborated with specific evidence.

However, as it has already been outlined by some scholars<sup>154</sup>, the attempt of the Italian Republic to deprive of relevance the cited reports enclosed an inherent contradiction. This is so because acknowledging that these evidentiary sources were lacking in credibility would have meant that several other national judgments, based on these particular documents, were unfounded and thus had to be censured. The Court did not uphold this reconstruction also in light of another consideration: the State Forestry Corp, among different functions<sup>155</sup>, displayed also the role of judicial police, specialized in the protection of the environment, as well as of the ecosystems, and thus it was legitimized by its own nature and purposes to conduct certain investigations and to form specific evidence on the results discovered in the frame of that activity.

The same considerations can be carried out with regard to the Parliamentary Commissions of Inquiry, which, being bodies set forth by the Constitution<sup>156</sup>, hold the same investigation powers as Judicial authorities<sup>157</sup>.

In addition the ECJ specified that, since the EU Commission does not possess proper inquiry powers, it can rely for investigations also on denounces deriving from both private and public organizations active in the territory of the State<sup>158</sup>, as long as the elements emerged by those censures are most likely to be relevant and suitable in showing a violation of the Community's obligations in the case examined. In this hypothesis, it is then the State's burden to disprove the evidences surfaced.

---

<sup>153</sup> The defense of the State upheld that the reports of parliamentary commissions of inquiry and press articles could not represent a confession, as the Commission interpreted.

<sup>154</sup> A. Gratani, "Per evitare l'inadempimento lo Stato deve dimostrare di aver correttamente attuato il diritto comunitario ambientale primario e secondario. Le denunce delle organizzazioni private o pubbliche, attive sul territorio nazionale, sono idonee a costituire elementi a carico dello Stato responsabile", Riv. giur. ambiente, 5/2007, 785.

<sup>155</sup> This corp held also competences of judicial policy (also beyond the field of the environment, but after judge's assignment), public order and public security (together with the other State's police corps), as well as public aid. Furthermore, it had a strict link with the politic branche, participating in the coordination and planning of the police forces.

However, the Legge 7 agosto 2015, n. 124, Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche, Gazzetta Ufficiale n. 187, 13 agosto 2015, has ordered the suppression of this body and its absorption within another State's defensive Body.

<sup>156</sup> Costituzione Italiana, art. 82, comma 2, <https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione.pdf>.

<sup>157</sup> They are indeed allowed to summon and interview witnesses, as well as request documents, search people, dispose wiretaps and also operate seizures.

<sup>158</sup> European Court of Justice, 26th April 2007, C-135/05, cit., par. 28.

In the dispute at hand Italy was not able to do so, since it did not question the merits of Commission's claims, but only certain quantitative aspects<sup>159</sup>.

The Court then reached the conclusion of the occurred violations of art. 4 (Italy did not make sure that waste was being recovered or disposed without any prejudice nor to the environment neither to human health)<sup>160</sup>, art. 8 (Italy did not take the necessary measures in order to impose to waste holders to either handle them to a private collector or to recover/dispose them on their own) and art. 9 (Italy did not ensure that all the installations dealing with waste had obtained before an authorization for these activities) of the Dir. 75/442/EC, as well as art. 2, par.1 (Italy was supposed to catalogue and identify any hazardous waste that had been lodged in the landfills) of the Dir. 91/689/EC and art. 14, lett. a) and c) (Italy did not grant that each operator of an already existing landfill respected his obligation to draft a reorganization plan of the installations that was necessary to allow State's competent authorities to decide, once for all, if the dump could stay open or had to close) of the Dir. 1999/31/CE<sup>161</sup>.

Within the subsequent control regarding the implementation of the verdict, the Commission asked for the indication of the measures taken by the Italian government in order to remedy to the dangerous situation, but also in this occasion, after a correspondence of documents that lasted almost six years, it noticed that on the territories of 18 (out of 20) regions were still active 218 unauthorized landfills. Furthermore, among those, there were 16 dumps that contained hazardous waste which still did not respect art. 2, par. 1, Dir. 91/689/EC. Finally, the Italian Republic did not provide enough evidence that five landfills had been object of a reorganizing plan or of a closure order.

---

<sup>159</sup> For example the exact number of abusive landfills, therefore implying the existence of abusive landfills!

<sup>160</sup> Regarding this disposition, it appears interesting to underline that, even if the Court admitted that such norm does not indicate a concrete content of the measures that have to be taken in order not to incur in a violation, it is possible to identify a failure in the hypothesis in which a State's inactive behavior that tolerates inadmissible situations on a part of its territory which lasts for a protracted period, constitutes itself the proof of the failure to comply with art. 4.

See: European Court of Justice, 26th April 2007, C-135/05, cit., par. 37.

See also: European Court of Justice, 23 February 1994, *Comitato di Coordinamento per la Difesa della Cava and others v Regione Lombardia and others*, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:61992CJ0236&from=EN>, par. 12, in which art. 4 had been described as a norm that lacks of direct effect, since it "essentially repeats the terms of the third recital in the preamble, indicates a programme to be followed and sets out the objectives which the Member States must observe in their performance of the more specific obligations imposed on them by Articles 5 to 11 of the directive concerning planning, supervision and monitoring of waste-disposal operations". For these reasons, art. 4 is to be addressed to States only and it represents a limit to their activities; on the contrary, it does not confer to individuals rights that they can claim before the CJEU.

<sup>161</sup> For the content of these norms, see *supra*, footnote 140.



stituted a clear “*indication that effective prevention of future repetition of similar infringements of EU law may require the adoption of a dissuasive measure, such as the imposition of a lump sum payment*”<sup>168</sup>.

Indeed, on the one hand the CJEU condemned Italy to the payment of a penalty for delay amounting to 42.800.000,00€ for each semester of persistency of the failure<sup>169</sup>; on the other hand, the judges found also necessary to impose to the Italian government a lump sum, which corresponded to 40,000,000.00€.

## 17. Concluding notes.

The verdicts that have been so far analyzed show several and recurrent violations of EU dispositions, perpetrated by the Italian State, in the field of waste management.

Those censures regarded both the failure of transposing directives as well as the adoption of legislative act which were in contradiction with European norms.

In particular, it has certainly appeared clear to the reader the costs that Italy faced as a consequence of its incautious behavior. With the benefit of the hindsight, it is easy to assert that the capital Italy had to correspond to the European Union in terms of economic sanctions would have been much more useful if, instead, had been invested for improving the entire system of waste recovery and disposal<sup>170</sup>.

From such a good practice indeed, not only the State’s funds would have benefit (it is to remind also that, as a fallout of Italian default, European Union decided not to correspond to it an high amount of funds)<sup>171</sup>, but also, more generally, the entire Italian population, both in terms of economy and health. Namely, one of the biggest revenue for States are taxes. The entire tax system is (or, maybe, it should be said “ought to be”) founded on a mutual gain: taxpayers pay levies in order to obtain services useful and needed for their life. When this dichotomy does not properly function (as for example in the field of waste, where the Italian State did not even offered the basic assistance in order, not to give a benefit, but simply to avoid a prejudice to

<sup>168</sup> European Court of Justice, 2nd December 2014, C-196/13, cit., par. 116.

<sup>169</sup> The fine was “dynamic”, meaning that the amount would have decreased in relation to the increasing of the sites led back to conformity with the European standards.

<sup>170</sup> At the end of 2016, it emerged that the Italian Republic had already deposited in the EU coffers more than 114 millions of euros due to sanctions that has been inflicted to it. In particular, one-fourth of this amount was corresponded due to the penalties arising from the situation described in the region Campania.

See: L. Baroni, “La gestione dei rifiuti”, cit., 1222.

<sup>171</sup> See supra, footnote 123.

citizens), then there is a short-circuit: citizens are contributing for the State expenses without receiving in return what they paid for.

The State has, ultimately, failed to be “democratic”, in the sense that it is not representing anymore the needs of its community and it is not carrying out the functions that justify its existence.

*Ad absurdum*, it could be maintained that, in every hypothesis in which similar deficiencies can be ascertained, the State loses a portion of its legitimacy in people’s eyes.

Only through transparency and certainty with regard to the planning of the measures the State can restore public confidence in its authorities<sup>172</sup>.

For these reasons, and for the seriousness of the circumstances, the Italian Court of Audit started already in 2016 proceedings against the main perpetrators for the lack of landfills’ rehabilitation, that have costed Italy tens of millions euros.

In the meanwhile, witnessing the *prima facie* ineffectiveness of these dissuasive remedies, the 21st of March 2019 Italy approached a new condemn according to art. 258 TFEU . The judgment concerned the violation of art. 14, lett. b) and c), of Dir. 1999/31/EC on waste landfills.

Differently from Case 196/13, at the end of which it was ascertained a violation of this Directive for not having the authorities complied with their obligation to adopt, for certain dumps, a decision regarding their authorization to functioning or their closure, the recent case at hand<sup>173</sup> deals with the so called obligations of completion. These duties impose to member States to actually take action in order to implement the measure that the State has already adopted for a particular landfill<sup>174</sup>.

The proceeding witnessed how the Italian Republic had not fulfilled, by the time of expiration of the fulfillment deadline imposed by the Commission, its obligation in this sense with regard to 44 dumps.

After one year from this verdict, the Commission will probably begin its routine controls with reference to the implementation of the award.

If history’s main purpose is to raise awareness over past facts, in order to allow drawing conclusions that can be extremely helpful for the future, it is not specious to

<sup>172</sup> L. Baroni, “La gestione dei rifiuti”, cit., 1222.

<sup>173</sup> European Court of Justice, 21st March 2019, C-498/17, Commission v. Italy, <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=IT&num=C-498/17>.

<sup>174</sup> The difference between the two judgments then lays in the fact that, while C-196/13 regarded an earlier in time duty (to adopt a decision, regarding each landfill, to close or to authorize the continuation of the activities), C-498/17’s object concerns a later “step” (to concretely implement the decisions that have been already taken).

expect that, after three decades of non-compliance with EU waste legislation, followed by "countless" condemnns, Italy has finally learned its lesson.

Besides, as ancient Latins used to say, *errare humanum est, perseverare autem diabolicum*.

## IL "GREEN DEAL" EUROPEO

Pietro Cucumile\*

**ABSTRACT** [ITA]: Il presente lavoro si pone l'obiettivo di approfondire "Il Green Deal Europeo"<sup>\*\*</sup> che riformula, su nuove basi, l'impegno europeo ad affrontare i problemi legati al clima e all'ambiente e, in tal senso, è destinato ad incidere sui *target* della Strategia per l'energia ed il clima, già fissati a livello legislativo nel *Clean Energy Package*.

**ABSTRACT** [ENG]: *This paper aims to deepen "The European Green Deal" which reformulates, on new bases, the European commitment to tackle problems related to the climate and the environment and, in this sense, is destined to affect the targets of the Energy and Climate Strategy, already established at legislative level in the Clean Energy Package.*

**SOMMARIO.** **1.** Premessa; – **2.** Le finalità del *green deal* europeo; – **3.** Le basi finanziarie del *green deal* europeo; – **4.** Prime azioni e prossimi sviluppi; – **5.** Le principali azioni per realizzare il *Green deal*; – **6.** Costruire un'efficiente filiera alimentare per il clima e l'ambiente; – **6.1** Garantire la sicurezza dell'approvvigionamento alimentare; – **6.2** Stimolare pratiche sostenibili; – **6.3** Promuovere un consumo alimentare sostenibile; – **6.4** Ridurre le perdite e gli sprechi alimentari; – **6.5** Combattere le frodi alimentari lungo la filiera alimentare; – **7.** La politica agricola comune e la politica comune della pesca; – **8.** Favorire la transizione mediante la ricerca e l'innovazione; – **9.** Promuovere la transizione globale; – **10.** Conclusioni; – **11.** Bibliografia

---

\* Avvocato, dottore di ricerca in diritto amministrativo, dirigente ministeriale.

\*\* COM (2019) 640 final. La Presidente della Commissione UE, Ursula Von Der Leyen, lo ha definito "il primo passo dell'uomo sulla luna dell'Europa".

## 1. Premessa

Il 2019 è stato un anno fondamentale per l'azione europea per il clima. A dicembre, il Consiglio europeo ha concordato che l'Unione europea raggiunga la neutralità climatica entro il 2050, in linea con l'accordo di Parigi. Il Parlamento europeo aveva già approvato questo obiettivo sui cambiamenti climatici. Al fine di assicurare la neutralità climatica entro il 2050, la Commissione ha presentato il *Green Deal* europeo, una tabella di marcia multisettoriale dettagliata verso una transizione verde e giusta. In linea di principio, tutte le azioni e le politiche unionali dovrebbero convergere per consentire all'Unione di realizzare una transizione efficace e giusta verso un futuro sostenibile.

La Commissione ha, successivamente, approvato una nuova proposta di legge europea sul clima, nel marzo 2020, al fine di rendere l'obiettivo della neutralità climatica giuridicamente vincolante all'interno dell'Unione europea. A settembre la proposta è stata modificata al fine di includere un nuovo obiettivo per il 2030 e di sostenere l'aumento del contributo Unione europea determinato a livello nazionale ai sensi dell'accordo di Parigi, passando dal precedente obiettivo di riduzione di almeno il 40% ad almeno il 55% rispetto al 1990.

In seguito allo scoppio della pandemia da COVID 19 nella primavera del 2020, il pacchetto per la ripresa e il bilancio 2021-2027 sono stati concepiti allo scopo sia di aiutare l'Unione europea a ripartire sia di sostenere gli investimenti nella duplice transizione verde e digitale. A luglio 2020 il Consiglio europeo ha concordato di destinare il 30 % dei fondi, che ammontano a 1 800 miliardi di euro, a promuovere la transizione climatica aiutando gli Stati membri dell'Unione europea ad affrontare le sfide in materia di sostenibilità e ad incentivare i lavori e la competitività verdi. Il maggior potenziale per creare un rapido stimolo economico nell'ambito delle politiche in materia di clima ed energia è stato individuato nei settori della ristrutturazione degli edifici, dell'energia rinnovabile, dell'idrogeno rinnovabile e delle infrastrutture, nonché della mobilità pulita (veicoli elettrici e colonnine di ricarica), delle reti intelligenti e dell'integrazione del settore energetico.

Al fine di garantire coerenza, la proposta di regolamento sul dispositivo per la ripresa e la resilienza stabilisce i criteri che i piani nazionali per la ripresa e la resilienza per il periodo 2021-2023 devono soddisfare. I piani devono essere coerenti con le raccomandazioni specifiche per paese individuate nei cicli del semestre europeo del 2019 e 2020, ovvero i piani nazionali integrati per l'energia e il clima

(PNIEC), comprese quelle per una transizione giusta. I piani devono comprendere sia investimenti che riforme che contribuiscano alla transizione verde, in linea con l'intento del dispositivo per la ripresa e la resilienza di assegnare il 37 % dei fondi a obiettivi legati al clima. Il dispositivo per la ripresa e la resilienza collega le politiche ai finanziamenti ed è integrato dalle risorse finanziarie fondamentali per la realizzazione del *Green Deal* europeo, vale a dire InvestEU, i fondi di coesione, il Fondo per una transizione giusta, il Fondo per l'innovazione e il Fondo per la modernizzazione.

## 2. Le finalità del *green deal* europeo.

In data 11 dicembre 2019, la Commissione europea ha pubblicato la comunicazione "*Il Green Deal Europeo*"<sup>1</sup> che riformula, su nuove basi, l'impegno europeo ad affrontare i problemi legati al clima e all'ambiente e, in tal senso, è destinato ad incidere sui *target* della Strategia per l'energia ed il clima, già fissati a livello legislativo nel *Clean Energy Package*.

L'Unione persegue una politica ambiziosa in materia di azione per il clima e ha predisposto un quadro normativo per conseguire il suo traguardo di riduzione dei gas a effetto serra fissato per il 2030. La legislazione volta all'attuazione di questo traguardo è costituita, tra l'altro, dalla direttiva 2003/87/CE<sup>2</sup> del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un sistema per lo scambio di quote di emissioni dei gas a effetto serra nell'Unione, dal regolamento (UE) 2018/842<sup>3</sup> del Parlamento europeo e del Consiglio, che ha introdotto traguardi nazionali di riduzione delle emissioni di gas a effetto serra entro il 2030, nonché dal regolamento (UE) 2018/841<sup>4</sup> del

<sup>1</sup> COM (2019) 640 final. La Presidente della Commissione UE, Ursula von der Leyen, lo ha definito "*il primo passo dell'uomo sulla luna dell'Europa*".

<sup>2</sup> Direttiva 2003/87/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 ottobre 2003, che istituisce un sistema per lo scambio di quote di emissioni dei gas a effetto serra nella Comunità e che modifica la direttiva 96/61/CE del Consiglio (GU L 275 del 25.10.2003, pag. 32).

<sup>3</sup> Regolamento (UE) 2018/842 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 30 maggio 2018, relativo alle riduzioni annuali vincolanti delle emissioni di gas a effetto serra a carico degli Stati membri nel periodo 2021-2030 come contributo all'azione per il clima per onorare gli impegni assunti a norma dell'accordo di Parigi e recante modifica del regolamento (UE) n. 525/2013 (GU L 156 del 19.6.2018, pag. 26).

<sup>4</sup> Regolamento (UE) 2018/841 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 30 maggio 2018, relativo all'inclusione delle emissioni e degli assorbimenti di gas a effetto serra risultanti dall'uso del suolo, dal cambiamento di uso del suolo e dalla silvicoltura nel quadro 2030 per il clima e l'energia e recante modifica del regolamento (UE) n.525/2013 e della decisione n.529/2013/UE (GU L 156 del 19.6.2018, pag.1).

Parlamento europeo e del Consiglio che impone agli Stati membri di bilanciare le emissioni e gli assorbimenti di gas a effetto serra risultanti dall'uso del suolo, dal cambiamento di uso del suolo e dalla silvicoltura.

Nella comunicazione dell'11 dicembre 2019 intitolata "*Il Green Deal europeo*"<sup>5</sup> la Commissione ha illustrato una nuova strategia di crescita mirata a trasformare l'Unione europea in una società giusta e prospera, dotata di un'economia moderna, efficiente sotto il profilo delle risorse e competitiva che nel 2050 non genererà emissioni nette di gas a effetto serra e in cui la crescita economica sarà dissociata dall'uso delle risorse. Questa strategia mira anche a proteggere, conservare e migliorare il capitale naturale dell'Unione europea e a proteggere la salute e il benessere dei cittadini dai rischi di natura ambientale e dalle relative conseguenze. Allo stesso tempo, questa transizione deve essere giusta e inclusiva e non deve lasciare indietro nessuno.

Il Documento prevede un piano d'azione finalizzato a trasformare l'Unione europea in un'economia competitiva e, contestualmente, efficiente sotto il profilo delle risorse, che, nel 2050, non genererà emissioni nette di gas a effetto serra<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> Comunicazione della Commissione - *Il Green Deal europeo*, COM (2019) 640 final dell'11 dicembre 2019.

<sup>6</sup> Le azioni sinergiche riguardano:

- l'adozione di una strategia per una mobilità intelligente e sostenibile, considerando ogni fonte di emissione;
- la rivalutazione del livello di ambizione dei PNIEC presentati dagli Stati Membri, anche alla luce delle strategie U.E. per l'integrazione dei sistemi energetici e per l'idrogeno presentate l'8 luglio 2020;
- la Strategia industriale U.E. per affrontare la duplice sfida della trasformazione verde e digitale (la strategia è stata adottata il 10 marzo u.s.) assieme ad un nuovo piano d'azione per l'economia circolare (il piano è stato adottato l'11 marzo u.s.);
- l'adozione di strategie per i "prodotti sostenibili", con interventi, oltre che sull'alimentare, su settori ad alta intensità di risorse come quelli tessile, dell'edilizia, dell'elettronica e delle materie plastiche;
- l'adozione di una strategia U.E. sulla biodiversità per il 2030 per proteggere le risorse naturali fragili del nostro pianeta, presentata il 20 maggio 2020;
- la riduzione delle emissioni di gas a effetto serra per il 2030 di almeno il 50-55% rispetto ai livelli del 1990;
- una quota del Fondo InvestEU per la lotta contro i cambiamenti climatici, anche con la collaborazione della Commissione con il gruppo Banca europea per gli investimenti (BEI), con le banche e gli istituti nazionali di promozione e con altre istituzioni finanziarie internazionali;
- il programma *Horizon Europe* a sostegno degli investimenti in ricerca e innovazione (circa 15 B€ sono previsti per la R&I in materia di energia, mobilità e clima per il prossimo PQ Horizon Europe nel periodo finanziario 2021-2027 (erano 5,9 B€ in H2020), per il quale sono previsti circa 100 B€ (erano 78 B€ in H2020)
- l'adozione da parte degli SM di riforme fiscali su larga scala che aboliscano le sovvenzioni ai combustibili fossili, allentino la pressione fiscale sul lavoro per trasferirla sull'inquinamento e tengano conto degli aspetti sociali.

In particolare, è previsto il riesame, entro il mese di giugno 2021, di tutti gli strumenti pertinenti della politica in materia di clima: l'ETS, *Emission Trade System*, aggiungendo nuovi settori, gli obiettivi degli Stati membri di riduzione delle emissioni in settori fuori ETS e il regolamento sull'uso del suolo, la direttiva sulla tassazione dei prodotti energetici, dando rilevanza agli aspetti ambientali, il Fondo, *Just Transition Fund*, con un correlato meccanismo per una transizione giusta, per il periodo 2021-2027, per le regioni e i settori maggiormente colpiti dalla transizione a causa della loro dipendenza dai combustibili fossili o dai processi ad alta intensità di carbonio<sup>7</sup>.

Sull'attuazione del *Green Deal* europeo e sulle risorse finanziarie destinate a realizzarlo ha inciso la crisi pandemica e la correlata necessità dell'Unione europea di predisporre un piano di ripresa dell'economia europea per far fronte ai danni economici e sociali causati dall'epidemia.

A tal riguardo, il Piano *Next Generation E.U.* e il Quadro finanziario pluriennale (QFP) 2021-2027 sono gli strumenti destinati sui quali è stato raggiunto un accordo in sede di Consiglio europeo nella riunione del 17-21 luglio scorso. Si tratta di un pacchetto articolato di 1.824,3 B€ che combina le risorse del QFP 2021-2027, pari a 1.074,3 B€, con le risorse del *Recovery Fund*. In base all'accordo, la Commissione sarà in grado di contrarre prestiti sui mercati fino a 750 B€.

Le risorse del programma *Next generation E.U.* saranno destinate a sette programmi distinti: dispositivo per la ripresa e la resilienza (*Resilience and Recovery Fund* - RRF), REACT-EU, Orizzonte Europa, InvestEU, Sviluppo rurale, Fondo per una transizione giusta (JTF) e RescEU: del totale, 390 miliardi di euro del pacchetto saranno distribuiti sotto forma di sovvenzioni agli Stati membri e 360 miliardi di euro sotto forma di prestiti.

Ciò detto, la Commissione europea ha presentato il piano denominato *Green Deal*<sup>8</sup> come la «strategia» per far diventare l'Unione europea come il primo blocco di paesi al mondo a zero emissioni di CO<sub>2</sub><sup>9</sup>, da realizzarsi entro il 2050, anche se, al momento, la Commissione ha pianificato solo i primi due anni 2020-2021<sup>10</sup>.

---

<sup>7</sup> Si tratta di agevolare la modernizzazione delle industrie ad alta intensità energetica, come quelle dell'acciaio, dei prodotti chimici e del cemento.

<sup>8</sup> Comunicazione della Commissione Il *Green Deal* europeo COM/2019/640 final

<sup>9</sup> Cfr. §§ 1 e 3 del *Green Deal* COM/2019/640 final

<sup>10</sup> Il *Green Deal* è anche strumentale per attuare Accordi di Parigi del 2015 e l'Agenda Onu 2030

Il *Green Deal* europeo, condiviso dal Consiglio dell'Unione europea<sup>11</sup> e dal Parlamento europeo<sup>12</sup>, come si è detto, mira a realizzare la trasformazione verde e digitale dell'economia e delle società europee e prevede interventi in molti settori dell'economia e della società: scienza e tecnologia, energia, industria, edilizia, trasporti, agricoltura e agriindustria, ambiente<sup>13</sup>.

Detto in altri termini, i pilastri su cui si fonda il *Green Deal* europeo sono quattro: rispondere alla crisi climatica ed ambientale globale; trasformare l'economia e la società europea verso percorsi più sostenibili, più giusti e più inclusivi; proteggere, conservare e migliorare il capitale naturale dell'Unione europea; proteggere la salute e il benessere dei cittadini dai rischi di natura ambientale e dalle relative conseguenze.

Inoltre, il *Green Deal* è parte integrante della strategia della Commissione per attuare l'Agenda 2030 delle Nazioni Unite ed i correlati obiettivi di sviluppo sostenibile (SDGs). Nell'ambito del *Green Deal*, la Commissione intende, infatti, riorientare il processo di coordinamento macroeconomico del semestre europeo per integrarvi gli obiettivi di sviluppo sostenibile delle Nazioni Unite, al fine di porre la sostenibilità e il benessere dei cittadini al centro della politica economica e rendere gli obiettivi di sviluppo sostenibile il fulcro della definizione delle politiche e degli interventi dell'Unione europea.

La menzionata Comunicazione COM 604 (2019) definisce, poi, una tabella di marcia iniziale delle politiche e misure principali necessarie per realizzare il *Green Deal* europeo. Tale tabella di marcia sarà aggiornata in funzione delle necessità che dovessero emergere e delle relative risposte strategiche e tutte le azioni e le politiche dell'Unione europea dovranno contribuire agli obiettivi del *Green Deal* europeo.

<sup>11</sup> <https://www.consilium.europa.eu/it/meetings/european-council/2019/06/20-21/>

<sup>12</sup> [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0005\\_EN.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0005_EN.html)

<sup>13</sup> 1. Scienza e tecnologia: investire in tecnologie rispettose dell'ambiente al fine di realizzare l'obiettivo di un ambiente privo di sostanze tossiche ovvero zero emissioni di CO2 entro il 2050 e "inquinamento zero" di aria, acqua e suolo;  
2. Energia: garantire l'approvvigionamento di energia pulita, economica e sicura;  
3. Industria: mobilitare l'industria per l'economia pulita e circolare;  
4. Edilizia: costruire e ristrutturare in modo efficiente sotto il profilo energetico e delle risorse;  
5. Trasporti: accelerare la transizione verso una mobilità sostenibile e intelligente;  
6. Agricoltura e agriindustria: "Dal produttore al consumatore": progettare un sistema alimentare giusto, sano e rispettoso dell'ambiente;  
7. Ambiente: preservare e ripristinare gli ecosistemi e la biodiversità.

### 3. Le basi finanziarie del *green deal* europeo

Il piano finanziario di trasformazione è accompagnato da un piano che prevede investimenti pubblici e privati per almeno 1.000 miliardi in 10 anni, secondo il principio “*public finance leads the way, private actors provide the scale*”<sup>14</sup>.

Le basi finanziarie del *Green Deal* sono principalmente tre. La prima coincide con un Piano di investimenti per un'Europa sostenibile (COM (2020)21), con l'obiettivo principale di mobilitare, attraverso il bilancio unionale e altri strumenti finanziari dell'Unione europea<sup>15</sup> capitali pubblici e privati.

La seconda base finanziaria è il Fondo per la transizione giusta (COM (2020)22), con una dotazione di 7,5 miliardi di euro che rappresenta uno dei pilastri del “*Meccanismo per una transizione giusta*”, volto a mobilitare investimenti per almeno 100 miliardi di euro, nel periodo 2021-2027, a favore delle regioni più esposte alle ripercussioni negative della transizione a causa della loro dipendenza dai combustibili fossili o da processi industriali ad alta intensità di gas a effetto serra.

La terza base fa riferimento alla revisione dei fondi europei attuati in regime di gestione concorrente (COM (2020)23), con particolare riguardo agli strumenti europei in materia di politica di coesione, al Fondo europeo per gli affari marittimi e la pesca, al Fondo Asilo e migrazione, al Fondo per la Sicurezza interna e allo Strumento per la gestione delle frontiere e i visti.

### 4. Prime azioni e prossimi sviluppi

Al momento in cui il presente approfondimento è redatto, la Commissione ha presentato una proposta<sup>16</sup> di Regolamento comunitario sul clima (c.d. legge europea sul clima) per trasformare il menzionato obiettivo fissato nel “*Green Deal*” europeo<sup>17</sup> in un obbligo giuridico e stimolare gli investimenti.

---

<sup>14</sup> Cfr. 14.1.2020 COM (2020) 21 final Comunicazione della Commissione - Piano di investimenti per un'Europa sostenibile - Piano di investimenti del *Green Deal* europeo

<sup>15</sup> Fondi SIE e in particolare il Programma InvestEU

<sup>16</sup> 4.3.2020 COM (2020) 80 final 2020/0036(COD)

<sup>17</sup> L'eliminazione delle emissioni dei gas serra al più tardi entro il 2050 al netto degli assorbimenti

Con l'approvazione di questa proposta, tutti gli Stati membri dell'Unione europea saranno impegnati a raggiungere l'azzeramento delle emissioni nette di gas a effetto serra, principalmente attraverso la riduzione delle emissioni, l'investimento nelle tecnologie verdi e la protezione dell'ambiente naturale.

La proposta intende garantire che tutte le politiche europee contribuiscano a tale obiettivo e che tutti i settori dell'economia e della società facciano la loro parte.

Sul tema, la Commissione europea ha presentato inoltre la strategia per la biodiversità per il 2030<sup>18</sup>, la nuova strategia industriale<sup>19</sup>, il piano d'azione per l'economia circolare<sup>20</sup>, la strategia *Farm to Fork* per alimenti sostenibili<sup>21</sup>.

Da quest'ultimo punto di vista, si avverte la necessità di mettere i consumatori nelle condizioni di scegliere alimenti sostenibili: tutti gli attori della filiera alimentare dovrebbero considerarla, infatti, una loro responsabilità e un'opportunità.

I prodotti alimentari europei costituiscono già uno *standard* a livello globale, sinonimo di sicurezza, abbondanza, nutrimento e qualità elevata. Questo è il risultato di anni di politiche unionali volte a proteggere la salute umana, degli animali e delle piante ed è frutto degli sforzi di agricoltori, pescatori e produttori del settore dell'acquacoltura. I prodotti alimentari europei dovrebbero ora diventare lo *standard* globale anche in materia di sostenibilità<sup>22</sup>. Il settore agricolo dell'Unione europea è l'unico grande sistema al mondo ad aver ridotto le emissioni di gas a effetto serra (del 20% dal 1990<sup>23</sup>). Tuttavia, anche all'interno dell'Unione europea questo percorso non è stato lineare né uniforme tra uno Stato membro e l'altro. Inoltre, la produzione, la trasformazione, la vendita al dettaglio, l'imballaggio e il trasporto di prodotti alimentari contribuiscono significativamente all'inquinamento dell'aria, del suolo e dell'acqua e alle emissioni di gas a effetto serra, oltre ad avere un profondo impatto sulla biodiversità. Sebbene la transizione dell'Unione europea verso sistemi alimentari sostenibili sia iniziata in molte aree, i sistemi alimentari restano una delle principali cause dei cambiamenti climatici e del degrado ambientale. Vi è l'impellente

---

<sup>18</sup> EU Biodiversity Strategy for 2030

<sup>19</sup> [https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/european-industrialstrategy\\_it](https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/european-industrialstrategy_it)

<sup>20</sup> <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A52015DC0614>

<sup>21</sup> [https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/european-green-deal/actions-being-taken-eu/farm-fork\\_it](https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/european-green-deal/actions-being-taken-eu/farm-fork_it)

<sup>22</sup> La presente strategia mira a ricompensare gli agricoltori, i pescatori e gli altri operatori della filiera alimentare, che hanno già compiuto la transizione verso pratiche sostenibili, consentendo la transizione di tutti gli altri e creando ulteriori opportunità per le loro attività

<sup>23</sup> Da 543,25 milioni di gigatonnellate di CO<sub>2</sub> equivalente nel 1990 a 438,99 milioni di gigatonnellate nel 2017

necessità di ridurre la dipendenza da pesticidi e antimicrobici, ridurre il ricorso eccessivo ai fertilizzanti, potenziare l'agricoltura biologica, migliorare il benessere degli animali e invertire la perdita di biodiversità.

La legge sul clima<sup>24</sup> fissa l'obiettivo di un'Unione climaticamente neutra nel 2050. A tal proposito, la Commissione ha intenzione di conseguire un piano degli obiettivi climatici per il 2030, volto a modificare al rialzo l'obiettivo di riduzione delle emissioni di gas a effetto serra portandolo al 50% o al 55% rispetto ai livelli del 1990.

Ebbene, la strategia "Dal produttore al consumatore" stabilisce un nuovo approccio per garantire che l'agricoltura, la pesca, l'acquacoltura e la catena del valore alimentare contribuiscano adeguatamente a tale processo. La transizione verso la sostenibilità rappresenta un'opportunità per tutti gli attori della filiera alimentare dell'Unione europea, che possono accaparrarsi il "vantaggio del pioniere"<sup>25</sup>.

È chiaro che la transizione non potrà avvenire senza un cambiamento nei regimi alimentari delle persone. Tuttavia nell'Unione europea 33 milioni di persone<sup>26</sup> non possono permettersi un pasto di qualità ogni due giorni e l'assistenza alimentare è essenziale per parte della popolazione in molti Stati membri<sup>27</sup>.

Sebbene il 20% circa degli alimenti prodotti vada sprecato<sup>28</sup>, anche l'obesità è in aumento. Oltre la metà della popolazione adulta è attualmente in sovrappeso<sup>29</sup>, il che contribuisce a un'elevata prevalenza di patologie legate all'alimentazione (tra cui vari tipi di cancro) e ai relativi costi sanitari. Nel complesso, i regimi alimentari europei non sono in linea con le raccomandazioni nutrizionali nazionali e nell'attuale

---

<sup>24</sup> Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce il quadro per il conseguimento della neutralità climatica e che modifica il regolamento (UE) 2018/1999 (Legge europea sul clima) [COM (2020)80 final, 2020/0036 (COD)].

<sup>25</sup> La transizione verso sistemi alimentari sostenibili rappresenta anche un'enorme opportunità economica. Le aspettative dei cittadini evolvono e innescano un cambiamento significativo nel mercato alimentare. Si tratta di un'opportunità sia per gli agricoltori, i pescatori e i produttori del settore dell'acquacoltura sia per i trasformatori alimentari e i servizi di ristorazione. Questa transizione consentirà loro di fare della sostenibilità il proprio marchio e di garantire il futuro della filiera alimentare unionale prima che si comportino in maniera analoga i loro concorrenti esteri.

<sup>26</sup> Eurostat, EU SILC (2018), [https://appsso.eurostat.ec.europa.eu/nui/show.do?dataset=ilc\\_mdcs03&lang=en](https://appsso.eurostat.ec.europa.eu/nui/show.do?dataset=ilc_mdcs03&lang=en).

<sup>27</sup> La sfida dell'insicurezza dell'approvvigionamento alimentare e dell'accessibilità economica degli alimenti rischia di inasprirsi durante una recessione economica: è, pertanto, essenziale agire per modificare i modelli di consumo e contenere gli sprechi alimentari.

<sup>28</sup> EU FUSIONS (2016). *Estimates of European food waste levels* (Stime dei livelli europei di sprechi alimentari).

<sup>29</sup> Eurostat, *Obesity rate by body mass index* (Tasso di obesità per indice di massa corporea), [https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/sdg\\_02\\_10/default/table?lang=en](https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/sdg_02_10/default/table?lang=en).

"ambiente alimentare"<sup>30</sup> l'opzione più sana non è sempre quella più facilmente disponibile. Se i regimi alimentari europei fossero conformi alle raccomandazioni nutrizionali, l'impronta ambientale dei sistemi alimentari sarebbe notevolmente ridotta.

È, inoltre, chiaro che non si possa realizzare un cambiamento se non si faccia in modo che il resto del mondo cambi insieme. L'Unione europea è il principale importatore ed esportatore di prodotti agroalimentari e il più grande mercato mondiale di prodotti ittici. La produzione di prodotti di base può avere impatti ambientali e sociali negativi nei paesi in cui avviene. Gli sforzi volti a inasprire i requisiti di sostenibilità nel sistema alimentare unionale dovrebbero, pertanto, essere accompagnati da politiche che contribuiscano a innalzare gli *standard* a livello mondiale al fine di evitare l'esternalizzazione e l'esportazione di pratiche non sostenibili.

In estrema sintesi, un sistema alimentare sostenibile sarà essenziale per conseguire gli obiettivi climatici e ambientali del *Green Deal* e, nel contempo, incrementare il reddito dei produttori primari e rafforzare la competitività dell'Unione europea.

## 5. Le principali azioni per realizzare il *Green deal*

Per realizzare il *Green Deal* europeo è necessario trasformare l'economia per un futuro sostenibile, per ripensare, ad esempio, le politiche per l'approvvigionamento di energia pulita in tutti i settori dell'economia: industria, produzione e consumo, grandi infrastrutture, trasporti, prodotti alimentari e agricoltura, edilizia, tassazione e prestazioni sociali.

Questo obiettivo comporta la realizzazione di alcune azioni di largo respiro.

La prima consiste nel rendere più ambiziosi gli obiettivi dell'Unione europea in materia di clima per il 2030 e il 2050, nell'ambito di un programma per conseguire la neutralità climatica entro il 2050 anche attraverso la prima "legge per il clima" europea (presentata nel marzo 2020).

---

<sup>30</sup> Per "ambiente alimentare" si intende il contesto fisico, economico, politico e socioculturale in cui i consumatori interagiscono con il sistema alimentare per prendere decisioni in merito all'acquisto, alla preparazione e al consumo di alimenti [gruppo di esperti ad alto livello in materia di sicurezza alimentare e nutrizione (2017), *Nutrition and food systems* (Nutrizione e sistemi alimentari)].

La seconda consiste nel garantire l'approvvigionamento di energia pulita, economica e sicura. Un'ulteriore decarbonizzazione del sistema energetico è fondamentale per conseguire gli obiettivi climatici al 2030 e 2050. La priorità deve essere data all'efficienza energetica ed alla promozione delle fonti rinnovabili.

La terza consiste nel mobilitare l'industria per un'economia pulita e circolare. Visto che occorrono 25 anni – una generazione – per trasformare un settore industriale e tutte le catene del valore. Per essere pronti nel 2050, le decisioni e azioni necessarie dovranno essere prese nei prossimi cinque anni.

La quarta consiste nel costruire e ristrutturare in modo efficiente sotto il profilo energetico e delle risorse. La costruzione, l'utilizzo e la ristrutturazione degli edifici assorbono quantità significative di energia e risorse minerarie (come sabbia, ghiaia, cemento). Gli edifici sono responsabili del 40% del consumo energetico totale. Per far fronte alla duplice sfida dell'efficienza energetica e dell'accessibilità economica dell'energia, l'Unione europea e gli Stati membri dovrebbero avviare un'“ondata di ristrutturazioni” di edifici pubblici e privati.

La quinta consiste nell'accelerare la transizione verso una mobilità sostenibile e intelligente. I trasporti sono responsabili del 25% del consumo energetico totale ed il loro impatto è in continua crescita. Per conseguire la neutralità climatica è necessario ridurre le emissioni prodotte dai trasporti del 90% entro il 2050 e occorrerà il contributo del trasporto stradale, ferroviario, aereo e per vie navigabili. Il costo dei trasporti deve rispecchiare l'impatto sull'ambiente e sulla salute. Bisogna porre fine alle sovvenzioni a favore dei combustibili fossili. Inoltre, occorre ridurre fortemente l'inquinamento provocato dai trasporti, soprattutto nelle città.

La sesta consiste nel progettare un sistema alimentare giusto, sano e rispettoso dell'ambiente, dove la produzione e la trasformazione alimentare siano più sostenibili, ossia causino un ridotto impatto sull'ambiente. È necessario inoltre stimolare un consumo alimentare sostenibile e promuovere alimenti sani a prezzi accessibili per tutti.

La settima consiste nel preservare e ripristinare gli ecosistemi ed arrestare la perdita di biodiversità, in quanto gli ecosistemi forniscono servizi essenziali quali cibo, acqua dolce, aria pulita e riparo, attenuano le catastrofi naturali, contrastano parassiti e malattie e contribuiscono alla regolazione del clima.

L'ottava consiste nella creazione di un ambiente privo di sostanze tossiche richiede un'azione più incisiva per prevenire l'inquinamento, nonché misure per

pulire e porre rimedio a tale inquinamento. Per far fronte a queste sfide interconnesse la Commissione adotterà nel 2021 un piano d'azione per l'inquinamento zero di aria, acqua e suolo.

Per realizzare il *Green Deal* europeo è necessario, poi, integrare la sostenibilità in tutte le politiche dell'Unione europea attraverso varie azioni.

La prima consiste nel perseguire i finanziamenti e gli investimenti verdi e garantire una transizione giusta. Le ambizioni del *Green Deal* europeo comportano un ingente fabbisogno di investimenti. Secondo le stime della Commissione, per conseguire gli obiettivi al 2030 in materia di clima ed energia serviranno investimenti supplementari dell'ordine di 260 miliardi di euro l'anno, equivalenti a circa l'1,5% del PIL 2018, il cui flusso dovrà essere mantenuto costante nel tempo. Una sfida di tale portata richiede la mobilitazione sia del settore pubblico, sia di quello privato.

La seconda consiste nell'“inverdire” i bilanci nazionali e inviare i giusti segnali di prezzo. I bilanci nazionali svolgono un ruolo chiave nella transizione. Un maggior ricorso a strumenti di bilancio verdi aiuterà a riorientare gli investimenti pubblici, i consumi e la tassazione verso le priorità verdi, abbandonando le sovvenzioni dannose. Riforme fiscali ben concepite possono stimolare la crescita economica, migliorare la resilienza agli *shock* climatici, contribuire a una società più equa e sostenere una transizione giusta, inviando i giusti segnali di prezzo e incentivando produttori, utenti e consumatori ad assumere comportamenti sostenibili.

La terza consiste nello stimolare la ricerca e l'innovazione. Nuove tecnologie, soluzioni sostenibili e innovazione radicale sono essenziali per realizzare gli obiettivi del *Green Deal* europeo. L'Unione europea deve aumentare notevolmente la dimostrazione e la diffusione su larga scala di nuove tecnologie a livello intersettoriale e in tutto il mercato unico europeo, creando catene del valore nuove e innovative. Il 35% del bilancio del nuovo programma quadro di ricerca e innovazione dell'Unione europea “Orizzonte Europa” (per il periodo 2021-2027) servirà a finanziare nuove soluzioni climatiche utili all'attuazione del *Green Deal*.

La quarta consiste nel fare leva sull'istruzione e la formazione. Scuole, istituti di formazione e università si trovano in una posizione privilegiata per promuovere un dialogo sui cambiamenti necessari per il successo della transizione. La Commissione definirà un quadro europeo delle competenze che aiuti a coltivare e valutare conoscenze, abilità e attitudini connesse ai cambiamenti climatici e allo sviluppo sostenibile, fornirà materiali complementari e agevolerà lo scambio di buone pratiche

grazie anche alle reti dell'Unione europea di programmi di formazione rivolti agli insegnanti.

La quinta consiste in un impegno a favore dell'ambiente: il principio "non nuocere". Tutte le azioni e le politiche dell'Unione europea dovrebbero convergere per consentire all'Unione di realizzare la transizione giusta verso un futuro sostenibile. La Commissione intende migliorare il modo in cui affronta le questioni connesse alla sostenibilità e all'innovazione negli orientamenti per legiferare meglio e nei relativi strumenti. Lo scopo è garantire che tutte le iniziative del *Green Deal* centrino i propri obiettivi nel modo più efficace e meno oneroso possibile e che l'Unione europea tenga fede in ogni momento all'impegno di non nuocere all'ambiente.

## **6. Costruire un'efficiente filiera alimentare per il clima e l'ambiente**

L'Unione europea si propone di ridurre l'impronta ambientale e climatica del suo sistema alimentare e rafforzarne la resilienza, garantire la sicurezza dell'approvvigionamento alimentare di fronte ai cambiamenti climatici e alla perdita di biodiversità, guidare la transizione globale verso la sostenibilità competitiva dal produttore al consumatore e sfruttare le nuove opportunità.

Questo significa agire in maniera multifasica e integrata.

La prima iniziativa consiste nel fare in modo che la filiera alimentare, che abbraccia la produzione, il trasporto, la distribuzione, la commercializzazione e il consumo di prodotti alimentari, abbia un impatto ambientale neutro o positivo, preservando e ripristinando le risorse terrestri, marine e di acqua dolce da cui il sistema alimentare dipende, contribuire a mitigare i cambiamenti climatici e adattarsi ai loro effetti, proteggere i terreni, invertire la perdita di biodiversità.

La seconda iniziativa consiste nel garantire la sicurezza dell'approvvigionamento alimentare, la nutrizione e la salute pubblica, assicurandosi che tutti abbiano accesso ad alimenti nutrienti e sostenibili in quantità sufficienti che rispettino *standard* elevati in materia di sicurezza e qualità, salute delle piante e salute e benessere degli animali e che, nel contempo, soddisfino le esigenze nutrizionali e le preferenze alimentari.

La terza iniziativa consiste nel preservare l'accessibilità economica degli alimenti generando, nel contempo, rendimenti economici più equi nella catena di approvvigionamento, con l'obiettivo ultimo di rendere gli alimenti più sostenibili anche i più accessibili dal punto di vista economico; si aggiunga lo sforzo di miglioramento della competitività del settore unionale dell'approvvigionamento, promuovendo il commercio equo e creare nuove opportunità commerciali e garantendo, allo stesso tempo, l'integrità del mercato unico e la salute e la sicurezza sul lavoro.

La sostenibilità dei sistemi alimentari è una questione globale e i sistemi alimentari dovranno adattarsi per far fronte a sfide eterogenee. L'Unione europea potrà rivestire un ruolo determinante nella definizione degli *standard* globali grazie alla presente strategia, che fissa obiettivi chiave in settori prioritari per l'Unione nel suo complesso<sup>31</sup>.

Le valutazioni d'impatto, basate su consultazioni pubbliche, sulle previsioni degli effetti ambientali, sociali ed economici e su analisi che evidenziano le ripercussioni per le piccole e medie imprese (PMI) e le implicazioni in termini di promozione o rallentamento dell'innovazione, aiuteranno a prendere decisioni politiche efficienti mantenendo i costi al minimo, in linea con gli obiettivi del *Green Deal*. Al fine di accelerare e facilitare la transizione e garantire che tutti gli alimenti immessi sul mercato dell'Unione europea diventino sempre più sostenibili, la Commissione formulerà una proposta legislativa per un quadro per un sistema alimentare sostenibile entro la fine del 2023. Tale quadro promuoverà la coerenza delle politiche a livello dell'Unione europea e nazionale, integrerà la sostenibilità in tutte le politiche in ambito alimentare e rafforzerà la resilienza dei sistemi alimentari<sup>32</sup>.

---

<sup>31</sup> Oltre alle nuove iniziative politiche, l'applicazione della legislazione vigente, in particolare per quanto riguarda il benessere degli animali, l'uso dei pesticidi e la protezione dell'ambiente, è essenziale per garantire una transizione equa. L'approccio dovrà tener conto dei diversi punti di partenza e delle differenze in termini di potenziale di miglioramento degli Stati membri. Dovrebbe riconoscere, inoltre, che la transizione verso la sostenibilità del sistema alimentare modificherà il tessuto economico e i modelli di interazione di molte regioni dell'Unione europea. L'assistenza tecnica e finanziaria di strumenti unionali già esistenti, come i fondi di coesione e il Fondo europeo agricolo per lo sviluppo rurale (FEASR), potranno sostenere la transizione.

<sup>32</sup> A seguito di un'ampia consultazione e di una valutazione d'impatto, la Commissione potrà elaborare definizioni comuni e requisiti e principi generali per i sistemi alimentari e gli alimenti sostenibili. Il quadro prenderà, inoltre, in esame le responsabilità di tutti gli attori del sistema alimentare. Coniugato alla certificazione e all'etichettatura relative alle prestazioni in termini di sostenibilità dei prodotti alimentari e a incentivi mirati, il quadro consentirà agli operatori di trarre beneficio dalle pratiche sostenibili e di innalzare progressivamente gli *standard* in materia di sostenibilità, in modo che diventino la norma per tutti i prodotti alimentari immessi sul mercato dell'Unione europea.

Tutti gli attori della filiera alimentare devono fare la loro parte per assicurarne la sostenibilità. Gli agricoltori, i pescatori e i produttori del settore dell'acquacoltura devono trasformare i loro metodi di produzione in modo più rapido e sfruttare al meglio le soluzioni basate sulla natura, sulle tecnologie, sul digitale e sullo spazio per conseguire migliori risultati climatici e ambientali, aumentare la resilienza ai cambiamenti climatici e ridurre e ottimizzare l'uso di fattori di produzione<sup>33</sup>.

Un esempio di nuovo modello di *business* verde è il sequestro del carbonio da parte di agricoltori e silvicoltori. Le pratiche agricole che eliminano la CO<sub>2</sub> dall'atmosfera contribuiscono all'obiettivo della neutralità climatica e dovrebbero essere ricompensate attraverso la politica agricola comune (PAC) o altre iniziative pubbliche o private (mercato del carbonio<sup>34</sup>). Una nuova iniziativa dell'Unione europea per il sequestro del carbonio nei suoli agrari (*carbon farming*), nell'ambito del patto per il clima, promuoverà questo nuovo modello di *business*, che offre agli agricoltori una nuova fonte di reddito e aiuta altri settori a decarbonizzare la filiera alimentare. Come annunciato nel piano d'azione per l'economia circolare (CEAP)<sup>35</sup>, la Commissione potrà, poi, elaborare un quadro normativo per la certificazione degli assorbimenti di carbonio basato su una contabilizzazione del carbonio solida e trasparente al fine di monitorare e verificare l'autenticità degli assorbimenti<sup>36</sup>. Tale

---

<sup>33</sup> Ad esempio, pesticidi e fertilizzanti. Queste soluzioni richiedono investimenti dal punto di vista umano e finanziario, ma promettono anche rendimenti più elevati creando valore aggiunto e riducendo i costi.

<sup>34</sup> Norme rigorose per la certificazione degli assorbimenti di carbonio nel settore agricolo e forestale sono il primo passo verso pagamenti a favore degli agricoltori e dei silvicoltori per il sequestro del carbonio da essi garantito. Gli Stati membri potrebbero utilizzare tali norme per concepire pagamenti della PAC basati sul carbonio sequestrato; inoltre anche le imprese private potrebbero essere interessate ad acquistare tali certificati per sostenere l'azione per il clima, fornendo così agli agricoltori e ai silvicoltori un ulteriore incentivo (oltre ai pagamenti della PAC) al sequestro del carbonio.

<sup>35</sup> Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni "Un nuovo piano d'azione per l'economia circolare – Per un'Europa più pulita e più competitiva" [COM (2020) 98 final].

<sup>36</sup> Ciascuno Stato membro dell'UE effettuerà un'analisi approfondita delle proprie esigenze specifiche e redigerà un piano strategico della PAC, in cui specificherà come intende avvalersi dei finanziamenti nell'ambito di entrambi i "pilastri" della PAC per soddisfare tali esigenze, in linea con gli obiettivi generali dell'UE, preciserà quali strumenti intende utilizzare e fisserà i propri obiettivi specifici. La Commissione, sul tema, intraprenderà azioni volte ad accelerare la diffusione sul mercato di queste e altre soluzioni per l'efficienza energetica nei settori agricolo e alimentare a condizione che tali investimenti siano realizzati in modo sostenibile e senza l'applicazione di una fertilizzazione bilanciata e di una gestione sostenibile dei nutrienti e la migliore gestione dell'azoto e del fosforo in tutto il loro ciclo di vita. La Commissione ha intenzione di elaborare, con gli Stati membri, un piano d'azione per la gestione integrata dei nutrienti al fine di contrastare l'inquinamento da nutrienti alla fonte e aumentare la sostenibilità del settore zootecnico. La Commissione potrà collaborare, inoltre, con gli Stati membri al fine di estendere l'applicazione di tecniche di fertilizzazione di precisione e pratiche agricole

obiettivo sarà conseguito mediante misure introdotte dagli Stati membri nei rispettivi piani strategici della PAC, quali lo strumento di sostenibilità per le aziende agricole relativo ai nutrienti<sup>37</sup> e mediante le tecnologie spaziali dell'Unione europea (Copernicus e Galileo).

Si tenga presente che il settore agricolo è responsabile del 10,3% delle emissioni di gas a effetto serra dell'Unione europea. Quasi il 70 % di esse proviene dal settore dell'allevamento<sup>38</sup> e consiste di gas a effetto serra diversi dalla CO<sub>2</sub> (metano e protossido di azoto). Inoltre, il 68 % della superficie agricola totale è destinato alla produzione animale<sup>39</sup>. Per contribuire a ridurre l'impatto ambientale e climatico della produzione animale, evitare la rilocalizzazione delle emissioni di CO<sub>2</sub> attraverso le importazioni e sostenere la transizione in corso verso un allevamento del bestiame più sostenibile, la Commissione potrà agevolare l'immissione sul mercato di additivi per mangimi sostenibili e innovativi, valutando la possibilità di introdurre norme volte a ridurre la dipendenza da materie prime per mangimi critiche (ad esempio soia coltivata su terreni disboscati), promuovendo le proteine vegetali coltivate e le materie prime per mangimi alternative quali gli insetti, le materie prime marine (ad esempio le alghe) e i sottoprodotti della bioeconomia (ad esempio gli scarti del pesce)<sup>40</sup>.

---

sostenibili, in particolare nei settori critici dell'allevamento intensivo del bestiame e della trasformazione dei rifiuti organici in fertilizzanti rinnovabili.

<sup>37</sup> Come indicato nella proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio recante norme sul sostegno ai piani strategici che gli Stati membri devono redigere nell'ambito della politica agricola comune (piani strategici della PAC) e finanziati dal Fondo europeo agricolo di garanzia (FEAGA) e dal Fondo europeo agricolo per lo sviluppo rurale (FEASR) e che abroga il regolamento (UE) n. 1305/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio e il regolamento (UE) n. 1307/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio [COM(2018) 392 final, 2018/0216 (COD)], nel pieno rispetto della comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni "Quadro europeo di interoperabilità - Strategia di attuazione" [COM(2017) 134 final].

<sup>38</sup> Agenzia europea per l'ambiente (2019), *Annual European Union greenhouse gas inventory 1990-2017 and inventory report 2019*. Le cifre non comprendono le emissioni di CO<sub>2</sub> derivanti dall'uso del suolo e dal cambiamento di uso del suolo.

<sup>39</sup> 39,1 milioni di ettari coltivati a cereali e semi oleosi e 70,7 milioni di ettari di prati su 161 milioni di ettari di terreni agricoli (nell'UE-27, Eurostat 2019).

<sup>40</sup> Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni "*Una bioeconomia sostenibile per l'Europa: rafforzare il collegamento tra economia, società e ambiente*" [COM (2018) 673 final]. Si tenga presente, poi, che la Commissione riesaminerà, inoltre, il programma unionale di promozione dei prodotti agricoli al fine di rafforzare il contributo di quest'ultimo alla produzione e al consumo sostenibili, in linea con l'evoluzione dei regimi alimentari. Per quanto riguarda le carni, tale revisione dovrebbe concentrarsi sul modo in cui l'Unione europea può utilizzare il programma di promozione per sostenere i metodi di produzione zootecnica più sostenibili ed efficienti in termini di emissioni di carbonio.

Si aggiunga che la resistenza antimicrobica legata all'uso eccessivo e inadeguato degli antimicrobici nell'assistenza sanitaria umana e animale causa ogni anno, secondo le stime, la morte di 33.000 persone nell'Unione europea/SEE<sup>41</sup> e genera notevoli costi sanitari<sup>42</sup>. I nuovi regolamenti sui medicinali veterinari e sui mangimi medicati prevedono un'ampia gamma di misure per contribuire al conseguimento di tale obiettivo e promuovere l'approccio "One Health"<sup>43</sup>.

Parimenti, appare opportuno riesaminare la normativa in materia di benessere degli animali, compresa quella sul trasporto e sulla macellazione degli animali, al fine di allinearla ai più recenti dati scientifici, ampliarne l'ambito di applicazione, renderne più semplice l'applicazione e, in ultima analisi, garantire un livello più elevato di benessere degli animali. I piani strategici e i nuovi orientamenti strategici dell'Unione europea per l'acquacoltura sosterranno questo processo.

I cambiamenti climatici comportano, poi, nuove minacce per la salute delle piante. La sfida della sostenibilità richiede innovazione e misure per una migliore protezione delle piante dalle malattie e dagli organismi nocivi emergenti. La Commissione potrà adottare norme per rafforzare la vigilanza sull'importazione delle piante e la sorveglianza sul territorio dell'Unione. Le nuove tecniche innovative, compresi le biotecnologie e lo sviluppo di bioprodotto, possono contribuire ad aumentare la sostenibilità, a condizione che siano sicure per i consumatori e l'ambiente apportando al tempo stesso vantaggi alla società nel suo complesso. Tali tecniche possono, inoltre, accelerare il processo di riduzione della dipendenza dai pesticidi. In risposta alla richiesta degli Stati membri, la Commissione sta effettuando uno studio che esaminerà il potenziale delle nuove tecniche genomiche per migliorare la sostenibilità lungo la filiera alimentare<sup>44</sup>.

---

<sup>41</sup> Cassini et al. (2019) "Attributable deaths and disability-adjusted life-years caused by infections with antibiotic-resistant bacteria in the EU and the European Economic Area in 2015: a population-level modelling analysis" (Decessi e anni di vita corretti per disabilità dovuti a infezioni da batteri resistenti agli antibiotici nell'UE e nello Spazio economico europeo nel 2015: analisi tramite modellizzazione a livello di popolazione), in *Lancet Infect Dis.*, Vol.19, Issue 1, pagg. 55-56.

<sup>42</sup> La Commissione intraprenderà, quindi, azioni volte a ridurre del 50% le vendite complessive nell'Unione europea di antimicrobici per gli animali da allevamento e per l'acquacoltura entro il 2030

<sup>43</sup> Il miglioramento del benessere degli animali si traduce nel miglioramento della salute degli animali e della qualità degli alimenti e in una minore necessità di medicinali e può contribuire a preservare la biodiversità. Si tratta, inoltre, di un aspetto evidentemente desiderato dai cittadini

<sup>44</sup> I sistemi alimentari sostenibili dipendono anche dalla sicurezza sementiera e dalla diversità delle sementi. Gli agricoltori devono avere accesso a una gamma di sementi di qualità di varietà vegetali adattate alle pressioni esercitate dai cambiamenti climatici. La Commissione adotterà misure volte a facilitare la registrazione delle

Il mercato degli alimenti biologici è destinato a continuare a crescere e l'agricoltura biologica deve essere promossa ulteriormente: ha effetti positivi sulla biodiversità, crea posti di lavoro e attrae giovani agricoltori e i consumatori ne riconoscono il valore. Il quadro giuridico sostiene il passaggio a questo tipo di agricoltura, ma occorre fare di più ed è necessario che transizioni simili abbiano luogo anche negli oceani e nelle acque interne. Oltre alle misure della PAC, quali i regimi ecologici, gli investimenti e i servizi di consulenza, e alle misure della politica comune della pesca (PCP), la Commissione potrà presentare un piano d'azione sull'agricoltura biologica. Ciò aiuterà gli Stati membri a stimolare la domanda e l'offerta di prodotti biologici, garantirà la fiducia dei consumatori e promuoverà la domanda mediante campagne promozionali e appalti pubblici verdi. Questo approccio contribuirà a raggiungere l'obiettivo di almeno il 25 % della superficie agricola dell'Unione europea investita a agricoltura biologica entro il 2030 e un aumento significativo dell'acquacoltura biologica.

## 6.1 Garantire la sicurezza dell'approvvigionamento alimentare

Un sistema alimentare sostenibile deve garantire alle persone un approvvigionamento sufficiente e diversificato di alimenti sicuri, nutrienti, economicamente accessibili e sostenibili in qualsiasi momento, anche in tempi di crisi. Gli eventi che incidono sulla sostenibilità dei sistemi alimentari non derivano necessariamente dalla filiera alimentare: possono essere innescati da crisi politiche, economiche, ambientali o sanitarie. L'attuale pandemia di Covid-19, sebbene non legata alla sicurezza degli alimenti nell'Unione europea, può mettere a rischio sia la sicurezza dell'approvvigionamento alimentare sia i mezzi di sussistenza. I cambiamenti climatici e la perdita di biodiversità costituiscono minacce imminenti e durature per la sicurezza dell'approvvigionamento alimentare e i mezzi di sussistenza<sup>45</sup>.

---

varietà di sementi, anche per l'agricoltura biologica e a garantire un più agevole accesso al mercato per le varietà tradizionali e per quelle adattate localmente.

<sup>45</sup>Nel contesto della presente strategia, la Commissione continuerà a monitorare attentamente la sicurezza dell'approvvigionamento alimentare e la competitività degli agricoltori e degli operatori alimentari. A causa della sua complessità e del numero di soggetti interessati, la catena del valore alimentare può essere colpita dalle crisi in molti modi. Anche se l'approvvigionamento alimentare in generale è stato sufficiente, questa pandemia ha comportato molte sfide, quali le interruzioni a livello logistico delle catene di approvvigionamento, le carenze di

La pandemia di Covid-19 ha anche reso tutti consapevoli dell'importanza del personale critico, ad esempio i lavoratori del settore agroalimentare. Per questo sarà particolarmente importante attenuare gli impatti socioeconomici sulla filiera alimentare e garantire che i principi chiave sanciti dal pilastro europeo dei diritti sociali siano rispettati, specialmente per quanto riguarda i lavoratori precari, stagionali e non dichiarati. Le considerazioni sulla protezione sociale e sulle condizioni lavorative e abitative dei lavoratori, come pure sulla tutela della salute e della sicurezza, rivestiranno un ruolo fondamentale nella costruzione di sistemi alimentari equi, solidi e sostenibili.

La Commissione valuterà, poi, la resilienza del sistema alimentare e svilupperà un piano di emergenza da attuare in tempi di crisi per garantire l'approvvigionamento alimentare e la sicurezza dell'approvvigionamento alimentare. La riserva per le crisi nel settore agricolo sarà rinnovata in modo da poterne sfruttare appieno il potenziale fin dall'inizio in caso di crisi nei mercati agricoli<sup>46</sup>.

## 6.2 Stimolare pratiche sostenibili

I trasformatori alimentari, gli operatori dei servizi di ristorazione e i dettaglianti definiscono il mercato e influenzano le scelte alimentari dei consumatori attraverso la tipologia e la composizione nutrizionale degli alimenti che producono, le loro scelte in materia di fornitori, i loro metodi di produzione e le loro pratiche di imballaggio, trasporto, *merchandising* e *marketing*<sup>47</sup>. Il rafforzamento della sostenibilità dei nostri sistemi alimentari può contribuire a consolidare ulteriormente la reputazione delle imprese e dei prodotti, a creare valore per gli azionisti, a migliorare le condizioni di

---

manodopera, la perdita di alcuni mercati e il cambiamento dei modelli di consumo, che hanno avuto ripercussioni sul funzionamento dei sistemi alimentari. Si tratta di una situazione senza precedenti, senza contare che la filiera alimentare è ogni anno alle prese con minacce sempre più gravi e frequenti quali siccità ricorrenti, inondazioni, incendi boschivi, perdita di biodiversità e nuovi organismi nocivi. Il miglioramento della sostenibilità dei produttori alimentari ne aumenterà anche la resilienza

<sup>46</sup> Oltre a misure di valutazione e gestione del rischio da attivare durante le crisi, il piano istituirà un meccanismo di risposta alle crisi alimentari, coordinato dalla Commissione, che coinvolgerà gli Stati membri. Esso comprenderà vari settori (agricoltura, pesca, sicurezza degli alimenti, forza lavoro, salute e trasporti) a seconda della natura della crisi.

<sup>47</sup> In quanto principale importatore ed esportatore di alimenti a livello globale, l'industria alimentare e delle bevande dell'Unione europea incide anche sull'impronta ambientale e sociale del commercio mondiale.

lavoro, ad attrarre lavoratori e investitori e a generare un vantaggio competitivo, un aumento della produttività e una riduzione dei costi per le imprese<sup>48</sup>.

La Commissione chiederà alle imprese e alle organizzazioni del settore alimentare di impegnarsi a realizzare azioni concrete in materia di salute e sostenibilità, mirate in particolare a: riformulare i prodotti alimentari conformemente a linee guida per regimi alimentari sani e sostenibili, ridurre la propria impronta ambientale e il proprio consumo energetico diventando più efficienti sul piano energetico, adattare le strategie di *marketing* e pubblicitarie tenendo conto delle necessità delle persone più vulnerabili, garantire che le campagne sui prezzi dei prodotti alimentari non pregiudichino la percezione del valore degli alimenti da parte dei cittadini e ridurre gli imballaggi in linea con il nuovo CEAP<sup>49</sup>.

Gli imballaggi alimentari svolgono un ruolo essenziale nella sostenibilità dei sistemi alimentari. La Commissione riesaminerà la normativa sui materiali a contatto con gli alimenti al fine di migliorare la sicurezza degli alimenti e la salute pubblica<sup>50</sup>, sostenere l'impiego di soluzioni di imballaggio innovative e sostenibili che utilizzino materiali ecologici, riutilizzabili e riciclabili e contribuire alla riduzione degli sprechi alimentari. Inoltre, nell'ambito dell'iniziativa in materia di prodotti sostenibili annunciata nel CEAP, lavorerà a un'iniziativa legislativa sul riutilizzo nei servizi di

---

<sup>48</sup> Ad esempio, uno studio relativo al business case della riduzione delle perdite e degli sprechi alimentari, condotto per conto della coalizione Champions 12.3, ha rilevato una redditività degli investimenti di 14:1 per le imprese che hanno adottato misure volte a ridurre le perdite e gli sprechi alimentari. Hanson, C., e Mitchell, P. (2017), *The Business Case for Reducing Food Loss and Waste* (*Business case della riduzione delle perdite e degli sprechi alimentari*) Washington, DC: Champions 12.3. L'industria alimentare e il settore del commercio al dettaglio dovrebbero indicare la via da seguire aumentando la disponibilità e l'accessibilità economica di opzioni alimentari sane e sostenibili per ridurre l'impronta ambientale complessiva del sistema alimentare. A tal fine, la Commissione elaborerà un codice di condotta dell'Unione europea per pratiche commerciali e di responsabili, che sarà accompagnato da un quadro di monitoraggio. Il codice sarà elaborato in collaborazione con tutte le parti interessate.

<sup>49</sup> Ad esempio, le campagne di *marketing* che pubblicizzano la carne a prezzi molto bassi devono essere evitate. La Commissione monitorerà tali impegni e prenderà in considerazione l'adozione di misure legislative qualora i progressi si rivelassero insufficienti. La Commissione sta inoltre preparando un'iniziativa volta a migliorare il quadro del governo societario introducendo l'obbligo, per l'industria alimentare, di integrare la sostenibilità nelle strategie aziendali. La Commissione ricercherà inoltre opportunità per agevolare il passaggio a regimi alimentari più sani e stimolare la riformulazione dei prodotti, anche attraverso la creazione di profili nutrizionali per limitare la promozione (attraverso indicazioni nutrizionali o sulla salute) di alimenti ricchi di grassi, zuccheri e sale.

<sup>50</sup> In particolare riducendo l'uso delle sostanze chimiche pericolose

ristorazione volta a sostituire gli imballaggi alimentari e le posate monouso con prodotti riutilizzabili<sup>51</sup>.

Inoltre, con l'obiettivo di rafforzare la resilienza dei sistemi alimentari regionali e locali la Commissione, allo scopo di creare filiere più corte, sosterrà la riduzione della dipendenza dai trasporti a lunga distanza: nel 2017 circa 1,3 miliardi di tonnellate di prodotti primari dell'agricoltura, della silvicoltura e della pesca sono stati trasportati su strada<sup>52</sup>.

### 6.3 Promuovere un consumo alimentare sostenibile

Gli attuali modelli di consumo alimentare sono insostenibili sia dal punto di vista della salute sia dal punto di vista ambientale. Nell'Unione europea l'assunzione media di energia e il consumo medio di carni rosse<sup>53</sup>, zuccheri, sale e grassi continuano ad eccedere i livelli raccomandati, mentre il consumo di cereali integrali, frutta e verdura, legumi e frutta secca è insufficiente<sup>54</sup>.

È fondamentale invertire la tendenza all'aumento dei tassi di sovrappeso e obesità nell'Unione europea entro il 2030. Il passaggio a una dieta basata maggiormente sui vegetali, che comprenda meno carni rosse e trasformate e più frutta e verdura, ridurrà non solo il rischio di malattie potenzialmente letali ma anche l'impatto ambientale del sistema alimentare<sup>55</sup>. Si stima che, nel 2017, nell'Unione europea oltre 950 000 decessi (uno su cinque) e la perdita di oltre 16 milioni di anni di vita in buona salute fossero attribuibili a cattive abitudini alimentari, a malattie principalmente

---

<sup>51</sup> La Commissione riesaminerà, poi, le norme di commercializzazione al fine di prevedere la diffusione e la fornitura di prodotti dell'agricoltura, della pesca e dell'acquacoltura sostenibili e di rafforzare il ruolo dei criteri di sostenibilità, tenendo conto del possibile impatto di tali norme sulle perdite e sugli sprechi alimentari. Parallelamente, consoliderà il quadro legislativo sulle indicazioni geografiche (IG) e, ove opportuno, includerà specifici criteri di sostenibilità.

<sup>52</sup> *Agriculture, forestry and fisheries statistics* (Statistiche sull'agricoltura, la silvicoltura e la pesca), Compendi statistici 2019, Eurostat.

<sup>53</sup> Le carni rosse comprendono la carne di manzo, di maiale, di agnello e di capra e tutte le carni trasformate.

<sup>54</sup> Willett, W. et al. (2019), "Food in the Anthropocene: the EAT-Lancet Commission on healthy diets from sustainable food systems" (Gli alimenti nell'antropocene: la commissione EAT-Lancet sui regimi alimentari sani basati su sistemi alimentari sostenibili), su *Lancet*, Vol. 393, pagg. 447-92.

<sup>55</sup> FAO e OMS (2019), *Sustainable healthy diets – guiding principles* (Regimi alimentari sani e sostenibili - Principi guida).

cardiovascolari e a tumori<sup>56</sup>. Il piano europeo di lotta contro il cancro prevede la promozione di regimi alimentari sani nel quadro delle azioni di prevenzione<sup>57</sup>.

La Commissione valuterà inoltre possibili modalità per l'armonizzazione delle dichiarazioni ambientali volontarie e per la creazione di un quadro per l'etichettatura di sostenibilità che, in sinergia con altre iniziative pertinenti, contempli gli aspetti nutrizionali, climatici, ambientali e sociali dei prodotti alimentari<sup>58</sup>.

Anche gli incentivi fiscali dovrebbero promuovere la transizione verso un sistema alimentare sostenibile e incoraggiare i consumatori a optare per regimi alimentari sani e sostenibili. La proposta della Commissione sulle aliquote IVA potrebbe consentire agli Stati membri di utilizzare le aliquote in maniera più mirata, ad esempio, per sostenere i prodotti ortofrutticoli biologici. Il sistema fiscale dell'Unione europea dovrebbe inoltre mirare a garantire che il prezzo dei diversi alimenti rifletta i relativi costi reali in termini di utilizzo delle risorse naturali limitate, inquinamento, emissioni di gas a effetto serra e altre esternalità ambientali.

## 6.4 Ridurre le perdite e gli sprechi alimentari

La lotta contro le perdite e gli sprechi alimentari è fondamentale per conseguire la sostenibilità<sup>59</sup>. La riduzione degli sprechi alimentari comporta risparmi per i consumatori e gli operatori, nonché il recupero e la redistribuzione delle eccedenze

---

<sup>56</sup> EU Science Hub (polo scientifico dell'UE): <https://ec.europa.eu/jrc/en/health-knowledge-gateway/societal-impacts/burden>.

<sup>57</sup> Fornire ai consumatori informazioni chiare che rendano loro più semplice scegliere regimi alimentari sani e sostenibili andrà a vantaggio della loro salute e della loro qualità della vita e ridurrà i costi sanitari. Per dare ai consumatori gli strumenti necessari per compiere scelte alimentari consapevoli, sane e sostenibili, la Commissione proporrà un'etichettatura nutrizionale sulla parte anteriore dell'imballaggio obbligatoria e armonizzata e valuterà la possibilità di proporre l'estensione a determinati prodotti dell'obbligo delle indicazioni di origine o di provenienza, tenendo pienamente conto degli impatti sul mercato unico.

<sup>58</sup> La Commissione esaminerà altresì nuove modalità per fornire informazioni ai consumatori tramite altri canali, compresi quelli digitali, al fine di migliorare l'accessibilità delle informazioni alimentari, in particolare per le persone con disabilità visive. Al fine di migliorare la disponibilità e il prezzo degli alimenti sostenibili e di promuovere regimi alimentari sani e sostenibili nell'ambito della ristorazione istituzionale, la Commissione determinerà il modo migliore per stabilire criteri minimi obbligatori per gli appalti sostenibili nel settore alimentare. Ciò aiuterà le città, le regioni e le autorità pubbliche a fare la loro parte scegliendo alimenti sostenibili per l'approvvigionamento di scuole, ospedali e istituzioni pubbliche, e promuoverà inoltre sistemi agricoli sostenibili, quali l'agricoltura biologica.

<sup>59</sup> A livello di UE, gli sprechi alimentari (tutte le fasi del ciclo di vita) rappresentano ogni anno almeno 227 milioni di tonnellate di CO<sub>2</sub> equivalente, vale a dire circa il 6 % delle emissioni totali dell'UE nel 2012 [EU FUSIONS (2016), *Estimates of European food waste levels*].

alimentari che altrimenti andrebbero sprecate ha un'importante dimensione sociale. Ciò si ricollega, inoltre, a strategie relative al recupero dei nutrienti e delle materie prime secondarie, alla produzione di mangimi, alla sicurezza degli alimenti, alla biodiversità, alla bioeconomia, alla gestione dei rifiuti e alle energie rinnovabili.

La Commissione si è impegnata a dimezzare lo spreco alimentare *pro capite* a livello di vendita al dettaglio e dei consumatori entro il 2030 (traguardo 3 dell'OSS 12). Utilizzando la nuova metodologia per la misurazione dei rifiuti alimentari<sup>60</sup> e i dati che gli Stati membri trasmetteranno nel 2022, la Commissione definirà una base di riferimento e proporrà obiettivi giuridicamente vincolanti per ridurre gli sprechi alimentari in tutta l'Unione europea.

La Commissione integrerà la prevenzione delle perdite e degli sprechi alimentari in altre politiche dell'Unione europea. L'interpretazione errata e l'uso improprio dell'indicazione della data<sup>61</sup> causano sprechi alimentari. La Commissione riesaminerà le norme dell'Unione europea per tenere conto delle ricerche condotte sui consumatori.

Coordinare, poi, le azioni a livello unionale rafforzerà quelle intraprese a livello nazionale e le raccomandazioni della piattaforma dell'Unione europea sulle perdite e gli sprechi alimentari<sup>62</sup> contribuirà a mostrare la via da seguire a tutti gli attori coinvolti.

## 6.5 Combattere le frodi alimentari lungo la filiera alimentare

Le frodi alimentari minacciano la sostenibilità dei sistemi alimentari, traggono in inganno i consumatori, impedendo loro di compiere scelte consapevoli e pregiudicano la sicurezza degli alimenti, le pratiche commerciali leali, la resilienza dei mercati alimentari e, in ultima analisi, il mercato unico. A tale riguardo, è fondamentale una politica di tolleranza zero con deterrenti efficaci. La Commissione intensificherà la lotta contro le frodi alimentari al fine di garantire la parità di

---

<sup>60</sup> Decisione delegata (UE) 2019/1597 della Commissione, del 3 maggio 2019, che integra la direttiva 2008/98/CE del Parlamento europeo e del Consiglio per quanto riguarda una metodologia comune e requisiti minimi di qualità per la misurazione uniforme dei livelli di rifiuti alimentari (GU L 248 del 27.9.2019, pag. 77).

<sup>61</sup> Le date indicate con le diciture "da consumarsi entro" e "da consumarsi preferibilmente entro".

<sup>62</sup> [https://ec.europa.eu/food/sites/food/files/safety/docs/fs\\_euactions\\_action\\_implementation\\_platform\\_key\\_recommendations.pdf](https://ec.europa.eu/food/sites/food/files/safety/docs/fs_euactions_action_implementation_platform_key_recommendations.pdf).

condizioni per gli operatori, rafforzerà i poteri delle autorità di controllo e di contrasto e collaborerà con gli Stati membri, Europol e altri organismi per utilizzare i dati dell'Unione europea sulla tracciabilità e le segnalazioni al fine di migliorare il coordinamento in materia di frodi alimentari<sup>63</sup>.

## 7. La politica agricola comune e la politica comune della pesca

È chiaro che la transizione deve essere sostenuta da una PAC incentrata sul *Green Deal*. La nuova PAC<sup>64</sup>, che la Commissione ha proposto nel giugno 2018, mira ad aiutare gli agricoltori a migliorare le loro prestazioni ambientali e climatiche attraverso un modello maggiormente orientato ai risultati, un uso migliore dei dati e delle analisi, un miglioramento delle norme ambientali obbligatorie, nuove misure volontarie e una maggiore attenzione agli investimenti nelle tecnologie e nelle pratiche verdi e digitali. Intende, inoltre, garantire un reddito dignitoso che consenta agli agricoltori di provvedere alle proprie famiglie e di resistere a crisi di ogni tipo<sup>65</sup>. La necessità di migliorare l'efficienza e l'efficacia dei pagamenti diretti tramite il livellamento e l'erogazione più mirata del sostegno al reddito agli agricoltori che ne hanno bisogno e contribuiscono al conseguimento degli obiettivi ambientali, anziché a soggetti e imprese che semplicemente possiedono terreni agricoli, rimane un elemento essenziale della futura PAC<sup>66</sup>. La capacità degli Stati membri di garantire questo aspetto dovrà essere attentamente valutata nei piani strategici e monitorata durante tutto il processo di attuazione. L'analisi più recente della Commissione<sup>67</sup> giunge alla conclusione che la riforma ha effettivamente le potenzialità per contribuire al *Green Deal*<sup>68</sup>.

<sup>63</sup> Proporrà inoltre misure dissuasive più severe e migliori controlli sulle importazioni e valuterà la possibilità di rafforzare le capacità investigative e di coordinamento dell'Ufficio europeo per la lotta antifrode (OLAF).

<sup>64</sup> [https://ec.europa.eu/commission/publications/natural-resources-and-environment\\_it](https://ec.europa.eu/commission/publications/natural-resources-and-environment_it).

<sup>65</sup> Nel 2017 le sovvenzioni della PAC, ad eccezione del sostegno agli investimenti, hanno rappresentato il 57% del reddito agricolo netto nell'UE. <https://agridata.ec.europa.eu/extensions/DashboardFarmEconomyFocus/DashboardFarmEconomyFocus.html>.

<sup>66</sup> Deve essere effettuata una valutazione della PAC per stabilire il contributo del sostegno al reddito al miglioramento della resilienza e della sostenibilità dell'agricoltura.

<sup>67</sup> Documento di lavoro dei servizi della Commissione "*Analysis of links between CAP Reform and Green Deal*" (Analisi dei legami tra riforma della PAC e Green Deal) [SWD(2020) 93].

<sup>68</sup> I nuovi "regimi ecologici" offriranno un importante flusso di finanziamenti per promuovere le pratiche sostenibili, quali l'agricoltura di precisione, l'agroecologia (compresa l'agricoltura biologica), il sequestro del

La Commissione formulerà inoltre raccomandazioni per ciascuno Stato membro per quanto riguarda i nove obiettivi specifici della PAC, prima che le proposte di piani strategici siano formalmente presentate. La Commissione presterà particolare attenzione al conseguimento degli obiettivi del *Green Deal*, della presente strategia e della strategia sulla biodiversità per il 2030<sup>69</sup>.

La nuova politica agricola comune (PAC), riformata come da proposta dalla Commissione del 2018, prevede tre obiettivi generali e uno trasversale: promuovere un settore agricolo intelligente, resiliente e diversificato che garantisca la sicurezza alimentare; rafforzare la tutela dell'ambiente e l'azione per il clima e contribuire agli obiettivi climatici e ambientali dell'Unione; consolidare il tessuto socioeconomico delle zone rurali; favorire l'ammodernamento del settore, promuovendo e condividendo conoscenze, innovazioni e processi di digitalizzazione nell'agricoltura e nelle aree rurali e incoraggiandone l'utilizzo.

Agli Stati membri viene richiesto di elaborare un Piano strategico nazionale che contribuisca al raggiungimento di questi obiettivi attraverso attività sostenute da entrambi i pilastri della PAC.

La nuova politica agricola comune (PAC), riformata come da proposta dalla Commissione del 2018, sarà fondamentale per aiutare l'Unione europea a raggiungere gli obiettivi del *Green Deal* europeo, in termini di sostenibilità economica, sociale, ambientale. Il tutto incentivando, responsabilizzando e sostenendo gli agricoltori europei ad affrontare il cambiamento climatico, proteggere l'ambiente e passare a sistemi alimentari più sostenibili e resilienti.

La proposta della Commissione si basa su una valutazione d'impatto approfondita. Essa combina tutti gli elementi essenziali per ottenere pratiche agricole sostenibili che possano raggiungere gli obiettivi del *Green Deal*. La proposta della Commissione mira anche a generare opportunità economiche per gli agricoltori e a migliorare la loro posizione nella filiera alimentare; comprende, inoltre, una combinazione di misure volontarie e obbligatorie benefiche per l'ambiente e il clima, che collega meglio il sostegno al reddito agricolo e alle zone rurali, all'adozione di

---

carbonio nei suoli agrari e l'agroforestazione. Gli Stati membri e la Commissione dovranno garantire che tali regimi siano adeguatamente finanziati e attuati nei piani strategici.

<sup>69</sup> La Commissione chiederà agli Stati membri di fissare valori nazionali espliciti per tali obiettivi, tenendo conto della loro situazione specifica e delle raccomandazioni summenzionate. Sulla base di questi valori, gli Stati membri definiranno le misure necessarie nei rispettivi piani strategici.

modelli e pratiche sostenibili, nonché una serie di azioni per promuovere la conoscenza, l'innovazione e la tecnologia (digitale) a sostegno di questa ambizione.

Gli elementi essenziali della PAC sono gli eco-schemi, la condizionalità migliorata, la spesa per il clima, la distribuzione del sostegno al reddito, il sostegno ai veri agricoltori e il contributo alle strategie *Farm to Fork* e "Biodiversità".

In relazione agli eco-schemi si sbloccheranno i nuovi finanziamenti e gli incentivi aggiuntivi per le pratiche agricole rispettose del clima e dell'ambiente, oltre a prevedere regimi obbligatori per gli Stati membri e volontari per gli agricoltori.

In relazione alla condizionalità migliorata con requisiti di base più ambiziosi, gli agricoltori che ricevono un sostegno al reddito devono soddisfare requisiti e *standard* rispettosi dell'ambiente e del clima.

In relazione alla spesa per il clima il 40% del bilancio agricolo e per lo sviluppo rurale contribuirà agli obiettivi climatici. In particolare, i requisiti di base sono la protezione adeguata delle zone umide e delle torbiere, il mantenimento di prati permanenti e divieto di bruciare stoppie.

In relazione alla distribuzione del sostegno al reddito, attualmente, almeno l'80% dei pagamenti della PAC va a meno del 20% dei beneficiari. La Commissione ha proposto che nessun beneficiario possa ricevere più di 100 000 euro all'anno (*capping*) per un'equa distribuzione del sostegno a tutti gli agricoltori.

In relazione al sostegno ai veri agricoltori, è previsto un incentivo al reddito ai veri agricoltori, escludendo quelli la cui attività agricola è una parte insignificante delle loro attività economiche complessive.

In relazione al contributo della PAC alle strategie *Farm to Fork* e "Biodiversità" le proposte della Commissione del 2018 forniscono il quadro appropriato per sostenere l'attuazione delle ambizioni del *Green Deal* europeo e delle strategie associate, come la strategia *Farm to Fork* e la strategia sulla "Biodiversità".

A tal proposito, la strategia *Farm to Fork* (F2F) è il piano decennale messo a punto dalla Commissione europea per guidare la transizione verso un sistema alimentare equo, sano e rispettoso dell'ambiente.

I suoi obiettivi principali sono garantire una produzione alimentare sostenibile e la sicurezza alimentare, favorire una filiera alimentare sostenibile dall'inizio alla fine ovvero dalla lavorazione alla vendita, sia all'ingrosso sia al dettaglio e anche i servizi accessori, come l'ospitalità e la ristorazione, promuovere il consumo di cibi

sostenibili e sostenere la transizione verso abitudini alimentari sane, ridurre gli sprechi alimentari e, infine, combattere le frodi alimentari lungo la filiera.

Da un altro punto di vista, la *biodiversity strategy* è una politica europea che ha l'obiettivo di fermare la perdita della biodiversità e degli ecosistemi nell'Unione europea.

Di fronte alla gravità di questa crisi, la Commissione ha, infatti, optato per una profonda trasformazione: il piano è proteggere e ripristinare l'ambiente naturale, affrontare le principali cause della perdita di biodiversità, intraprendere un percorso di reale trasformazione e assumere, in questo senso, il ruolo di leader a livello mondiale.

I suoi obiettivi principali sono ridurre del 50% dell'uso di pesticidi chimici entro il 2030, dimezzare la perdita di nutrienti, garantendo al tempo stesso che la fertilità del suolo non si deteriori<sup>70</sup>, ridurre del 50% le vendite totali di antimicrobici per gli animali d'allevamento e di antibiotici per l'acquacoltura entro il 2030, trasformare il 25% dei terreni agricoli in aree destinate all'agricoltura biologica entro il 2030, consentire che almeno il 10% della superficie agricola faccia parte di aree ad alta biodiversità, come fasce tampone e terreni a rotazione colturale (il cosiddetto *maggese*) e imporre divieto di utilizzo di pesticidi chimici nelle aree urbane dell'Unione europea.

Parallelamente ai cambiamenti nel settore agricolo, è altresì necessario accelerare il passaggio a una produzione ittica sostenibile. Dai dati economici è emerso che la transizione verso una pesca sostenibile va di pari passo con l'aumento del reddito<sup>71</sup>. La Commissione intensificherà gli sforzi per portare gli *stock* ittici a livelli sostenibili mediante la PCP (politica comune della pesca) ove permangono carenze nell'applicazione (ad esempio riducendo i rigetti in mare), rafforzerà la gestione della pesca nel Mediterraneo in collaborazione con tutti gli Stati costieri e, entro il 2022, rivaluterà le modalità con cui la PCP affronta i rischi derivanti dai cambiamenti climatici. La proposta di revisione del regime dell'Unione per il controllo della pesca<sup>72</sup> contribuirà alla lotta contro le frodi mediante un sistema di tracciabilità

---

<sup>70</sup> In questo modo si ridurrà di almeno il 20% l'uso di fertilizzanti entro il 2030

<sup>71</sup> Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio relativa alla situazione della politica comune della pesca e alla consultazione sulle possibilità di pesca per il 2020 [COM (2019) 274 final].

<sup>72</sup> Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica i regolamenti (CE) n. 1224/2009, (CE) n. 768/2005, (CE) n. 1967/2006 e (CE) n. 1005/2008 del Consiglio e il regolamento (UE)

rafforzato. L'uso obbligatorio di certificati di cattura digitali rafforzerà le misure volte a impedire l'ingresso nel mercato dell'Unione europea di prodotti ittici illegali.

I prodotti ittici di allevamento generano un'impronta di carbonio minore rispetto alla produzione animale sulla terra ferma. Oltre al sostegno significativo che il prossimo Fondo europeo per gli affari marittimi e la pesca offrirà all'allevamento sostenibile dei prodotti ittici, la Commissione prevede l'adozione di orientamenti dell'Unione europea per i piani degli Stati membri relativi allo sviluppo sostenibile dell'acquacoltura e la promozione del tipo di spesa adeguato a titolo del Fondo. La Commissione prevederà inoltre un sostegno ben mirato per il settore delle alghe, poiché queste ultime dovrebbero convertirsi in un'importante fonte di proteine alternative per un sistema alimentare sostenibile e per la sicurezza dell'approvvigionamento alimentare a livello globale.

Inoltre, allo scopo di sostenere i produttori primari nella transizione, sarebbe opportuno chiarire le regole di concorrenza per le iniziative collettive che promuovono la sostenibilità nelle catene di approvvigionamento. Occorrerà aiutare, inoltre, gli agricoltori e i pescatori a rafforzare la loro posizione nella catena di approvvigionamento e ad aggiudicarsi una quota equa del valore aggiunto della produzione sostenibile incoraggiando le possibilità di cooperazione all'interno delle organizzazioni comuni dei mercati dei prodotti agricoli<sup>73</sup> e dei prodotti della pesca e dell'acquacoltura<sup>74</sup>. La Commissione monitorerà l'attuazione, da parte degli Stati

---

2016/1139 del Parlamento europeo e del Consiglio per quanto riguarda i controlli nel settore della pesca [COM (2018) 368 final, 2018/0193 (COD)].

<sup>73</sup> Regolamento (UE) n. 1308/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 dicembre 2013, recante organizzazione comune dei mercati dei prodotti agricoli e che abroga i regolamenti (CEE) n. 922/72, (CEE) n. 234/79, (CE) n. 1037/2001 e (CE) n. 1234/2007 del Consiglio (GU L 347 del 20.12.2013, pag. 671) e regolamento (UE) 2017/2393 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2017, che modifica i regolamenti (UE) n. 1305/2013 sul sostegno allo sviluppo rurale da parte del Fondo europeo agricolo per lo sviluppo rurale (FEASR), (UE) n. 1306/2013 sul finanziamento, sulla gestione e sul monitoraggio della politica agricola comune, (UE) n. 1307/2013 recante norme sui pagamenti diretti agli agricoltori nell'ambito dei regimi di sostegno previsti dalla politica agricola comune, (UE) n. 1308/2013 recante organizzazione comune dei mercati dei prodotti agricoli e (UE) n. 652/2014 che fissa le disposizioni per la gestione delle spese relative alla filiera alimentare, alla salute e al benessere degli animali, alla sanità delle piante e al materiale riproduttivo vegetale (GU L 350 del 29.12.2017, pag. 15).

<sup>74</sup> Regolamento (UE) n. 1379/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2013, relativo all'organizzazione comune dei mercati nel settore dei prodotti della pesca e dell'acquacoltura, recante modifica ai regolamenti (CE) n. 1184/2006 e (CE) n. 1224/2009 del Consiglio e che abroga il regolamento (CE) n. 104/2000 del Consiglio (GU L 354 del 28.12.2013, pag. 1)

membri, della direttiva sulle pratiche commerciali sleali<sup>75</sup> e collaborerà con i co-legislatori al fine di migliorare le norme agricole che rafforzano la posizione degli agricoltori<sup>76</sup>, le loro cooperative e le loro organizzazioni di produttori nella filiera alimentare.

L'Unione europea applicherà una, inoltre, tolleranza zero nella lotta alla pesca illegale, non dichiarata e non regolamentata (INN), contrasterà la pesca eccessiva, promuoverà la gestione sostenibile delle risorse ittiche e rafforzerà la *governance* degli oceani, la cooperazione in ambito marino e la gestione delle zone costiere<sup>77</sup>.

## 8. Favorire la transizione mediante la ricerca e l'innovazione

La ricerca e l'innovazione (R&I) sono fattori chiave per l'accelerazione della transizione verso sistemi alimentari sostenibili, sani e inclusivi dalla produzione primaria al consumo. Possono aiutare a sviluppare e sperimentare soluzioni, a superare gli ostacoli e a scoprire nuove opportunità di mercato<sup>78</sup>. Nell'ambito di "Orizzonte 2020", la Commissione sta preparando un ulteriore invito a presentare proposte per le priorità del *Green Deal* nel 2020, per un importo totale di circa 1 miliardo di euro.

In tale ambito, la Commissione propone di investire 10 miliardi di euro nella R&I su alimenti, bioeconomia, risorse naturali, agricoltura, pesca, acquacoltura e ambiente, nonché sull'uso delle tecnologie digitali e delle soluzioni basate sulla natura nel settore agroalimentare<sup>79</sup>.

---

<sup>75</sup> Direttiva (UE) 2019/633 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 aprile 2019, in materia di pratiche commerciali sleali nei rapporti tra imprese nella filiera agricola e alimentare (GU L 111 del 25.4.2019, pag. 59).

<sup>76</sup> Ad esempio i produttori di prodotti con indicazioni geografiche

<sup>77</sup> Attraverso le organizzazioni regionali di gestione della pesca, gli accordi di partenariato per una pesca sostenibile e la cooperazione con i paesi terzi in materia di INN e catene del valore sostenibili nella pesca e nell'acquacoltura. Assume particolare rilevanza la cooperazione con i paesi colpiti dai cambiamenti climatici.

<sup>78</sup> Documento di lavoro dei servizi della Commissione – *European Research and Innovation for Food and Nutrition Security* (Ricerca e innovazione europee per la sicurezza alimentare e nutrizionale) [SWD (2016) 319 final] e documento di riferimento della Commissione per la conferenza ad alto livello FOOD 2030, (2016) – *European Research & Innovation for Food & Nutrition Security* (Ricerca e innovazione europee per la sicurezza alimentare e nutrizionale).

<sup>79</sup> Uno dei principali settori di ricerca riguarderà il microbioma, gli alimenti provenienti dagli oceani, i sistemi alimentari urbani e l'aumento della disponibilità e delle fonti di proteine alternative quali le proteine di origine vegetale, microbica e marina e a base di insetti e i prodotti sostitutivi della carne. Una missione nel settore della salute del suolo e dell'alimentazione mirerà a sviluppare soluzioni per ripristinare la salute del suolo e le sue funzioni. Le nuove conoscenze e innovazioni potenzieranno inoltre gli approcci agroecologici nella produzione

Un nuovo partenariato per sistemi alimentari sicuri e sostenibili per le persone, il pianeta e il clima nell'ambito di "Orizzonte Europa" istituirà un meccanismo di *governance* per la R&I che coinvolgerà gli Stati membri e gli attori dei sistemi alimentari dal produttore al consumatore, allo scopo di realizzare soluzioni innovative che generino benefici collaterali per l'alimentazione, la qualità degli alimenti, il clima, la circolarità e le comunità.

Tutti gli agricoltori e tutte le zone rurali dovrebbero disporre di una connessione Internet veloce e affidabile<sup>80</sup>. In ultima analisi ciò porterà a una riduzione dei costi per gli agricoltori, a un miglioramento della gestione del suolo e della qualità dell'acqua, a una riduzione dell'uso dei fertilizzanti e dei pesticidi e delle emissioni di gas a effetto serra, a un miglioramento della biodiversità e alla creazione di un ambiente più sano per gli agricoltori e i cittadini<sup>81</sup>.

Per stimolare l'innovazione e creare sistemi alimentari sostenibili saranno necessari investimenti. Attraverso le garanzie di bilancio dell'Unione europea, il Fondo *InvestEU*<sup>82</sup> promuoverà gli investimenti nel settore agroalimentare riducendo il rischio degli investimenti effettuati dalle società europee e agevolando l'accesso ai finanziamenti per le PMI e le imprese a media capitalizzazione<sup>83</sup>. Nel 2020 il quadro dell'Unione europea per agevolare gli investimenti sostenibili (tassonomia dell'Unione europea<sup>84</sup>) e la strategia rinnovata in materia di finanza sostenibile

---

primaria attraverso un partenariato specifico sui laboratori viventi (*living labs*) di agroecologia. Ciò contribuirà a ridurre l'uso di pesticidi, fertilizzanti e antimicrobici. Per accelerare l'innovazione e il trasferimento delle conoscenze, la Commissione collaborerà con gli Stati membri per rafforzare il ruolo del partenariato europeo per l'innovazione "*Produttività e sostenibilità dell'agricoltura*" (PEI-AGRI) nei piani strategici. Inoltre, il Fondo europeo di sviluppo regionale investirà nell'innovazione e nella collaborazione lungo le catene del valore alimentare attraverso la specializzazione intelligente.

<sup>80</sup> Quest'aspetto è un fattore chiave per l'occupazione, le attività economiche e gli investimenti nelle zone rurali, nonché per il miglioramento della qualità della vita in ambiti quali l'assistenza sanitaria, l'intrattenimento e l'e-government. L'accesso a Internet veloce a banda larga renderà, inoltre, possibile la diffusione dell'agricoltura di precisione e l'uso dell'intelligenza artificiale e permetterà all'Unione europea di sfruttare appieno la sua *leadership* mondiale nel campo della tecnologia satellitare

<sup>81</sup> La Commissione intende accelerare la diffusione di Internet veloce a banda larga nelle zone rurali per raggiungere l'obiettivo di un accesso del 100 % entro il 2025.

<sup>82</sup> Istituito nell'ambito del programma InvestEU, come stabilito dalla proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce il programma InvestEU [COM (2018) 439 final, 2018/0229(COD)].

<sup>83</sup> Nell'ambito del Fondo europeo per gli investimenti strategici, per "imprese a media capitalizzazione" si intendono entità che contano un numero di dipendenti compreso tra 250 e 3 000 e che non sono PMI.

<sup>84</sup> La tassonomia dell'UE è uno strumento di attuazione che può consentire ai mercati dei capitali di individuare opportunità di investimento che contribuiscono al conseguimento degli obiettivi di politica ambientale e darvi seguito.

potranno incoraggiare il settore finanziario a investire in maniera più sostenibile, anche nei settori agricolo e della produzione alimentare<sup>85</sup>.

Le conoscenze e la consulenza sono, poi, fondamentali per consentire a tutti gli attori del sistema alimentare di diventare sostenibili. I produttori primari necessitano in particolare di servizi di consulenza obiettivi e su misura in materia di scelte gestionali sostenibili. La Commissione promuoverà pertanto sistemi di conoscenza e innovazione in campo agricolo (*Agricultural Knowledge and Innovation Systems, AKIS*) efficaci, che coinvolgano tutti gli attori della filiera alimentare<sup>86</sup>.

La Commissione presenterà una proposta legislativa volta a trasformare la rete d'informazione contabile agricola nella rete d'informazione sulla sostenibilità agricola al fine di raccogliere anche dati sugli obiettivi delle strategie "*Dal produttore al consumatore*" e sulla biodiversità e altri indicatori di sostenibilità<sup>87</sup>. La rete consentirà di effettuare un'analisi comparativa delle prestazioni delle aziende agricole rispetto a medie regionali, nazionali o settoriali<sup>88</sup>.

Nell'ambito della strategia europea per i dati, lo spazio comune europeo di dati sull'agricoltura rafforzerà la sostenibilità competitiva dell'agricoltura dell'Unione europea mediante l'elaborazione e l'analisi di dati relativi, tra l'altro, alla produzione, all'uso del suolo e all'ambiente, consentendo un'applicazione precisa e mirata degli approcci di produzione a livello di azienda agricola e il monitoraggio delle prestazioni del settore e sostenendo l'iniziativa dell'Unione europea per il sequestro del carbonio nei suoli agrari. I programmi dell'Unione europea Copernicus ed EMODnet<sup>89</sup> ridurranno i rischi di investimento e agevoleranno l'adozione di pratiche sostenibili nei settori della pesca e dell'acquacoltura<sup>90</sup>.

---

<sup>85</sup> La PAC deve inoltre agevolare in misura crescente il sostegno agli investimenti per migliorare la resilienza delle aziende agricole e accelerarne la trasformazione verde e digitale.

<sup>86</sup> Nei loro piani strategici della PAC gli Stati membri dovranno aumentare il sostegno agli AKIS e potenziare le risorse per lo sviluppo e il mantenimento di opportuni servizi di consulenza necessari per conseguire gli obiettivi del *Green Deal*.

<sup>87</sup> Nel pieno rispetto del quadro europeo di interoperabilità, compreso lo strumento di sostenibilità per le aziende agricole relativo ai nutrienti incluso nella proposta per la PAC dopo il 2020.

<sup>88</sup> Attraverso servizi di consulenza su misura, la rete fornirà agli agricoltori riscontri e orientamenti e collegherà la loro esperienza al partenariato europeo per l'innovazione e a progetti di ricerca. Ciò migliorerà la resilienza degli agricoltori partecipanti, compresi i loro redditi.

<sup>89</sup> Rete europea di osservazione e di dati dell'ambiente marino.

<sup>90</sup> La Commissione fornirà, poi, a dettaglianti, trasformatori alimentari e fornitori di servizi di ristorazione orientamenti sulle migliori pratiche in materia di sostenibilità.

La rete *Enterprise Europe* fornirà, poi, alle PMI servizi di consulenza sulla sostenibilità e promuoverà la diffusione delle migliori pratiche. La Commissione aggiornerà, inoltre, la sua agenda per le competenze<sup>91</sup> al fine di garantire che la filiera alimentare abbia accesso a una manodopera sufficiente e adeguatamente qualificata.

## 9. Promuovere la transizione globale

L'Unione europea sosterrà, inoltre, la transizione globale verso sistemi agroalimentari sostenibili. Attraverso le sue politiche esterne, compresa la politica sulla cooperazione e il commercio internazionali, l'Unione europea perseguirà, infatti, lo sviluppo di alleanze verdi sui sistemi alimentari sostenibili con tutti i suoi *partner* nel contesto di *forum* bilaterali, regionali e multilaterali<sup>92</sup>.

La politica commerciale dell'Unione europea dovrebbe contribuire a rafforzare la cooperazione con i paesi terzi e a ottenere, da parte loro, impegni ambiziosi in settori chiave quali il benessere degli animali, l'uso dei pesticidi e la lotta contro la resistenza antimicrobica.

L'Unione europea si adopererà, poi, per promuovere norme internazionali nei pertinenti organismi internazionali e per incoraggiare una produzione agroalimentare conforme a *standard* elevati in materia di sicurezza e sostenibilità e sosterrà i piccoli agricoltori nel rispetto di tali *standard* e nell'accesso ai mercati<sup>93</sup>.

---

<sup>91</sup> Comunicazione della Commissione "Lavorare insieme per promuovere il capitale umano, l'occupabilità e la competitività" [COM (2016) 381 final].

<sup>92</sup> Ciò comprenderà la cooperazione con l'Africa, i paesi vicini e altri attori e terrà conto delle sfide distinte in diverse parti del mondo. Per garantire il successo della transizione globale, l'Unione europea incoraggerà e favorirà lo sviluppo di risposte complete e integrate che vadano a vantaggio delle persone, della natura e della crescita economica. L'Unione europea cercherà di assicurare l'inclusione di un capitolo ambizioso sulla sostenibilità in tutti i suoi accordi commerciali bilaterali. Garantirà inoltre la piena attuazione e applicazione delle disposizioni relative al commercio e allo sviluppo sostenibile in tutti gli accordi commerciali, anche attraverso il responsabile dell'esecuzione degli accordi commerciali dell'Unione europea

<sup>93</sup> L'Unione europea concentrerà la sua cooperazione internazionale sulla ricerca e l'innovazione in ambito alimentare, con particolare riferimento a: adattamento ai cambiamenti climatici e mitigazione dei loro effetti, agroecologia, gestione del paesaggio e governance fondiaria sostenibili, conservazione e uso sostenibile della biodiversità, catene del valore eque e inclusive, alimentazione e regimi alimentari sani, prevenzione delle crisi alimentari e risposta alle stesse, in particolare nei contesti fragili, resilienza e preparazione ai rischi, difesa integrata, salute delle piante, salute e benessere degli animali e norme in materia di sicurezza degli alimenti, resistenza antimicrobica e sostenibilità degli interventi umanitari e di sviluppo coordinati. L'Unione europea si baserà sulle iniziative in corso e integrerà la coerenza delle politiche per lo sviluppo sostenibile in tutte le sue politiche. Tali azioni ridurranno la pressione sulla biodiversità a livello mondiale. Una migliore protezione degli

Per ridurre il contributo dell'Unione europea alla deforestazione e al degrado forestale a livello globale, nel 2021 la Commissione presenterà una proposta legislativa e altre misure volte a prevenire o ridurre al minimo l'immissione sul mercato dell'Unione europea di prodotti associati alla deforestazione o al degrado forestale.

La Commissione, quindi, integrerà tutte le priorità sopra elencate negli orientamenti programmatici per la cooperazione con i paesi terzi nel periodo 2021-2027, tenendo in debita considerazione gli obiettivi trasversali inerenti ai diritti umani, alla parità di genere, alla pace e alla sicurezza<sup>94</sup>.

Un sistema alimentare dell'Unione europea più sostenibile richiede, inoltre, l'adozione di pratiche sempre più sostenibili da parte dei nostri partner commerciali.

Al fine di promuovere un passaggio graduale all'uso di prodotti fitosanitari più sicuri l'Unione europea, conformemente alle norme dell'OMC e a seguito di una valutazione del rischio, considererà il riesame delle tolleranze all'importazione per le sostanze che soddisfano i "criteri di esclusione"<sup>95</sup> e presentano un livello elevato di rischio per la salute umana. L'Unione europea collaborerà attivamente con i *partner* commerciali, in particolare con i paesi in via di sviluppo, al fine di accompagnare la transizione verso un uso più sostenibile dei pesticidi allo scopo di evitare perturbazioni degli scambi e promuovere metodi e prodotti fitosanitari alternativi<sup>96</sup>.

L'Unione europea sosterrà inoltre l'applicazione di norme relative alla fornitura di informazioni fuorvianti.

---

ecosistemi naturali, unita a sforzi volti a ridurre il commercio e il consumo di specie selvatiche, contribuirà a rafforzare la resilienza in vista di eventuali future malattie e pandemie e a prevenirle.

<sup>94</sup> Gli alimenti importati devono continuare a rispettare i regolamenti e le norme dell'Unione europea pertinenti. La Commissione terrà conto degli aspetti ambientali nel valutare le domande relative alle tolleranze all'importazione per le sostanze pesticide non più approvate nell'Unione europea, rispettando nel contempo le norme e gli obblighi definiti dall'OMC. Per far fronte alla minaccia globale della resistenza antimicrobica, i prodotti di origine animale importati nell'Unione europea dovranno rispettare requisiti rigorosi in materia di impiego di antibiotici, conformemente al regolamento sui medicinali veterinari recentemente approvato.

<sup>95</sup> Si tratta di sostanze che possono avere un impatto sulla salute umana, comprese sostanze classificate come mutagene, cancerogene, tossiche per la riproduzione o con proprietà di interferente endocrino di cui all'allegato II, punti da 3.6.2 a 3.6.5 e 3.8.2 del regolamento (CE) n. 1107/2009.

<sup>96</sup> L'Unione europea promuoverà la transizione globale verso sistemi alimentari sostenibili in seno agli organismi di normazione internazionali e ai pertinenti *forum* multilaterali e negli eventi internazionali, compresi la quindicesima conferenza delle parti della Convenzione delle Nazioni Unite sulla diversità biologica, il vertice Nutrizione per la crescita e il vertice delle Nazioni Unite sui sistemi alimentari del 2021

## 10. Conclusioni

Come si è avuto modo di approfondire nell'ambito di questo lavoro, il Parlamento europeo ha chiesto che la transizione, ormai indispensabile, verso una società climaticamente neutra avvenga entro il 2050 al più tardi e divenga un vero successo europeo<sup>97</sup> e ha dichiarato l'emergenza climatica e ambientale<sup>98</sup>. Nelle sue conclusioni del 12 dicembre 2019<sup>99</sup> il Consiglio europeo ha approvato l'obiettivo di conseguire la neutralità climatica dell'Unione entro il 2050, in linea con gli obiettivi dell'accordo di Parigi, pur riconoscendo che è necessario istituire un quadro favorevole che vada a beneficio di tutti gli Stati membri e comprenda strumenti, incentivi, sostegno e investimenti adeguati per assicurare una transizione efficiente in termini di costi, giusta, socialmente equilibrata ed equa, tenendo conto delle diverse situazioni nazionali in termini di punti di partenza. Ha, inoltre, osservato che la transizione richiederà notevoli investimenti pubblici e privati. Il 6 marzo 2020, inoltre, l'Unione europea ha presentato la sua strategia di sviluppo a lungo termine a basse emissioni di gas serra alla Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici a seguito della sua adozione da parte del Consiglio.

Ebbene, il *Green Deal* europeo è un'opportunità per conciliare il nostro sistema alimentare con le esigenze del pianeta e per rispondere positivamente al desiderio degli europei di prodotti alimentari sani, equi e rispettosi dell'ambiente. L'obiettivo della strategia in commento è, tra l'altro, quello di rendere il sistema alimentare dell'Unione europea uno *standard* in materia di sostenibilità a livello globale. La transizione verso sistemi alimentari sostenibili richiede un approccio collettivo che coinvolga le autorità pubbliche a tutti i livelli di *governance* (comprese le comunità cittadine, rurali e costiere), gli attori del settore privato lungo tutta la catena del valore alimentare, le organizzazioni non governative, le parti sociali, i rappresentanti del mondo accademico e i cittadini.

La strategia alimentare sarà attuata in maniera coerente con gli altri elementi del *Green Deal*, in particolare la strategia sulla biodiversità per il 2030, il nuovo CEAP e

---

<sup>97</sup> Risoluzione del Parlamento europeo del 15 gennaio 2020 sul Green Deal europeo (2019/2956(RSP)).

<sup>98</sup> Risoluzione del Parlamento europeo del 28 novembre 2019 sull'emergenza climatica e ambientale (2019/2930(RSP)).

<sup>99</sup> Conclusioni adottate dal Consiglio europeo nella sessione del 12 dicembre 2019, EUCO 29/19, CO EUR 31, CONCL 9.

l'obiettivo "inquinamento zero", tenendo conto della riduzione complessiva dell'impronta ambientale e climatica del sistema alimentare dell'Unione europea.

Al riguardo, non può non considerarsi che i cambiamenti climatici sono, per definizione, una sfida transfrontaliera e l'azione coordinata a livello dell'Unione è necessaria per integrare e rafforzare efficacemente le politiche nazionali. Infatti, il conseguimento della neutralità climatica nell'Unione entro il 2050, non può essere realizzato in misura sufficiente dagli Stati membri da soli ma, a motivo della portata e degli effetti, può essere conseguito meglio a livello di Unione; quest'ultima, infatti, può intervenire in base al principio di sussidiarietà sancito dall'articolo 5 del trattato sull'Unione europea.

In conclusione, può affermarsi che il *Green Deal* europeo vuole essere la risposta europea alla crisi climatica ed ambientale del nostro tempo e segna il debutto di una nuova strategia di crescita dell'Unione europea. Sostiene la sua transizione verso una società equa e prospera, capace di reagire alle sfide legate ai cambiamenti climatici e al degrado ambientale, migliorando la qualità della vita delle generazioni presenti e future.

## 11. Bibliografia

Cassini et al. (2019) "*Attributable deaths and disability-adjusted life-years caused by infections with antibiotic-resistant bacteria in the EU and the European Economic Area in 2015: a population-level modelling analysis*", in *Lancet Infect Dis.*, Vol.19, Issue 1, pagg. 55-56.

COM (2016) 860 *final* del 30 novembre 2016

COM (2019) 640 *final* dell'11 dicembre 2019, Comunicazione della Commissione - Il *Green Deal* europeo

COM (2020) 562, Conclusioni adottate dal Consiglio europeo nella sessione del 12 dicembre 2019

Direttiva 2003/87/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 ottobre 2003, che istituisce un sistema per lo scambio di quote di emissioni dei gas a effetto serra nella Comunità e che modifica la direttiva 96/61/CE del Consiglio (GU L 275 del 25.10.2003, pag. 32)

Direttiva 2010/31/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 maggio 2010, sulla prestazione energetica nell'edilizia (GU L 153 del 18.6.2010, pag. 13)

Direttiva 2012/27/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2012, sull'efficienza energetica, che modifica le direttive 2009/125/CE e 2010/30/UE e abroga le direttive 2004/8/CE e 2006/32/CE (GU L 315 del 14.11.2012, pag. 1)

Direttiva (UE) 2018/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2018, sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili (GU L 328 del 21.12.2018, pag. 82)

Hanson, C., e Mitchell, P. (2017), *The Business Case for Reducing Food Loss and Waste*, Washington, DC: Champions 12.3

Eurostat, *Obesity rate by body mass index*

Eurostat, *Agriculture, forestry and fisheries statistics*, Compendi statistici 2019

Regolamento (UE) 2018/1999 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2018, sulla *governance* dell'Unione dell'energia e dell'azione per il clima (GU L 328 del 21.12.2018, pag.1)

Regolamento (UE) 2018/841 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 30 maggio 2018, relativo all'inclusione delle emissioni e degli assorbimenti di gas a effetto serra risultanti dall'uso del suolo, dal cambiamento di uso del suolo e dalla silvicoltura nel quadro 2030 per il clima e l'energia e recante modifica del regolamento (UE) n. 525/2013 e della decisione n. 529/2013/UE (GU L 156 del 19.6.2018, pag.1)

Regolamento (UE) 2018/842 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 30 maggio 2018, relativo alle riduzioni annuali vincolanti delle emissioni di gas a effetto serra a carico degli Stati membri nel periodo 2021-2030 (GU L 156 del 19.6.2018, pag.26)

Regolamento (UE) 2020/852 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 18 giugno 2020, relativo all'istituzione di un quadro che favorisce gli investimenti sostenibili e recante modifica del regolamento (UE) 2019/2088 (GU L 198 del 22.6.2020)

Relazione dell'Agenzia europea dell'ambiente, *"L'ambiente in Europa – Stato e prospettive nel 2020"*, Lussemburgo, Ufficio delle pubblicazioni dell'U.E., 2019

Risoluzione del Parlamento europeo del 28 novembre 2019 sull'emergenza climatica e ambientale (2019/2930(RSP))

Risoluzione del Parlamento europeo del 15 gennaio 2020 sul Green Deal europeo (2019/2956(RSP))

Willett, W. et al. (2019), "*Food in the Anthropocene: the EAT–Lancet Commission on healthy diets from sustainable food systems*", su *Lancet*, Vol. 393, pagg. 447–92

# ALCUNI CENNI SULLA RILEVANZA DEL 'FATTORE AMBIENTALE' IN RELAZIONE AL DIRITTO SECONDO IL PENSIERO DI MONTESQUIEU

**Danilo Ceccarelli Morolli**

**ABSTRACT** [ITA]: Il breve articolo desidera accennare come in Montesquieu si possa rintracciare un primo "fondamento" di un approccio socio-giuridico al fenomeno ambientale.

**ABSTRACT** [ENG]: *The short paper wants to give some hints about how in Montesquieu is possible to find a first step for a juridical and social approach about the environment.*

**SOMMARIO:** §1. Premessa. – §2. Rilevanza dell'ambiente" nel «*De l'Esprit des Lois*». – §3. Verso una conclusione.

## §1. Premessa.

Oggi si parla – a ragione – di diritto ambientale, tema da cui scaturiscono numerose implicazioni giuridiche nei vari settori<sup>1</sup>, incluso l'ambito della storia dello stesso. Proprio tale settore – come acutamente rilevato da Laura SOLIDORO MARUOTTI – possiede connotati più che pratici<sup>2</sup> in quanto già in diversi atenei d'Italia viene impartito l'insegnamento di “diritto dell'ambiente”.

Infatti negli studi giuridici si sta imponendo tale disciplina che ha conosciuto una sua evoluzione storica, negli ultimi decenni, durante i quali si è assistito ad una progressiva affermazione della materia che, gradualmente, è giunta ad affermare una tutela piena e diretta del bene “ambiente”<sup>3</sup> ed infine ad un rafforzamento della stessa<sup>4</sup>.

Chiaramente, in passato, il problema dell'ambiente non era avvertito come invece avviene nell'odierna contemporaneità e con l'attuale congerie di problematiche. Tuttavia le radici di una attenzione verso l'ambiente sono certamente remote nel tempo, poiché tutte le civiltà umane, che si sono avvicendate sul pianeta Terra, hanno ovviamente convissuto con l'ambiente stesso e, certamente sin dalla comparsa dell'umanità, anche lottato contro di esso.

Così – a titolo d'esempio – la civiltà romana, non manca di offrirci alcune testimonianze relative a dei primi interrogativi sull'ambiente stesso, alcune delle quali appaiono anche avvincenti. Addirittura LUCREZIO nel suo *De Rerum Natura* «descriveva una natura ormai stanca, incapace di fornire le risorse necessarie per la sussistenza (...)»<sup>5</sup>. Ed un primo accenno alla relazione tra ambiente e norme, quindi diritto, è rintracciabile già nella giurisprudenza romana che sembra essersi

---

<sup>1</sup> A titolo d'esempio, tra i molti: CROSETTI A. – FERRARA R. – FRACCHIA F. – OLIVETTI RASON N., *Introduzione al diritto dell'ambiente*, Roma-Bari 2018; ROSSI G., *Diritto dell'ambiente*, Torino 2017; CARAVITA B. – CASSETTI L. – MORRONE A. (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Bologna 2016; LUGARESI N., *Diritto dell'ambiente*, Padova 2015; e ora perfino si discute scientificamente di imposte ambientali, come ha sottolineato ICOLARI A., *Per una dogmatica dell'imposta ambientale*, Napoli 2018.

<sup>2</sup> SOLIDORO MARUOTTI L., *La tutela dell'ambiente nella sua evoluzione storica. L'esperienza del mondo antico*, Torino 2009, pp. 1 ss.

<sup>3</sup> Rossi G., *La materializzazione dell'interesse all'ambiente*, in Id. (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Torino, 2017, p. 11 ss. Per riferimenti più generali, DELL'ANNO P. – PICOZZA E. (a cura di), *Principi generali*, vol. I del *Trattato di diritto dell'ambiente*, Padova 2013.

<sup>4</sup> ROSSI G., *L'evoluzione del diritto dell'ambiente*, in *Rivista Quadrimestrale di diritto dell'Ambiente* 2 (2015), pp. 2-9.

<sup>5</sup> SOLIDORO MARUOTTI L., *La tutela dell'ambiente nella sua evoluzione storica*, op. cit., p. 44.

interessata, in parte, alla questione<sup>6</sup>, in quanto possediamo diversi riferimenti nel *Corpus Iuris Civilis*. Parimenti si possono rinvenire alcune disposizioni nel contesto dell'Impero Romano d'Oriente; tra le numerose fonti giuridiche, la così detta "Legge Agraria", ovvero il *Nómos Geōrgikós* (ascrivibile probabilmente tra la fine del VII sec. e gli inizi dell'VIII)<sup>7</sup>, ci offre ancora oggi alcune interessanti norme – segnatamente quelle relative agli incendi (§§ 56-58) – che possono prefigurarsi come una sorta di prodromo di tutela giuridica dell'ambiente o per lo meno di un lontano antesignano. Ciò per dire – o meglio ricordare – che nonostante la disciplina del diritto ambientale sia indubbiamente di recente "costituzione", il problema di voler tutelare giuridicamente il "bene-ambiente" era avvertito seppur in forma embrionale già da civiltà precedenti.

Venendo a tempi più recenti, forse, è ancora una volta il Settecento che ci offre una chiave di lettura interessante anche per ricercare le "origini" remote di ciò che noi oggi definiamo diritto ambientale.

In particolare, cercherò nelle righe che seguono, di accennare a come in MONTESQUIEU si possa rintracciare, un primo momento significativo della tematica dell'ambiente in relazione al diritto; anticipando subito col dire che ritengo MONTESQUIEU un primo significativo passo verso ciò che poi sarebbe scaturito due secoli più tardi. Dunque lungi da me il voler affermare che MONTESQUIEU sia stato il pensatore che abbia gettato le basi verso il diritto ambientale piuttosto desidero ricordare e sottolineare come alcuni passi della sua opera appaiano come spunto verso ulteriori riflessioni storiche (e non solo storiche) circa la tematica del diritto ambientale, ponendone in sostanza in evidenza alcuni punti come occasioni di riflessione.

## **§2. Rilevanza dell'"ambiente" nel «De l'Esprit des Lois».**

<sup>6</sup> Per una panoramica sulle fonti giustiniane sul tema: cfr. SOLIDORO MARUOTTI L., *La tutela dell'ambiente nella sua evoluzione storica*, op. cit., pp. 149 ss.; inoltre cfr. DI PORTO A., *La tutela della "Salubritas" fra editto e giurisprudenze*, I, *Il ruolo di Labeone*, Milano 1990.

<sup>7</sup> Cfr. CECCARELLI MOROLLI D., *Il diritto dell'Impero Romano d'Oriente. Introduzione alle fonti e ai protagonisti*, «Kanonika» 21, Roma 2016, pp. 66 ss.; TROIANOS S., *Le fonti del diritto bizantino*, Torino 2015, pp. 104 ss. Il *Nómos Geōrgikós* (diffuso in quasi un centinaio di manoscritti) si articola in 83 norme suddivisibili in due parti: una prima parte è incentrata sui rapporti fra i contadini e la divisione dei fondi, mentre la seconda parte appare come una casistica dei delitti rurali. L'edizione, al momento più recente, è in lingua russa realizzata da MEDVEDEV I. P. - PIOTROVSKAKA E. - LIPŠIC E., *Vizantiinskii Zemledel'cheskii zakon. Nomos Georgikos*, Leningrad 1984; mentre una precedente traduzione inglese fu realizzata da ASHBURNER W., *The Farmer's Law*, in *Journal of Hellenistic Studies* 32 (1912), pp. 68-95.

In generale, occorre ricordare che il '700 andò, per varie ragioni, Roma e la civiltà romana, soprattutto l'età repubblicana<sup>8</sup>. Al contrario, il giudizio sull'Impero Romano d'Oriente fu invece decisamente negativo, soprattutto a causa del pensiero di Edward GIBBON (1737-1794), il quale – nella sua monumentale opera *Decline and Fall of the Roman Empire*<sup>9</sup> – asseriva che Costantinopoli aveva rappresentato «un processo di decadenza durato mille anni»<sup>10</sup>. Il giudizio negativo di GIBBON e di altri illuministi<sup>11</sup>, benché “giustificato” dalla mancanza di un metodo storico maturo, ha però – come noto – influenzato per molto tempo la storiografia occidentale.

Tuttavia, ritengo che il merito degli Illuministi sia stato certamente quello di iniziare a interrogarsi (o forse domandarsi per la prima volta) sull'impatto del fattore climatico nelle società.

Infatti MONTESQUIEU (1689-1755) nella sua celeberrima opera *De l'Esprit des Lois* (del 1748) dedica il libro quattordicesimo alle «leggi nei rapporti che hanno con la natura del clima»<sup>12</sup>.

Pur non essendo questa certamente la sede per trattare il pensiero filosofico di MONTESQUIEU<sup>13</sup>, preferendo rinviare – a titolo d'esempio e tra i molti – agli studi del professor Alberto POSTIGLIOLA<sup>14</sup>, ciò che, invece, mi preme sottolineare è che il filosofo francese è stato forse il primo intellettuale (almeno dell'età moderna) ad aver sottolineato la relazione sussistente tra le influenze climatiche e diritto. Ovviamente siamo ancora molto lontani dal concetto di “diritto dell'ambiente”, come branca

<sup>8</sup> Non mi addentro, volutamente, sul tema complesso delle relazioni tra Illuminismo, soprattutto francese, e diritto romano. Come ben noto, il rapporto fra *Ius Romanum* e la Francia fu alquanto complesso; cfr. SOLIDORO MARUOTTI L., *La tradizione romanistica nel diritto europeo*, vol. II, *Dalla crisi dello ius commune alle codificazioni moderne. Lezioni*. Torino 2010, 2 ed., pp. 49 ss.; ASCHERI M., *Introduzione storica al diritto moderno e contemporaneo*, Torino 2008, 2 ed., pp. 221 ss. Occorre, inoltre, rammentare che proprio in Francia, per secoli, vi è stata una dicotomia, anche geografica, tra *droit cotumier* e *ius Romanum*.

<sup>9</sup> Leggibile nella traduzione italiana di P. ANGARANO, *E. Gibbon – Decadenza e caduta dell'Impero Romano*, 6 voll., Roma 1973.

<sup>10</sup> Così riassume CAPIZZI C., *La civiltà bizantina*, Milano 2001, 19.

<sup>11</sup> Cfr. CECCARELLI MOROLLI D., *Per una geopolitica del diritto dell'Impero Romano d'Oriente*, Roma 2020, p. 157 s.; MINALE M.V., *Gibbon e l'ordinamento giuridico bizantino. Spunti di riflessione*, in *Annuario dell'Istituto Italiano per gli Studi Giuridici* 23 (2008), pp. 265-335.

<sup>12</sup> COTTA S. (a cura di), *Montesquieu – Lo spirito delle leggi*, Torino 2005, vol. I, pp. 381-402, qui di seguito sempre citato come: MONTESQUIEU, I.

<sup>13</sup> Cfr. FELICE D., *Introduzione a Montesquieu*, Bologna 2013; cfr. CATTANEO M. A., *Le dottrine politiche di Montesquieu e Rousseau*, Milano 1964; IDEM, *Illuminismo e legislazione*, Milano 1966; IDEM, *Montesquieu, Rousseau e la Rivoluzione francese*, Milano 1967; CATTANEO evidenzia come MONTESQUIEU contraddica il concetto di “universalità” del *Ius Romanum*.

<sup>14</sup> Tra i molti studi di POSTIGLIOLA si segnalano: *Editer Montesquieu – Pubblicare Montesquieu*, Napoli 1998; IDEM (a cura di), *Storia e ragione. Les considérations sur les causes de la grandeur des Romains et de leur décadence di Montesquieu nel 250° della pubblicazione*, Napoli 1987; IDEM, *Politica, storia e scienza nella società in Montesquieu*, s.l. 1979.

dotata di principi specifici, ma ritengo che le riflessioni montesquieviane possano essere ancora molto significative.

Nel capitolo I del libro XIV, dello *Spirito delle leggi*, MONTESQUIEU asserisce, come principio generale, che: «*Se è vero che il carattere dello spirito e le passioni del cuore sono estremamente differenti nei diversi climi, le leggi devono essere relative e alla differenza di queste passioni e alla differenza di questi caratteri*»<sup>15</sup>. Il grande illuminista francese dunque sembra aver intuito l'influsso del clima nella sfera giuridica, quasi anticipando di tre secoli la geopolitica e perfino ciò che oggi s'inizia, timidamente, a tratteggiare come geopsicologia<sup>16</sup>. Infatti egli prosegue su come l'umanità sia differente nei diversi climi (cap. II, sempre del medesimo libro), per poi scendere – nei capitoli successivi – in ulteriori dettagli. Così, ad esempio, il cap. V (sempre del libro XIV) è intitolato «*Che i cattivi legislatori sono quelli che hanno favorito i vizi del clima, e i buoni quelli che vi si sono opposti*»<sup>17</sup>. Qui il MONTESQUIEU osserva la differenza tra mondo indiano e quello cinese, e sembra preferire quest'ultimo asserendo: «*I legislatori della Cina ebbero più buon senso, quando considerarono gli uomini non nello stato di tranquillità nel quale saranno un giorno, ma rispetto all'attività necessaria per compiere i doveri della vita, fecero la loro religione, la loro filosofia e le loro leggi, tutte assai pratiche. Più le cause fisiche portano l'uomo al riposo e più le cause morali devono allontanarli da esso*»<sup>18</sup>.

Le riflessioni di MONTESQUIEU sul tema clima-diritto, sono ampie e giungono, in finale, anche a toccare la relazione tra diritto e medicina (cap. XI: «*delle leggi che si riferiscono alle malattie del clima*»)<sup>19</sup>. Così, ad esempio, egli nel cap. X, pone in relazione la norma sciaraitica islamica del divieto di consumare alcool in relazione al clima, scrivendo che: «*La legge di Maometto, che proibisce di bere vino, è dunque adatta al clima dell'Arabia: già prima di Maometto l'acqua era la bevanda più comune degli Arabi (...)*»<sup>20</sup>.

Pertanto, nell'ambito del capitolo XIV, non mancano riflessioni “scientifiche” che egli si sforza di corroborare con svariati esempi. Chiaramente le cognizioni mediche della prima metà del '700 non erano minimamente paragonabili a quelle odierne. Ma ciò che conta rilevare è che, in sostanza, MONTESQUIEU si prodighi a rimarcare che i fattori climatici e ambientali siano elementi forgiati le popolazioni sia sul piano fisico che mentale.

<sup>15</sup> MONTESQUIEU, I, p. 381.

<sup>16</sup> CECCARELLI MOROLLI D., *Appunti di Geopolitica*, Roma 2018, pp. 203 ss.

<sup>17</sup> MONTESQUIEU, I, p. 388.

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 389. Per la cronaca il giudizio favorevole verso la Cina, è ripreso anche nel cap. VIII (sempre del libro XIV).

<sup>19</sup> Considero quest'ultimo capitolo molto interessante per la storia della medicina, in quanto egli accenna chiaramente al problema della sifilide ed alla sua storia, asserendo che «*Poiché spetta alla saggezza dei legislatori vegliare sulla salute dei cittadini, fu molto sensato cercar di arrestare il contagio con leggi fatte sul modello di quelle mosaiche*» (MONTESQUIEU, I, p. 395).

<sup>20</sup> MONTESQUIEU, I, p. 392.

Invero, nonostante il tema del clima sia stato toccato anche da altri filosofi, è tuttavia proprio con MONTESQUIEU che si denota una maggior organicità dell'approccio alla teoria climatica e, conseguentemente, alla "globalizzazione" settecentesca delle idee che contribuì alla loro diffusione tra gli ambienti colti dell'epoca.

Pertanto, lo *Spirito delle Leggi* rappresenta una teoria che sembra così divenire "organica". Addirittura J.-J. ROUSSEAU (1712-1778), nel suo *Contratto Sociale*, asserisce, senza mezzi termini, che la teoria del clima è stata stabilita da MONTESQUIEU<sup>21</sup>, avvalorando così il successo della medesima, che verrà d'ora in poi legata, direi, indissolubilmente all'opera intellettuale del barone di SECONDAT.

### **§3. Verso una conclusione.**

Ritengo che il testo di MONTESQUIEU costituisca il punto di un nuovo "inizio", in quanto la sua opera fa riflettere sul processo che la storia del diritto ha compiuto dal *Law of Nature* ad un *Nature of Law*<sup>22</sup>.

Infatti, quasi un secolo prima, un altro grande giurista francese come Jean DOMAT (1625-1696)<sup>23</sup> era intento a legittimare l'ordinamento giuridico e con esso a classificare le leggi in immutabili e arbitrarie (quindi mutabili)<sup>24</sup>; ora invece MONTESQUIEU compie - probabilmente partendo proprio dal pensiero di DOMAT - un ulteriore significativo passo in avanti con la sua opera. La sua teoria del clima influenzante il diritto, non nasce *ex abrupto*, bensì appare risultare il corollario di un "principio" da egli enunciato nella sua opera. Tale principio, in sintesi, è riassumibile come segue. Le leggi e con esse le istituzioni dei vari Stati non sono arbitrarie, bensì dipendono dalla natura storica dei vari popoli nonché dalle differenti condizioni naturali del paese; ne consegue che le forme di governo siano relative e perciò variabili da popolo a popolo.

Così, se per DOMAT le leggi "arbitrarie" (cioè il diritto pubblico) ricevono la propria legittimazione da quelle "immutabili" (ossia il diritto civile), per cui il *ius publicum* risulta essere un suppletivo delle lacune del diritto naturale, MONTESQUIEU si interroga sulla relazione tra *ius* e natura e giunge ad affermare che non solo le leggi sono un prodotto della natura ma che addirittura queste debbano essere in relazione con la stessa, come afferma nel capitolo III del I dello *Spirito delle Leggi*. Egli infatti osserva che: «*In generale, la legge è la ragione umana in quanto governa tutti i popoli della terra; e le leggi politiche e civili di ogni nazione non debbono esser altro che i casi particolari*

<sup>21</sup> *Contratto Sociale*, III, 8.

<sup>22</sup> CAPRA F. – MATTEI U., *The Ecology of Law: Toward a Legal System in Tune with Nature and Community*, Berrett-Koehler Publisher 2015.

<sup>23</sup> Egli scrive e pubblica nel 1689 il celebre trattato: *Lois civiles dans leur ordre naturel*.

<sup>24</sup> Cfr. RUSSO E., *La legittimazione dell'ordinamento giuridico nell'opera di Jean Domat*, in *Vita Notarile* 1 (2010), pp. 17-22.

*in cui questa ragione umana si applica»<sup>25</sup> ed aggiunge: «Queste leggi debbono essere in relazione col carattere fisico del paese, col suo clima [...] con la qualità del terreno, [...] col genere di vita dei popoli che vi abitano [...]: esse debbono essere in armonia col grado di libertà che la costituzione è capace di sopportare, con la religione degli abitanti, la loro ricchezza, il loro numero, i loro commerci, costumi e maniere»<sup>26</sup>.*

In breve, per MONTESQUIEU, le leggi positive sono funzione dell'ambiente<sup>27</sup> e, parimenti, egli pone le istituzioni dei vari popoli in relazione al processo evolutivo storico, affermando, in sostanza, che le istituzioni – e tra queste quindi anche il *ius* – sono il prodotto della storia stessa<sup>28</sup>. Pertanto MONTESQUIEU è, forse il primo a sottolineare, in tale ambito, l'influenza dell'ambiente a tutto campo. Tutto ciò non sembra essere un punto d'approdo di poco conto. Se attualmente si parla, non a caso, di geopolitica del diritto – strada intrapresa in Italia grazie all'opera innovativa del professor Pier Giuseppe MONATERI<sup>29</sup> – non si può non pensare, ancora oggi, a MONTESQUIEU ed alla sua visione del diritto che viene così declinata nell'ambito sociale, storico ed ambientale.

A conclusione di queste poche righe – che certamente non desiderano possedere alcun carattere d'eshaustività sull'argomento bensì solo un timido *incipit* – reputo che l'attuale civiltà giuridica occidentale sia ancora particolarmente debitrice a quella interessantissima età che è classificabile come "illuminismo giuridico", che rappresenta un'esperienza le cui propaggini – si pensi, ad esempio, ai diritti umani – giungono sino ai giorni nostri.

Danilo Ceccarelli Morolli  
Membro Corr. del Pontificio Comitato di Scienze Storiche  
Member of the Royal Historical Society  
Fellow of the Royal Geographical Society  
ORCID ID: 0000-0001-6754-0149

---

<sup>25</sup> MONTESQUIEU, I, p. 63.

<sup>26</sup> MONTESQUIEU, I, p. 64.

<sup>27</sup> Cfr. COSÌ D., *Linee di storia del pensiero giuridico*, Roma 2015, p. 158. Il pensiero montesquieviano diviene dunque emblematico della "frattura" del concetto di universalità del diritto romano.

<sup>28</sup> Cfr. DEL VECCHIO G., *Lezioni di filosofia del diritto*, Milano 1965, 13<sup>a</sup> ed., p. 62.

<sup>29</sup> Cfr. MONATERI P. G., *Geopolitica del diritto. Genesi, governo e dissoluzione dei corpi politici*, Bari 2013.

## BREVI CONSIDERAZIONI SULLA GESTIONE DEI RIFIUTI AL TEMPO DELL'EMERGENZA SANITARIA

ADRIANA CIAFARDONI

**ABSTRACT** [ITA]: Il presente contributo affronta l'impatto dell'emergenza sanitaria da Covid-19 sulla gestione del ciclo dei rifiuti. Dopo un'attenta analisi della disciplina esistente, la riflessione si sofferma sul ricorso alle ordinanze contingibili e urgenti ex art. 191 del D.Lgs. n. 152 del 2006, quale mezzo per affrontare i problemi derivanti dall'emergenza epidemiologica, con particolare riguardo ai limiti e alla legittimità del rimando a tale strumento.

**ABSTRACT** [ENG]: *This paper aims to analyze the effects on waste management of current Covid-19 sanitary emergency. After a careful analysis of existing regulations, the reflection focuses on the use of extraordinary emergency orders (art. 191 Leg. Dec. no. 152/2006) as a device for dealing with problems related to epidemiological emergence, with specific attention to limit and legitimacy of the use of this instrument.*

**SOMMARIO:** **1.** Premessa: la gestione del ciclo di rifiuti e le nuove sfide in tema di "rifiuto Covid" – **2.** L'inadeguatezza della disciplina esistente – **3.** Il ricorso alle ordinanze contingibili e urgenti ex art. 191 del D.Lgs. n. 152 del 2006 – **4.** (*segue*): limiti e legittimità del ricorso alle ordinanze contingibili e urgenti – **5.** Riflessioni finali.

## 1. Premessa: la gestione del ciclo di rifiuti e le nuove sfide in tema di "rifiuto Covid".

La complessa emergenza <sup>1</sup> epidemiologica da Covid-19 sta esercitando ripercussioni anche in settori diversi da quello sanitario, al punto da incidere sulla capacità delle pubbliche amministrazioni di garantire taluni servizi essenziali alla collettività<sup>2</sup>. Ci si è trovati innanzi ad una sconvolgente situazione che ha mostrato limiti e contraddizioni dei nostri apparati istituzionali. In dottrina l'emergenza è rappresentata come «una sorte di zona limite del diritto pubblico, nella quale si trovano ad operare forze contrapposte»<sup>3</sup>, spesso consistenti in interessi che procedono verso direzioni contrarie (si veda, per esempio, il binomio sicurezza-libertà) e rispetto a cui il legislatore del tempo del Covid è chiamato a compiere scelte e operare bilanciamenti. Attualmente, il fondamentale diritto alla salute ha visto una notevole espansione a scapito di altri, e altrettanto rilevanti, diritti. Si vanno, così, a limitare le libertà del cittadino attraverso atti amministrativi, giustificati o, almeno, giustificabili dallo stato di emergenza, ma che di fatto ricevono un controllo limitato e, per questo, spesso inadeguato<sup>4</sup>. Il mero rimando al concetto non giuridico di "responsabilità della collettività" non è una via per sopperire alle carenze di legittimità e legittimazione delle decisioni politiche<sup>5</sup>; appare, invece, indispensabile che vengano bilanciati tra loro diritti da tutelare e valori costituzionali imprescindibili.

Non si vuole qui giungere alla drastica conseguenze di stigmatizzare il ricorso alla decretazione d'urgenza, come pure, in tempi e circostanze diverse, è stato sostenuto

---

<sup>1</sup> Sul concetto di emergenza, cfr. A. FIORITTO, *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, Bologna, 2008, 12, che definisce l'emergenza come «una difficoltà improvvisa, una circostanza imprevista o come una situazione che comunque impone di intervenire rapidamente»; cfr. anche, V. ANGIOLINI, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, Padova, 1986; P. PINNA, *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, Milano, 1988; G. BASCHERINI, *L'emergenza e i diritti. Un'ipotesi di lettura*, in *Riv. dir. cost.*, 2003, 3 ss.; R. CAVALLOPERIN, *Il diritto amministrativo e l'emergenza derivante da cause e fattori esterni all'amministrazione*, in *Dir. Amm.*, 2005, 1, 777 ss.

<sup>2</sup> Circolare n. 22276 del 27 marzo 2020, del Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare, Dipartimento per la transizione ecologica e gli investimenti verdi, *Criticità sulla gestione dei rifiuti per effetto dell'emergenza Covid-19: indicazioni*.

<sup>3</sup> F. DONATI, *Il contributo della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo alla definizione dei poteri di emergenza*, in *Riv. dir. cost.*, 2005, 28.

<sup>4</sup> V. FANTI, *Al tempo dell'emergenza non si può tornare all'autoritarismo di Oreste Ranelletti*, in [www.dirittifondamentali.it](http://www.dirittifondamentali.it), 2020, 3, 286.

<sup>5</sup> F. DEVANNA, *Il diritto "imprevedibile": notazioni sulla teoria della necessità a partire dall'emergenza Covid-19*, in *Nomos*, 2020, 2, 3.

da autorevole dottrina<sup>6</sup>; difatti, ogni situazione eccezionale ed imprevedibile richiede un sistema normativo che, in deroga a quello ordinario, permetta la piena tutela della collettività e garantisca un idoneo supporto all'economia<sup>7</sup>. Tuttavia, il diritto emergenziale non può e non deve slegarsi del tutto dal principio di legalità<sup>8</sup>, inteso quale necessaria predeterminazione della validità degli atti e della liceità dei comportamenti ammessi<sup>9</sup>.

Particolarmente negativo è l'impatto del Covid-19 sul sistema ambientale, ambito di fatto trascurato dal "legislatore dell'emergenza". Nel nuovo contesto pandemico ad essere centrale è la necessità di tutelare la salute individuale e collettiva, ma se è vero che l'ambiente è «*un elemento determinante per la qualità della vita*»<sup>10</sup>, allora diventa necessario che il legislatore fornisca risposte certe alle esigenze legate ad un corretta gestione dei "rifiuti Covid"<sup>11</sup>, a maggior ragione a seguito della riforma del 2001 del Titolo V della Costituzione, a partire dalla quale la materia ambientale si è anche affacciata nel testo costituzionale<sup>12</sup>.

A sostegno di quanto sostenuto, si consideri che è stato dimostrato che il *virus* attualmente in circolazione è in grado di sopravvivere da 48 ore a 9 giorni sulle

---

<sup>6</sup> Così F. CAMMEO, *Della manifestazione della volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di V. E. Orlando, vol. III, Milano, 1901, 192 ss., spec. 201-202, secondo cui «l'autorità giudiziaria non può mai applicare un decreto-legge, prima della ratifica: e deve sempre riconoscerne l'illegalità perché, come ben disse un'antica sentenza in tempi nei quali le teorie costituzionali liberali erano ancora vigorose e vitali, e l'autorità giudiziaria aveva alta e non timorata coscienza del compito suo nel diritto pubblico, "le ragioni del bisogno e dell'interesse sociale che pur s'invoca per attribuire al potere esecutivo ciò che gli è negato dallo Statuto (cioè la potestà di emanare decreti-legge) non può essere presa in considerazione dal giudice, il quale deve unicamente attenersi alla ragione legale e costituzionale"».

<sup>7</sup> V. DI CAPUA, *Il nemico invisibile. La battaglia contro il Covid-19 divisa tra Stato e Regioni*, in *Federalismi.it*, Osservatorio Emergenza Covid-19, 2020, 1, 1.

<sup>8</sup> M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano 1993, 270, sostiene che «le ordinanze di urgenza sono provvedimenti amministrativi che, in quanto previste dalle norme, stanno nel principio di legalità, ma costituiscono un'eccezione rispetto al principio di tipicità»; si veda anche, V. CERULLI IRELLI, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione*, in *Dir. Pub.*, 2007, 2, 350 ss.; R. FERRARA, *Potere di ordinanza fra necessità e legalità- la storia infinita delle tutele ambientali extra ordinem*, in *Foro amm. - Tar*, 2007, 2910 ss.

<sup>9</sup> R. CAVALLO PERIN, *Ordinanze d'emergenza e pandemia*, in [www.legislazionepenale.eu](http://www.legislazionepenale.eu), *Sistema delle fonti ed emergenza sanitaria*, 18.5.2020, 1.

<sup>10</sup> Cort. cost., 30 dicembre 1987, n. 641.

<sup>11</sup> Corte cost., 15 maggio 2020, n. 88, intervenuta sulla Legge della Regione Basilicata 13 marzo 2019, n. 4, ha recentemente affermato che «la giurisprudenza di questa Corte è costante nel ritenere che la disciplina della gestione dei rifiuti debba essere ricondotta alla "tutela dell'ambiente e dell'ecosistema"».

<sup>12</sup> P. COLASANTE, *La ricerca di una nozione giuridica di ambiente e la complessa individuazione del legislatore competente*, in *Federalismi.it*, 2020, 20, 123.

superfici, in dipendenza della matrice/materiale del bene, della concentrazione della temperatura e dell'umidità, il che pone come centrale la questione inerente alla corretta gestione del rifiuto infetto o potenzialmente tale<sup>13</sup>.

Sotto altro profilo, se da una parte l'arresto delle attività ha portato, durante il primo *lockdown*, ad una complessiva riduzione dell'inquinamento, dall'altra si è registrato un notevole aumento della produzione dei rifiuti contaminati. Ciò ha mostrato l'inadeguatezza degli impianti esistenti nella gestione dell'aumento di produzione del materiale infetto, con un complessivo impatto economico stimato intorno ad un miliardo di euro<sup>14</sup>. Difatti, la ripresa delle attività ha influito sull'incremento dell'utilizzo di dispositivi di protezione individuale: secondo il rapporto della Commissione Ecomafie su "*Emergenza epidemiologica Covid-19 e ciclo di rifiuti*", solo in Italia, il fabbisogno giornaliero di mascherine è di circa 37,5 milioni di pezzi e quello di guanti di 80 milioni, che tradotto in rifiuti equivarrebbe approssimativamente a 1.240 tonnellate al giorno. Entro il 31 dicembre si prevede, quindi, la produzione di un valore medio di 300 mila tonnellate di rifiuti generati come conseguenza dell'emergenza sanitaria.

D'altro canto, la disciplina dettata in tema di gestione dei rifiuti e, in generale, in materia ambientale si mostrava particolarmente complessa già prima del sopraggiungere dell'emergenza pandemica e l'ipertrofia normativa tipica di questo settore si è scontrata con la disorganica e frastagliata produzione del legislatore del tempo del Covid. In particolare, il susseguirsi di novelle legislative statali (L. n. 308/2004; D.Lgs n. 152/2006; D.Lgs n. 4/2008; D.Lgs. n. 205/2010; D.Lgs n. 121/2011; D.Lgs. n. 68/2015) e il recente recepimento nell'ordinamento nazionale del c.d. "pacchetto rifiuti" (Direttiva (UE) n. 2018/849; Direttiva (UE) n. 2018/850; Direttiva (UE) n. 2018/851; Direttiva (UE) n. 2018/852), ha creato non solo problemi di

---

<sup>13</sup> Così Gruppo di lavoro ISS ambiente e rifiuti, *Indicazioni ad interim per la gestione dei rifiuti urbani in relazione alla trasmissione dell'infezione da virus SARS-CoV-2*, 31 maggio 2020.

<sup>14</sup> Secondo uno studio presentato da *Althesys* – società professionale indipendente, specializzata nella ricerca economica e nella consulenza strategica nei settori ambiente, energia, infrastrutture e *utilities* – l'impatto dell'emergenza sanitaria in Italia nel settore dei rifiuti, nei soli due mesi di arresto delle attività "non essenziali", è stimato intorno ad un miliardo di euro. E ciò in quanto, da una parte, si sono registrate perdite rilevanti come conseguenza ad una netta riduzione della produzione di rifiuti urbani ed industriali; dall'altra, si mostra la fragilità del sistema italiano di gestione dei rifiuti a far fronte all'incontrollato aumento di produzione dei DPI, in gran parte, almeno attualmente, non riciclabili.

armonizzazione tra la disciplina nazionale e quella europea, ma anche un'incertezza nella corretta individuazione della normativa in materia. Si aggiunga che il D.Lgs. 3 settembre 2020, n. 116 – in attuazione della Direttiva (UE) n. 2018/851 – ha inciso *funditus* sulla parte IV del D.Lgs. n. 152/2006, in un'ottica di sviluppo di un nuovo approccio alla gestione dei rifiuti volto ad incrementare la c.d. economia circolare<sup>15</sup>.

Con la diffusione del Covid-19 sono emerse esigenze nuove ed eterogenee che sono andate a complicare un contesto di per sé confusionale; segnatamente, si fa qui riferimento alla necessità di gestire i complessi processi di raccolta, gestione e smaltimento dei rifiuti potenzialmente contaminati (in quanto rifiuti urbani provenienti da abitazioni dove soggiornano soggetti positivi e in isolamento obbligatorio o in quanto provenienti da strutture sanitarie soggette a rischio infettivo), ma anche all'esigenza di prevenire fenomeni illeciti legati ai finanziamenti nazionali ed internazionali erogati alle imprese del settore in ragione dell'emergenza, nonché di formare gli operatori ambientali.

## 2. L'inadeguatezza della disciplina esistente.

Il diritto amministrativo dell'emergenza<sup>16</sup>, inteso quale assetto organizzativo della P.A. funzionale a fronteggiare situazioni *extra ordinem* e idoneo a permettere

---

<sup>15</sup> A. PIEROBON, *Prime notazioni sul D.Lgs. 116 del 2020 sui rifiuti e sull'economia circolare*, in *AmbienteDiritto.it*, 2020, 4, 553.

<sup>16</sup> M. RICCI, *Il potere di ordinanza nella gestione delle emergenze ambientali*, in *AmbienteDiritto.it*, 2, 2019, 9-10, sottolinea che «l'amministrazione dell'emergenza può essere inquadrata da diverse prospettive. In primo luogo, ci si può riferire alla particolare veste assunta dall'azione amministrativa nei casi di emergenza, specie con riferimento al rapporto tra norma e fatto; in tal senso, occorre indagare le modalità con cui il pubblico potere può essere esercitato, nel contesto di uno Stato di diritto, al ricorrere di un fatto imprevedibile. In secondo luogo, dal punto di vista oggettivo, la nozione di amministrazione dell'emergenza, inquadrata nella c.d. "società del rischio", può rappresentare un valido complemento dell'"amministrazione del rischio" nella gestione di situazioni di pericolo. Una terza sfaccettatura della nozione in esame, infine, riguarda i profili organizzativi dell'amministrazione funzionali a fronteggiare le emergenze. In base a questa terza configurazione si possono individuare due modelli: un primo è quello della protezione civile, appositamente deputato alla gestione delle emergenze; un secondo modello, invece, è integrato dal complesso delle amministrazioni che, dotate di competenze nei settori in cui le situazioni di emergenza si verificano più frequentemente (ambiente, sanità, sicurezza), al ricorrere delle suddette evenienze possono esercitare le necessarie funzioni di gestione»; cfr. anche, A. FIORITTO, *Le forme organizzative dell'amministrazione dell'emergenza*, in *Annuario AIPDA 2005*, Milano, 2006; F. GIGLIONI, voce *Amministrazione dell'emergenza*, in *Enc. dir.*, ann. VI, Milano, 2013, 44 ss.; C.

l'esercizio di funzioni di gestione, rende indispensabile il ricorso a strumenti eccezionali in ragione del fatto che le circostanze concrete precludono la possibilità di ricorrere ai consueti istituti di amministrazione. L'incertezza, infatti, impone di uscire dagli schemi di quel diritto sviluppatosi per le situazioni ordinarie<sup>17</sup> a favore di un diritto *sui generis*. In particolare, nel settore ambientale, per far fronte all'emergenza sanitaria in atto, si rileva una scelta del legislatore di limitare l'utilizzo della normazione primaria a favore di una fonte regolativa non normativa<sup>18</sup>, riconoscendo espressamente alle Regioni la facoltà di intervento, all'interno di un complesso intreccio di competenze (che, a ben vedere, preesisteva all'emergenza) tra Stato, Regioni e Province Autonome<sup>19</sup>. Il legislatore attuale ha scelto di intervenire per regolare legislativamente solo una piccola parte del ciclo di gestione dei rifiuti. Si fa qui riferimento al D.L. n. 18/2020 (convertito con Legge n. 27 del 2020) che ha introdotto l'articolo 113 sul rinvio di talune scadenze per adempimenti relativi alla normativa ambientale<sup>20</sup>; al D.L. n. 23/2020 (convertito con Legge n. 40 del 2020) che, all'art. 4 *bis*, ha introdotto nella lista di attività maggiormente esposte a rischio di infiltrazione mafiosa, previste dall'art. 1, co. 53 della L. n. 190/2020, i servizi ambientali, le attività di risanamento e di bonifica e altri servizi connessi alla gestione dei rifiuti e che, all'art. 30 *bis*, ha parificato il trattamento dei rifiuti contaminati prodotti in strutture sanitarie a quelli provenienti da pazienti infetti. Infine, si ricorda l'art. 229 *bis* del D.L. n. 34/2020 (convertito con Legge n. 77 del 2020) che, tra l'altro, ha previsto l'individuazione di misure da applicare per la raccolta dei dispositivi di protezione individuale usati e ha istituito un fondo per lo sviluppo di un programma sperimentale per la prevenzione, il riuso e il riciclo dei dispositivi.

Si deve precisare come il D.L. del 17 marzo 2020, n. 18, c.d. *Cura Italia*, aveva introdotto l'art. 113 *bis* che permetteva il deposito temporaneo di rifiuti, *ex art.* 183,

---

MARZUOLI, *Il diritto amministrativo dell'emergenza: fonti e poteri*, in AA.VV., *Il diritto amministrativo dell'emergenza*, Milano, 2006, 12 ss.

<sup>17</sup> R. CAVALLOPERIN, *Ordinanze d'emergenza e pandemia*, cit., 1.

<sup>18</sup> V. DICAPUA - I. FORGIONE, *Le ordinanze contingibili e urgenti in materia di rifiuti "alla prova" dell'emergenza epidemiologica da covid-19*, in *AmbienteDiritto.it*, 2020, 3, 380.

<sup>19</sup> A. CELELLA, *Il riparto di competenze legislative in materia di gestione dei rifiuti*, in *Riv. Giur. dell'Ambiente*, 2019, 1, 201 ss.

<sup>20</sup> La norma prevedeva anche l'art. 113 *bis* che ampliava termini e quantità previsti dal D.Lgs. n. 152/06 per il deposito temporaneo di rifiuti, ma è stato abrogato dall'art. 228 *bis* del D.L. n. 34/2020, come convertito con L. n. 77/2020.

comma 1, lett. bb), numero 2), del D.Lgs n.152 del 2006, fino ad un quantitativo doppio e per un limite temporale massimo di diciotto mesi. La norma, senza alcuna limitazione temporale legata all'emergenza epidemiologica, permetteva il deposito dei rifiuti, anche pericolosi, nei luoghi di produzione, senza autorizzazioni e comunicazioni alla pubblica amministrazione – necessarie anche ai fini della tracciabilità – con eccedenze temporali e quantitative, anche in contrasto con l'art. 2, comma 1, lett. g) del D.Lgs. n. 36 del 2003 che qualifica come discarica «qualsiasi area ove i rifiuti sono sottoposti a deposito temporaneo per più di un anno». Tale disposizione è stata successivamente abrogata dall'art. 228 bis del D.L. n. 34 del 2020 (convertito con L. n. 77 del 2020) che, però, ha ommesso di prevedere un regime transitorio in grado di permettere il ritorno alla gestione ordinaria dei rifiuti nei depositi temporanei.

Parallelamente all'ancora embrionale sistema di fonti primarie, si pongono una serie di interventi provenienti da soggetti tra loro diversi, finalizzati a fornire indicazioni in tema di raccolta e trattamento dei dispositivi di protezione individuale. Segnatamente, l'Istituto Superiore di Sanità (ISS)<sup>21</sup>, nel rapporto 3/2020, ha fornito linee di indirizzo per la gestione dei rifiuti urbani *extra-ospedalieri*, prevedendo che nelle abitazioni in cui risiedono soggetti positivi, in isolamento o in quarantena obbligatoria, sia interrotta la raccolta differenziata e che, per lo smaltimento di tali rifiuti, sia preferito l'incenerimento al fine di ridurre la manipolazione del materiale da parte degli operatori. Il Consiglio del Sistema Nazionale a rete per la Protezione dell'Ambiente (SNPA)<sup>22</sup>, in data 23 marzo 2020, ha emanato un documento in cui si individuano una serie ulteriore di problematiche, dipendenti dalla carenza di possibili destinazioni per queste specifiche tipologie di prodotto, che evidenziano la necessità di un'attività congiunta tra Stato e Regioni, al fine di garantire una maggiore capacità di deposito temporaneo presso gli impianti di produzione per ridurre il sovraccarico del sistema. Vanno, altresì, segnalate le indicazioni fornite dalla Commissione Europea<sup>23</sup> in un'ottica di ricerca di uniformità

---

<sup>21</sup> Gruppo di lavoro ISS ambiente e rifiuti, *Indicazioni ad interim per la gestione dei rifiuti urbani in relazione alla trasmissione dell'infezione da virus SARS-CoV-2*. Versione del 31 maggio 2020. Roma: Istituto Superiore di Sanità; 2020. (Rapporto ISS COVID-19, n. 3/2020 Rev. 2).

<sup>22</sup> Istituto Superiore per la Protezione e la Ricerca Ambientale, *Prime indicazioni generali per la gestione dei rifiuti – emergenza Covid-19*, 23 marzo 2020.

<sup>23</sup> Commissione europea, *Waste management in the context of the coronavirus crisis*, 14 aprile 2020.

d'azione degli Stati membri, frutto di una consultazione tra gli esperti provenienti dai singoli Stati e le principali parti interessate, con la consulenza del Centro Europeo per la prevenzione e il controllo delle malattie<sup>24</sup>. In particolare, le linee guida europee prescrivono di garantire la tutela della salute e dell'ambiente, assicurando, comunque, i servizi essenziali alla cittadinanza e indicando possibili canali di finanziamento per le imprese operanti nel settore del ciclo dei rifiuti.

I suddetti documenti, lungi dal definire un sistema completo e funzionale, si limitano a dettare indicazioni non omogenee per il trattamento dei rifiuti infetti o potenzialmente tali. Si è, così, sviluppato un «quadro, non organico, di interventi legislativi statali in materia di ciclo dei rifiuti e tutela dell'ambiente»<sup>25</sup>. Infatti, pur avendo compreso la rilevanza della questione "rifiuti Covid", le risposte del legislatore appaiono ancora poco incisive e lontane dal fornire risposte adeguate. In altri termini, il ricorso ad interventi non normativi presta il fianco ad un problema di rapporto tra fonti, oltre che di necessario coordinamento tra queste e i principi generali dell'ordinamento.

*Rebus sic stantibus*, la Circolare del Ministero dell'Ambiente n. 22276 del 30 marzo 2020 ha individuato quale risposta ai problemi di gestione posti dall'emergenza epidemiologica il ricorso alle ordinanze contingibili e urgenti, ex art. 191 del D.Lgs. n. 152 del 2006, da affiancarsi alle procedure di S.C.I.A. disciplinate dall'art. 19 della L. n. 24 del 1990 per le fasi di smaltimento e stoccaggio in discarica.

In attuazione della citata Circolare, Regioni e Province Autonome hanno iniziato a prevedere un incremento della capacità di stoccaggio degli impianti, della durata dei tempi di stanziamento dei rifiuti nei depositi temporanei e della capacità termica massima sopportata. Tuttavia, il Ministero ha omesso di determinare con precisione i limiti percentuali di incremento attuabili dalle Regioni che, per questo, hanno finito per operare in maniera disorganica e arbitraria.

A ben vedere, sia il ricorso alla disciplina della S.C.I.A., con la conseguenziale deroga alle autorizzazioni, sia, in particolare, il rimando alle ordinanze contingibili e

---

<sup>24</sup> T. RONCHETTI - M. MEDUGNO, *Gestione ambientale "in pandemia": provvedimenti d'urgenza e nodi al pettine*, in *Ambiente & Sviluppo*, 2020, 5, 369.

<sup>25</sup> Commissione Ecomafie, rapporto su "Emergenza epidemiologica Covid-19 e ciclo di rifiuti", approvato, da ultimo, il 5 novembre 2020.

urgenti suscitano non poche riserve<sup>26</sup>. Non si vuole qui negare che l'emergenza epidemiologica, che ha interessato tutto il territorio nazionale, si sia sviluppata con intensità territorialmente disomogenea e, per questo, richieda interventi differenziati. È, infatti, indispensabile che venga residuata discrezionalità nelle mani di Sindaci e amministrazioni territoriali al fine di garantire interventi adeguati e proporzionali alle esigenze contingenti<sup>27</sup>. Tuttavia, il legislatore avrebbe dovuto cercare di ricondurre i poteri di ordinanza entro margini stringenti, per ridurre la discrezionalità degli operatori. D'altronde, questa è stata l'impostazione seguita con riferimento al settore sanitario, dove si è cercato di incanalare il potere di ordinanza attraverso una disciplina specifica caratterizzata da un continuo richiamo nei decreti legge che ha permesso di tipizzarne, in qualche modo, il contenuto. Viceversa, in tema di rifiuti la gestione delle ordinanze è, in linea di massima, lasciata alle scelte delle Regioni con le sole direttrici fornite dalla Circolare del Ministero dell'Ambiente n. 22276 del 30 marzo 2020.

### **3. Il ricorso alle ordinanze contingibili e urgenti ex art. 191 del D.Lgs. n. 152 del 2006.**

Le ordinanze contingibili e urgenti sono state definite da autorevole dottrina «una valvola, in tutti gli ordinamenti moderni, a disposizione dell'amministrazione, per sfuggire alla condizione rigidissima della legge»<sup>28</sup> e, in quanto tali, sono idonee a fronteggiare situazioni eccezionali ed imprevedibili, configurandosi come un atto indeterminato nel contenuto e in grado di derogare alle norme ordinarie<sup>29</sup>. Tali caratteristiche hanno

---

<sup>26</sup> V. DICAPUA - I. FORGIONE, *Le ordinanze contingibili e urgenti in materia di rifiuti "alla prova" dell'emergenza epidemiologica da covid-19*, cit., 384.

<sup>27</sup> I. FORGIONE, *La gestione locale dell'emergenza da Covid-19. Il ruolo delle ordinanze sindacali tra sussidiarietà ed autonomia*, in *Il diritto dell'economia*, 2020, 2, 72.

<sup>28</sup> M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1950, 102.

<sup>29</sup> Cfr. M.S. GIANNINI, *Potere di ordinanza e atti necessitati* (commento a Cons. Stato, sez. V, 31 gennaio 1948, n. 76), in *Giur. Compl. Cass.*, 1948, ora in *Scritti*, II, 1939-1948, Milano, 954 ss; ID., *Potere di ordinanza e atti necessitati*, cit., 954 ss.

portato la dottrina a parlare di ordinanze *libere*<sup>30</sup>, in grado di sviluppare un potere amministrativo lontano da quello ordinario, quantomeno nelle modalità di esercizio del potere<sup>31</sup>.

Le ordinanze contingibili e urgenti costituiscono una delle quattro classi di diritto obiettivo in cui vengono ricondotti i poteri di emergenza<sup>32</sup>. Nelle altre tre è possibile collocare, rispettivamente, gli studi sul diritto non scritto e le elaborazioni sul potere costituente, con particolare riguardo alla rivoluzione e al colpo di Stato, l'analisi della sospensione dei diritti costituzionali e, infine, i decreti legge, nonché i poteri straordinari del governo in caso di dichiarazione dello stato di guerra.

V'è da notare come l'ampio ricorso a tali strumenti, già prima del sopraggiungere dell'emergenza pandemica e anche al di fuori della materia dei rifiuti, è emblematica manifestazione della crisi del nostro diritto, spesso troppo rigido per far fronte alle esigenze contingenti, inidoneo a rispondere ai bisogni degli operatori del sistema e, per questo, portatore di un'intrinseca esigenza di semplificazione delle procedure.

Con riguardo alla gestione dei rifiuti durante l'emergenza, come anticipato, la Circolare del Ministero dell'Ambiente n. 22276 del 2020 individua nelle ordinanze disciplinate dall'art. 191 del D.Lgs. n. 152 del 2006<sup>33</sup> uno strumento necessario a «superare questo momento di forte criticità del sistema e consentire agli impianti la gestione di eventuali sovraccarichi». Difatti, tale norma, in situazioni di «eccezionale e urgente necessità», per tutelare la salute pubblica e l'ambiente, attribuisce rispettivamente al Presidente della Giunta Regionale, al Presidente della Provincia e al Sindaco il potere di emanare ordinanze contingibili e urgenti, per consentire forme speciali e temporanee di gestione dei rifiuti.

<sup>30</sup> Cfr. M.S. GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*, Milano, 1939, 261; G. MORBIDELLI, *Delle ordinanze libere e natura amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2016, 1-2, 35.

<sup>31</sup> S. GARDINI, *Le ordinanze sindacali contingibili e urgenti. Nuovi scenari e nuovi poteri*, cit., 4-5.

<sup>32</sup> R. CAVALLO PERIN, *Il diritto amministrativo e l'emergenza derivante da cause e fattori esterni all'amministrazione*, cit., 778.

<sup>33</sup> La norma riproduce quasi integralmente l'art. 13 del D.Lgs. 5 febbraio 1997, n. 22 (c.d. decreto Ronchi), che a sua volta riprendeva l'art. 12 del D.P.R. 10 settembre 1982, n. 915, salvo che per l'aggiunta dell'inciso «con particolare riferimento alle disposizioni sul potere di ordinanza di cui all'articolo 5 della legge 24 febbraio 1992, n. 225, istitutiva del servizio nazionale della protezione civile», nonché per l'inserimento del Presidente del Consiglio dei Ministri, del Ministro delle attività produttive e l'autorità d'ambito, tra i soggetti a cui va comunicata l'emanazione delle ordinanze.

Tali ordinanze, la cui efficacia è necessariamente limitata nel tempo, possono agire in deroga alle disposizioni vigenti, ma sempre nel rispetto del contenuto delle direttive dell'Unione Europea. Effettivamente, l'impossibilità di riconoscere ad esse forza di legge ne ha da tempo, e in modo pacifico, sancito la natura amministrativa<sup>34</sup>; ne consegue che la derogabilità di norme di origine comunitaria da parte di un atto amministrativo andrebbe in ogni caso esclusa.

Dunque, è chiaro che, attraverso tale strumento, la P.A. non dà attuazione ad una norma già in vigore, ma «*dispone e crea, mediante una normazione particolare, originaria ed occasionale, il diritto per il caso singolo e concreto*»<sup>35</sup>.

D'altronde, è comunque possibile individuare un argine nel necessario rispetto dei principi generali dell'ordinamento e di quelli disposti in materia ambientale, secondo quanto previsto dal secondo comma dall'art. 3 *bis* del D.Lgs. n. 152 del 2006. Inoltre, ai sensi del terzo comma del citato art. 191, i provvedimenti devono essere adottati sempre su parere di soggetti tecnici o tecnico-sanitari locali che intervengono con riguardo alle specifiche conseguenze ambientali degli atti da adottare.

Così, sulla base delle indicazioni pervenute della Circolare n. 22276 del 2020 gran parte delle Regioni hanno iniziato ad emanare ordinanze contingibili e urgenti per far fronte alle necessità riscontrate con la pandemia, disciplinando in maniera del tutto disorganica la questione rifiuti. In particolare, si è intervenuti sull'incremento della capacità di stoccaggio degli impianti, sull'aumento quantitativo e temporale del deposito presso i centri di raccolta e sulla capacità termica massima<sup>36</sup>.

A titolo paradigmatico si pensi che la Regione Lombardia ha previsto, tra l'altro, l'aumento della capacità di stoccaggio (sia annua che istantanea) nel limite massimo del 20%, la possibilità per tutti gli inceneritori temporaneamente autorizzati di ritirare i rifiuti che devono essere raccolti e smaltiti, applicando precauzioni particolari al fine di evitare infezioni (codici EER 180103\* e 100104); inoltre, nel caso in cui i produttori di rifiuti non trovino impianti disponibili, è prevista la possibilità

---

<sup>34</sup> Cfr. M.S. GIANNINI, *Provvedimenti amministrativi generali e regolamenti ministeriali*, in *Foro it.*, 1953, III, 20; R. CAVALLO PERIN, *Ordinanze d'emergenza e pandemia*, cit, 5.

<sup>35</sup> V. FANTI, *Dimensioni della proporzionalità. Profili ricostruttivi tra attività e processo amministrativo*, Torino, 2012, 341.

<sup>36</sup> V. DI CAPUA - I. FORGIONE, *Le ordinanze contingibili e urgenti in materia di rifiuti "alla prova" dell'emergenza epidemiologica da covid-19*, cit., 384.

per i rifiuti sanitari a rischio infettivo – in deroga all’art. 10 del D.P.R. n. 253 del 2003 – di essere trattati negli inceneritori di rifiuti urbani anche senza scaricamento separato, ma con scarico in fossa<sup>37</sup>.

La Regione Puglia, invece, ha aumentato la capacità di stoccaggio per gli impianti autorizzati del 30% estensibile, in casi eccezionali e previa dimostrazione dell’effettiva necessità, al 50%; inoltre, ha disposto il deposito temporaneo fino ad un quantitativo massimo doppio, per un limite temporale non superiore a 6 mesi<sup>38</sup>.

Ed ancora, la Regione Lazio ha previsto l’aumento della capacità di stoccaggio per un massimo non superiore al 30% e ha disposto che possano essere accresciuti fino al 50% i quantitativi previsti per il deposito temporaneo<sup>39</sup>.

Seppur sinteticamente e senza voler qui entrare nel merito delle singole ordinanze, quanto appena descritto mostra un quadro normativo disorganico. La scelta del legislatore di prevedere le possibili percentuali d’aumento solo in termini massimi ha legittimato le Regione ad individuare le deroghe in modo autonomo e disomogeneo<sup>40</sup>, anche in contrasto con quanto precisato dal Consiglio di Stato che, in sede consultiva, si è mosso in senso diametralmente opposto spingendo, nel rispetto delle autonomie costituzionalmente tutelate, verso una gestione unitaria della crisi al fine di «evitare che interventi regionali o locali possano vanificare la strategia complessiva di gestione dell’emergenza»<sup>41</sup>.

D’altro canto, il ricorso a tali ordinanze è stato da sempre oggetto di ampio dibattito e la giurisprudenza, sia penale che amministrativa, è intervenuta a più riprese per individuarne i limiti di operatività. Il problema, oggi, si pone in modo più marcato nella misura in cui questi strumenti siano adottati in forza di una Circolare ministeriale che, in quanto atto di indirizzo, è di per sé molto più simile ad un atto amministrativo regolamentare anziché ad un provvedimento amministrativo *tout*

<sup>37</sup> Ordinanze Regione Lombardia, n. 520 del 1 aprile 2020 e n. 554 del 9 maggio 2020.

<sup>38</sup> Ordinanza Regione Puglia, n. 206 del 11 aprile 2020.

<sup>39</sup> Ordinanza Regione Lazio, n. 22 del 1 aprile 2020.

<sup>40</sup> V. DI CAPUA - I. FORGIONE, *Le ordinanze contingibili e urgenti in materia di rifiuti “alla prova” dell’emergenza epidemiologica da covid-19*, cit., 384.

<sup>41</sup> Cons. Stato, Sez. I, 7 aprile 2020, parere n. 735.

*court*<sup>42</sup>. Ne consegue che non possa mai autonomamente legittimare le ordinanze – e, dunque, le decisioni e i bilanciamenti sottostanti – adottate sul territorio<sup>43</sup>.

Si segnala, in questa sede, la scelta operata dalla Regione Sicilia<sup>44</sup> di regolare questioni non strettamente connesse alla pandemia attraverso la via dell'ordinanza *ex art. 191 del D.Lgs. n. 152 del 2006*, per «*consentire il regolare servizio comunale di raccolta dei rifiuti urbani e, pertanto, i regolari conferimenti dei rifiuti dei Comuni negli impianti di trattamento, di recupero, di riciclaggio e di smaltimento, sopperendo al ridotto funzionamento o fermo di alcuni impianti e/o sovraccarico di altri, attivando un meccanismo regionale di mutuo soccorso, per scongiurare emergenze igienico-sanitarie e di ordine pubblico, ove tecnicamente possibile, in deroga alle autorizzazioni vigenti degli impianti*». Ciò mostra come si sia finito per ricorrere a tale strumento anche al fine di fronteggiare le carenze del sistema che forse (*rectius*, sicuramente) l'emergenza ha aggravato, ma che certamente preesistevano alla stessa. Così, si è intervenuti riducendo i tempi di trattamento della frazione organica e estendendo la durata di svolgimento delle campagne di impianti mobili per il trattamento del rifiuto urbano indifferenziato e della frazione organica, con la possibilità per i gestori di avvalersi di tali deroghe unicamente presentando una perizia giurata<sup>45</sup>. In realtà, la Regione è poi successivamente intervenuta sostituendo la perizia con una segnalazione certificata di inizio attività *ex art. 19 L. n. 241 del 1990*.

Al di là dei singoli interventi, la situazione descritta mostra la necessità di sancire i limiti di un tale potere *extra-ordinem*, quale quello delle ordinanze di necessità ed urgenza, al fine di evitare che l'azione della P.A., seppur a fronte di eventi eccezionali, diventi eccessivamente libera.

---

<sup>42</sup> Sul valore giuridico delle ordinanze amministrative cfr. V. FANTI, *Sindacabilità del vincolo posto dall'atto di indirizzo politico, con particolare riferimento agli statuti comunali*, in AA.VV., a cura di A. CONTIERI - F. FRANCIOSI - M. IMMORDINO - A. ZITO, *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, Napoli, 2010, *passim*. In giurisprudenza cfr., Cons. Stato, Sez. IV, 4 dicembre 2017, n. 5664; Cons. Stato, Sez. VI, 9 dicembre 2010, n. 8637; Cons. Stato, Sez. IV, 28 gennaio 2016, n. 310; Cons. Stato, Sez. VI, 9 dicembre 2010, n. 8637.

<sup>43</sup> V. DI CAPUA - I. FORGIONE, *Le ordinanze contingibili e urgenti*, cit., 385.

<sup>44</sup> Ordinanze Regione Sicilia, n. 1/Rif del 27 marzo 2020 e n. 2/Rif del 25 settembre 2020.

<sup>45</sup> V. DI CAPUA - I. FORGIONE, *Le ordinanze contingibili e urgenti*, cit., 385.

#### 4. (segue): limiti e legittimità del ricorso alle ordinanze contingibili e urgenti.

Torna così in mente un risalente scritto di uno dei Maestri del diritto<sup>46</sup>, che nell'ormai lontano 1909, aveva parlato della *necessità* come fonte di legittimazione di provvedimenti straordinari, adottati in situazioni imprevedibili, rimandando a quel principio secondo cui *necessitas non habet legem, sed ipsa sibi facit legem*<sup>47</sup>.

La questione trattata era strettamente connessa allo stato d'assedio «*imposto, non per reagire ad un'illecita attività collettiva contro l'ordine costituito, ma per rimediare al dissolvimento di ogni organizzazione sociale e politica avvenuto per un fenomeno del tutto involontario e naturale*»<sup>48</sup>, dichiarato, cioè, in occasione del terribile terremoto che aveva colpito le città di Messina e Reggio Calabria nel 1908 e che aveva posto l'attenzione sulla necessità di interventi immediati e sulla ricerca di un fondamento giuridico degli stessi. E, così, come per l'emergenza da Covid-19, l'esigenza sottesa all'emanazione di provvedimenti straordinari era quella di «*ripristinare i servizi pubblici che appaiono più indispensabili*»<sup>49</sup>.

Secondo la citata dottrina la *necessità*, che conduce allo stato d'assedio, discende dalla «*materiale ed assoluta impossibilità di applicare, in certe condizioni, le norme che regolano la vita normale dello Stato, e il bisogno non già di applicarne altre esistenti, ma di emanarne delle nuove*» e ciò comporta la «*sostituzione, sia pure provvisoria e limitata, di un nuovo diritto obiettivo al diritto obiettivo esistente*»<sup>50</sup> e l'alterazione dell'ordine normale delle competenze attraverso cui è possibile far «*rientrare fra le attribuzioni governative ciò che altrimenti non vi rientrerebbe*»<sup>51</sup>.

<sup>46</sup> S. ROMANO, *Sui decreti legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e Reggio Calabria*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1909, I, 251 ss., poi in *Scritti minori*, vol. I, Milano, 1990.

<sup>47</sup> Cfr. A. CARDONE, *Il baratro della necessità e la chimera della costituzionalizzazione: una lettura della crisi delle fonti del sistema di protezione civile contro le battaglie di retroguardia*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. speciale, 2020, 338-339, secondo cui: «la qualificazione della necessità come fonte del diritto può in gran parte essere considerata il portato dell'opzione di fondo della teoria istituzionalistica. A tale conclusione si perviene se si pone mente alla circostanza che la costruzione romaniana considera la relazione esistente tra ordinamento giuridico ed organizzazione sociale tanto insolubile da ritenere ogni accadimento necessario che si afferma nella realtà capace di assumere il crisma della giuridicità».

<sup>48</sup> S. ROMANO, *Sui decreti legge e lo stato di assedio*, cit., 252.

<sup>49</sup> S. ROMANO, op. cit., 253.

<sup>50</sup> S. ROMANO, ult. op. cit., 257.

<sup>51</sup> S. ROMANO, ult. op. cit., 264.

Così, la *necessità*, mai confusa con la legge, diventa fonte primaria e primordiale del diritto, e ciò in ragione del fatto che talune norme possono determinarsi solo al verificarsi della situazione eccezionale<sup>52</sup>. In altre parole, dato che ogni legge trova fondamento nella norma a sé superiore<sup>53</sup>, si finisce per giungere ad una legge fondamentale e primaria che vede la sua legittimazione proprio nella *necessità* che l'ha determinata<sup>54</sup>.

La situazione sviluppatasi a seguito dell'emergenza epidemiologica da Covid-19 non è poi così dissimile dal terremoto che aveva portato, agli inizi del 1909, alla dichiarazione dello stato d'assedio e la *necessità*, con la sua immanenza nella storia, è tornata ad essere un tema centrale nel dibattito giuridico. Non v'è dubbio che la pandemia da Covid-19 integri a pieno titolo una situazione del tutto imprevedibile, straordinaria ed urgente, in grado di legittimare il ricorso ad una normazione eccezionale. A ben vedere, però, rispetto al contesto in cui operava la dottrina citata, oggi è cambiato il sistema di fonti e la decretazione d'urgenza è elevata al rango di fonte primaria, secondo un assetto definitivamente recepito anche a livello Costituzionale, dove, l'art. 77 pone il fondamento giustificativo dei decreti legge proprio nell'esigenza di fronteggiare «*casi straordinari di necessità e urgente*»<sup>55</sup>. Così, come sostenuto in dottrina<sup>56</sup>, alla luce del diritto vigente, la *necessità* non può considerarsi fonte *di* produzione, ma fonte *sulla* produzione in grado di legittimare l'amministrazione ad intervenire con propri atti.

In questo modo, se la legittimità delle ordinanze si rinviene nelle norme a sé superiori, il fondamento giustificativo si riscontra nella *necessità* di far fronte ad una situazione straordinaria e imprevedibile.

In ogni caso, è innegabile che le ordinanze contingibili e urgenti rappresentino territorio di *frontiera*<sup>57</sup> del diritto pubblico, una figura ibrida<sup>58</sup> e ancora molto

---

<sup>52</sup> S. ROMANO, ult. op. cit., 262.

<sup>53</sup> H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Bologna, 1966, *passim*.

<sup>54</sup> S. ROMANO, ult. op. cit., 260-261.

<sup>55</sup> R. CAVALLO PERIN, *Il diritto amministrativo e l'emergenza derivante da cause e fattori esterni all'amministrazione*, cit., 780.

<sup>56</sup> M.P. CHITI, *Il rischio sanitario e l'evoluzione dall'amministrazione dell'emergenza all'amministrazione precauzionale*, in *Riv. It. dir. pubbl. com.*, 2006, 1, 6.

<sup>57</sup> F. DE VANNA, *Il diritto "imprevedibile": notazioni sulla teoria della necessità a partire dall'emergenza Covid-19*, cit., 5.

dibattuta e nell'ordinamento vigente, rispetto a cui il problema che oggi si pone non è quello della fonte che le legittimi, quanto quello della necessità di tracciare i margini entro cui tali ordinanze possano legittimamente operare.

In altri termini, è doveroso individuare quei principi imprescindibili che diventano presupposti per la valida adozione delle ordinanze e che ne permettano un pieno e legittimo ricorso da parte delle amministrazioni territoriali. Infatti, le situazioni *extraordinem* portano alla messa in discussione del bilanciamento di interessi operato dalle norme sul procedimento, in quanto legate ad esigenze nuove e imprevedibili<sup>59</sup>. Se le garanzie richiedono tempo, la necessità e l'urgenza non possono tollerare quelle tutele procedurali poste dal legislatore per le situazioni ordinarie, la cui applicazione comporta necessariamente l'ampliarsi dei tempi di esecuzione. Rispetto all'incerta situazione in atto e all'impossibilità di applicare le ordinarie tutele procedurali non si può che rispondere rifugiandosi nel porto sicuro dei principi generali a cui deve guardare l'azione amministrativa. Solo così è possibile arginare possibili abusi legislativi, evitando che i poteri discrezionali attribuiti dalle ordinanze siano eccessivamente liberi.

Ad ogni modo, da tempo la giurisprudenza si è interrogata sui requisiti di legittimità delle ordinanze *extra ordinem* richiedendo, già a metà del secolo scorso, una necessaria limitazione temporale, un'adeguata motivazione, un idoneo sistema di pubblicità e il rispetto dei principi generali dell'ordinamento<sup>60</sup>.

Nella giurisprudenza più recente, invece, si sottolinea come tali atti, costituendo una deviazione rispetto al principio di tipicità degli atti amministrativi in quanto possono operare in deroga alla disciplina vigente, richiedono necessariamente il sopraggiungere di situazioni di pericolo non tipizzate dalla legge e non altrimenti fronteggiabili in via ordinaria, confermate da un'adeguata istruttoria e una congrua

---

<sup>58</sup> F. BARTOLOMEI, *Potere di ordinanza e ordinanze di necessità*, Milano, 1979, definisce il potere di ordinanza in generale come «monocratico e polimorfo, primario e sussidiario».

<sup>59</sup> R. CAVALLOPERIN, *Il diritto amministrativo e l'emergenza derivante da cause e fattori esterni all'amministrazione*, cit., 798.

<sup>60</sup> Si veda, Corte cost., 2 luglio 1956, n. 8, secondo cui è necessario che vengano tenuti presenti i seguenti canoni: «efficacia limitata nel tempo in relazione ai dettami della necessità e dell'urgenza; adeguata motivazione; efficace pubblicazione nei casi in cui il provvedimento non abbia carattere individuale; conformità del provvedimento stesso ai principi dell'ordinamento giuridico»; nello stesso senso anche Corte cost., 27 maggio 1961, n. 26.

motivazione<sup>61</sup>. Inoltre, le ipotesi di illegittimità di tali ordinanze sono in gran parte ricondotte alla carenza dei presupposti necessari all'adozione dell'atto<sup>62</sup>, all'assenza o inidoneità dell'istruttoria<sup>63</sup> e, soprattutto, alla violazione dei principi di proporzionalità e ragionevolezza e adeguatezza<sup>64</sup>.

D'altro canto, tra i tre principi citati si instaura un rapporto di interdipendenza: il Consiglio di Stato ha precisato che l'adeguatezza non può che essere valutata caso per caso alla luce degli imprescindibili criteri di ragionevolezza e proporzionalità<sup>65</sup>. Così facendo, il principio di ragionevolezza richiede che la valutazione compiuta dall'amministrazione sia adeguata alla decisione presa, mentre il principio di proporzionalità rilega l'utilizzo delle ordinanze alle ipotesi di effettiva opportunità e necessità, comportando un giudizio di adeguatezza del mezzo adoperato rispetto allo scopo da perseguire e, dunque, una valutazione sull'esigenza di ricorrere a determinati strumenti *extra ordinem*<sup>66</sup>. Vero è, inoltre, che anche il D.L. n. 6 del 2020 ha

<sup>61</sup> Nella giurisprudenza più recente si segnala: Cons. Stato, sez IV, 11 gennaio 2021, n. 33. Nello stesso senso anche: Cons. Stato, sez. V, 29 maggio 2019, n. 3580; Cons. Stato, sez. VI, 29 aprile 2019, n. 2696; Cons. Stato, sez. V, 12 giugno 2017, n. 2799. In dottrina si veda, M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., 270.

<sup>62</sup> Cons. Stato, sez. V, 26 luglio 2016, n. 3369.

<sup>63</sup> T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 6 luglio 2009, n. 3732.

<sup>64</sup> Cfr. le disamine condotte da R. CAVALLOPERIN, *Il diritto amministrativo e l'emergenza derivante da cause e fattori esterni all'amministrazione*, cit., 799 ss. e da S. GARDINI, *Le ordinanze sindacali contingibili e urgenti. Nuovi scenari e nuovi poteri*, cit., 11. Nella giurisprudenza più recente si segnala, T.A.R. Abruzzo, Pescara, sez. I, 28 novembre 2019, n. 290; T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, 5 giugno 2019, n. 3041; T.A.R. Sardegna, Cagliari, sez. I, 4 maggio 2018, n. 406; T.A.R. Campania, Salerno, sez. II, 10 ottobre 2018, n. 1406; T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, 6 marzo 2018, n. 1409; T.A.R. Piemonte, Torino, sez. II, 24 novembre 2017, n. 1271.

<sup>65</sup> Cons. Stato, sez VI, 10 dicembre 2018, n. 6951, che in relazione alle ordinanze contingibili e urgenti ha affermato che «[...] l'adeguatezza della misura in concreto adottata in rapporto al fine perseguito è da valutare caso per caso, secondo criteri di ragionevolezza e proporzionalità». In dottrina cfr., V. FANTI, *La trasparenza amministrativa tra principi costituzionali e valori dell'ordinamento europeo: a margine di una recente sentenza della Corte costituzionale (n. 20/2029)*, in *Federalismi.it*, 2020, 5, 51, secondo cui «in riferimento ai principi proporzionalità-ragionevolezza, occorre rilevare come, seppur accomunati da una medesima matrice consistente nell'adeguatezza-coerenza tra i fini da conseguire (predeterminati dalla norma) ed i mezzi utilizzati (dalla P.A. precedente) nell'esercizio del potere amministrativo, i due principi risultino profondamente diversi, poiché la proporzionalità, sulla base degli stimoli che provengono dall'ordinamento comunitario, sembra avere qualcosa in più rispetto al criterio di ragionevolezza».

<sup>66</sup> Cons. Stato, sez VI, 10 dicembre 2018, n. 6951, precisa, inoltre, che «mentre il principio di ragionevolezza postula la coerenza tra valutazione compiuta e decisione presa (rispettivamente, la coerenza tra decisioni comparabili), il principio di proporzionalità esige che gli atti amministrativi non debbono andare oltre quanto è opportuno e necessario per conseguire lo scopo prefissato e, qualora si presenti una scelta tra più opzioni, la pubblica amministrazione deve ricorrere a quella meno restrittiva, non potendosi imporre obblighi e restrizioni alla libertà del cittadino in misura superiore a quella strettamente necessaria a raggiungere gli scopi che l'amministrazione deve realizzare, sicché la proporzionalità comporta un giudizio di adeguatezza del mezzo adoperato rispetto all'obiettivo da perseguire e una valutazione della portata restrittiva e della necessità delle

espressamente sancito che i principi di adeguatezza e proporzionalità debbano guidare l'azione delle autorità competenti nella gestione dell'emergenza<sup>67</sup>.

Entrando più nel dettaglio, il principio di ragionevolezza<sup>68</sup>, inteso come necessaria congruità tra mezzo e scopo, permette di valutare «*plausibilità e giustificabilità della scelta operata dall'amministrazione*»<sup>69</sup>, richiedendo che vi sia coerenza tra la valutazione compiuta e la misura adottata<sup>70</sup>. Diventa, così, una *regola di condotta*<sup>71</sup> rispetto a cui la pubblica amministrazione deve adeguare la propria attività.

Invece, con riguardo al principio di proporzionalità<sup>72</sup>, la discrezionalità che le ordinanze lasciano in capo ai titolari di tale potere porta ad una necessaria

---

misure che si possono prendere: criteri valutativi, da applicare in modo particolarmente rigoroso nel sindacato della legittimità di un potere di natura eccezionale, quale quello attribuito al Sindaco di emanare ordinanze contingibili e urgenti, che può essere esercitato solo per affrontare situazioni di carattere eccezionale e impreviste, per le quali sia impossibile utilizzare gli ordinari mezzi apprestati dall'ordinamento giuridico». In dottrina cfr., V. FANTI, *Dimensioni della proporzionalità. Profili ricostruttivi tra attività e processo amministrativo*, cit., *passim*; F. MERUSI, *Ragionevolezza e discrezionalità amministrativa*, Napoli, 2011, *passim*; V. BALDINI, *Emergenza sanitaria e Stato di prevenzione*, in *Dirittifondamentali.it*, 2020, 1, 563, secondo cui «(la) proporzionalità in senso lato, (va) intesa cioè come adeguatezza (rispetto allo scopo), essenzialità della misura (nel senso del suo contenimento entro i termini essenziali a garantire la realizzazione dell'interesse pubblico perseguito) e sua necessità - (proporzionalità in senso stretto, vale a dire, l'impossibilità del ricorso a provvedimenti meno limitativi della libertà), a cui si commisura anche la possibilità, per l'interessato, di esercitare il diritto di difesa (art. 24 Cost.) contestando la legittimità delle misure adottate».

<sup>67</sup> L'art. 1 del D.L. n. 6 del 2020, prevede che: «[...] le autorità competenti sono tenute ad adottare ogni misura di contenimento e gestione adeguata e proporzionata all'evolversi della situazione epidemiologica».

<sup>68</sup> Sul principio di ragionevolezza, *ex plurimis*, F. MERUSI, *Ragionevolezza e discrezionalità amministrativa*, cit.; V. FANTI, *Dimensioni della proporzionalità. Profili ricostruttivi tra attività e processo amministrativo*, cit.; P.M. VIPIANA, *Introduzione allo studio del principio di ragionevolezza nel diritto pubblico*, Padova, 1993; G. LOMBARDO, *Il principio di ragionevolezza della giurisprudenza amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, 4, 939 ss; A. RAUTI, *Sui principi di progressività, proporzionalità e ragionevolezza: tre aspetti di una comune problematica costituzionale*, in *Diritto e società*, 2001; A. SPADARO, *I diritti della ragionevolezza e la ragionevolezza dei diritti*, in *Ars Interpretandi*, 2002; L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano, 2005; S. COGNETTI, *Clausole generali nel diritto amministrativo. Principi di ragionevolezza e di proporzionalità*, in *Giur. it.*, 2012, 1197; F. ASTONE, *Principio di ragionevolezza nelle decisioni giurisdizionali e giudice amministrativo*, in *Federalismi.it*, 2018, 17.

<sup>69</sup> S. CASSESE (a cura di), *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 2012, 248.

<sup>70</sup> I. FORGIONE, *La gestione locale dell'emergenza da Covid-19. Il ruolo delle ordinanze sindacali, tra sussidiarietà e autonomia*, in *Il diritto dell'economia*, 2020, 2, 81-82.

<sup>71</sup> F. NICOTRA, *I principi di proporzionalità e ragionevolezza dell'azione amministrativa*, cit.

<sup>72</sup> Sul principio di proporzionalità dell'azione amministrativa *ex multis*, A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998; ID. (voce) *Proporzionalità*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di S. CASSESE, vol. V., Milano, 2006; V. FANTI, *Dimensioni della proporzionalità. Profili ricostruttivi tra attività e processo amministrativo*, cit.; D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998; ID., *Discrezionalità amministrativa e principio di proporzionalità*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1994; ID., *Il principio di proporzionalità*, in *AA.VV. Studi sui principi di diritto amministrativo*, a cura di M. RENNA e F. SAIITA, Milano, 2012; G. SCACCIA, *Il principio di proporzionalità*, in S. MANGIAMELI (a cura di), *Ordinamento Europeo. L'esercizio delle competenze*, vol. II, Milano, 2006, 228; A. SAU, *La*

valutazione comparativa di tutti gli interessi coinvolti (sanitari, ambientali, gestionali, logistici e così via) da compiersi alla luce non già di un generale principio di proporzionalità, ma rapportato ai tre parametri dell'adeguatezza, idoneità e necessità<sup>73</sup>. Un bilanciamento, dunque, da attuarsi in relazione alla pluralità di interessi che la tutela dell'ambiente e la corretta gestione dei rifiuti porta con sé, anche in ragione del fatto che il principio secondo cui è necessario causare il minor sacrificio possibile per il privato non può avere valenza assoluta, dovendo essere temperato dalla necessità di risolvere, nel più breve tempo possibile e nel preminente interesse pubblico, le esigenze accertate<sup>74</sup>. *A contrario*, il difetto di proporzionalità si manifesta nel vizio di eccesso di potere<sup>75</sup>, spesso riscontrabile nella carenza di motivazione o nell'insufficienza istruttoria<sup>76</sup> e il giudice, in applicazione del principio di proporzionalità, non può che essere chiamato a sindacare la scelta operata (o non operata) dalla pubblica amministrazione<sup>77</sup>.

Sotto altro profilo, l'evolversi dei rapporti tra amministrazione e cittadino verso una sempre maggiore valorizzazione della "persona", spinge per l'applicazione del principio di equità, da affiancarsi a quello di proporzionalità<sup>78</sup>. In particolare, rispetto alle ordinanze contingibili e urgenti, tale principio permetterebbe di attuare un sindacato giurisdizionale che, da una parte, tenga conto della situazione eccezionale e, dall'altra, garantisca la corrispondenza degli atti assunti al miglior interesse per la collettività. Ciò in ragione del fatto che la necessità e l'adeguatezza, che sottostanno

---

*proporzionalità nei sistemi amministrativi complessi. Il caso del governo del territorio*, Milano, 2013; F. NICOTRA, *I principi di proporzionalità e ragionevolezza dell'azione amministrativa*, in *Federalismi.it*, 2017, 12.

<sup>73</sup> V. FANTI, *Dimensioni della proporzionalità. Profili ricostruttivi tra attività e processo amministrativo*, cit., 280.

<sup>74</sup> Cons. Stato, sez. I, 22 marzo 2000, n. 256.

<sup>75</sup> Sul rapporto tra eccesso di potere e principio di proporzionalità cfr., A. SANDULLI, *Eccesso di potere e controllo di proporzionalità. Profili comparati*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1995, *passim*.

<sup>76</sup> R. CAVALLOPERIN, *Il diritto amministrativo e l'emergenza derivante da cause e fattori esterni all'amministrazione*, cit., 799.

<sup>77</sup> V. FANTI, *Dimensioni della proporzionalità. Profili ricostruttivi tra attività e processo amministrativo*, cit., 299.

<sup>78</sup> Sul ricorso al principio di equità si vedano, V. FANTI, *ult. op. cit.*, 333 ss; F. CAMMEO, *L'equità nel diritto amministrativo*, prolusione tenuta all'Università di Bologna nel 1924, in *Annuario della Regia Università di Bologna*, 1924, 16; A. GIANNINI, *L'equità*, in *Archivio giuridico Serafini*, 1931, 67; F. D'AGOSTINO, *Dimensioni dell'equità*, Torino, 1977; P. CALAMANDREI, *Il significato costituzionale delle giurisdizioni di equità (1921)*, in *Studi sul processo civile*, II, Padova, 1930, 25, ora in *Opere giuridiche*, vol. terzo, Napoli, Morano, 1985, 48; G. BOTTINO, *Equità e discrezionalità amministrativa*, Milano, 2004.

alle decisioni dalla P.A. in situazioni non prevedibili, si esprimono proprio nei principi di proporzionalità ed equità. A tal riguardo è, quindi, possibile ipotizzare l'affermazione di un *giudizio di equità*<sup>79</sup> in grado di verificare che le scelte operate dall'amministrazione siano, appunto, eque, cioè proporzionate ai fini che l'ordinanza intende perseguire.

Per completezza di esposizione è qui necessario aggiungere che in dottrina<sup>80</sup> si è sottolineato come la giurisprudenza amministrativa sviluppatasi durante l'emergenza prediliga un'impostazione ispirata oltre che al principio di proporzionalità anche a quelli di prevenzione e precauzione<sup>81</sup>. Quest'ultimi non possono che assumere rilevanza centrale anche – e soprattutto – in materia ambientale: si tratta della necessità di prevenire rischi attraverso il ricorso alle ordinanze contingibili e urgenti e di valutare “precauzionalmente” le possibili conseguenze delle misure adottate<sup>82</sup>. In particolare, il principio di precauzione, che a sua volta discende dal principio di prevenzione, va inteso come l'insieme di attività, di *facere* o di *non facere*, dirette ad impedire il verificarsi di un evento negativo o, almeno, a circoscrivere le possibili conseguenze dannose che ne potrebbero derivare. Giova, così, sottolineare il carattere *relazionale*<sup>83</sup> di tale principio che, in quanto misurabile, permette di estrapolare regole di giudizio<sup>84</sup>; fornisce, cioè, al giudice un criterio di metodo attraverso cui effettuare il bilanciamento tra diritti protetti (salute, ambiente, ecc.) e provvedimenti da adottare, finalizzati a prevenire un pericolo sia

---

<sup>79</sup> Così V. FANTI, *Dimensioni della proporzionalità. Profili ricostruttivi tra attività e processo amministrativo*, cit., 345 ss., secondo cui «si può affermare che, proprio per le caratteristiche tipiche e determinate dei provvedimenti di necessità e d'urgenza, il giudizio del giudice amministrativo, sia esso di legittimità, sia esso di merito, costituisce un giudizio di equità. Una equità che, nell'ipotesi in esame, si esprime principalmente attraverso la proporzionalità del contenuto dell'ordinanza, senza particolari riferimenti alla fase procedimentale. Un'equità che, al contrario, riguarderà ogni aspetto dell'esercizio del potere atipico dell'amministrazione in un'altra ipotesi. Nell'ipotesi, appunto, dei provvedimenti d'emergenza».

<sup>80</sup> M.S. BONOMI - G. BUTTARELLI - M. MARLANNA - M.C. POLLICINO - C. RAMOTTI - A. RENZI, *Diritti fondamentali e Covid-19*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2020, 5, 681.

<sup>81</sup> Cfr. L. BUTTI, *Principio di precauzione, Codice dell'ambiente e giurisprudenza delle corti comunitarie e della Corte Costituzionale*, in *Riv. Giur. Amb.*, 2006, 5, 809 ss.; F. DE LEONARDIS, *Coordinamento e sussidiarietà per l'amministrazione di emergenza*, in *Foro amm. – Cons. Stato* 2005, 3118 ss; R. FERRARA, *Emergenza e protezione dell'ambiente nella «società del rischio»*, in *Foro amm. – Tar*, 2005, 3356 ss.

<sup>82</sup> M.P. CHITI, *Il rischio sanitario e l'evoluzione dall'amministrazione dell'emergenza all'amministrazione precauzionale*, cit., 2.

<sup>83</sup> Sul tema si veda *funditus*, V. FANTI, *Dimensioni della proporzionalità. Profili ricostruttivi tra attività e processo amministrativo*, cit., 242 ss.

<sup>84</sup> Cfr. F. MERUSI, *Ragionevolezza e discrezionalità amministrativa*, cit., 47 ss.

anche ipotetico<sup>85</sup>. Si tratta di un pre-principio<sup>86</sup> che, pubblica amministrazione da una parte e autorità giudiziaria dall'altra, devono logicamente applicare prima di ogni altro, in quanto elemento in grado di valutare la possibilità astratta di un danno concreto<sup>87</sup>.

Solo attraverso il ricorso ai principi citati – oltre che, beninteso, il rispetto dei requisiti formali e sostanziali posti dalla normativa primaria – si potrà evitare che l'utilizzo delle ordinanze di necessità disciplinate dall'art. 191 del D.Lgs. n. 152 del 2006 sia finalizzato non solo a fronteggiare la situazione emergenziale che stiamo vivendo (come giustamente precisato dalla Circolare n. 22276 del 2020), ma anche a colmare le indubbie carenze del sistema e le inefficienze organizzative che ormai da anni caratterizzano il settore della gestione dei rifiuti.

## 5. Riflessioni finali.

Quanto appena descritto mostra la totale inadeguatezza dei modelli esistenti a far fronte alle difficoltà riscontrate. Si noti che tali difficoltà preesistono al sopraggiungere dell'emergenza pandemica. Le nuove esigenze legate al diffondersi del Covid-19 hanno unicamente accentuato le gravi lacune e gli equilibri precari tipici degli ordinamenti giuridici, derivanti da interventi legislativi disorganici e inefficaci e dall'inefficienza della struttura organizzativa attualmente in uso<sup>88</sup>.

A questo punto siano concessi due ordini di considerazioni.

Da una parte, se quanto finora sostenuto ha carattere provvisorio, in quanto legato ad un quadro destinato inevitabilmente a mutare, non può negarsi che gli spazi d'autonomia riservati alle amministrazioni territoriali abbiano rivestito (e stiano rivestendo) un ruolo essenziale non solo nell'attuare le misure adottate a livello centrale, ma anche e soprattutto per adattarle alle peculiarità territoriali.

---

<sup>85</sup> V. FANTI, *Dimensioni della proporzionalità. Profili ricostruttivi tra attività e processo amministrativo*, cit., 246.

<sup>86</sup> Così F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell'amministrazione di rischio*, cit., 322 ss.; V. FANTI, *Dimensioni della proporzionalità. Profili ricostruttivi tra attività e processo amministrativo*, cit., 245 ss.

<sup>87</sup> V. FANTI, ult. op. cit., 248.

<sup>88</sup> M. D'ARIENZO, *Dimensioni organizzative e modelli culturali in sanità: stato dell'arte e prospettive evolutive*, in *Federalismi.it, osservatorio di diritto sanitario*, 2021, 1, 197.

L'indeterminatezza e l'atipicità del contenuto, oltre che la possibilità di derogare alla normativa primaria, rende le ordinanze *ex art.* 191 del D.Lgs. n. 152 del 2006 particolarmente adatte a fronteggiare situazioni eccezionali ed imprevedibili. Dunque, se è pur vero che tali atti si conciliano difficilmente con l'idea di una amministrazione aperta e imparziale, sono comunque indispensabili, in quanto caratterizzate da quell'atipicità in grado di fronteggiare situazioni eccezionali<sup>89</sup>.

In altro senso, l'eccessivo ricorso allo strumento delle ordinanze contingibili e urgenti, particolarmente marcato in materia ambientale, è emblematica manifestazione dell'intolleranza dell'ordinamento verso la rigidità del sistema, circostanza, questa, del tutto indipendente dall'emergenza da Covid-19. L'attività delle Regioni, difatti, ha dimostrato che il ricorso a tale strumento, anche durante il periodo pandemico, sia stato attuato anche per reagire all'inadeguatezza delle strutture impiantistiche: un possibile collasso del sistema di gestione dei rifiuti non è sembrato, oggi, uno scenario del tutto irrealistico.

Così, tali ordinanze da «*valvoledi sicurezza*» si sono trasformate in strumenti di ordinaria gestione di una quota rilevante di situazioni di inefficienza impiantistica. La pandemia da Covid-19 ha semplicemente accentuato le carenze strutturali ed organizzative degli assetti attualmente in uso, mettendo in luce la necessità di sviluppare modelli più funzionali, anche in attuazione dei più recenti indirizzi europei che spingono verso l'incremento della c.d. economia circolare. In un'ottica di lungo periodo ci si chiede, dunque, se non sia giunto il momento di (ri)pensare ad una riorganizzazione generale della materia ambientale e, nel dettaglio, della gestione del ciclo dei rifiuti, in un'ottica di semplificazione della disciplina esistente e di un significativo riassetto organizzativo<sup>90</sup>. In tal senso, è di recente intervenuto anche il c.d. "Decreto Semplificazioni" (D.L. 16 luglio 2020, n. 76, convertito con modifiche con L. 11 settembre 2020, n. 120), che ha apportato modifiche alla disciplina in materia di valutazione di impatto ambientale (VIA), proprio con l'obiettivo di accelerare e semplificare alcuni passaggi procedurali.

---

<sup>89</sup> Così V. FANTI, *Dimensioni della proporzionalità. Profili ricostruttivi tra attività e processo amministrativo*, cit., 344.

<sup>90</sup> V. CAVANNA, *Tutela di salute e ambiente: riflessioni a margine dell'emergenza coronavirus*, in *AmbienteDiritto.it*, 2020, 4, 1112.

Allo stato, comunque, non va dimenticato come il diritto ambientale sia filologicamente articolato su più livelli e attribuisca un ruolo centrale ad operatori tra loro eterogenei, rispetto ai quali, oggi in maniera particolare, si percepisce l'impellente esigenza di dare risposte celeri e concrete. Segnatamente si tratta di individuare strumenti di tutela per la sicurezza dei lavoratori nel settore ambientale (che entrano in contatto diretto con i "nuovi" rifiuti infetti) e di adottare misure idonee a permettere alle imprese operanti nel settore una corretta gestione dei finanziamenti nazionali ed internazionali erogati in ragione dell'emergenza<sup>91</sup>. Si consideri, inoltre, la necessità di fornire metodologie e strumenti operativi per la sorveglianza dell'impatto nella società dei nuovi rifiuti direttamente o indirettamente legati all'emergenza (ad esempio, i dispositivi di protezione individuale o, in generale, i rifiuti provenienti da soggetti positivi, attualmente non riciclati) ed elaborare modelli di sviluppo sostenibile che tengano conto non solo della necessità di un corretto smaltimento dei rifiuti contaminati, ma anche della salvaguardia dell'ambiente e della valorizzazione del territorio.

Almeno per ora, non ci si può che auspicare interventi organici che in maniera incisiva, e non attraverso meri atti di indirizzo, provino a dare risposte certe ai soggetti coinvolti. Allo stato, infatti, pur essendo nota al legislatore la pericolosità delle ripercussioni della pandemia sul ciclo dei rifiuti, si riscontrano risposte ancora poco chiare e assai lontane dal definire una normazione di interesse comune. D'altro canto, non va dimenticato come una corretta gestione dei rifiuti, anche con riguardo a quelli contaminati ed infetti, è un'esigenza che preesisteva e che, senza alcun dubbio, perdurerà alla pandemia.

---

<sup>91</sup> Sul tema si segnala una maxi operazione, nota come "Retrovirus", compiuta dall'Ufficio europeo di polizia (Europol), che ha coinvolto 30 paesi e ha portato a 278.291 ispezioni e 102 arresti, all'interno della lotta allo smaltimento illegale di rifiuti sanitari prodotti in ragione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19.

# **E-GOVERNMENT E ACCESSIBILITÀ AI SERVIZI: IL "SINGLE DIGITAL GATEWAY"\***

**Lucia G. Sciannella**

**ABSTRACT** [ITA]: Il Regolamento UE 2018/1724 ha dato il via al "Single Digital Gateway" (SDG) con cui si punta ad uniformare a livello europeo l'accesso ai servizi attraverso informazioni di qualità e canali di assistenza per le imprese e i cittadini dell'UE (quindi anche transfrontalieri). In particolare, l'obiettivo è quello di istituire ben 21 servizi pubblici, le cui procedure dovranno poter essere interamente eseguite *online* in tutti i paesi UE entro i prossimi 4 anni. Si tratta di un'occasione importante anche per ridisegnare e semplificare questi servizi coinvolgendo i Responsabili della Transizione Digitale degli enti, nonché sviluppando azioni coordinate di semplificazione/digitalizzazione. Il presente contributo offre un'analisi delle modalità di attuazione del suddetto Regolamento, al fine di verificare l'impatto che è destinato ad avere sul piano dell'organizzazione dei servizi pubblici.

**ABSTRACT** [ENG]: *The EU Regulation 2018/1724 gave way to the "Single Digital Gateway" (SDG), with which the aim is to standardize access to services at european level, through quality information and assistance channels for businesses and EU citizens (therefore also crossborder). In particular, the goal is to establish 21 public services, whose procedures must be able to be fully performed online in EU countries within the next 4 years. This is also an important opportunity to simplify these services by involving the heads of the Digital Transition. This contribution offers an analysis of the methods of implementation of the EU Regulation, in order to verify the impact it is intended to have on the organization of public services.*

---

\* Il presente contributo è inserito nell'ambito del progetto di ricerca "PRIN" (2017), Unità di ricerca dell'Università di Teramo coordinata dal Prof. Salvatore Cimini, dal titolo "Garanzia dei diritti e qualità dei servizi nella prospettiva dello sviluppo territoriale integrato. Buon andamento, multilevel governance e cooperazione territoriale per una nuova strategia di acquisizione di risorse e razionalizzazione della spesa pubblica".

**SOMMARIO:** **1.** Premessa. - **2.** Lo scenario della *Digital Transformation* della Pubblica Amministrazione nell'istituendo mercato unico digitale europeo. - **3.** Dalla Direttiva "Servizi" al Regolamento istitutivo del "*Single Digital Gateway*". - **4.** Il *Single Digital Gateway Regulation* (EU) 2018/1724. - **5.** Il *Single Digital Gateway* e la nuova regolazione del mercato dei dati nell'UE. - **6.** Il *Single Digital Gateway* e l'*European Interoperability Framework*. - **7.** Il piano di digitalizzazione della Pubblica Amministrazione in Italia e la realizzazione dello "Sportello Unico di Accesso". - **8.** Considerazioni di sintesi.

## 1. Premessa.

La necessità di un affinamento dei meccanismi che incidono sull'andamento della spesa pubblica e l'esigenza di individuare interventi mirati al suo contenimento ha assunto un rilievo crescente nelle decisioni di politica economica dell'ultimo decennio, divenendo un tema centrale nell'ambito delle politiche di bilancio e del rilancio della crescita economica, soprattutto ai fini del rispetto degli obiettivi finanziari concordati in sede europea<sup>1</sup>.

Ma, com'è noto, è fuorviante guardare alla revisione della spesa pubblica solo in termini di verifica e riduzione della stessa, con l'obiettivo prioritario del risanamento dei conti pubblici e del rispetto del patto di stabilità. Invero, l'obiettivo deve essere quello di migliorare l'allocatione delle risorse, puntando ad un'utilizzazione efficiente della spesa destinata all'erogazione dei servizi, in quanto è evidente che il miglioramento dei meccanismi di controllo quantitativo e qualitativo di quest'ultima non può non passare da un aumento dell'efficienza della macchina amministrativa e, al tempo stesso, da una radicale rivisitazione dei modelli organizzativi di erogazione dei servizi per cittadini e imprese.

Un assunto che sembra particolarmente calzante per la spesa nel campo ICT e, in particolare, per quella destinata ai processi di digitalizzazione della Pubblica Amministrazione, suscettibile non solo di consentire allo Stato di migliorare l'efficienza della funzione di bilancio, ma anche, nel medio-lungo periodo, di trasformare l'architettura stessa della *policy* pubblica, nella direzione di rendere la

---

<sup>1</sup> Cfr., *ex multis*, E. Ronconi, *Spesa pubblica in Italia e in Europa*, in *Amministrare*, 1/2018, 159 ss.; G. Rivosecchi, *Decisioni di bilancio e politiche pubbliche fra Unione europea, Stato e autonomie territoriali*, in *Diritto Pubblico*, 2/2018, 385-400; C. Buzzacchi, *Equilibrio di bilancio versus autonomie e "Stato sociale"*, in *Amministrare*, 1/2014, 52 ss.

stessa più accessibile e meno onerosa dal punto di vista finanziario. Difatti, la digitalizzazione sposta l'amministrazione verso una dimensione di piattaforma, su cui interagiscono cittadini e servizi pubblici, comportando una necessaria e parallela trasformazione degli attuali modelli organizzativi, cui si lega un radicale ripensamento della modalità di gestione dei flussi di dati<sup>2</sup>.

D'altronde, in questa direzione si sta, da tempo, muovendo l'Unione europea, sviluppando, all'interno del mercato unico, un sistema avanzato di *e-Government*. Come delineato dalla Commissione europea, «il settore pubblico, che rappresenta oltre un quarto dell'occupazione totale e contribuisce a circa un quinto del PIL dell'UE attraverso gli appalti pubblici, gioca un ruolo chiave nel mercato unico digitale come regolatore, fornitore di servizi e datore di lavoro»<sup>3</sup>. Ma gli aggravii amministrativo-contabili legati al c.d. "cost of slow Europe" sono particolarmente ingenti, stimati in circa 748 miliardi l'anno<sup>4</sup>. Barriere di accesso, carenza di informazioni *online*, portali poco funzionali comportano costi notevoli: nel 2017, i costi totali sostenuti dalle imprese per trovare informazione, soprattutto nell'ambito delle attività transfrontaliere, hanno toccato l'importante cifra di 57,2 miliardi di Euro, mentre il tempo impiegato dai cittadini e dalle imprese per far fronte alle difficoltà di accesso ai servizi *online* ha un impatto economico di oltre 600 milioni di Euro<sup>5</sup>. Sotto altro profilo, secondo i dati offerti dalla Commissione europea, i vantaggi per le imprese e i cittadini derivanti, ad esempio, dalla registrazione "once only" dei dati, nonché da un approccio "whole of government" sono calcolati in circa 5 miliardi l'anno<sup>6</sup>. Tuttora persistono ostacoli significativi sia per i cittadini che per le imprese a trasferirsi, vendere prodotti o fornire servizi in un altro Paese dell'UE: trovare informazioni pertinenti, accurate e comprensibili *online*, nonché essere in grado di accedere ed eseguire procedure amministrative *online* permane oneroso in termini di tempo e amministrativamente costoso.

<sup>2</sup> In tema, cfr. A. Drigas, L. Koukianakis, *Government Online: An e-Government Platform to Improve Public Administration Operations and Services Delivery to the Citizen*, in M.D. Lytras (cur.), *Visioning and Engineering the Knowledge Society. A Web Science Perspective*, Springer, Heidelberg, 2009, 523-532.

<sup>3</sup> Commissione europea, *European Interoperability Framework. Implementation Strategy*, Bruxelles, 23-03-2017, COM (2017), 134.

<sup>4</sup> Parlamento europeo, *Reducing costs and barriers for Businesses in the Single Market*, Study for the IMCO Committee, 2016 ([https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/578966/IPOL\\_STU\(2016\)578966\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/578966/IPOL_STU(2016)578966_EN.pdf)).

<sup>5</sup> Commissione europea, *Study on information and assistance needs of businesses operating cross-border within the EU, including gap and cost analysis*, Final Report (<https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/21d917b2-4676-11e7-aea8-01aa75ed71a1/language-en>), 2017.

<sup>6</sup> Commissione europea, *Study in e-government and the Reduction of Administrative Burden*, Final Report, 2012 (<https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/final-report-study-egovernment-and-reduction-administrative-burden-smart-20120061>).

Per questa ragione, nell'ambito del terzo piano d'azione della Commissione europea in tema di *e-Government*, attualmente in corso, il processo delineato per accelerare le trasformazioni digitali della pubblica amministrazione è guidato da una pervicace visione con cui si tenta di gettare le basi per una pubblica amministrazione in grado di fornire mobilità transfrontaliera nel mercato unico dell'UE attraverso servizi pubblici di qualità, interoperabili e digitali<sup>7</sup>.

Per realizzare tale visione, il Piano di *e-Government* dell'UE identifica tre priorità:

(i) modernizzazione delle pubbliche amministrazioni utilizzando “*Key Digital Enablers*”; (ii) mobilità dei cittadini e delle imprese mediante interoperabilità transfrontaliera; (iii) interazione digitale tra pubbliche amministrazioni e cittadini per servizi pubblici di alta qualità. Nell'ambito di tali priorità politiche, il piano d'azione per l'*e-Government* individua 20 azioni concrete, che devono servire per costruire sistemi amministrativi su basi solide, come ad esempio la semplificazione, i processi di razionalizzazione, capacità istituzionale, interoperabilità. In questa cornice, l'apertura tra le amministrazioni a livello transfrontaliero viene vista come elemento essenziale per aumentare l'efficienza e facilitare l'implementazione di piattaforme amministrative basate sul principio di “open data”. L'apertura a terzi di dati e servizi del settore pubblico, nel pieno rispetto del quadro giuridico per la protezione dei dati personali, può facilitare il riutilizzo di tali risorse per la progettazione di servizi mirati, personalizzati, proattivi e basati sull'interoperabilità.

In una cornice, dunque, contrassegnata da un processo di digitalizzazione dei servizi particolarmente innovativo e incentrata sulla comunicazione transfrontaliera dei dati, l'Unione europea ha inteso istituire, con il Regolamento n. 2018/1724, un “*Single Digital Gateway*” quale soluzione organizzativa per garantire a cittadini e imprese l'accesso *online* alle informazioni e ai servizi di assistenza relativi a ben 21 diverse procedure amministrative, superando in tal modo i numerosi ostacoli – anche di ordine economico – che si frappongono al funzionamento del mercato unico europeo. Sotto tale profilo, il *Single Digital Gateway* – oltre a riconoscere un vero e proprio diritto di accesso ai servizi nella loro dimensione digitale – è destinato a divenire un importante strumento a disposizione dei cittadini e delle imprese, sia a livello nazionale che transfrontaliero, per svolgere più facilmente e con un minor dispendio di risorse attività inerenti al lavoro, allo studio, agli spostamenti, all'esercizio professionale, adeguando strutture e apparati alle innovative potenzialità

---

<sup>7</sup> Commissione europea, *EU eGovernment Action Plan 2016-2020. Accelerating the Digital Transformation of Government*, COM(2016) 179 Final, 14-04-2016. (<https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/communication-eu-egovernment-action-plan-2016-2020-accelerating-digital-transformation>).

di un'amministrazione integralmente digitalizzata. E questo non solo per i servizi alle imprese, che rappresentano uno dei settori chiave di funzionamento del mercato unico, ma per tutti i servizi essenziali rivolti ai cittadini.

L'introduzione di un *Single Digital Gateway* a livello europeo assume un ruolo particolarmente significativo sotto molteplici profili. In primo luogo, dal punto di vista giuridico, esso si pone quale elemento centrale per la semplificazione dei procedimenti e per una decentralizzazione delle competenze, con conseguente riduzione dei carichi burocratici. In secondo luogo, un unico accesso digitalizzato si rivela particolarmente utile per le imprese, cui viene offerto un importante strumento per procedere a quel adeguamento tecnologico ormai indispensabile per essere competitivi sul piano internazionale.

Alla luce di quanto sopra, il *Single Digital Gateway* sembra destinato a rivestire un ruolo che va al di là del (pur significativo) miglioramento della qualità di accesso alle informazioni e di erogazione dei servizi. Dunque, fare un bilancio dello stato di attuazione, per identificarne successi e criticità, appare fondamentale ai fini della comprensione della più complessa strategia europea sull'*e-Government*.

## **2. Lo scenario della *Digital Transformation* della Pubblica Amministrazione nell'istituendo mercato unico digitale europeo**

Come già accennato, la costruzione del *Single Digital Gateway* rappresenta uno dei punti di maggiore qualificazione dell'intero processo di *e-Government* avviato in ambito europeo sin dai primi anni Ottanta e che si è posto l'obiettivo di ripensare radicalmente l'assetto organizzativo della Pubblica Amministrazione attraverso una maggiore semplificazione e un miglioramento qualitativo del rapporto con l'utente. Partendo da una visione "*user-centric*", i piani di e-GOV dell'Unione europea hanno puntato a una riorganizzazione in termini tecnologici dei processi di *back-office*, preposti all'erogazione *online* del servizio finale, ponendo la massima enfasi sull'interconnessione e sull'interscambio di dati e informazioni tra le Pubbliche Amministrazioni.

Basti qui ricordare il primo programma-quadro del periodo 1984-1987, che includeva una sotto-misura dedicata alle tecnologie dell'informazione denominata "ESPRIT"<sup>8</sup>, ed anche il "Libro Verde sulla liberalizzazione del mercato delle

---

<sup>8</sup> Decisione del Consiglio 84/130/CEE, 28-02-1984.

telecomunicazioni”<sup>9</sup> e il successivo “Libro Bianco” su “Crescita, competitività, occupazione”<sup>10</sup>.

A partire dagli anni 2000, i piani dell’UE sullo sviluppo tecnologico sono convogliati in un programma d’azione incentrato sull’implementazione di servizi per le imprese e per la PA in ottica digitale, al fine di creare un contesto in grado di stimolare gli investimenti e l’innovazione.

Il piano d’azione del 2002 si è concentrato principalmente sulla connettività e sulla diffusione dei servizi Web all’interno del mercato unico. Le ICT sono quindi diventate tecnologie “enabling”, a sostegno della competitività e del buon funzionamento di tutti i settori dell’economia e incentrate sull’accesso all’alta formazione scientifica e tecnologica da parte di una percentuale significativa dei cittadini. Al fine di stimolare un mercato interno aperto e competitivo per la società dell’informazione, la Commissione europea ha lanciato l’iniziativa “i2010”<sup>11</sup>, in cui le ICT sono state ritenute “forza trainante” dell’economia digitale e della competitività, in grado di assicurare ai cittadini dell’UE maggiore inclusione e accesso a servizi di qualità. Nell’ambito di tale iniziativa, la Commissione europea ha pubblicato un piano d’azione sull’*e-Government*<sup>12</sup>, con cui mirava ad aumentare l’efficienza dei servizi della pubblica amministrazione favorendo, tra l’altro, l’accesso transfrontaliero agli stessi, così da garantire ai cittadini europei una mobilità sostenibile all’interno del mercato unico.

Nel 2010, una crisi economico-finanziaria particolarmente complessa e impattante sul tessuto economico e sociale dell’UE, ha fatto da sfondo all’iniziativa “Agenda Digitale Europea”, fortemente voluta dalla Commissione europea per garantire una «distribuzione più ampia e un uso più efficace delle tecnologie digitali» e, dunque, ottenere vantaggi socio-economici sostenibili, grazie a un mercato digitale unicobasato su Internet veloce e superveloce e su servizi interoperabili<sup>13</sup>.

L’Agenda Digitale è organizzata attorno a sette pilastri, ossia sette “iniziative-faro”, che si pongono l’obiettivo di favorire la competitività e lo sviluppo del mercato

---

<sup>9</sup> Commissione europea, *Towards a Dynamic European Economy. Green Paper on the Development of the Common Market for Telecommunications Services and Equipment*, COM (87), 1987 (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:51987DC0290&from=en>).

<sup>10</sup> Commissione europea, *Crescita, competitività e innovazione, le sfide per le vie da percorrere per entrare nel XXI secolo*, Libro Bianco, Lussemburgo, 1993.

<sup>11</sup> Parlamento europeo, *Digital Agenda and Cohesion Policy*, vol. I, 2018 (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=LEGISSUM:c11328&from=IT>).

<sup>12</sup> Commissione europea, *Il piano d’azione e-Government per l’iniziativa i2010*, COM/2006/0173, 25-04-2006 (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52006DC0173&from=EN>).

<sup>13</sup> Commissione europea, *Un’agenda digitale europea*, COM(2010)245, 19-05-2010 (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52010DC0245&from=FI>).

europeo, puntando sull'innovazione anche attraverso un mercato unico europeo di beni e servizi digitali, in cui i cittadini e le imprese «abbiamo le competenze necessarie e possano usufruire di servizi elettronici interconnessi e plurilingue che spazino dalla pubblica amministrazione alla giustizia, dalla sanità all'energia e ai trasporti»<sup>14</sup>.

Fin dal 2010, in considerazione degli obiettivi iscritti nell'Agenda Digitale, la Commissione ha avviato un intenso processo di adeguamento normativo, che ha portato, nel volgere di pochi anni, all'approvazione della Direttiva 2013/37/UE (ISP), relativa al riutilizzo delle informazioni del settore pubblico, del Regolamento n. 2014/910 (eIDAS), che ha regolamentato l'identificazione elettronica e i servizi fiduciari per le transazioni elettroniche nel mercato interno, della Decisione n. 2015/2240 (ISA2), che ha inteso istituire un programma sulle soluzioni di interoperabilità e di quadri comuni per le pubbliche amministrazioni, le imprese e i cittadini, del Regolamento (UE) n. 1024/2012, che ha introdotto il "Sistema di Informazione del Mercato Interno" ("IMI") per lo scambio di informazioni tra le pubbliche amministrazioni e, infine, del Regolamento n. 2016/679 (GDPR) sulla protezione dei dati personali. Tale complesso *corpus* normativo palesa la volontà dell'UE di darsi una visione estremamente ampia della digitalizzazione, che abbraccia l'insieme delle politiche e delle regole dell'ordinamento comunitario.

Con l'adozione dell'*Action Plan sull'eGovernment del term "2016-2020"*, la Commissione europea ha poi individuato i principi base su cui fondare l'azione per l'*e-government* ritenendo che «la trasformazione digitale del governo è un elemento chiave per il successo del mercato unico»<sup>15</sup>. Alla luce di tale constatazione, l'obiettivo perseguito è stato quello di rendere le amministrazioni pubbliche e le istituzioni pubbliche dell'UE aperte, efficienti e inclusive, incentrate su servizi digitali "end-to-end" ubiquitari, personalizzati, accessibili e innovativi.

Il piano d'azione della Commissione – come accennato in premessa – contiene oltre venti misure, alcune di nuove implementazioni, altri da valorizzare, quali l'identità digitale e la firma digitale, il portale europeo della giustizia elettronica come sportello unico per informazioni sulle questioni riguardanti l'amministrazione della giustizia, l'interconnessione elettronica dei registri delle insolvenze, il sistema di interconnessione dei registri delle imprese (BRIS), la diffusione e l'adozione dell'infrastruttura dei dati della Direttiva "INSPIRE".

---

<sup>14</sup> Commissione europea, *Strategia per il mercato unico digitale in Europa*, COM(2015) 192, Bruxelles, 06-05-2015, p. 17.

<sup>15</sup> Commissione europea, *EU eGovernment Action Plan 2016-2020*, COM(2016) 179 final, cit

In linea con il programma di *e-Government*, il 13 settembre 2017, la Commissione europea, nell'ambito della presentazione del discorso sullo stato dell'Unione, ha ufficializzato l'adozione del c.d. "*Compliance Package*", contenente tre iniziative: (i) l'adozione del Regolamento istitutivo del "*Single Digital Gateway*"; (ii) la proposta di adozione del "*Single Market Information Tool*" (SMIT); (iii) il Piano d'azione per il rafforzamento di "*SOLVIT*", il servizio gratuito che coadiuva imprese e cittadini in caso di difficoltà negli spostamento all'interno del mercato unico e allorquando svolgono un'attività transfrontaliera nell'UE. In tale cornice, la proposta di istituzione del *Single Digital Gateway* ha consentito all'UE di porre un tassello fondamentale per la realizzazione del piano di e-GOV<sup>16</sup>.

Ma il piano di reingegnerizzazione di procedimenti e controlli della Pubblica Amministrazione non si è arrestato qui, conoscendo – più recentemente – un nuovo slancio a seguito dell'adozione, in tema di *e-Government*, di due importanti Dichiarazioni, sottoscritte dagli Stati membri dell'UE, la prima, a Tallin, nel 2017<sup>17</sup>, e la seconda, a Berlino, nel 2020<sup>18</sup>.

---

<sup>16</sup> Per assistere l'utente, il *Gateway* deve svilupparsi su tre livelli: informazioni, procedure e servizi di assistenza. Quanto al primo livello, l'UE ha inteso sviluppare l'accesso alle informazioni partendo dal potenziamento del portale "Your Europe", al cui interno sono state individuate ben quindici "top-level information classes", in cui sono integrate le informazioni destinate ai cittadini e alle imprese sulla legislazione a livello europeo e statale, oltre a servizi di consulenza della Commissione, come "Europe Direct", il "Servizio di orientamento per i cittadini" e "SOLVIT", che coadiuva gli utenti sulla corretta applicazione delle norme comunitarie. A livello procedurale, lo Sportello consente all'utente di accedere online a tutte le procedure necessarie per le attività transfrontaliere, così da ridurre gli oneri amministrativi per cittadini e imprese. Infine, quanto ai servizi di assistenza inclusi nello Sportello digitale, attengono a quelli creati direttamente dalla normativa comunitaria o cofinanziati tramite il bilancio dell'UE e che consentono all'utente di poter disporre di un canale diretto di accesso per l'espletamento di pratiche riguardanti delle principali attività transfrontaliere.

<sup>17</sup> La Dichiarazione rinnova gli impegni già sottoscritti a Malmö nel 2009 dai rappresentanti dell'UE a compiere progressi significativi nella fornitura di servizi pubblici digitali transfrontalieri di alta qualità e incentrati sulle esigenze dell'utente, individuando linee guida per la creazione di un'azione di cooperazione digitale che coinvolge l'interno continente europeo, individuando cinque punti essenziali per lo sviluppo e il funzionamento dei servizi digitali pubblici e per favorire lo scambio di informazioni tra amministrazioni pubbliche, cittadini e imprese: (i) "Digital-by-default, inclusiveness and accessibility", per consentire a tutte le imprese e ai cittadini di dialogare attivamente e digitalmente con la PA; (ii) "Once-Only", con cui i Paesi si impegnano ad adottare misure per individuare oneri amministrativi ridondanti nei servizi pubblici e introdurre nuove opportunità per i cittadini e le imprese nei servizi pubblici digitali attraverso la collaborazione e lo scambio di dati; (iii) "Trustworthiness and Security", con cui gli Stati membri si impegnano a promuovere l'uso dell'identificazione elettronica e dei servizi relativi alle transazioni elettroniche e all'identificazione digitale; (iv) "Openness and Transparency", i paesi si impegnano a velocizzare la facilitazione ai servizi delle PA, rendendoli maggiormente accessibili e abbattendone i costi; "Interoperability by default", in cui gli Stati si impegnano a far dialogare i relativi sistemi digitali, utilizzando soluzioni open source e programmi interoperabili; (v) "Horizontal enabling policy steps", i Paesi si impegnano a intraprendere misure utili ai fini dell'arricchimento delle competenze di leadership digitali tra i funzionari pubblici.

<sup>18</sup> A distanza di tre anni dall'adozione della Dichiarazione di Tallin, gli Stati membri e i Paesi associati hanno voluto presentare una nuova agenda condivisa per il governo digitale che guarda oltre lo stato dei lavori e

L'elemento di continuità tra le due Dichiarazioni è ravvisabile nella persistente attenzione all'implementazione di servizi digitali di qualità, incentrati sull'utilizzo dell'identificazione elettronica e sulla piena vincolatività del principio "once only". Inoltre, l'approccio in chiave antropocentrica che pervade soprattutto la Dichiarazione di Berlino è sicuramente derivato dall'influenza esercitata dagli sconvolgimenti indotti dall'emergenza sanitaria da coronavirus, in cui il digitale si è posto, improvvisamente, come unico canale di accesso per l'accesso alle informazioni e per l'erogazione dei servizi.

Da ultimo, nel quadro dell'Agenda Digitale 2016-2020, la Commissione europea ha intrapreso azioni concrete per dare nuovo slancio allo sviluppo di nuovi servizi pubblici digitali transfrontalieri accessibili dal *Single Digital Gateway*, i quali includono, tra l'altro, la creazione di piattaforme interoperabili destinato a offrire un quadro comune per la gestione dell'identità elettronica dei cittadini (e-ID), oltre alla promozione del programma per la competitività e l'innovazione.

---

riconosce il ruolo centrale della trasformazione digitale, soprattutto nella risposta dell'UE all'emergenza sanitaria scoppiata con il coronavirus. Ma la Dichiarazione di Berlino sembra rappresentare qualcosa in più di un semplice rinnovo di vecchi impegni. Si tratta di un approccio importante e rinnovato ai servizi digitali che mette i cittadini al centro di un "governo orientato ai servizi, affidabile e innovativo". La Dichiarazione di Berlino mira a rafforzare «il ruolo pionieristico delle pubbliche amministrazioni nel guidare una trasformazione digitale basata sui valori delle nostre società europee».

In effetti, la portata decisamente più ampia e incisiva della Dichiarazione di Berlino la si può evincere dalla portata dei principi ivi individuati: (i) "validity and respect for fundamental rights and democratic values", delineando, dunque, una trasformazione digitale che ponga al centro dell'azione degli Stati il rispetto dei diritti dell'uomo; (ii) "Social participation and digital inclusion to shape the digital world", prospettando la necessità che gli Stati avviino processo di "co-creazione" di servizi pubblici digitali, all'insegna di un'evoluzione digitale che segni il passaggio dall'e-Government al "mobile Government" incentrato al rispetto della trasparenza e della partecipazione democratica; (iii) "Empowerment and digital literacy", riaffermando la necessità di promuovere le competenze digitali dei cittadini, fornendo servizi pubblici accessibili e trasparenti; (iv) "Trust and security in digital Government interactions", richiamando la centralità della sicurezza nella sfera digitale, che include la promozione dell'identificazione elettronica, il rafforzamento della sicurezza informatica, il riutilizzo responsabile e legale dei dati e il principio "once only"; (v) "Digital Sovereignty and interoperability", ponendo la questione della sovranità digitale europea al centro del processo di creazione di una società digitale più resiliente e sostenibile, unitamente alla riaffermazione dei principi degli Open Data, unitamente alla strategia europea dei dati in una cornice di interoperabilità rafforzata che deve contribuire alla competitività europea e alla sovranità dei dati; (vi) "Human-centric systems and innovative technologies in the public sector", riaffermando la centralità del principio antropocentrico nello sviluppo di sistemi basati sull'utilizzo dell'Intelligenza Artificiale; (vii) "Towards a resilient and sustainable digital society", puntando allo sviluppo di una società digitale che, alla luce della lezione offerta dalla pandemia da COVID-19, fondi la propria azione sui principi della sostenibilità e della resilienza, mediante l'implementazione di fonti rinnovabili ma, soprattutto, lo scambio dei dati nella gestione delle crisi, soprattutto in ambito sanitario, garantendo un uso appropriato e sano delle tecnologie digitali.

### 3. Dalla Direttiva “Servizi” al Regolamento istitutivo del “Single Digital Gateway”

L'esigenza di offrire ai cittadini e alle imprese strumenti in grado di garantire l'accesso transfrontaliero ai servizi digitali è, dunque, da tempo al centro dell'attenzione della Commissione europea, rappresentando uno dei principali punti qualificanti dell'esteso processo di *e-Government*.

In una prima fase, l'UE ha portato avanti iniziative soprattutto a carattere settoriale, includenti la richiesta di apertura di singoli punti di accesso per alcuni servizi, punti di contatto relativamente alla commercializzazione di individuati prodotti, centri di assistenza per le qualifiche professionali, nonché assistenza ai consumatori. Successivamente, sono state avviate ulteriori e più strutturate iniziative riguardanti la creazione del portale “La tua Europa – Your Europe”, allo scopo non solo di fornire ai cittadini e alle imprese informazioni pratiche sui diritti e opportunità nell'ambito del mercato unico, ma altresì consentire l'attivazione del portale sulla giustizia elettronica, sull'IVA e sulla rete europea per l'impiego (EURES).

È stata la Direttiva 2006/123/CE sui servizi a prevedere la prima realizzazione, a livello nazionale, entro il 2009, di «sportelli unici per l'informazione e l'assistenza nelle procedure amministrative e garantire che tali procedure siano completate elettronicamente», allo scopo di ridurre la burocrazia e modernizzare le amministrazioni nazionali. La Direttiva in parola imponeva agli Stati l'obbligo di garantire che tutte le procedure e le formalità relative all'accesso e all'esercizio di un'attività di servizio dovessero essere espletate *online*, tramite punto di contatto nazionali (art. 8).

Tuttavia, l'attuazione di tale obbligo all'interno dei singoli Stati membri, è stata, almeno nella prima fase, alquanto frammentaria. Per rimediare, il Consiglio UE ha adottato, nel 2013, la “*Charter for the Electronic Points of Single Contact*”, che ha consentito di condurre un'analisi approfondita sullo stato di attuazione dei punti di accesso all'interno degli Stati membri, valutandone, sulla base di quattro distinti parametri, sia la portata che la funzionalità. I dati raccolti sono poi confluiti in un *Report* che ha dettagliato i problemi e delineato le possibili soluzioni<sup>19</sup>. Tra queste

---

<sup>19</sup> Il *Report*, intitolato “Le prestazioni degli sportelli unici: una valutazione rispetto alla Carta dello sportello unico”, è stato pubblicato nel 2015 ([https://ec.europa.eu/growth/content/performance-points-single-contact-%E2%80%93-93-assessment-against-psc-charter-0\\_en](https://ec.europa.eu/growth/content/performance-points-single-contact-%E2%80%93-93-assessment-against-psc-charter-0_en)). Nel caso italiano, l'analisi condotta ha evidenziato l'esistenza, a livello di servizi digitali della PA, un “modello di governance frammentato”, privo di una effettiva funzionalità. Al fine di un suo miglioramento, il Report cita alcune misure che avrebbero richiesto un'attuazione nel breve periodo, quali l'implementazione di un portale unico a livello centrale, cui far confluire tutte le attività svolte da tutte le amministrazioni e con una connotazione “*user centric*”. Nel complesso, la qualità dei punti

ultime, la Commissione ha posto particolare enfasi sulla necessità di avviare la costruzione, a livello europeo, di una piattaforma comune di accesso ai servizi transfrontalieri.

Il progetto di implementazione di un unico punto di accesso per i servizi digitali all'interno del mercato unico ha poi trovato spazio nell'ambito dell'iniziativa del Consiglio UE "Competitività" del marzo 2015, nelle cui Conclusioni si evidenziava la necessità di un impegno, a livello politico, per «rafforzare e razionalizzare gli strumenti del mercato unico (...) al fine di soddisfare meglio le esigenze delle imprese e dei cittadini nelle loro attività transfrontaliere». Tale posizione è stata ribadita dal Consiglio "Competitività" nel febbraio 2016, evidenziando che il progetto di «Sportello Digitale Unico risponderebbe in particolare alle esigenze delle start-up»<sup>20</sup>.

Nel settembre 2015, diciassette Stati membri hanno chiesto alla Commissione europea un'iniziativa che consentisse la creazione di una rete di punti di accesso digitali che aiutasse le imprese ad avviare e ampliare il commercio transfrontaliero.

In linea con tali prime iniziative, il Parlamento europeo, con la Risoluzione del 19 gennaio 2016 – intitolata "Verso un atto per il mercato unico digitale"<sup>21</sup> – ha espressamente avanzato la richiesta di implementazione di uno sportello che fungesse da procedura digitale unica per le imprese, così da consentire loro di provvedere mediante un unico accesso per la gestione dei principali servizi.

Alla luce delle sollecitazioni giunte da più parti, la Commissione europea ha aperto, nel 2016, la fase di iniziativa in merito all'elaborazione di un Regolamento europeo istitutivo dello *Single Digital Gateway*. In questa prima fase, è stata condotta una consultazione pubblica, che si è svolta dal 26 luglio al 28 novembre 2017, rivolta al mondo imprenditoriale, ai cittadini e all'autorità pubblica, e che ha evidenziato un consenso ampio attorno alla proposta di offrire un unico punto di accesso per i servizi transfrontalieri<sup>22</sup>.

---

unici di accesso attivi nell'ordinamento italiano viene ritenuta "superiore alla media", ma con alcune aree che avrebbero richiesto un'azione di miglioramento. Sul punto, oltre alla necessità di migliorare l'usabilità tecnica di alcuni servizi, si richiamava la necessità di sviluppare "eSkills" di cittadini e imprese al fine di aumentare la fruibilità delle più innovative applicazioni (file:///Users/luciasciannella/Downloads/Italy\_(IT)%20Final.pdf).

<sup>20</sup> Consiglio UE, Competitiveness Council, *Report*, 2/3-03-2015:

(<https://www.consilium.europa.eu/en/meetings/compet/2015/03/02-03/>).

<sup>21</sup> Parlamento europeo, *Verso un atto per il mercato unico digitale*, A8-0371/2015, 19-01-2016 ([https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2016-0009\\_IT.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2016-0009_IT.html)).

<sup>22</sup> Cfr. Commissione europea, *Relazione riepilogativa sulla consultazione dei portatori d'interesse sullo sportello digitale unico*, SWD(2017), 212, 02-05-2017 (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52017SC0212&from=EN>).

Nel gennaio 2017 è stata pubblicata la relazione sulla cittadinanza dell'UE, in cui si richiama la necessità di istituire il "Single Digital Gateway" come priorità per l'effettivo godimento dei diritti da parte dei cittadini dell'UE<sup>23</sup>.

Dal punto di vista giuridico, la proposta di Regolamento istitutivo del *Single Digital Gateway* è intervenuta a modificare la normativa previgente riguardante, in particolare, il Regolamento (UE) n. 1024/2012, relativo all'istituzione di un sistema di informazione del mercato interno ("IMI") per la cooperazione tra le Pubbliche amministrazioni degli Stati membri nell'ambito delle politiche relative al mercato interno<sup>24</sup>. Difatti, con l'entrata in funzione del *Single Digital Gateway*, i servizi riconducibili al sistema "IMI" sono destinati a confluire nel *Single Digital Gateway* ed essere, quindi, usufruiti sia dai cittadini che dalle imprese.

L'iter legislativo di adozione del Regolamento ha preso formalmente avvio il 22 febbraio 2018, con l'apertura, da parte della Commissione per il mercato interno e la protezione dei consumatori (IMCO)

del Parlamento europeo, della procedura interistituzionale, in vista del raggiungimento di un accordo in prima lettura. Il Consiglio ha poi discusso la proposta nell'ambito di ben 14 riunioni del gruppo "Competitività e Crescita". Nel complesso, gli obiettivi e gli strumenti che erano stati previsti nella proposta della Commissione sono stati mantenuti, ma è stata inserita la norma relativa al fatto che lo sportello dovesse convergere nel portale "Your Europe", gestito dalla Commissione e dal quale poi accedere alle pertinenti pagine Web nazionali e dell'UE. Sono state altresì ampliati i servizi disponibili, che sono passati dalle iniziali 13 a ben 21, ricomprendendo anche le transazioni relative alla proprietà, al pagamento tributi e ad altri adempimenti fiscali<sup>25</sup>.

<sup>23</sup> Relazione sulla cittadinanza dell'Unione, 2017:

([https://ec.europa.eu/italy/20170124\\_relazione\\_cittadinanza\\_2017\\_it](https://ec.europa.eu/italy/20170124_relazione_cittadinanza_2017_it)).

<sup>24</sup> Il sistema "IMI", introdotto dal Regolamento (UE) n. 1024/2012, dispone di un'applicazione software finalizzata allo scambio transfrontaliero di informazioni e di assistenza. Diversamente dal *Single Digital Gateway*, il sistema "IMI" non è accessibile agli utenti e alle imprese. Viene utilizzato esclusivamente per la cooperazione amministrativa in relazione all'attuazione degli atti relativi al mercato interno. Ad oggi, il sistema previsto dal Regolamento "IMI" prevede 67 procedure di collaborazione amministrativa in 17 settori di intervento che attengono ad attività transfrontaliere. Il Regolamento in parola definisce gli ambiti di applicazione del sistema di interscambio, i ruoli e le responsabilità dei diversi collaboratori. In tale ambito, è stata introdotta, nel 2016, la Tessera Professionale europea (EPC), che consente il riconoscimento delle qualifiche professionali. Nel 2020, l'IM è stato poi esteso anche alla rete di cooperazione per la tutela dei consumatori. Secondo i dati diffusi dalla Commissione europea, il sistema "IMI" conta oltre 12000 amministrazioni registrate e oltre 18000 utenti registrati.

<sup>25</sup> Commissione europea, *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on establishing a single digital gateway to provide information, procedures, assistance and problem solving services and amending Regulation (EU) 1024/2012*, SWD(2017), 213, Bruxelles, 02-05-2017 (<https://eurlex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52017SC0213&rid=4>).

Il Regolamento che istituisce uno sportello digitale unico per l'accesso a informazioni, procedure e servizi di assistenza e di risoluzione dei problemi, di modifica del Regolamento (UE) n. 1024/2012, è stato approvato in via definitiva dal Parlamento europeo e dal Consiglio il 1° ottobre 2018.

#### 4. Il Single Digital Gateway Regulation (EU) 2018/1724

Con l'entrata in vigore del Regolamento n. 1724/2018, istitutivo del "*Single Digital Gateway*", si è aperta una nuova fase per l'esercizio dei diritti dei cittadini e delle imprese. Esso rappresenta il punto di accesso *online* per i cittadini e le imprese dell'UE nello svolgimento delle attività transfrontaliere. Suo compito è quello di fornire risultati della ricerca affidabili e verificati su regole, diritti, procedure e servizi di assistenza di alta qualità, garantendo agli utenti la possibilità di eseguire gran parte di queste procedure interamente *online* e nel rispetto del principio "*once only*"<sup>26</sup>. Ai sensi dell'art. 2 del Regolamento in esame, la Commissione e gli Stati membri «istituiscono uno sportello digitale unico [...] composto da un'interfaccia utenti comune – accessibile in tutte le lingue ufficiali dell'Unione – gestita dalla Commissione, integrata nel portale "La tua Europa"».

Il *Gateway* consente all'utente di accedere alle informazioni relative a: (i) diritti, obblighi e norme nelle aree incluse nell'Allegato I del Regolamento, in relazione al quadro normativo nazionale che si applica sia a livello nazionale che europeo<sup>27</sup>; (ii)

<sup>26</sup> Reg. 1724/2018, art. 1, lett. b).

<sup>27</sup> L'Allegato I elenca i servizi che sono accessibili dallo Sportello digitale unico: "Viaggiare all'interno dell'Unione" (documentazione richiesta per spostarsi all'interno dell'UE); "Lavoro e pensionamento all'interno dell'Unione" (ricerca di un'occupazione in un altro Stato membro; assunzione; riconoscimento qualifiche; norme in materia di responsabilità e assicurazione obbligatoria; condizioni di impiego); "Veicoli nell'Unione" (trasferimento temporaneo o permanente di un veicolo a motore in un altro Stato membro; ottenimento e rinnovo di una patente di guida; adempimenti assicurativi); "Residenza in un altro Stato membro" (trasferimento temporaneo o permanente in un altro Stato membro; acquisto e vendita di beni immobili; partecipazione alle elezioni comunali; carte di soggiorno; procedure di naturalizzazione); "Studi o tirocini in un altro Stato membro" (sistema di istruzione in un altro Stato membro; volontariato; tirocini; attività di ricerca); "Sanità" (assistenza sanitaria in un altro Stato membro; acquisto di prodotti farmaceutici su prescrizione medica in uno Stato diverso da quello in cui è stata rilasciata la prescrizione; assicurazione sanitaria; prevenzione sanitaria); "Diritti relativi ai cittadini e alla famiglia" (nascita, custodia dei figli minorenni; responsabilità genitoriale; adozione; maternità surrogata, obblighi genitoriali; norme in materia di riconoscimento del genere; diritti e obblighi di successione in un altro Stato membro; diritti e obblighi nei casi di sottrazione transfrontaliera di minori da parte di un genitore); "Diritti dei consumatori" (acquisti di beni, contenuti digitali o servizi da un altro Stato membro; titolarità di un conto bancario in un altro Stato membro; collegamento ai servizi di pubblica utilità; pagamenti; sicurezza dei prodotti di consumo; locazione di un veicolo a motore); "Protezione dei dati personali" (esercizio dei diritti delle persone interessate in relazione alla protezione dei dati personali). Per quanto concerne le imprese, lo Sportello

procedimenti inclusi nell'Allegato II del Regolamento<sup>28</sup>; (iii) servizi di assistenza e risoluzione delle problematiche di cui all'Allegato III del Regolamento<sup>29</sup>. Sul punto, il successivo art. 4 affida agli Stati membri il compito di garantire l'accesso alle pagine Web nazionali, mentre è di competenza della Commissione provvedere a garantire l'accesso al portale "Your Europe". Spetta altresì a quest'ultima rendere i siti e le pagine Web «percepibili, utilizzabili, comprensibili e solidi»<sup>30</sup>.

Quanto alle modalità di accesso, gli Stati membri e la Commissione devono garantire che le informazioni siano: (i) «di facile utilizzo e consentono agli utenti di reperire facilmente le informazioni»; (ii) «esatte e sufficientemente complete»; (iii) comprensive di «riferimenti, link a atti giuridici, specifiche tecniche e linee guida», oltre che di «recapiti di ogni pertinente servizio di assistenza», nonché di «modulo di richiesta e qualsiasi altro strumento di comunicazione elettronica di uso comune che sia il più idoneo al tipo di servizio offerto»; (iv) «ben strutturate e presentate in modo che gli utenti possano trovare ciò di cui hanno bisogno», oltre che «aggiornate e scritte in un linguaggio semplice e chiaro»<sup>31</sup>.

La necessità di garantire la qualità di accesso alle singole procedure viene ulteriormente richiamata, in forma quasi pedissequa, all'art. 10, stabilendo che gli Stati membri e la Commissione devono assicurare che gli utenti «abbiano accesso a una spiegazione sufficientemente completa, chiara e di facile comprensione» per quanto concerne le varie fasi della procedura, il nome dell'autorità competente, i mezzi di autenticazione, il tipo di forma, i mezzi di ricorso o di impugnazione, le modalità di pagamento online, le scadenze che l'utente o l'autorità competenti sono tenuti a rispettare, i regimi di approvazione tacita e di silenzio amministrativo e, infine, le lingue supplementari in cui può essere espletata la procedura.

Analogamente, la qualità delle informazioni deve essere garantita anche sui servizi di assistenza, in modo da consentire all'utente di avere accesso a una spiegazione chiara e facile per quanto concerne il tipo, le finalità e i possibili risultati

---

Digitale Unico consentirà il compimento di tutte le operazioni relative all'avvio, alla gestione e alla chiusura di un'impresa; la gestione dei dipendenti; il pagamento delle imposte e la distribuzione delle merci; il finanziamento di un'attività commerciale; gli appalti pubblici e gli obblighi in materia di sicurezza sul luogo di lavoro.

<sup>28</sup> L'Allegato II individua i seguenti servizi online: nascita, residenza, studio, lavoro, trasferimento, pensionamento, avvio, gestione e chiusura di un'impresa.

<sup>29</sup> L'Allegato III elenca i seguenti servizi di assistenza: sportelli unici; punti di contatto per i prodotti; punti di contatto di prodotti da costruire; centri di assistenza nazionali per le qualifiche professionali; punti di contatto nazionali per l'assistenza sanitaria transfrontaliera; Rete europea di servizi per l'impiego (EURES); Risoluzione delle controversie online (ODR).

<sup>30</sup> Art. 8, Reg. 2018/1724.

<sup>31</sup> Art. 9, Reg. 2018/1724.

del servizio offerto, i recapiti dei soggetti responsabili, le modalità di pagamento *online*, le eventuali scadenze e le lingue supplementari nelle quali le domande possono essere presentate<sup>32</sup>.

Spetta agli Stati membri assicurare che le procedure *online* nazionali siano accessibili anche agli utenti transfrontalieri in maniera interoperabile e non

discriminatoria<sup>33</sup>. Inoltre, il rispetto del principio di interoperabilità deve comportare l'istituzione di un «sistema tecnico per lo scambio automatizzato di prove tra le autorità competenti di diversi Stati membri»<sup>34</sup>.

Secondo quanto stabilito all'art. 16 del Regolamento, il servizio relativo all'assistenza e alla risoluzione di eventuali problematiche deve soddisfare i seguenti requisiti minimi di qualità: (i) un tempo ragionevole di erogazione, tenendo conto della complessità della richiesta; (ii) la segnalazione all'utente circa un'eventuale proroga dei tempi di erogazione del servizio richiesto; (iii) la possibilità che gli utenti possano accedere sempre a *form* di pagamento *online*.

La reperibilità dei servizi attraverso il *Single Digital Gateway* è garantita da un «common assistance service finder», a cura della Commissione, offerto in lingua inglese. A tal fine, gli Stati membri possono avvalersi del servizio di traduzione fornito dalla Commissione.

Dal punto di vista organizzativo, il Regolamento prevede che ciascuno Stato membro nomini un "coordinatore nazionale" che, al di là degli obblighi specifici, debba fungere da punto di contatto all'interno dell'amministrazione di riferimento, per tutte le questioni concernenti il funzionamento del *Single Digital Gateway*<sup>35</sup>. Gli Stati membri devono, nell'ambito della propria sfera di autonomia funzionale e gestionale, provvedere alla nomina di uno o più coordinatori incaricati dello svolgimento di tali compiti.

I coordinatori nazionali siedono, sotto la presidenza della Commissione europea, nel c.d. "Gruppo di coordinamento"<sup>36</sup>. I compiti del "Gruppo di coordinamento" si sviluppano lungo le seguenti coordinate: (i) facilitare lo scambio e l'aggiornamento periodico delle migliori prassi; (ii) incoraggiare l'impiego di procedure integralmente *online*; (iii) discutere come migliorare la fruibilità della presentazione delle

---

<sup>32</sup> Art. 11, Reg. 2018/1724.

<sup>33</sup> Art. 13, Reg. 2018/1724.

<sup>34</sup> Ai sensi dell'art. 14, il c.d. "sistema tecnico" deve consentire il trattamento delle richieste di prove da parte dell'utente, la trasmissione delle prove tra autorità competenti, la riservatezza e l'integrità delle prove, la possibilità per l'utente di esaminare le prove che devono essere utilizzate dall'autorità richiedente, un elevato livello di sicurezza per la trasmissione e il trattamento delle prove.

<sup>35</sup> Reg. n. 1724/2018, art. 28.

<sup>36</sup> Reg. n. 1724/2018, art. 29.

informazioni; (iv) assistere la Commissione nello sviluppo di soluzioni comuni concernenti le ITC di supporto allo sportello; (v) discutere e assistere la Commissione nella elaborazione e nell'attuazione del programma di lavoro annuale; (vi) discutere ed esprimere raccomandazioni alle autorità competenti e alla Commissione al fine di evitare o eliminare inutili duplicazioni dei servizi online; (vii) esprimere pareri o suggerimenti di miglioramento in merito a procedure o misure per affrontare in modo efficace eventuali problemi connessi alla qualità dei servizi; (viii) discutere l'applicazione dei principi di sicurezza e tutela della vita privata sin dalla progettazione.

La Commissione può, in ogni caso, consultare il gruppo di coordinamento del *Gateway* su qualsiasi questione relativa all'applicazione del Regolamento.

Spetta alla Commissione l'adozione del programma di lavoro annuale in cui specificare le azioni per migliorare la presentazione delle informazioni da parte delle autorità competenti<sup>37</sup>. Nella predisposizione di tale programma, la Commissione deve tener conto dei *feedback* degli utenti, nonché delle proposte eventualmente formulate dagli Stati membri.

Secondo l'art. 34 – dedicato alla “Cooperazione con altre reti di informazione e di assistenza” – la Commissione, previa consultazione degli Stati membri, deciderà quali modalità informali di *governance*, fra quelli esistenti, diventano di pertinenza del gruppo di coordinamento del *Gateway*.

Da ultimo, l'art. 36 – rubricato “Relazione e riesame” – prevede che, entro il 12 dicembre 2022, e successivamente, ogni due anni, la Commissione riesaminerà l'applicazione del Regolamento e presenterà al Parlamento europeo e al Consiglio una relazione di valutazione sul funzionamento del *Gateway* che deve trovare fondamento nell'analisi delle statistiche e delle informazioni raccolte nell'ambito delle attività del gruppo di coordinamento. Il riesame dovrà tener conto degli sviluppi tecnologici, giuridici e di mercato attinenti allo scambio di documenti tra autorità competenti.

All'art. 39, il Regolamento fissa le tappe obbligatorie di implementazione dell'infrastruttura tecnologica. La prima tappa è stata raggiunta il 12 dicembre 2020<sup>38</sup>, con l'avvio ufficiale del portale “Your Europe”, offrendo ai cittadini e alle imprese informazioni aggiornate nelle lingue ufficiali dell'UE, accesso ai servizi forniti dalle pubbliche amministrazioni e, infine, supporto attraverso i diversi centri di assistenza.

---

<sup>37</sup> Reg. n. 1724/2018, art. 31.

<sup>38</sup> Per quanto concerne i disposti relativi agli artt. 2, 4, da 7 a 12, 16 e 17, 18 (§ 1-4), 19 e 20, 24 (§ 1-3), 25 (§ 1-4), 26 e 27.

Entro dicembre 2022 saranno accessibili *online* anche le informazioni di competenza delle autorità locali, mentre a partire dal 12 dicembre 2023 una serie di servizi saranno accessibili esclusivamente *online*, senza più necessità di far ricorso alla documentazione cartacea<sup>39</sup>.

## 5. Il *Single Digital Gateway* e la nuova regolazione del mercato dei dati nell'UE

L'istituzione del *Single Digital Gateway* delinea un modello di società europea alimentata da soluzioni digitali che mettono il cittadino al centro e, al contempo, aprono nuove opportunità per le pubbliche amministrazioni e le imprese, poiché assicura che le tecnologie possano integrarsi in modo fluido e affidabile, così da giungere a un ridisegno dei servizi pubblici con il digitale, attraverso una inedita e originale *policy* in materia di dati<sup>40</sup>.

In questo quadro, la proposta di Regolamento sulla *governance* dei dati («*Data Governance Act*»<sup>41</sup>), adottata dalla Commissione europea il 25 novembre 2020, pone un tassello importante ai fini dell'utilizzo dei meccanismi diretti ad aumentare la disponibilità degli stessi e a superare gli ostacoli tecnici al loro riutilizzo. Il Regolamento è stato progettato per facilitare la condivisione dei dati attraverso la creazione di un mercato unico dei dati e per sostenere lo sviluppo di spazi dei dati europei in vari settori. Ciò con il chiaro obiettivo di aumentare gli *standard* di sicurezza e controllo, di rafforzare la fiducia dei cittadini e delle imprese e di offrire un modello di gestione dei dati alternativo a quello delle principali piattaforme tecnologiche. Per raggiungere tale obiettivo, il Regolamento mira a standardizzare il quadro normativo esistente, puntando al *Single Digital Gateway* quale snodo centrale

<sup>39</sup> Relativamente all'art. 6, 13, 14 (§ 1-8 e 10), 15.

<sup>40</sup> I dati sono considerati il futuro motore dell'economia e dell'industria europea, fondamentali per garantire sviluppo, crescita e innovazione in una vasta gamma di settori. Attualmente, la "data economy" incide sul PIL dell'UE per 2,6%. L'accesso a grandi quantità di dati è una risorsa essenziale per stimolare lo sviluppo del mercato unico europeo. La quantità di dati generati da autorità pubbliche, imprese e cittadini è in costante crescita e si prevede che aumenterà di cinque volte entro il 2025. La loro gestione rientra nella Direttiva sugli *Open Data* che, tuttavia, non disciplina il trattamento di tutti i dati che non possono essere resi disponibili in quanto ricompresi nella categoria di dati personali.

<sup>41</sup> Commissione europea, *Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo alla governance europea dei dati*, COM(2020), 767 Final, 25-11-2020 (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52020PC0767&from=EN>).

per l'accesso a informazioni e servizi che consentiranno la creazione del più grande spazio globale di dati<sup>42</sup>.

Il potenziale economico e sociale legato all'uso dei dati è particolarmente significativo: può portare all'individuazione di nuovi prodotti e servizi, rendere la produzione più efficiente e fornire strumenti per contrastare le sfide della società. Per realizzare questo enorme potenziale, devono essere resi disponibili più dati, condivisi con fiducia e tecnicamente facili da riutilizzare. Il Regolamento sulla *governance* dei dati mira a garantire che le azioni degli Stati membri sui dati siano allineate per sostenere lo sviluppo di spazi di dati europei comuni. In questo contesto, la creazione di una rete di intermediari di dati affidabili e neutrali e un regime di supervisione composto da autorità di monitoraggio nazionali, unitamente a un comitato europeo per l'innovazione dei dati, sono componenti fondamentali di tale strategia.

La Commissione prevede l'introduzione di una cornice legislativa per la *governance* dei dati europei incentrata su nove "spazi dati comuni europei", che comprendono salute, ambiente, energia, agricoltura, mobilità, finanza, manifatturiero, competenze e pubblica amministrazione<sup>43</sup>.

Per quel che qui interessa, lo spazio dei dati per la Pubblica Amministrazione viene pensato per migliorare la trasparenza e la razionalizzazione della spesa pubblica, sia a livello europeo che nazionale, nonché per consentire di implementare un autentico "GovTech", in grado di offrire servizi pubblici di qualità e sempre più rispondenti alle esigenze dei cittadini. La creazione di uno spazio europeo dei dati per la pubblica amministrazione renderà più facile per i cittadini esprimere il proprio consenso all'uso dei propri dati, mentre le imprese potranno sperimentare una significativa riduzione dei costi legati all'acquisizione, integrazione ed elaborazione degli stessi.

Gli Stati membri dovranno dotarsi dei mezzi tecnici per garantire il pieno rispetto della *privacy* e della riservatezza, come l'anonimizzazione o il trattamento dei dati in infrastrutture gestite e controllate dal settore pubblico. A tal fine, il Regolamento prevede la creazione di un gruppo di esperti, l'*European Innovation Board*, per

---

<sup>42</sup> Attualmente, la cornice normativa per la protezione dei dati comprende tre principali atti, ossia il GDPR, il Regolamento sulla libera circolazione dei dati non personali e la Direttiva sui dati aperti. Il Regolamento sulla *governance* dei dati è la prima delle iniziative del programma di lavoro della Commissione per il 2021 e sarà integrato dal "Data Act", previsto per la fine del 2021.

<sup>43</sup> Gli spazi dati europei consentiranno lo scambio di dati provenienti dall'UE, sia dal settore pubblico che dalle imprese, in modo affidabile e a un costo inferiore, stimolando così lo sviluppo di nuovi prodotti e servizi basati sui dati. Ogni singolo "spazio-dati" sarà composto sia da un'infrastruttura tecnologica che da adeguati meccanismi di *governance*.

promuovere e facilitare la condivisione delle migliori prassi da parte delle pubbliche amministrazioni.

Nella strategia dei dati delineata dalla Commissione europea, le politiche di e-GOV devono dunque muoversi nella direzione di comportare la formazione di un ambiente interconnesso basato sull'utilizzo libero e trasparente dei dati, in grado di generare effetti positivi sulla crescita e sulla competitività. In tale contesto, il successo del *Single Digital Gateway* può costituire uno stimolo importante non solo per la riduzione dei costi di erogazione per le amministrazioni, ma altresì per concorrere a sviluppare quella economia dei dati che rappresenta un obiettivo centrale nell'ambito del mercato unico europeo.

## **6. Il Single Digital Gateway e l'Europeanb Interoperability Framework.**

Nel contesto della politica e della strategia europea per l'*e-government*, le ICTs rappresentano non solo un mezzo per migliorare i servizi pubblici, ma anche un modo per consentire la piena implementazione della *governance* multilivello. Quest'ultima consiste in una rete crescente di amministrazioni locali e nazionali in tutta l'UE e nell'emergere di un nuovo e più integrato "spazio pubblico europeo" i cui servizi – digitalizzati e interconnessi attraverso dati pubblici scambiati in formato aperto – sono accessibili attraverso il *Single Digital Gateway*. Tutto ciò «presuppone l'esistenza di un approccio coordinato a tutti i livelli quando la legislazione viene elaborata, quando le pubbliche amministrazioni organizzano i propri processi lavorativi, quando si gestiscono le informazioni e si sviluppano sistemi informatici per attuare i servizi pubblici»<sup>44</sup>. Per tale motivo, il concetto di "interoperabilità" ha acquisito un ruolo centrale nel processo europeo di *e-Government*<sup>45</sup>.

Un'efficace interoperabilità tra reti, dispositivi, applicazioni, archivi di dati e servizi rappresenta quindi uno degli obiettivi principali della nuova strategia digitale, che mira a stimolare l'emergere di una società autenticamente digitale e a promuovere l'innovazione e la competitività del mercato unico. Per questa ragione, la Commissione sostiene la necessità che i principali attori del mercato debbano

---

<sup>44</sup> Commissione europea, *Quadro europeo di interoperabilità. Strategia di attuazione*, COM (2017) 134, Bruxelles, 23-03-2017, p. 2.

<sup>45</sup> Cfr. G. Misuraca, G. Alfano, G. Viscusi, *Interoperability Challenges for ICT-enabled Governance: Towards a pan-European Conceptual Framework*, in *Journal of Theoretical and Applied Electronic Commerce Research*, 6, 2011, 95 ss.

essere indotti a perseguire politiche commerciali favorevoli all'interoperabilità. Infatti, in un'economia interconnessa, l'interoperabilità di un'ampia varietà di reti, dispositivi e servizi sarà fondamentale. I benefici attesi dalla strategia digitale europea dipendono, in gran parte, dalla interoperabilità tra reti, *software* e dati<sup>46</sup>.

Al fine di promuovere un approccio dell'UE al miglioramento dell'interoperabilità, la Commissione ha avviato, con Decisione UE/2015/2240, un programma dedicato denominato ISA (*Interoperability solutions for public administrations, businesses and citizens*), cui ha fatto seguito, nel 2016, l'aggiornamento "ISA"<sup>2</sup>. Il programma ha una durata di cinque anni con un bilancio totale di circa 131 milioni di euro, come prosecuzione di una serie di programmi dell'UE sull'interoperabilità avviati originariamente nel 1995. È composto da molteplici azioni che sviluppano soluzioni che mirano a quattro livelli di interoperabilità (giuridico, organizzativo, semantico e tecnico) e ai diversi ambiti di intervento (dagli appalti pubblici alle iniziative legislative dei cittadini dell'UE).

Nel 2019, le 54 azioni del programma sono intervenute a migliorare il modo in cui le amministrazioni pubbliche dell'UE comunicano tra essi e il modo in cui interagiscono con i cittadini e le imprese, contribuendo alla strategia del mercato unico digitale. In particolare, le soluzioni messe in campo sono state sviluppate attorno a principi chiave, quali l'"user-centricity", "once only" e "interoperability-by-default", cui gli Stati membri si sono impegnati con la Dichiarazione di Tallin sull'*eGovernment*. L'efficacia di queste soluzioni è rafforzata dalla sinergia con altri programmi dell'UE, come il "Connecting Europe Facility" (CEF), un programma di

---

<sup>46</sup> Tale sfida pone in capo alla Commissione europea una serie di compiti istituzionali per la transizione al digitale, attraverso la messa a disposizione di tutti gli strumenti abilitanti che assicurano l'interazione e lo scambio di informazioni tra organismi pubblici e cittadini senza necessità di specifiche integrazioni. Già nella Strategia per il mercato unico digitale del 6 maggio 2015, la Commissione riconosce che l'interoperabilità è un presupposto per «connessioni più efficienti attraverso le frontiere, fra le diverse comunità e fra i diversi servizi e amministrazioni pubbliche». In questa sede, la Commissione ha individuato nella mancanza di interoperabilità uno dei sette «ostacoli più significativi» del «circolo virtuoso» della digitalizzazione. Una delle difficoltà legate alla trattazione del tema dell'interoperabilità è l'assenza di una chiara e identificata definizione. In generale, l'interoperabilità denota la capacità di un sistema, prodotto o servizio di comunicare e funzionare con altri sistemi, prodotti e servizi tecnicamente diversi. La questione dell'interoperabilità nell'economia digitale riguardano tipicamente lo scambio di informazioni e dati. Palfrey e Gasser, due figure di spicco del dibattito sull'interoperabilità, definiscono quest'ultima come la «capacità di trasferire e rendere utili dati e altre informazioni attraverso sistemi, applicazioni o componenti». L'interoperabilità è stata proposta come principio normativo per ogni nuova generazione di tecnologie. Nel 2015, Gasser ha sostenuto l'interoperabilità nel contesto dell'IoT. Più recentemente, nel 2019, Marsden e Nicholls hanno avanzato la stessa considerazione per l'IA. Oggi, l'interoperabilità è sempre più vista come uno strumento normativo per combattere il predominio del mercato delle piattaforme *online* (I. Brown, *Interoperability as a tool for competition regulation*, 2020 (<https://osf.io/preprints/lawarxiv/fbvxd>)).

finanziamento che fornisce supporto all'interazione transfrontaliera tra le infrastrutture dei servizi digitali degli Stati membri e lo "Structural Reform Support Programme" (SRSP), che sostiene lo sviluppo delle capacità IT nazionali. Accanto a tali iniziative, la Commissione europea, alla fine del 2016, ha lanciato "CPSV-AP 2.0" ("Core Public Service Vocabulary-Application Profile", un vocabolario fondamentale per la modellazione dei servizi erogati dalle PA. Nello specifico, le ontologie definiscono degli standard semantici, al fine di creare un unico modello condiviso e "machine-readable" per tutte le PA, sia a livello nazionale che europeo.

Con la Comunicazione COM(2017) 134 del 23 marzo 2017, la Commissione europea ha adottato il nuovo quadro europeo di interoperabilità EIF (*European Interoperability Framework*)<sup>47</sup>, finalizzato a sviluppare «un approccio coordinato a tutti i livelli» nell'ambito della digitalizzazione dei servizi pubblici europei<sup>48</sup>.

## **7. Il piano di digitalizzazione della Pubblica Amministrazione in Italia e la realizzazione dello "Sportello Unico di Accesso".**

In Italia, il recepimento del Regolamento n. 2018/1724, istitutivo del *Single Digital Gateway*, ha coinvolto ben 19 siti Web e sei centri di assistenza, sotto la direzione del Dipartimento per le Politiche Europee.

Al fine di favorire la transizione digitale della pubblica amministrazione e migliorare l'accessibilità degli strumenti informatici, l'Agenzia italiana per il digitale (AGID) ha emanato il 10 gennaio 2020 le "Linee Guida sull'accessibilità degli strumenti informatici", contenenti informazioni dettagliate rivolte alle amministrazioni, finalizzate a rendere maggiormente fruibili tali strumentazioni da

<sup>47</sup> L'attenzione dell'UE nei riguardi dell'interoperabilità tra le PA era già stata palesata nel 1999, con la Dec. n. 1719/1999/CE del Parlamento e del Consiglio, del 12 luglio 1999, che dettava una serie di orientamenti per la costruzione di reti transeuropee di trasmissione elettronica di dati tra le varie amministrazioni. Successivamente, nel 2010, la Commissione ha adottato la Comunicazione "Verso l'interoperabilità dei servizi pubblici europei", contenente in allegato la strategia europea per l'interoperabilità (SEI) e il quadro europeo di interoperabilità (QUEI). A far data da questa Comunicazione, il quadro europeo di interoperabilità ha rappresentato un punto di riferimento fuori e dentro l'UE e ha funto da base per la maggior parte delle strategie e dei quadri nazionali di interoperabilità (QNI).

<sup>48</sup> Il quadro europeo di interoperabilità è promosso e aggiornato dal programma ISA2 (*Interoperability Solutions for European Public Administrations, Business and Citizenship*) che ha l'obiettivo di rendere efficiente, efficace, tempestiva e di elevata qualità l'interazione elettronica transfrontaliera e intersettoriale. Oltre a EIF, il governo dell'interoperabilità in Europa comprende anche un'architettura di riferimento denominata EIRA (*European Interoperability Reference Architecture*) che ha l'obiettivo di supportare la progettazione di servizi o l'analisi di servizi esistenti.

parte della pubblica amministrazione e dei cittadini. In particolare, le Linee Guida definiscono i requisiti tecnici per l'accessibilità agli strumenti informatici, inclusi i siti Web e le applicazioni *mobile*, le tecniche per la verifica dell'accessibilità degli strumenti informatici, il modello della dichiarazione di accessibilità e le linee per il monitoraggio e la valutazione di conformità degli strumenti stessi.

I destinatari delle Linee Guida sono le pubbliche amministrazioni, le imprese pubbliche, le aziende municipalizzate, le aziende di trasporto e gli organismi di diritto pubblico, nonché tutti i soggetti che beneficiano di contributi pubblici dovranno dunque attentamente valutare lo stato di conformità e delle proprie infrastrutture digitali e compilare una "Dichiarazione di Accessibilità" tramite una procedura resa disponibile dall'Agenzia Digitale<sup>49</sup>. Con tale Dichiarazione, il Responsabile della Transizione Digitale dell'ente rende pubblico lo stato – appunto – di "accessibilità" di ogni sito Web e applicazione *mobile* di appartenenza dell'ente stesso. In particolare, la Dichiarazione dovrà accertare che l'infrastruttura digitale dell'ente sia finalizzata all'inclusione degli utenti con disabilità, nonché predisporre un "Meccanismo di Feedback" per consentire ai cittadini di inviare eventuali segnalazioni.

A tale iniziativa, ha fatto poi seguito, nel luglio 2020, l'approvazione del "Piano Triennale per l'informatica nella Pubblica Amministrazione" (2020-2022), il cui obiettivo è di promuovere la trasformazione digitale della Pubblica Amministrazione, nel contesto «del mercato unico europeo di beni e servizi digitali, secondo una strategia che in tutta la UE si propone di migliorare l'accesso *online* ai beni e servizi per i consumatori e le imprese e creare le condizioni favorevoli affinché le reti e i servizi digitali possano svilupparsi per massimizzare il potenziale di crescita dell'economia digitale europea».

La necessità di favorire l'accessibilità dei servizi essenziali nazionali attraverso il *Single Digital Gateway* ha richiesto l'adozione di un approccio multidisciplinare, favorendo l'implementazione di metodologie e tecniche interoperabili nella progettazione di ogni singolo servizio.

Sotto altro profilo, l'avvio del *Single Digital Gateway* Ciò ha altresì richiesto l'avvio di un'efficace azione di semplificazione dei processi interno alla Pubblica Amministrazione, diretta a prevedere, sul piano più propriamente tecnologico, un utilizzo diffuso di soluzioni "*software as a service*", l'adozione di modelli validati e la condivisione di software tra le diverse amministrazioni, al fine di ridurre la

---

<sup>49</sup> L'applicazione *online* realizzata dall'AGID deve rispettare la modellistica stabilita dalla Direttiva Ue 2016/2102.

frammentazione che si pone ancora come uno degli ostacoli più impattanti al processo di transizione digitale. Tutto ciò sotto il costante monitoraggio da parte della PA dei propri servizi *online*.

Per quanto attiene al rapporto con l'utente, il Piano Triennale concentra l'attenzione sulla necessità che la Pubblica Amministrazione conduca azioni dirette a incentivare l'uso del canale *online* rispetto a quello esclusivamente fisico, con la possibilità che ogni singolo servizio sia accessibile da qualsiasi dispositivo, nel pieno rispetto delle norme riguardanti l'accessibilità agli strumenti informatici, nonché al *General Data Protection Regulation*. Inoltre, al fine di semplificare e agevolare l'utilizzo del servizio, sia a livello nazionale che europeo, è richiesto il pieno rispetto del principio "*one only*", così da richiedere agli utenti i soli dati non in possesso della Pubblica Amministrazione, garantendo che gli stessi possano accedere ai singoli servizi attraverso un sistema di autenticazione previsto dal Codice dell'Amministrazione Digitale (CAD).

La convergenza digitale della gran parte dei servizi erogati dalla Pubblica Amministrazione richiede, altresì, la messa in sicurezza delle infrastrutture allocate all'interno del territorio nazionale, avviando, laddove non ancora previsto, un processo di razionalizzazione che debba prevedere la migrazione verso infrastrutture in grado di garantire «requisiti di qualità sufficienti, scegliendo tra le infrastrutture del Polo Strategico Nazionale delle infrastrutture digitali (PSN) e le infrastrutture e i servizi *cloud* qualificati da AGID».

La necessità che i servizi siano accessibili sia a livello nazionale che europeo, attraverso il *Single Digital Gateway*, ha richiesto altresì la predisposizione di apposite "Linee Guida per transitare al nuovo modello di interoperabilità", che hanno recepito le indicazioni dell'*European Interoperability Framework*.

## **8. Considerazioni di sintesi.**

Con l'istituzione del "*Single Digital Gateway*", l'Unione europea si è voluta dotare di uno strumento che facilita l'accesso *online* alle informazioni, alle procedure amministrative e ai servizi di informazione per le attività transfrontaliere di cittadini e imprese all'interno del mercato unico europeo, accelerando la realizzazione di uno spazio ordinamentale digitalizzato e tecnologicamente evoluto. Ad oggi, parte degli obiettivi sono ancora da raggiungere ma la consacrazione, nel dicembre 2020, della piena operatività del *Single Digital Gateway* ha rappresentato un passo importante

verso l'implementazione di un innovativo modello organizzativo della pubblica amministrazione, in grado di garantire un autentico diritto di accesso ai servizi *online*. In questo contesto, il progetto di *Single Digitale Gateway* è destinato ad ampliarsi e ad assumere un ruolo sempre più centrale nella strategia digitale europea, soprattutto nella direzione di contribuire ad accrescere la fiducia dei cittadini nelle capacità degli Stati e dell'UE di assicurare una gestione pubblica e trasparente dei dati e dei servizi. Attualmente sono quasi esclusivamente le società private che stanno costruendo imperi digitali e stabilendo il punto di riferimento per l'economia dei dati. Ma gli Stati e l'UE hanno un potenziale inespreso per migliorare significativamente l'efficienza e fornire valore aggiunto a cittadini e imprese nell'accesso alle informazioni e ai servizi.

## QUALE SPAZIO PER LA NORMAZIONE SICILIANA IN MATERIA DI LAVORI PUBBLICI?

*(A margine di Corte cost., 11 febbraio 2021, n. 16)*

**Agatino Cariola\***

**SOMMARIO:** **1.** Premessa – **2.** L'appiattimento della motivazione sulle (sole) "ragioni" della concorrenza: critica – **3.** (segue): sui criteri di aggiudicazione degli appalti e sulla loro astratta idoneità ad assicurare la tutela della concorrenza: quale spazio per le stazioni appaltanti? – **4.** Osservazioni conclusive.

---

\* Professore ordinario di Diritto costituzionale nell'Università degli studi di Catania.

## 1. Premessa.

Con la recente sentenza n. 16/2021 la Corte costituzionale si è occupata di una legge regionale siciliana (l.r. 19 luglio 2019, n. 13) la quale aveva stabilito, tra l'altro, che nel territorio regionale «le stazioni appaltanti sono tenute ad utilizzare il criterio del minor prezzo, per gli appalti di lavori d'importo pari o inferiore alla soglia comunitaria, quando l'affidamento degli stessi avviene con procedure ordinarie sulla base del progetto esecutivo» (art. 4, co. 1, primo periodo). La stessa legge (art. 4, co. 2) ha inteso, inoltre, introdurre un metodo di calcolo della soglia di «anomalia» delle offerte difforme da quello previsto dal d.lgs. n. 50/2016 (Codice dei contratti pubblici); ed ha disposto la proroga triennale dei servizi di trasporto pubblico locale di passeggeri su strade di interesse regionale e locale (art. 13).

Tutte e tre le previsioni sono cadute sotto la mannaia del giudizio di legittimità costituzionale e tutte per lo stesso motivo, cioè per la violazione della competenza statale in materia di tutela della concorrenza.

La sentenza, dopo aver ricordato il costante orientamento della Corte secondo cui «le disposizioni del Codice dei contratti pubblici [...] regolanti le procedure di gara sono riconducibili alla materia della tutela della concorrenza, e [...] le Regioni, anche ad autonomia speciale, non possono dettare una disciplina da esse difforme», ha quindi concluso in riferimento alla prima disposizione, ma con evidente portata generale, che «è, in definitiva, palese la violazione dell'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost».

## 2. L'appiattimento della motivazione sulle (sole) "ragioni" della concorrenza: critica.

In realtà, l'argomento utilizzato sembra di quelli che provano troppo e finisce per negare un'articolazione delle competenze normative che dovrebbe essere molto più variegata. Ad esempio, non dovrebbero escludersi normazioni regionali

proconcorrenziali in misura maggiore di quelle stabilite dal legislatore statale, specie se in diretta esecuzione di discipline di fonte europea.

Inoltre, le discipline regionali contengono spesso contenuti procedurali assolutamente necessari. Storicamente in Sicilia ampia parte della legislazione è stata dedicata alla disciplina degli appalti di lavori e di servizi pubblici. Lo stesso d.lgs. n. 50/2016, che pure si dichiara essere stato adottato «nell'esercizio della competenza legislativa esclusiva statale in materia di tutela della concorrenza, ordinamento civile, nonché nelle altre materie cui è riconducibile lo specifico contratto», ammette che le Regioni ordinarie esercitino le proprie funzioni nelle materie assegnate dall'art. 117 Cost. (ma si consideri che la clausola di enumerazione dovrebbe ora giocare a loro favore), e che quelle a statuto speciale e le Province autonome «adeguano la propria legislazione secondo le disposizioni contenute negli statuti e nelle relative norme di attuazione», art. 2. Insomma, l'intervento della legislazione statale nel campo degli appalti pubblici non è affatto escluso.

Allora il problema è quello di intendere la stessa materia «tutela della concorrenza», giacché se tutta la disciplina dei contratti pubblici fosse da ricondurre a ciò, non residuerebbe nessuno spazio per la potestà normativa regionale, e l'esito sarebbe in contrasto con lo stesso impianto del Codice. Al contrario, andrebbe valutata disposizione per disposizione della disciplina statale se si ha di fronte una norma espressione di un principio connessa appunto alla tutela della concorrenza o a mere regole procedurali e/o comunque "disponibili" per i vari legislatori.

Nella vicenda la difesa della Regione non pare aver posto una serie di problemi relativi alla competenza legislativa della stessa; la Corte ha rinvenuto (ciò che si definisce spesso) la ragione più liquida per definire la vicenda.

Eppure un altro modo di argomentare appare possibile.

Così, la previsione regionale del diverso metodo di calcolo della soglia di anomalia impinge il principio di eguaglianza tra gli operatori economici, i quali hanno tutto il diritto di partecipare a gare che si svolgono alla stessa maniera sull'intero territorio nazionale. I canoni costituzionali di riferimento vedono la tutela dell'iniziativa economica privata nei rapporti con le pp.aa. e l'unità della Repubblica, cioè gli artt. 41 e 5 Cost. Altro valore costituzionale coinvolto è quello di buon andamento della p.a., che si riflette ovviamente sulla qualità dei lavori realizzati. Se l'anomalia attiene

all'impraticabilità in concreto dell'offerta presentata, il criterio che conduce a tale apprezzamento non può non essere uniforme sull'intero mercato nazionale, a garanzia degli operatori economici i quali debbono poter fare affidamento su regole certe e di portata generale, e a tutela della p.a. che ha l'interesse a che l'opera pubblica sia realizzata al meglio.

La proroga triennale senza gara dei servizi di trasporto locale è una tipica legge-provvedimento che viola direttamente ed immediatamente la tutela della concorrenza, e non la (sola) competenza statale in materia. L'argomento non è senza rilievo, giacché in tal modo si profila un vincolo a carico anche del legislatore statale: esito che stando alla lettera della decisione sarebbe per ora escluso. Eppure la proroga di un contratto è quanto di più discriminatorio possa esserci, perché modifica le "regole del gioco" a procedura definita, altera le condizioni di eguaglianza tra gli operatori economici, impedisce l'accesso di nuovi soggetti nel relativo mercato. Ma il limite non può non valere anche per il legislatore statale.

### **3. (segue): sui criteri di aggiudicazione degli appalti e sulla loro astratta idoneità ad assicurare la tutela della concorrenza: quale spazio per le stazioni appaltanti?**

Risulta invece utile una riflessione più complessa a proposito della ritenuta impossibilità per la legge regionale di stabilire il criterio di aggiudicazione degli appalti nei lavori sotto soglia comunitaria per le stazioni appaltanti dell'isola.

La Corte costituzionale ha ricordato la disciplina di fonte statale, cioè l'art. 36, co. 9-bis, d.lgs. n. 50/2016, quale modificato dal d.l. n. 32/2019, conv. in l. n. 55/2019; e l'art. 95 sempre del d.lgs. n. 50/2016. Ed ha escluso che il legislatore regionale possa introdurre una normativa che invade la sfera di competenza esclusiva statale in materia di «tutela della concorrenza», ed adottare previsioni in contrasto con quelle del Codice dei contratti pubblici. La legge regionale non potrebbe nemmeno novare la fonte della disciplina.

Epperò, la vicenda si presta ad essere esaminata muovendo dalle soluzioni appunto individuate dal medesimo legislatore statale.

Il d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, all'art. 95, Codice contratti pubblici, esprimeva tutto il favore per l'offerta economicamente più vantaggiosa quale appunto criterio usuale di aggiudicazione. Il criterio del minor prezzo risultava residuale e necessitava di specifica motivazione ad opera della stazione appaltante (commi 4 e 5).

Il d.l. 19 aprile 2019, n. 32, conv. in l. 14 giugno 2019, n. 55, ha introdotto il comma 9-bis all'art. 36 del Codice per i contratti sotto soglia comunitaria ed ha disposto che le stazioni appaltanti ne procedano all'aggiudicazione «sulla base del criterio del minor prezzo ovvero sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa», sempre facendo salvo quanto previsto dall'art. 95, comma 5, del Codice, cioè l'obbligo di adeguata motivazione circa il criterio di aggiudicazione adottato.

Non a caso la sentenza ha dovuto ammettere che nell'attuale sistema è demandato alle singole stazioni appaltanti l'individuazione del criterio da utilizzare: «ne risulta che, per gli appalti di lavori, dopo l'entrata in vigore del d.l. n. 32 del 2019, i due criteri (quello dell'offerta più vantaggiosa e quello del minor prezzo) sono alternativi senza vincoli, e la scelta è appunto rimessa alla stazione appaltante, fatti salvi casi specifici in cui è mantenuto il primato del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa».

Il punto è importante: per il legislatore statale offerta economicamente più vantaggiosa e minor prezzo sono criteri egualmente idonei ad assicurare la tutela della concorrenza. La scelta tra l'uno e l'altro dovrebbe essere fatta dalla stazione appaltante.

Il problema, allora, diviene quello di stabilire se tale scelta debba essere fatta volta per volta oppure se la stazione appaltante possa pre-determinare in via generale il criterio di aggiudicazione dei contratti.

Ad adottare il primo verso dell'alternativa la soluzione della Corte è, per così dire, assolutamente necessitata: riguardo ad ogni appalto la stazione dovrebbe/potrebbe decidere e magari scegliere criteri di aggiudicazione diversi per ogni procedura. Si tratta della soluzione che valorizza la discrezionalità della p.a.-stazione appaltante e la obbliga a gestire in maniera autonoma ogni vicenda.

Eppure – e qui si passa al secondo corno dell'alternativa – da tempo si è rilevato che il potere discrezionale attribuito ad un'amministrazione le consente di prefissare i

criteri della sua azione. Del resto, la tesi di Codacci Pisanelli sul fondamento del potere regolamentare è addirittura del 1888: tra la norma di legge e l'attività concreta vi è uno spazio più o meno ampio; e se la p.a. può agire in applicazione della norma di legge, può anche utilizzare parte di tale spazio lasciatale libero appunto dalla legge per disciplinare la successiva attività. Il principio di imparzialità sancito dall'art. 97 Cost. rafforza tale conclusione: è pressoché necessario che la p.a. predetermini le linee di svolgimento della sua attività. Non a caso a tutti i livelli ed in tanti ambiti si assiste all'esplosione di potestà normative sotto la veste di valorizzazione di fonte regolamentari, direttive, linee-guida e *soft law*, prederminazione di criteri, protocolli, ecc., nel tentativo di limitare la discrezionalità della p.a. ed assicurarne la prevedibilità dell'azione.

Allora non può escludersi che una stazione appaltante definisca in via preliminare il criterio di aggiudicazione che adotterà per gli appalti da stipulare, magari diversificando gli ambiti materiali (servizi, lavori, forniture, ed all'interno di tali categorie introducendo ulteriori distinzioni).

Una volta che per il legislatore statale i criteri di aggiudicazione sono tutti egualmente rispettosi della tutela della concorrenza, deve riconoscersi alla stazione appaltante la competenza a pre-decidere il criterio di aggiudicazione in una sede che per l'appunto acquista carattere e contenuto normativo.

#### **4. Osservazioni conclusive.**

Se si accoglie questo esito, alla Regione siciliana non può negarsi la competenza a decidere in via generale e preventiva circa il criterio di aggiudicazione da seguire le volte in cui la stessa Regione è stazione appaltante. Che lo faccia con legge è del tutto naturale. La circostanza, anzi, che la l.r. n. 13/2019 sia successiva al d.l. n. 32/2019 ed alla legge di conversione mostra che la soluzione adottata non contrasta con le scelte fondamentali di merito che sono state decise dal legislatore statale e tra le quali la disciplina regionale si è mossa. Per così dire, la legge siciliana ha assunto uno dei legittimi criteri indicati dal legislatore statale.

Il problema, semmai, è di definire il perimetro delle stazioni appaltanti sottoposte all'applicazione della legge regionale e questo è una questione tuttora attuale. Certamente risultava erronea l'ampia indicazione dell'art. 4 della legge regionale n. 13/2019, che intendeva obbligare le «stazioni appaltanti» operanti «nella Regione siciliana»: tra esse potrebbero essere in astratto comprese anche le stazioni – *id est*: le amministrazioni – statali le quali non possono ritenersi obbligate ad applicare la disciplina regionale.

Se si vuole, il problema è quello di assicurare la necessaria autonomia alla miriade di soggetti pubblici che operano nell'ambito regionale e nei cui confronti pure la Regione siciliana ha inteso negli anni porre obblighi procedurali non indifferenti.

Allora, se la Regione operasse direttamente da stazione appaltante, le andrebbe riconosciuta la competenza a fissarsi il criterio di aggiudicazione. Lo stesso è da dire per le aziende regionali e per gli enti direttamente dipendenti dalla Regione, notoriamente definiti quali strumentali.

Conclusione diversa deve, invece, essere adottata per gli enti locali sulla disciplina dei quali pure la Regione ha competenza esclusiva ai sensi dell'art. 14 dello Statuto speciale; per gli enti e le aziende da questi costituiti; per le Camere di commercio; per gli enti di culto e/o di formazione religiosa, cioè per tutti i soggetti distinti dalla Regione e dotati di un'autonomia qualificata, perché espressioni politiche del territorio ovvero perché dotati di cd autonomia funzionale per la rappresentanza delle categorie produttive, o ancora manifestazioni di ordinamenti originari come gli enti di culto.

Sotto questo profilo risulta di assai dubbia costituzionalità l'art. 2 della legge regionale siciliana n. 11/2012, di recepimento con variazioni del Codice dei contratti pubblici, e che ha preteso di applicarsi ad una miriade di enti con la sola eccezione sostanziale di quelli statali.

Ma appunto a tale conclusione si perviene in considerazione del rilievo da dare all'autonomia di tali soggetti e, quindi, al ruolo di garanzia che assume nei loro confronti la legge dello Stato, e non per la tutela della concorrenza.

## RISPARMIO DEL SUOLO E TURISMO NATURALISTICO

### SPUNTI DI RIFLESSIONE SULLO SVILUPPO SOSTENIBILE NELLA PEREQUAZIONE URBANISTICA

**M.T. Paola Caputi Jambrenghi**

**ABSTRACT** [ITA]: "Combattere la desertificazione e la siccità", "ripristinare le terre degradate", "battersi per ottenere un mondo privo di degrado del suolo", "proteggere le biodiversità" e azzerare il consumo del suolo nel 2050 sono le strategie fondamentali che l'obiettivo 15 dell'Agenda 2030 impone a tutti gli Stati per garantire uno sviluppo sostenibile che consenta alle generazioni future di godere dei beni del nostro pianeta, eliminando lo spreco e lo sfruttamento selvaggio delle risorse ormai non più rinnovabili che esso ci offre. Questo studio, dopo una breve analisi dell'impatto del fenomeno del consumo di suolo, suggerisce strategie atte a favorire politiche virtuose di sviluppo sostenibile, nella prospettiva della promozione del turismo naturalistico.

**ABSTRACT** [ENG]: "*Fighting desertification and drought*", "*restoring degraded lands*", "*fighting for a world free from soil degradation*", "*protecting biodiversity*" and *eliminating land consumption in 2050 are the fundamental strategies that the goal 15 of the 2030 Agenda requires all States to ensure sustainable development that allows future generations to enjoy the goods of our planet, eliminating the waste and wild exploitation of the few resources that are no longer renewable that it offers us. This study, after a brief analysis of the impact of the phenomenon of soil consumption, suggests strategies to promote virtuous policies of sustainable development, with a view to promoting nature tourism.*

**SOMMARIO:** **1.** Premessa. - **2.** Cenni su ecoturismo ed ecomusei come strumenti efficaci di sviluppo sostenibile. - **3.** Il risparmio del suolo per le generazioni future. - **4.** Il risparmio e il consumo di suolo. Lo stato della normativa. - **4.1.** La rigenerazione del suolo: prospettive per una regolazione efficace ed efficiente. - **5.** Brevi considerazioni su alcuni contributi della dottrina per la sistemazione dommatica del suolo. - **6.** La perequazione nella prospettiva del risparmio di suolo. Considerazioni critiche.

## **1. Premessa.**

In queste pagine si dedica una riflessione ad uno dei temi centrali che fonda la premessa maggiore delle politiche perequative, di quelle attuate e di quelle potenzialmente attuabili, nei territori che compongono il nostro Paese: quello del risparmio di suolo che -insieme alla riqualificazione del contesto urbano e alla cessione di utilità fruibili dalla cittadinanza, costituisce la base fondante dell'attivazione di strategie efficaci ed efficienti presidiate dall'obiettivo primario di arginare il consumo di suolo, fino ad azzerarlo. Si tratta di occuparsi di politiche di perequazione urbanistica nella prospettiva di suggerire alcune strategie perequative capaci di smussare, finanche eliminare le disarmonie, persino le diseguaglianze che la perequazione può talvolta provocare nei territori in cui opera.

In questa prospettiva, sarà opportuno dedicare subito qualche brevissima notazione a quello che viene comunemente chiamato turismo *green*, sicché sia palese come politiche di rafforzamento di attività sostenibili ed ecocompatibili, possano contribuire in guisa assai significativa, al raggiungimento dell'obiettivo principale dell'azzeramento del consumo di suolo e delle sue ricadute sulla protezione delle biodiversità e sul progressivo sviluppo di attività assai redditizie, ma del tutto compatibili e in armonia con i luoghi in cui si svolgono.

Si tratta del turismo naturalistico, nella sua accezione più ampia di ecoturismo, definito dalla Ecotourism Society come "turismo responsabile che preserva gli ambienti naturali e sostiene il benessere delle popolazioni locali". Anche visitando il sito web della federazione Europarc, ci si imbatte nella Carta europea del turismo sostenibile, il cui punto focale è il rispetto del suolo e delle sue caratteristiche, l'agricoltura sostenibile e i servizi ecosistemici, come principale fonte di attrazione per il turismo naturalistico ed ecosostenibile.

È, dunque, assai agevole scorgere il nesso eziologico che accomuna politiche di valorizzazione e sviluppo dell'ecoturismo e quelle dirette ad arginare il consumo di suolo e a tutelare le biodiversità e le caratteristiche di ciascun territorio del nostro

Paese, nonché a promuovere lo sviluppo dei servizi ecosistemici, capaci di restituire e rafforzare l'identità delle comunità insistenti sul territorio.

## **2. Cenni su ecoturismo ed ecomusei come strumenti efficaci di sviluppo sostenibile.**

La Puglia è una terra di eccellenze culinarie che contraddistinguono questa regione dal resto del mondo, grazie alle caratteristiche organolettiche del suolo che la compone e attraggono (o hanno il potenziale per attrarre) il "miglior" turismo", proprio perché si tratta di una forma di turismo ecologicamente sostenibile e responsabile. L'eccellenza culinaria, per vero - e non soltanto questa, che viene in evidenza ai fini di questa analisi-, caratterizza tutte le regioni italiane, ciascuna capace di offrire prodotti diversi, a seconda, appunto, delle differenti proprietà che connotano i singoli territori: questi ultimi possono imprimere una forte spinta alla promozione delle forme di turismo eco-compatibile, mirato a valorizzare le eccellenze del territorio interessato, contribuendo alla crescita sostenibile dei servizi che esso può offrire, in particolare quelli definiti ecosistemici, che possono e devono - avendone tutte le potenzialità, servire l'intero territorio nazionale.

Si fa riferimento agli Ecomusei <sup>1</sup>, termine coniato dall'archeologo, storico e museologo Hugues de Varine nel 1971, con il quale si individuano i musei dedicati al territorio nel suo insieme: "Qualcosa che rappresenti cos'è un territorio e chi sono i suoi abitanti, in base alla cultura viva delle persone, del loro ambiente, di ciò che hanno ereditato dal passato, di ciò che amano e che desiderano mostrare ai loro ospiti e trasmettere ai loro figli".

L'esperienza degli ecomusei nasce in Francia all'inizio degli anni '70, grazie all'intuizione del museologo Georges Henri Riviére, che descrive l'ecomuseo come "il museo del tempo e dello spazio in un dato territorio ... una istituzione che studia, custodisce, valorizza e presenta la memoria collettiva di una comunità e del territorio che la ospita, definendo linee coerenti per lo sviluppo futuro".

"Linee coerenti per lo sviluppo futuro": così scriveva Riviére all'inizio degli anni Settanta, intuendo l'importanza fondamentale degli ecomusei; fondamentale per la comunità e per il territorio che la ospita, ma anche e soprattutto per la "comunità mondiale" delle generazioni presenti e future.

Partendo da questa inopinabile riflessione appare opportuno soffermarsi sulla questione dell'economia del suolo, ovvero su quelle strategie che possono essere

---

<sup>1</sup> Sugli ecomusei e sulla gestione del territorio extraurbano, con particolare riferimento alle politiche innovative adottate dalla regione Toscana, si veda da ultimo V. Caputi Jambrenghi, *Interventi interurbani sul territorio: ecomusei, paesaggi, periferie*, in *giustamm.it*, n. 11/ 2019.

attuare, in modo "coerente per lo sviluppo futuro", al fine di arginare il consumo di suolo, finché non sarà del tutto azzerato <sup>2</sup>.

La connessione su quanto un turismo irresponsabile e non sostenibile incida sul consumo selvaggio di suolo e sulla distruzione delle sue biodiversità la illustra a chiare parole il rapporto del Sistema Nazionale per la Protezione dell'Ambiente (SNPA, istituito con legge 28 giugno 2016 n. 132), che ogni anno pubblica un nuovo rapporto sul consumo di suolo, riportando dati che illustrano uno scenario in grado di mettere in discussione la sopravvivenza stessa dell'umanità, non appena si guardi alle generazioni future e a quello che stiamo lasciando loro.

Al fine di arrivare nel 2050 ad azzerare il consumo di suolo, il rapporto suggerisce di affrontare il problema attraverso l'implementazione di una politica di strategie che puntino a: "orientare lo sviluppo del territorio verso la riduzione del consumo di suolo e la rigenerazione urbana/territoriale"; "promuovere l'attrattività paesaggistica e la competitività territoriale attraverso la valorizzazione delle identità culturali <sup>3</sup> e delle potenzialità turistiche sostenibili"; "sostenere un sistema integrato di accessibilità e mobilità sostenibile" <sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> Rileva acutamente G.A. Primerano, *Focus: Soil consumption and public policies of territorial government*, in E. Picozza, A. Police, G.A. Primerano, R. Rota, A. Spina (a cura di), *Le politiche di programmazione per la resilienza dei sistemi infrastrutturali. Economia circolare, governo del territorio e sostenibilità energetica*, Torino 2019, spec. p. 62, come "The objective of tackling soil sealing must not stop the economic development, but to achieve more efficient and sustainable use of natural resources, of which soil is a primary component, as it was expressly recognised by the Commission".

<sup>3</sup> Sul concetto di rigenerazione "identitaria", intesa come restituzione "a nuova vita una realtà, muovendo dagli *interna corporis* della stessa", cfr. A. Angiuli *Rigenerazione identitaria e semplificazione nel governo del territorio*, in P. Stella Richter (a cura di), *Governo del territorio e patrimonio culturale*, Milano 2017, p. 29 ss., nonché in *Studi* in memoria di Antonio Romano Tassone, Napoli, 2019, p. 41ss.; P. Mantini, *Rigenerazione urbana, resilienza, re/evolution. Profili giuridici*, in *Atti del XXVIII Congresso dell'Istituto nazionale di urbanistica*, Roma 2013, in [www.inu.it](http://www.inu.it); R. Dipace, *La rigenerazione urbana tra programmazione e pianificazione*, in *Riv. giur. edil.* 2014, p. 237 ss.

<sup>4</sup> Al fine di portare soltanto un esempio di come le politiche attuate a livello locale possano essere assai efficaci, anche nella trasmissione al cittadino di quei valori capaci di radicare in ciascuno il senso di appartenenza e di responsabilità per il proprio territorio, preme citare il caso dell'amministrazione comunale di Taranto che da qualche tempo si muove esattamente in questa direzione, nonostante le enormi difficoltà dovute sia all'attuale contesto emergenziale provocato dalla pandemia da SARS CoV-2, sia alla assai deprecabile politica economica governativa che a partire dai primi anni Settanta ha condannato il territorio tarantino alla malattia e alla morte. Il Comune di Taranto ha, infatti, attivato negli ultimi due anni una politica virtuosa diretta al recupero degli immobili, un tempo di grande pregio culturale, ma ormai abbandonati e con il fine di ripopolare l'Isola madre - un gioiello di borgo antico interamente circondato dal mare - di cittadini di Taranto, attraverso l'iniziativa della vendita delle unità abitative al costo di 1 euro, con la clausola della totale ristrutturazione dell'interno e della facciata esterna entro un tempo limite di 5 anni, potendo godere di finanziamenti agevolati e del successivo trasferimento della residenza colà. A questa pregevole iniziativa perequativa se ne affiancano tante altre, tutte rintracciabili sul sito istituzionale del Comune di Taranto, dirette alla promozione del territorio, alla mobilità sostenibile, all'ospitalità di un turismo ecocompatibile, al miglioramento della qualità della vita dei cittadini e alla riqualificazione del territorio in generale e delle strutture ricettive e sportive, in particolare, per prepararsi ad

### 3. Il risparmio del suolo per le generazioni future.

Il tema del risparmio del suolo ormai da tempo acquista progressivamente una rilevanza esponenziale, sol che si ponga mente alla definizione stessa di "consumo di suolo" ed alle ben note conseguenze assai negative che da un fenomeno di tal fatta derivano all'intero pianeta, fino a mettere in discussione la sopravvivenza stessa del genere umano su di un pianeta di asfalto, cemento, mattoni e rifiuti, se solo si rifletta sui diritti il cui esercizio è indisponibile oltre un limite, poiché il suo superamento danneggerebbe pesantemente le generazioni future, alla luce delle indagini e delle rilevazioni che offrono certezze sul consumo di suolo a dir poco allarmanti <sup>5</sup>.

Al fine di offrire un contributo che possa essere utile al farsi delle scelte politiche e strategiche sul tema del risparmio di suolo, svolgendo considerazioni su alcuni punti nodali che condizionano o dovrebbero condizionare il governo del territorio, occorre considerare anzitutto la definizione -comunemente accettata- di consumo di suolo, per dedicare, passando per uno dei possibili inquadramenti dogmatici del bene suolo, qualche riflessione ad alcuni della moltitudine di interessi -spesso contrapposti- coinvolti nella vicenda del risparmio del suolo e alle possibili strategie che consentano di perseguire nel modo più efficace l'obiettivo primario sotteso alla loro scelta ed implementazione.

Sarà opportuno, peraltro, "sgombrare il campo" da alcuni equivoci terminologici che danno vita a storture metodologiche destinate -come è inevitabile- ad incidere assai negativamente sul raggiungimento dell'unico risultato che ormai si rende obbligatorio perseguire e garantire: il risparmio del suolo e la conseguente preservazione e salvaguardia di tutte le funzionalità vitali che, grazie alle proprietà organolettiche -e non solo- della terra, esso offre al nostro pianeta.

Quello di perequazione urbanistica è un principio che, potrebbe dirsi in linea generale, tende a produrre da un lato una sorta di "giustizia distributiva" nei confronti dei proprietari dei suoli chiamati ad usi urbani, dall'altro, la formazione di un patrimonio pubblico di aree al servizio della collettività, senza aggravii di spese.

---

accogliere gli atleti e le loro famiglie, nonché gli appassionati sportivi e i turisti che assisteranno alla manifestazione mondiale dei Giochi del Mediterraneo 2026, assegnati appunto al territorio di Taranto e provincia. Iniziative dirette a risvegliare nei cittadini l'amore per il territorio, il senso di appartenenza, la crescita personale e la cultura, queste ultime agevolate anche da numerose iniziative associazionistiche o semplicemente attivate da singoli cittadini tarantini animati dall'amore per il proprio territorio.

<sup>5</sup> Sarà sufficiente una rapida lettura del rapporto "Consumi del suolo, dinamiche territoriali e servizi ecosistemici", edizione 2020, edito da SNPA, rintracciabile su [https://www.snpambiente.it/wp-content/uploads/2020/07/Rapporto\\_consumo\\_di\\_suolo\\_2020.pdf](https://www.snpambiente.it/wp-content/uploads/2020/07/Rapporto_consumo_di_suolo_2020.pdf).

Diversa dalla perequazione è la compensazione, attraverso la quale si concedono diritti edificatori a fronte della gratuita cessione di terreni privati per la costruzione di opere pubbliche o della realizzazione di opere di urbanizzazione <sup>6</sup>.

Esistono, avverte la dottrina, due tipi di "urbanistica": quella che si attua per mezzo di tecniche di "assegnazione ai soggetti dei valori d'uso", riferimento tipico della pianificazione dei tessuti urbani e quella che "funge da strumento di custodia dei valori di esistenza", connessa -si direbbe- soltanto "a porzioni di territorio diverse dai tessuti urbani", zone ove i valori ambientali prevalgono su ogni altro interesse ed è compito dei pubblici poteri la garanzia della produzione di servizi ecologici non escludibili a fruizione non divisa <sup>7</sup>. Questa seconda tecnica di individuazione e

<sup>6</sup> Su questa distinzione si rinvia *ex multis* allo studio di E. Boscolo, *La compensazione e l'incentivazione: modelli e differenze rispetto alla perequazione*, in *Quaderni della Fondazione italiana del notariato*, 2012; il quale evidenzia che "si registra soprattutto una serie di piani - anche di Comuni di medie dimensioni - che danno corpo a sofisticati modelli di perequazione (di comparto o diffusa), spesso combinati con soluzioni di matrice compensativa, applicate per risolvere specifiche situazioni territoriali".

Sul consumo di suolo e sulle politiche governative efficaci per il suo contenimento e più in generale studiato nell'ottica di diverse prospettive, cfr. E. Boscolo, *Le perequazioni e le compensazioni*, in *Riv. giur. urb.*, 2010, p. 104; Id., *Oltre il territorio: il suolo quale matrice ambientale e bene comune*, in *Urb. app.*, 2014, p. 129 ss.; P. Maddalena, *Il territorio bene comune degli italiani. Proprietà collettiva, proprietà individuale e interesse pubblico*, Roma, 2014; G.F. Cartei, *Il problema giuridico del consumo del suolo*, in *Riv. it. dir. pubb. comunit.*, 2014, p. 1261 ss.; L. De Lucia, *Il contenimento del consumo di suolo nell'ordinamento italiano*, in Aa.Vv., *Contenere il consumo del suolo. Saperi ed esperienze a confronto*, a cura di G.F. Cartei-L. De Lucia, Napoli, 2014, p. 91 ss.; V. Cerulli Irelli, *Statuto costituzionale della proprietà privata e poteri pubblici di pianificazione*, in *Giust. civ.*, 2015, p. 36 ss.; P. Otranto, *Regolazione del consumo di suolo e rigenerazione urbana*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2015; G.F. Cartei, *Il suolo tra tutela e consumo, Relazione tenuta al Convegno dell'Associazione Italiana di Diritto dell'Ambiente sul tema "Il Testo unico dell'ambiente a dieci anni dalla sua approvazione"* (Roma, 9-10 giugno 2016); W. Gasparri, *Suolo bene comune? Contenimento del consumo di suolo e funzione sociale della proprietà*, in *Dir. pubbl.*, 2016, p. 69 ss.; P. Otranto, *Rigenerazione delle aree degradate e patrimonio culturale*, in *Diritto e processo amministrativo*, n. 4/2017, p. 1869 ss.; E. Ferrero, *Il contenimento del consumo di suolo come limite della discrezionalità urbanistica*, in A. Rossi, A. Cauduru, E. Zanalda (a cura di), *Limiti e diritto*, Milano, 2017, 82.; A. Quaranta, *Il consumo del suolo fra impasse normativa, proposte settoriali e necessità di un cambio di marcia*, in *Ambiente & sviluppo*, n. 8-9/2018, p. 539 ss.; A. Leone, *Uso del suolo e processi di sostenibilità*, Milano 2019; G. Pagliari, *Governo del territorio e consumo del suolo. Riflessioni sulle prospettive della pianificazione urbanistica*, in *riv. giur. edil.* n. 5/2020, p. 325 ss.; L. Minganti, *Il contenimento del consumo di suolo fra legislazione nazionale e regionale: le risposte di Veneto ed Emilia-Romagna*, in *Le istituzioni del federalismo*, n. 1/2020, p. 251 ss.

<sup>7</sup> Si tratta dell'impostazione di E. Boscolo, *Beni comuni e consumo di suolo. Alla ricerca di una disciplina legislativa*, in P. Urbani (a cura di), *Politiche urbanistiche e gestione del territorio tra esigenze del mercato e coesione sociale*, Torino 2015, p. 1 ss., spec. p. 9. Cfr. inoltre le interessanti considerazioni di F. Follieri, *Lo sviluppo urbano sostenibile. Considerazione de iure condito e de iure condendo*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it) 2018 e di G.A. Primerano, *Il problema del consumo di suolo*, in *Scritti in onore di Eguenio Picozza*, Napoli 2019, p. 1365 ss, il quale evidenzia come quello del consumo di suolo sia un problema da affrontare ineludibilmente al fine di garantire processi evolutivi coerenti con la promozione del capitale naturale e del paesaggio, con la valorizzazione delle aree rurali e con la riqualificazione e la rigenerazione di aree dismesse o degradate, ponendo l'accento, in particolare, sul riuso come concetto chiave nella logica dell'economia circolare, nonché sul dovere delle amministrazioni di dotarsi di strumenti in grado di fronteggiare lo *sprawl* urbano, nella prospettiva dello

governo del territorio, è senz'altro caratterizzata -non meno della prima, tuttavia - dalla dominanza delle prerogative ambientali, perché impingente sulle zone agricole, aree naturali e seminaturali, che partecipano in misura assai rilevante della salubrità della crosta terrestre, quindi dell'intero pianeta. Eppure -preme qui osservare-, proprio la funzione vitale di salvaguardia dei valori ambientali "assegnata" a queste zone del territorio del nostro Paese, rende queste ultime non meno bisognose di partecipare alla "distribuzione" di quei valori d'uso, il cui godimento diventa elemento indispensabile per la garanzia -proprio nelle zone ecologicamente di maggior rilievo- della cura e salvaguardia del suolo e dei valori di esistenza che il capitale umano presente in quei tessuti non urbani ha il dovere di garantire attraverso lo svolgimento di servizi ecosistemici dei quali possa godere ogni singola persona insistente su quel territorio <sup>8</sup>.

Sicché, appare quantomeno aprioristica -oltre che promotrice delle diseguaglianze della perequazione-, l'affermazione per la quale questa suddivisione dualistica della funzione pianificatoria consente di far emergere in modo assai evidente una profonda diversità di impostazione rispetto, ad esempio, alla preservazione degli spazi verdi e dei servizi ecologici sugli areali agro naturali, rispetto ai quali "la riconduzione alla figura tradizionalmente definita proprietà agraria, a cui si estendeva un dispositivo pianificatorio anche per questo verso orientato in direzione del riconoscimento dei valori d'uso legati alla produzione agricola (ed all'insediamento in tali ambiti), si presenta ormai riduttiva"<sup>9</sup>.

E' opinione comune che il sempre più elevato consumo di suolo che connota, in particolare, il nostro Paese, sia la conseguenza di un insieme di fattori economici e fenomenologie di servaggio politico - amministrativo, connessi eziologicamente tra di loro: l'inarrestabile urbanizzazione delle aree urbane e periurbane, la concentrazione della forza lavoro verso le città, specie quelle metropolitane ed il conseguente abbandono del lavoro nei tessuti rurali -aggravato dal generarsi di fenomeni aberranti di sfruttamento della mano d'opera, soggiogata da forme di caporalato-, "la terzianizzazione delle attività d'impresa e l'uso di tecnologie

---

sviluppo sostenibile. In tale prospettiva, il contenimento del consumo di suolo è destinato a incidere in modo pervasivo sulla discrezionalità esercitabile in sede di pianificazione e, del pari, è suscettibile di ampliare sia il novero dei soggetti legittimati ad agire in giudizio, sia le maglie del sindacato giurisdizionale incentrato sulla razionalità delle scelte amministrative.

<sup>8</sup>Sulle zone naturali, seminaturali e agricole cfr. R. Pasca Di Magliano, *L'agricoltura e la valorizzazione dell'ambiente: nuovi indirizzi di politica agro-ambientale*, in AA.VV., *Agricoltura e diritto. Scritti in onore di Emilio Romagnoli*, vol. I, Milano, 2000, p. 275 ss; M.P. Ragonieri, *La dimensione ambientale «formante» del diritto agrario: la V.I.A. nei progetti in agricoltura*, *ivi*, p. 522 ss.; R. Rota, *La multifunzionalità agricola nel rapporto ambiente-società*, in [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it), 2017; P. URBANI, *La disciplina urbanistica delle aree agricole*, *ivi*, 2009.

<sup>9</sup> Così ancora E. Boscolo, *Beni comuni e consumo di suolo*, *cit.*, p. 10.

meccaniche applicate agli usi del territorio in passato impensabili" <sup>10</sup>. Questa constatazione e le "proiezioni temporali" del consumo di suolo, hanno generato allarme presso le istituzioni di molti Paesi, in particolare europei, ove, grazie allo studio di questi fenomeni, confermati ed analizzati da censimenti e studi statistici, se ne è individuata la causa principale nell'esistenza di altrettanti "fenomeni lato sensu urbanizzativi incompatibili con la difesa del territorio e dell'ambiente" <sup>11</sup>.

Questa convinzione, rafforzata dalla progressiva consapevolezza che il suolo costituisce una risorsa limitata e "non rinnovabile", ha provocato il progressivo passaggio da pianificazioni incrementalì, fondate sulla diffusione urbana (*sprawl*), a piani connotati da una impostazione fortemente contenitiva <sup>12</sup>, nella quale ogni ulteriore consumo di suolo agro-naturale deve trovare una rigorosa giustificazione <sup>13</sup>.

<sup>10</sup> Non si condivide qui il pensiero di P. Urbani, *A proposito della riduzione del consumo di suolo*, in *Riv. giur. edil.*, fasc.3, 2016, p. 227 ss., che presuppone che l'uso di strumentazione meccanica tecnologicamente avanzata sia un fenomeno che incide negativamente sul consumo di suolo, posto che, al contrario, proprio l'uso della strumentazione meccanica, in luogo di prodotti chimici e in luogo dello sfruttamento selvaggio della mano d'opera, contribuisce senz'altro ad una miglior cura del suolo ed alla preservazione delle sue caratteristiche naturali, oltre a promuovere l'uso della professionalità e di competenze specifiche (necessarie per la fabbricazione di quegli strumenti meccanici tecnologicamente avanzati), piuttosto che, appunto, lo sfruttamento di mano d'opera per lo più improvvisata e stagionale -si pensi alle forme di caporalato che affliggono il lavoro nei campi, spesso prestato da immigrati non regolari o da cittadini che lavorano a giornata per guadagnare l'indispensabile alla mera sopravvivenza.

<sup>11</sup> Così M.G. Boschetti, *Gestione della risorsa suolo e politiche pubbliche*, in E. Boscolo (a cura di), *Annuario di diritto urbanistico italiano*, Milano 2014, p. 1ss.; P. Urbani, *La riforma regionale del PRG, un primo bilancio. Efficacia, contenuto ed affetti del piano strutturale. Il piano operatorio tra discrezionalità nel provvedere e garanzia del contenuto minimo del diritto di proprietà*, in *Riv. giur. urb.*, 2007, p. 471 ss.; ora anche in P. Urbani, *Scritti Scelti*, Vol II, p. 1031 ss., Torino 2015.

<sup>12</sup> Si pensi soltanto alla vicenda dell'ecomostro denominato "Punta Perotti" che ha interessato una parte di costa pugliese: l'abbattimento nel 2007, con conseguente bonifica del suolo, delle tre complesse costruzioni che deturpavano l'ingresso alla città di Bari, occupando (e consumando suolo attraverso sigillatura e impermeabilizzazione) lo spazio compreso nei trecento metri dalla riva del mare, sul lungomare della città, ha consentito la costruzione di un parco (Parco Perotti) in uso a tutta la città, che gode delle esalazioni di iodio provenienti dal vicinissimo mare e consente l'erogazione da parte dell'amministrazione comunale di servizi ecologici che soddisfano oggi le più disparate esigenze ludiche, ricreative e di aggregazione sociale della cittadinanza, in uno scorcio paesaggistico non certo irrilevante, oltre a restituire al parco e al grande spazio funzionale la sua funzione peculiare. Su queste ultime tematiche, *ex multis* e con particolare riferimento agli oneri imposti ai privati, in virtù dei vincoli territoriali e al conseguente indennizzo per esigenze equitative e/o perequative, cfr. A. Angiuli, *Premesse per uno studio sui "grandi spazi funzionali". Il regime giuridico del parco*, in AA.VV., *Studi in onore di F. Benvenuti*, Modena, 1996, p. 127 ss., nonché in *Il diritto dell'economia* 1997, p. 63 ss.; Id., *Piani territoriali tra valore paesaggistico, interessi rivali e partecipazione*, in *Scritti in memoria di Roberto Marrama*, Vol. I Napoli 2012, p. 1289 ss.; G. Di Plinio, *Aree protette vent'anni dopo. L'inattuazione "profonda" della legge 394/1991*, in *Riv. Quadr. Dir. Amb.*, n. 3/2011, p. 29 ss.; L. De Lucia, *Piani paesaggistici e piani per i parchi. Proposta per una razionale divisione del lavoro amministrativo*, in *Riv.giur.urb* 2013, p. 72 ss.; E. Picozza, *Pianificazione dei parchi e silenzio assenso*, in P. Stella Richter (a cura di), *Governo del territorio e patrimonio culturale*, Milano 2016, p. 137 ss. Cfr. inoltre il dossier predisposto da Assennato, F. Strollo A., D'Antona M., De Fioravante P., Cavalli A., Munafò M., *Soil ecosystem services assessment to support land use planning - applications in Italy and a reflection for the future*. AESOP annual congress 2019 Planning for transition Venezia 9-13 July 2019. In giurisprudenza, da ultimo Corte cost., sent.

Al fine di verificare, pur brevemente nell'economia di questo contributo, la piena condivisibilità di questa considerazione comune e, soprattutto, di cogliere almeno in parte, il significato reale ed attualizzato dell'esistenza di questi fenomeni incompatibili con le priorità ambientali e paesaggistiche, occorre prendere le mosse, dopo aver brevemente analizzato il quadro normativo -pur assai scarno, che presidia il divieto di consumo di suolo- da una definizione di consumo di suolo.

#### 4. Il risparmio e il consumo di suolo. Lo stato della normativa.

In Italia non esiste ancora una legge nazionale organica sul consumo di suolo e su riqualificazione del territorio e riuso degli edifici esistenti, in particolare delle aree agricole e rurali <sup>14</sup>. Eppure, a conferma dell'emersione sempre più pressante della

---

20.5.2020, n. 134, sul riparto di competenze in materia di aree protette- l.r. Liguria del 19 aprile 2019, n. 3; Id., 21. 12 2020, n. 276; Cass. Pen. Sez. III, 11.05.2020, n. 14246.

<sup>13</sup> In questo senso, E Boscolo, *La compensazione e l'incentivazione*, cit. Cfr., inoltre, Id., *Le perequazioni e le compensazioni*, cit. V. anche S. Stanghellini, *Obiettivi e modelli dei piani urbanistici perequativi in Italia*, in *Strumenti per il governo del territorio. Perequazione e borsa dei diritti edificatori*, a cura di M. De Carli, Milano, 2007, nonché P. Urbani, *La costruzione della città pubblica: modelli perequativi, diritto di proprietà e principio di legalità*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

<sup>14</sup> Basta affacciarsi oltre i confini nazionali per scorgere iniziative virtuose sin dai primi decenni del secolo scorso, come le *green belt* che sono forse la più antica forma di controllo dell'espansione urbana. L'idea della *green belt* è nata negli anni '30 in Inghilterra; essa consiste nel circondare le città esistenti con una fascia verde profonda alcuni chilometri, ove vige il divieto di realizzare nuovi edifici, le integrazioni edilizie sono fortemente controllate e gli eventuali grandi progetti passano sempre al vaglio di una pianificazione territoriale assai rigida. Nelle *green belt*, tuttavia sono concesse edificazioni soltanto allorché siano serventi ad installazioni agricole e silvo-colturali rigidamente controllate e non soggette ad alcuna deroga o rinegoziazione personalizzata. Il successo delle *green belt* britanniche ha comportato il loro aumento, fino ad arrivare a coprire una superficie di 1,6 milioni nel marzo 2018.

Sistemi analoghi sono adottati anche in Germania, nelle aree circostanti le città di Düsseldorf, Hannover, Mittelhessen e Stuttgart, dove le aree delle cinture verdi occupano rispettivamente il 25, il 10, il 15 ed il 34% del territorio totale di quelle città. Lo stesso avviene attorno alla città di Berlino ma attraverso una strategia che fa leva sul concetto di parco visto come spazio verde capace di contrastare gli sviluppi urbani edilizi; nel 1998 furono attivati ben 8 parchi regionali attorno a Berlino, con il preciso compito di frenare l'espansione urbana delle periferie e la loro saldatura.

Nei Paesi Bassi lo stesso concetto è declinato in modo inverso, ovvero qui sono le città (Amsterdam, Rotterdam, The Hague e Utrecht, oltre ad alcune altre città più piccole) ad essere attorno ad una vastissima area verde protetta dalla edificabilità grande più di 6.000 km quadrati, la Randstadt Holland.

Le tre esperienze europee hanno avuto esiti differenti. In Gran Bretagna sembra abbiano funzionato bene controllando sprawl urbano e consumi di suolo; in Germania sono state importanti ma non sempre hanno tenuto testa alle richieste di nuova urbanizzazione; nei Paesi Bassi vi è stato un momento di crisi nella seconda metà degli anni '90, in cui le urbanizzazioni hanno prodotto importanti erosioni di suoli nella Randstadt Holland. Questa perforazione animò una forte reazione popolare che ricompattò l'orgoglio nazionale olandese, innescando il rafforzamento nella pianificazione delle *green belt*, attraverso la previsione di misure più rigide a tutela dei

consapevolezza della necessità della predisposizione di un quadro normativo organico e armonico che presidi una precisa politica di riqualificazione e recupero dell'esistente, nonché di totale azzeramento del consumo di suolo, si evidenzia come durante l'attuale legislatura, siano stati formulati diversi progetti di legge che prevedono incentivi e misure compensative per ad esempio un'agricoltura ecosostenibile e per il riutilizzo di edifici esistenti, piuttosto che la costruzione di nuovi edifici che consumano suolo <sup>15</sup>.

Vige invece la Convenzione Europea del Paesaggio, in vigore dal 2006, che fissa principi fondamentali per la valorizzazione e tutela dei suoli, in particolare per quanto riguarda le aree agricole e aree naturali e seminaturali, al fine di promuovere e tutelare l'attività agricola, il paesaggio e l'ambiente, proteggere le biodiversità, nonché per contenere il consumo di suolo come bene comune e risorsa non rinnovabile, in una strategia di sviluppo sostenibile.

Anche il DEF (Documento di Economia e Finanza) 2020, pur contenendo diverse disposizioni sul *Green New Deal* per la sostenibilità ambientale e vari investimenti pubblici e misure di sostegno privato, si occupa assai marginalmente del consumo di suolo.

Al contrario, quasi tutte le Regioni lo trattano con proprie leggi, che tuttavia non sono omogenee e spesso non considerano un adeguato sistema di monitoraggio e sanzione, né sono accompagnate da efficaci strategie perequative che agevolino per le amministrazioni comunali l'implementazione di politiche perequative volte alla rigenerazione del suolo e al recupero delle costruzioni esistenti <sup>16</sup>.

---

presidi verdi. Cfr. *Local authority green belt statistics for England: 2017 to 2018*, Ministry of Housing, Community & Local Government of the United Kingdom, 2018.

<sup>15</sup> Per consultare le differenti versioni dei disegni di legge presentati in parlamento, cfr.

<https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/1989/05/25/089G0240/sg>

[http://leg16.camera.it/\\_dati/leg16/lavori/stampati/pdf/16PDL0003130.pdf](http://leg16.camera.it/_dati/leg16/lavori/stampati/pdf/16PDL0003130.pdf)

[http://documenti.camera.it/\\_dati/leg17/lavori/stampati/pdf/17PDL0003370.pdf](http://documenti.camera.it/_dati/leg17/lavori/stampati/pdf/17PDL0003370.pdf)

[http://documenti.camera.it/\\_dati/leg17/lavori/stampati/pdf/17PDL0008920.pdf](http://documenti.camera.it/_dati/leg17/lavori/stampati/pdf/17PDL0008920.pdf)

[http://documenti.camera.it/\\_dati/leg17/lavori/stampati/pdf/17PDL0016670.pdf](http://documenti.camera.it/_dati/leg17/lavori/stampati/pdf/17PDL0016670.pdf)

[http://documenti.camera.it/\\_dati/leg17/lavori/stampati/pdf/17PDL0040460.pdf](http://documenti.camera.it/_dati/leg17/lavori/stampati/pdf/17PDL0040460.pdf)

[http://documenti.camera.it/\\_dati/leg17/lavori/stampati/pdf/17PDL0040500.pdf](http://documenti.camera.it/_dati/leg17/lavori/stampati/pdf/17PDL0040500.pdf)

<http://www.senato.it/leg/17/BGT/Schede/Ddliter/46877.htm>

<http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/01069004.pdf>

<sup>16</sup> Si legge nel rapporto SNPA sul consumo di suolo, cit. che “In assenza di una normativa di livello nazionale, il quadro della normativa regionale risulta piuttosto eterogeneo, comprendendo disposizioni, normative o principi inseriti in leggi finalizzate al contenimento del consumo del suolo e alla rigenerazione urbana”. Molte regioni si sono dotate di norme specifiche sul consumo di suolo, altre si sono limitate a fissare generici obiettivi sul consumo di suolo all'interno di leggi altrettanto generiche sul governo del territorio. “In alcune regioni il principio del contenimento del consumo di suolo è inserito in norme relative alla riqualificazione o alla

Dalle sedi istituzionali dell'Ue provengono diverse sollecitazioni verso gli Stati membri, perché si attivino nella direzione del raggiungimento del risultato per il quale l'incremento della quota netta di occupazione di terreno debba puntare ad arrivare a zero entro il 2050. La politica dell'Ue per la protezione del suolo, iniziata ormai da alcuni lustri, si individua nella lettura della Comunicazione di orientamento politico sul suolo (COM 2002/199), nella "Strategia tematica sul suolo" (COM 2006/231), nella proposta (rimasta tale) di direttiva quadro sul suolo (COM 2006/232) e nella Comunicazione della Commissione recante «Orientamenti in materia di buone pratiche per limitare, mitigare e compensare l'impermeabilizzazione del suolo», ove si segna la "tabella di marcia" verso un'Europa efficiente nell'impiego delle risorse (COM/2011/571); infine nella direttiva 2012/27/EU, relativa alle politiche di rigenerazione urbana<sup>17</sup>. La strategia adottata dall'UE reca un approccio non vincolante comune e globale per la protezione del suolo<sup>18</sup>, fondata sulla promozione della ricerca, della sensibilizzazione e della integrazione degli aspetti del suolo con altre politiche<sup>19</sup>.

---

rigenerazione urbana, intesa spesso come alternativa al nuovo consumo di suolo. Tuttavia, praticamente dovunque, la definizione di consumo di suolo non è coerente con quella europea e nazionale o, comunque, sono presenti deroghe o eccezioni significative relative a tipologie di interventi e di trasformazioni del territorio che non vengono inclusi nel computo (e quindi nella limitazione) ma che sono in realtà causa evidente di consumo di suolo" (p. 30). Peraltro, alla grande varietà e farraginosità di norme adottate a livello regionale, si è aggiunta una serie di provvedimenti in materia di edilizia ed urbanistica inseriti nelle leggi regionali emanate negli ultimi mesi esplicitamente per contrastare l'emergenza SARS CoV-2 o comunque con carattere di urgenza, ove si disciplinano deroghe ai controlli e alle valutazioni assai importanti (VIA, VAS, ecc.) per la tutela dell'ambiente e il monitoraggio della sua compromissione.

<sup>17</sup> Sulla proposta di direttiva quadro per la protezione del suolo e sull'obiettivo posto dalla Commissione europea di arrivare a "quota zero entro il 2050", G.F. Cartei, *Consumo di suolo: la prospettiva dell'Unione europea*, in Aa.Vv., *Contenere il consumo del suolo. Saperi ed esperienze a confronto*, Napoli 2014., 45 ss. e P. Otranto, *Regolazione del consumo di suolo e rigenerazione urbana*, in *giustamm* 2015; G.A. Primerano, *Focus: soil consumption and public policies of territorial government*, 2019, cit.

<sup>18</sup> Si accoglie la definizione di A. Vettori, *Intervento* alla Giornata dell'Accademia dei georgofili, Scuola superiore Sant'Anna, Pisa 26 settembre 2017, il quale evidenzia come a livello regionale esistano diverse iniziative di buone pratiche agricole, volte, con o senza aiuti pubblici, ad incrementare l'agricoltura biologica e di conservazione, oltre che "di incentivi e progetti pilota per un uso sostenibile del suolo e per la protezione della sua materia organica" (p.8).

<sup>19</sup> Va ricordato anche il regolamento 2018/1999 sulla *governance* dell'Unione dell'energia nel quale mira a garantire l'attuazione della strategia dell'Unione dell'energia in modo coordinato e coerente in tutte le sue dimensioni e ad assicurare il conseguimento degli obiettivi dell'Unione dell'energia, in particolare quelli relativi al quadro strategico in materia di energia e clima per il 2030 e all'Accordo di Parigi sui cambiamenti climatici, ratificato nell'ottobre 2016.

Il regolamento del 2018 viene richiamato anella proposta della Commissione della prima legge europea sul clima, tesa a trasformare in legge l'obiettivo fissato nel *Green Deal* europeo di rendere l'economia e le società europee a impatto climatico zero entro il 2050. Sicché, accanto alla garanzia dell'azzeramento del consumo di suolo nel 2030, si fissa un'ulteriore tappa nel 2050 che impegnerebbe tutti i Paesi dell'Ue al raggiungimento dell'azzeramento delle emissioni nette di gas a effetto serra, principalmente attraverso la riduzione delle emissioni, l'investimento nelle tecnologie verdi e la protezione dell'ambiente naturale.

#### 4.1. La rigenerazione del suolo: prospettive per una regolazione efficace ed efficiente.

Il consumo di suolo trae origine dagli interventi dell'uomo che producono l'impermeabilizzazione o la sigillazione della superficie terrestre, creando una alterazione spesso irreversibile delle caratteristiche ambientali delle originarie superfici "verdi" ed una sottrazione progressiva della superficie agricola, naturale o seminaturale <sup>20</sup>.

Di per sé, dunque, il consumo di suolo è suscettibile di provocare danni ingenti ed irreparabili dovunque, sol che si pensi alle conseguenze in termini di significativa riduzione della produzione agricola e di conseguente perdita di una moltitudine di servizi ecosistemici, di mancato sequestro del carbonio dovuto, appunto, all'impermeabilizzazione del suolo, di mancata protezione dall'erosione e di diminuzione della rimozione del particolato e dell'assorbimento dell'ozono, nonché di sempre minore regolazione del microclima urbano e conseguente aumento dei costi energetici <sup>21</sup>.

Altri fattori concomitanti e peggiorativi si insinuano nella vicenda del consumo di suolo, con l'esito di esasperarne gli effetti negativi. In particolare, un fattore di forte criticità è rappresentato dall'occupazione caotica di suoli derivata dalla dispersione insediativa (*sprawl*), che provoca la frammentazione e la disgregazione dei paesaggi che si sono sedimentati nel tempo per opera dell'uomo: "un patrimonio collettivo che riassume in sé valori storici, culturali e di appartenenza, fondamentale per il benessere dei cittadini e delle comunità, oltre che importante risorsa per forme di turismo sociale ed ecologico-naturalistico", si legge nella relazione di un progetto di legge presentato da alcuni deputati il 23 marzo 2018 <sup>22</sup>.

---

<sup>20</sup> Questa la definizione proposta da P. Urbani, *A proposito della riduzione del consumo di suolo*, cit., p. 228.

<sup>21</sup> Si veda Commissione Europea, *Superfici impermeabili, costi nascosti. Alla ricerca di alternative all'occupazione e all'impermeabilizzazione dei suoli*. Lussemburgo 2013; Commissione Europea, *Mapping and assessment of ecosystems and their services, Indicators for ecosystem assessments under Action 5 of the EU Biodiversity Strategy to 2020 Final Report*, febbraio 2014; infine, Commissione Europea, *Future Brief: No net land take by 2050?* aprile 2016.

<sup>22</sup> Proposta di legge ad iniziativa dei deputati Daga, Micillo, Terzoni, Vignaroli, Zolezzi, in Atti Parlamentari della Camera dei deputati, presentata il 23 marzo 2018, con il numero AC 63. A questa proposta ne sono seguite altre che, sulla falsariga di quella in commento, ripropongono strategie efficaci per garantire l'azzeramento del consumo di suolo. Si commenta qui questo disegno di legge perché lo si ritiene maggiormente efficace poiché centrato su politiche perequative dirette a conseguire l'obiettivo principale, senza gravare su, ed anzi rafforzandole, le finanze dei singoli cittadini. Sicché le linee strategiche che qui a proposta che qui si propongono per suggerire l'adozione di politiche perequative finalizzate al conseguimento degli obiettivi in questo scritto fortemente caldeggiati, sono elaborate su ispirazione del disegno di legge del 2018.

Peraltro il fenomeno dell'"accaparramento" delle terre (comunemente noto come *land grabbing* <sup>23</sup>), provocando la perdita della proprietà dei suoli da parte di molte piccole e medie aziende agricole, disperda così una risorsa assai importante per la gestione sostenibile e produttiva di servizi ecologici del territorio. In particolare, sembra emergere una problematica legata alla visione sempre più estesa dei comparti di territorio con destinazione agricola, come opportunità d'investimento finanziario e oggetto di forte speculazione da parte di imprese multinazionali e grandi investitori, sia europei che stranieri. Di conseguenza, si assisterebbe oggi ad una concentrazione di terreni agricoli nelle mani di pochi attori, che gestiscono quelle proprietà e l'economia che esse producono, impartendo ordini dallo Stato ove risiedono, senza che li sfiori la preoccupazione del rispetto degli equilibri ecosistemici dei suoli.

Si tratta, com'è evidente, di un fenomeno capace di produrre profonde conseguenze sociali, culturali, economiche e politiche, oltre a recare con sé la assai grave conseguenza della uniformizzazione e banalizzazione dei paesaggi.

L'ultima proposta di legge presentata in parlamento, contenente "Disposizioni per il contenimento del consumo di suolo e per il riuso dei suoli edificati", si affaccia su uno scenario che aveva visto diverse proposte simili anche nelle precedenti legislature, su iniziativa di deputati delle diverse forze politiche, alcune delle quali non sono state mai discusse, altre ostacolate dalle forze politiche di opposizione, con il risultato che nessun testo di legge ha mai visto la luce.

Il testo proposto nel 2018 nasce dalla dichiarata intenzione di "dare un'efficace definizione giuridica di «suolo» e «consumo di suolo»", nonché di stabilire "le regole per tutelare e salvaguardare un fondamentale bene comune che rappresenta una risorsa non rinnovabile e non sostituibile nella produzione di alimenti e di servizi ecosistemici, nella trasformazione della materia organica, nel ciclo dell'acqua e nella mitigazione dei cambiamenti climatici"<sup>24</sup>.

---

<sup>23</sup> Letteralmente "accaparramento delle terre", il *land grabbing* è un fenomeno internazionale in continua espansione che si verifica quando una larga porzione di terra considerata "inutilizzata" è venduta a terzi, aziende o governi di altri Paesi. Si tratta quindi dell'acquisizione da parte di soggetti privati (multinazionali o altri investitori) o da parte di altri Stati, di vaste zone coltivabili, per produrre beni alimentari destinati all'esportazione, mediante contratti di compravendita o affitto a lungo termine.

<sup>24</sup> Nello stesso testo presentato alla Camera dei deputati il 23 marzo 2018 si leggono alcuni dati ISPRA e ISTAT pubblicati nel 2017 (<http://www.isprambiente.gov.it/it/pubblica-zioni/rapporti/consumo-di-suolo-dinamiche-territoriali-e-servizi-ecosistemici>). Dalla lettura dei dati si ricava che il consumo di suolo in Italia non ha conosciuto soste, pur segnando un importante rallentamento tra il 2013 e il 2015. Le nuove coperture artificiali hanno riguardato ulteriori 250 chilometri quadrati di territorio, ovvero –in media– circa 35 ettari al giorno (una superficie pari a circa 35 campi di calcio ogni giorno). Una velocità di trasformazione nell'ultimo periodo di circa 4 metri quadrati di suolo irreversibilmente perduti ogni secondo. Dopo aver toccato anche gli 8 metri quadrati al secondo negli anni 2000 (tra i 6 e i 7 metri quadrati al secondo è la media degli ultimi cinquanta anni), il rallentamento iniziato nel periodo 2008-2013 a causa della crisi economica si è consolidato negli ultimi due anni con una velocità ridotta di consumo di suolo, che continua però, sistematicamente e ininterrottamente, a

Partendo dalla politica suggerita nella proposta poco sopra sintetizzata, si può tentare di tracciare alcune linee strategiche di azione nella direzione proposta in questo studio, affinché si possa raggiungere l'obiettivo primario imposto dall'Agenza 2030 dell'azzeramento del consumo di suolo nel 2050.

In questa prospettiva, l'intero comparto edilizio non potrà che essere indirizzato verso l'unica *chance* di sviluppo possibile: quella che presuppone il recupero, la rigenerazione, l'efficientamento energetico e il risanamento antisismico del patrimonio edilizio vetusto, senza ulteriore consumo di suolo<sup>25</sup>.

Dopo aver fornito tutte le definizioni necessarie per evitare interpretazioni divergenti e fuorvianti, occorre delimitare un preciso ambito di applicazione delle strategie perequative, individuabile in qualsiasi superficie libera<sup>26</sup>, naturale, seminaturale o agricola, sia in area urbana che periurbana. In queste aree, non può essere consentito un nuovo consumo di suolo, qualsiasi destinazione esse abbiano; si tratta di soddisfare le esigenze insediative e infrastrutturali esclusivamente attraverso il riuso e la rigenerazione del patrimonio esistente. In una simile strategia l'ISPRA e le agenzie per la protezione dell'ambiente delle regioni (ARPA) e delle province autonome (APPA), non possono che assumere un ruolo di primario riferimento per il monitoraggio del consumo del suolo.

ricoprire aree naturali e agricole con asfalto e cemento e con insediamenti residenziali e produttivi, centri commerciali, servizi e strade.

I dati della rete di monitoraggio dell'ISPRA mostrano come, a livello nazionale, il suolo consumato sia passato dal 2,7 per cento degli anni '50 a circa il 7,6 per cento nel 2016, con un incremento di 4,3 punti percentuali (1,2 per cento è l'incremento registrato tra il 2013 e il 2015) e una crescita del 159 per cento. Ancora, secondo i dati ISTAT nel nostro Paese sono presenti oltre 7 milioni di abitazioni non utilizzate, 700.000 capannoni dismessi, 500.000 negozi definitivamente chiusi e 55.000 immobili confiscati alle mafie.

<sup>25</sup> Nell'articolo si legge la definizione di consumo di suolo come la "modifica o la perdita della superficie agricola, naturale, seminaturale o libera, a seguito di interventi di copertura artificiale del suolo, di trasformazione mediante la realizzazione entro e fuori terra, di costruzioni, infrastrutture e servizi o provocata da azioni, quali asportazione e impermeabilizzazione". La definizione di "superficie agricola", risponde invece alla "superficie naturale e seminaturale: le aree non urbanizzate, utilizzate o utilizzabili per attività agricole o silvo-pastorali, nonché le altre superfici non impermeabilizzate o non compromesse da interventi o azioni di cui alla lettera b), indipendentemente dalle classificazioni formali definite dagli strumenti urbanistici; tali aree possono essere anche intercluse nel tessuto urbano".

I servizi ecosistemici, si legge all'art. 1, lett. m) della proposta di legge, sono "i benefici forniti dagli ecosistemi al genere umano, distinti in quattro categorie:

- 1) «servizi di fornitura o approvvigionamento», che forniscono i beni veri e propri, quali cibo, acqua, legname, fibre, combustibile e altre materie prime, nonché materiali genetici e specie ornamentali;
- 2) «servizi di regolazione», che regolano il clima, la qualità dell'aria e le acque, la formazione del suolo, l'impollinazione e l'assimilazione dei rifiuti, nonché mitigano i rischi naturali quali erosione e infestanti;
- 3) «servizi culturali», che includono benefici non materiali quali l'eredità e l'identità culturale, l'arricchimento spirituale e intellettuale e i valori estetici e ricreativi;
- 4) «servizi di supporto», che comprendono la creazione di habitat e la conservazione della biodiversità genetica.

<sup>26</sup>La parte di lotto che viene lasciata libera da pavimentazioni o costruzioni che impediscano alle acque meteoriche di raggiungere la falda (superficie permeabile).

Nel contempo, si potrebbe imporre ai Comuni, singoli o associati, l'approvazione di specifiche varianti ai propri strumenti pianificatori, al fine di eliminare le previsioni di edificabilità che comportino consumo di nuovo suolo in aree agricole e in aree naturali e seminaturali, nonché l'individuazione degli ambiti urbanistici, della perimetrazione-individuazione dell'urbanizzato esistente, attraverso lo svolgimento da parte di tutti i Comuni di un censimento volto ad individuare gli edifici sfitti (aventi qualsiasi destinazione, sia pubblici, sia privati), non utilizzati o abbandonati, le loro caratteristiche e dimensioni; infine, la quantificazione e la qualificazione delle aree urbanizzate e infrastrutturate esistenti e delle aree residue non ancora sviluppate, previste dagli strumenti urbanistici vigenti.

Al fine di consentire ai Comuni di procedere in questa direzione, si rende opportuna la previsione della sospensione, fino ad approvazione delle varianti necessarie e fino all'espletamento del suddetto censimento, dell'efficacia degli strumenti pianificatori vigenti, relativamente alle disposizioni che prevedano un consumo di suolo, nonché l'eventualità di procedere allo scioglimento del Consiglio comunale<sup>27</sup>, allorché l'amministrazione comunale si dimostri incapace di adempiere ai compiti assegnati dalla legge<sup>28</sup>.

---

<sup>27</sup> Si tratta di una norma presente nel disegno di legge del 2018, ove l'art. 9, comma 2, disponeva che "nei casi di accertata e persistente violazione del comma 2 dell'articolo 3, del comma 4 dell'articolo 4 o del comma 1 del presente articolo i consigli comunali, su proposta del Ministro dell'interno, sono sciolti in base alle disposizioni dell'articolo 141 del testo unico di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267". In sostanza, lo scioglimento del Consiglio comunale si impone quando i Comuni non adottino le necessarie varianti ai propri strumenti di pianificazione urbanistica, destinate ad "eliminare le previsioni di edificabilità che individuano interventi di qualsiasi destinazione comportanti consumo di suolo in aree agricole e in aree naturali e semi-naturali" (art.3, comma 2); violino il divieto di disporre la realizzazione di interventi edificatori di qualsiasi natura o destinazione anche se già previsti dagli strumenti urbanistici vigenti, comportanti, anche solo parzialmente, consumo di suolo, nonché l'adozione e l'approvazione di nuovi strumenti urbanistici o loro varianti che prevedano interventi di qualsiasi natura e destinazione in aree libere (art. 4, comma 4) o, ancora, il divieto di consumo di suolo, salvo le poche eccezioni previste dalla stessa norma e riguardanti rapporti già conclusi, ovvero su cui si sia già formato il legittimo affidamento (art. 9, comma 1).

<sup>28</sup> Nella norma di cui all'articolo 5 si definiscono gli interventi di rigenerazione delle aree urbanizzate degradate da un punto di vista urbanistico, socio-economico, paesaggistico e ambientale, basati sulla bonifica, sul riuso e sulla rigenerazione delle funzioni ecologiche del suolo, sulla riqualificazione, demolizione, ricostruzione e sostituzione degli edifici esistenti, sulla creazione e sul mantenimento nell'urbanizzato esistente di aree verdi, aree pedonabili, percorsi ciclabili, aree naturalistiche e di agricoltura urbana e sull'inserimento di funzioni pubbliche e private diversificate volte al miglioramento della qualità della vita dei residenti, della vivibilità e salubrità degli spazi urbani pubblici, con elevati standard di qualità, sicurezza sismica, minimo impatto ambientale e paesaggistico, in particolare con il miglioramento dell'efficienza energetica e idrica e con la riduzione delle emissioni, attraverso l'indicazione di precisi obiettivi prestazionali e di qualità architettonica degli edifici, con particolare riferimento alla bioarchitettura. La stessa norma individua i boschi come una risorsa strategica nazionale, in quanto generatrice di servizi ecosistemici prioritariamente di interesse pubblico e collettivo. Si definiscono (art. 6) le misure di incentivazione –sotto forma di finanziamenti statali e regionali-, attribuite ai Comuni, in forma singola o associata per gli interventi di riuso e rigenerazione urbana e di bonifica dei siti contaminati, ai soggetti privati, singoli o associati, che intendano realizzare il recupero di edifici e di infrastrutture nei territori rurali o il recupero del suolo a fini agricoli anche mediante la demolizione di capannoni

Si tratta, dunque, di intervenire sull'esercizio della funzione amministrativa connessa alla garanzia del risparmio di suolo, assegnando alle amministrazioni comunali precisi compiti di rilevazione e censimento, nonché quelli relativi all'esercizio del potere autorizzatorio e di conformazione della proprietà, sicché attraverso l'imposizione di divieti e limitazioni da un lato, incentivi e accordi perequativi, dall'altro, gli enti locali agiscano, secondo regole di buona amministrazione, nel rispetto della legge e nell'interesse della collettività.

La strategia che emerge dalle linee appena tracciate poggia sulla constatazione per la quale per recuperare il suolo e arrestarne il consumo l'unico intervento possibile è quello, anzitutto, di arrestare, appunto, qualsiasi forma di ulteriore consumo di suolo, salvi soltanto i permessi già accordati, ma non anche quelli previsti negli strumenti urbanistici, perché l'efficacia di queste disposizioni resta sospesa, fino all'approvazione della variante, che dovrà del tutto eliminarle.

Per quanto possa apparire eccessiva -eppure affatto sproporzionata rispetto all'obiettivo che si intende raggiungere- una disposizione di legge che preveda l'arresto immediato di qualsiasi forma di consumo di suolo non ancora autorizzata dall'amministrazione competente, con conseguente adeguamento di tutti gli strumenti urbanistici al dettato legislativo, è d'altro canto, lapalissiana la constatazione per la quale l'arresto del consumo di suolo si ottiene soltanto vietandone l'ulteriore consumo, con divieto seguito da sanzione rilevante.

Si tratta di imporre alla popolazione di vivere di recupero delle aree, recupero edilizio, recupero urbano e "recupero ambientale". Sicché, il "costruito" esistente non è necessario che sia abbattuto e, nel caso in cui fosse inutilizzato, fatiscente e in contrasto con il tessuto su cui insiste, potrà essere "integrato" nel territorio, dietro recupero, ristrutturazione e adeguamento alla normativa di riferimento (sicurezza degli impianti, normativa antincendio, ecc.), o demolizione destinata al recupero del suolo.

Peraltro, nel documento contenente il settimo programma ambientale europeo, approvato nel dicembre del 2013, tutti gli Stati hanno preso l'impegno di garantire una gestione sostenibile dei territori inclusi nell'Unione europea, una adeguata disciplina di tutela e protezione del suolo, nonché l'avanzamento delle operazioni di bonifica dei siti contaminati.

Conseguire questi obiettivi in poco più di 5 lustri, impone di arrestare immediatamente il consumo di suolo e attivare al più presto ogni politica adeguata ad avviarne il recupero.

---

e altri fabbricati rurali strumentali abbandonati, di recente edificazione, incongrui rispetto al contesto e al paesaggio; infine, ai soggetti pubblici e privati che per necessità di ampliamento della loro attività produttiva procedano al riuso dei capannoni o degli edifici dismessi.

L'obiettivo finale della proposta di legge, infatti, sembrerebbe proprio quello di fermare il consumo di suolo (spreco di suolo), con l'intento di eliminarlo completamente attraverso il rilancio del patrimonio edilizio e infrastrutturale esistente, la rigenerazione urbana e la riqualificazione energetica degli edifici.

Si tratta, cioè, di agire immediatamente a protezione dell'ambiente che ci ospita e che abbiamo sfruttato, deturpato e depauperato nel tempo da quando l'uomo abita la Terra, attraverso un'azione decisa, forte, come forti sono il danno provocato dal consumo di suolo e l'ipoteca iscritta a chiare lettere sulla qualità della vita delle generazioni future<sup>29</sup>.

La proporzione tra causa e effetto, tra sacrificio imposto e risultato atteso sembra finalmente svelarsi appieno<sup>30</sup>.

## 5. Brevi considerazioni su alcuni contributi della dottrina per la sistemazione dommatica del suolo.

Inquadrate il problema del consumo di suolo nelle funzioni legate alla preservazione e salvaguardia dei beni ambientali, una dottrina attenta a questi temi

---

<sup>29</sup> G. Luchena, *Ambiente, diritti delle generazioni future ed etica delle responsabilità*, in *La tutela multilivello dell'ambiente*, a cura di F. Gabriele - A.M. Nico, Bari, 2005, p. 191; R. Bifulco, *Diritto e generazioni future*, Milano, 2008; J. C. Tremel, *A Theory of Intergenerational Justice*, London, 2009; F. Fracchia, *Lo sviluppo sostenibile. La voce flebile dell'altro tra protezione dell'ambiente e tutela della specie umana*, Napoli, 2010.

<sup>30</sup> Si fronteggiano ormai da tempo in dottrina ed in giurisprudenza due linee di pensiero: secondo la prima, un'attività industriale, agricola o commerciale che potrebbe indurre un danno ambientale (emissioni nocive in atmosfera, consumo di suolo, oppure uso di fertilizzanti, ecc.), non essendo stata provata la sua natura innocua, dev'essere temporaneamente vietata; la seconda per la quale, viceversa, fin quando non risulti provato il pericolo concreto di danno ambientale imminente nessun impedimento è lecito opporre alle gestioni economiche. Cfr. F. De Leonardis, *Il principio di precauzione*, in M. Renna e F. Saitta (a cura di), *Studi sui principi di diritto amministrativo*, cit., p. 718 ss.; M.G. Pulvirenti, *La riconversione dei siti produttivi inquinati*, in P. Stella Richter (a cura di), *Pianificazione urbanistica e attività economiche*, Milano 2016, p. 93 ss., con particolare attenzione al caso ILVA di Taranto. Si è già osservato come "la radicalità delle differenze tanto dommatiche quanto pratiche tra le due linee di pensiero induce ad introdurre un "rimedio" che possa mediare tra le diverse esigenze e che non trascuri il fondamentale principio di precauzione, scolpito nella parte VI del codice italiano dell'ambiente, ma che ne attenua gli effetti applicativi mediante il ricorso al principio di proporzionalità. In tal guisa, si ritiene di riuscire ad evitare il rischio dell'eccesso di cautela allorché chi deve arbitrare la *res dubia* si faccia a comparare e ponderare, da un lato, la gravità, anzitutto l'eventuale irreversibilità del danno e del tipo di danno temuto, e, dall'altro lato, la verifica di una proporzione tra la pesantezza dei rischi e la gravità dei danni, che, secondo l'*id quod plerumque accidit*, si prospettano come probabili le conseguenze della misura ambientalista adottata nei confronti delle attività e delle libertà che devono sopportarla". Così nel mio *Note minime su beni comuni e funzione amministrativa*, in [www.Costituzionalismo.it](http://www.Costituzionalismo.it), vol. 1, Fascicolo n. 1/ 2017, Commenti – Parte III. Sul tema cfr. soprattutto M. Renna, *I principi di sussidiarietà, adeguatezza e differenziazione*, in F. Saitta, M. Renna, F. Fracchia (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Torino 2012., p. 283 ss.

<sup>31</sup>, avverte che l'inclusione del suolo anche nella categoria dei beni comuni, ha una inevitabile ricaduta sulle priorità che devono guidare la mano della salvaguardia, sicché lo schema qualificatorio dei beni comuni "si dispone su un piano diverso rispetto alla tradizionale dicotomia proprietà pubblica – proprietà privata e non ne è programmaticamente teso a scardinarne l'assetto", sebbene, si evidenzia, "il confronto con la dimensione proprietaria" resti ineludibile.

Infatti, sembrerebbe cambiare radicalmente l'angolo prospettico che deve indirizzare l'intervento dei pubblici poteri nella gestione del territorio, ponderando, da un lato, le esigenze di libertà, garanzia della proprietà e delle utilità ad essa connesse, nonché delle utilità derivanti dalla fruizione dei luoghi e dei servizi che li connotano; e, dall'altro lato, la salvaguardia dei "valori di esistenza" che comporta l'imposizione di regole, limitazioni e vincoli, spesso -preme qui evidenziare- non accettati dal destinatario che da quella proprietà vorrebbe godere della sua legittima "porzione" di utilità (si pensi soltanto al fenomeno dello spopolamento delle campagne e alle conseguenze assai negative che esso produce sulla cura del suolo e della "rete" dei servizi ecologici che da quei suoli potrebbe diramarsi) <sup>32</sup>.

<sup>31</sup> Cfr. E. Boscolo, *Beni comuni e consumo di suolo*, cit. Cfr. inoltre, ID., *Le perequazioni e le compensazioni*, in Atti Aidu, 2008; P. URBANI, *Urbanistica solidale*, Torino 2011; G. Iacovone, *Politiche fiscali nella costruzione della città pubblica. A margine del consumo di suolo*, in *Urban@it*, n. 1/2017, ove si affronta il tema della fiscalità nella gestione del territorio, inteso come risorsa ambientale. Lo studio si interroga sull'utilità di elaborare tecniche fiscali per il governo del territorio, prescindendo "dalla elaborazione di politiche fiscali che abbiano ben presenti i territori su cui vanno ad incidere" (p.2); ivi si rileva come "grazie ad alcune leggi regionali di terza generazione e alle sempre più pressanti sollecitazioni provenienti dall'Ue, la finalità di sviluppo del territorio, intesa innanzitutto come espansione delle attività edificatorie e promozione delle attività economiche, è divenuta concorrente rispetto a quella di tutelare valori come l'ambiente, il paesaggio e la sicurezza del territorio"; d'altro canto, però, "in direzione ostinata e contraria, le scelte pianificatorie diventano campo di manovra delle politiche fiscali orientate da necessità di bilancio, rinunciando ad esercitare quel ruolo guida delle scelte degli operatori economici in direzione della riqualificazione del patrimonio edilizio esistente e ad esprimere scelte contenitive del consumo di suolo". Si pensi ad esempio alla nuova legge sul governo del territorio dell'Emilia Romagna (LR 24/2017), incentrata proprio sui principi del contenimento del consumo del suolo e della rigenerazione urbana, nonché alle disposizioni che modificano la legge del Friuli (art. 39 bis LR 19/2009) in tema di valorizzazione del patrimonio edilizio esistente, consentendo la continuità temporale con la scadenza del Piano casa regionale (v. l.r. Friuli Venezia Giulia, 20 dicembre 2017). Si vedano, ancora, i contributi raccolti in A. Magnaghi (a cura di), *La regola e il progetto. Un approccio bioregionalista alla pianificazione territoriale*, Firenze University Press, 2014; L. De Lucia, *Contenimento del consumo di suolo e futuro della pianificazione urbanistica e territoriale*, in E. Fontanari e G. Piperata (a cura di), *Agenda RE-CYCLE. Proposte per reinventare la città*, Bologna 2017, p. 105 ss.

<sup>32</sup>In senso assai critico sulla costituzionalità del principio perequativo, cfr. P. Stella Richter, *Contributo alla legge quadro sul territorio*, in *Scritti in onore di L. Mazzaroli, III*, Padova, 2007, 505 ss.; da P. Urbani, *Territorio e poteri emergenti*, Torino, 2007, 180. Ritengono il principio perequativo conforme al dato costituzionale, A. Police, *Governo e mercato dei diritti edificatori*, in *Governo e mercato dei diritti edificatori*, a cura di A. Bartolini e A. Maltoni, Napoli, 2009. Cfr. inoltre P. Urbani, *Urbanistica solidale*, Torino, 2011. Cfr., ancora, P. Lombardi, *Il permesso di costruire tra interessi, uso e riuso del territorio*, in Riv. Giur. Edili. 2016, fasc.3, p. 249 ss.; C. Videtta, *Interessi pubblici e governo del territorio: l'ambiente come motore della trasformazione*, ivi, p. 393 ss.; R. Garofoli, *La perequazione urbanistica: nozione e compatibilità con il principio*

Nel caso del suolo, però, si osserva che "la medesima porzione dello spazio fisico terrestre dà origine a due beni giuridici diversi": quello oggetto di proprietà privata, che garantisce alcune utilità al proprietario e quello che costituisce una risorsa di natura "atta a garantire utilità ad un novero non circoscrivibile di soggetti, a condizione che se ne mantengano integre talune caratteristiche originarie"<sup>33</sup>.

Si direbbe, allora, che, da un lato, appaia quasi doveroso includere beni ambientali come l'acqua e il suolo tra i beni comuni che, a differenza di altri, "costituiscono una matrice ambientale che garantisce utilità *ex se* a fruizione indivisa", sebbene esposta al drammatico problema dell'esauribilità da sovrapprelievo; dall'altro, non può trascurarsi che si tratta quasi sempre, in particolare nel caso del suolo, di beni di proprietà privata. Pertanto, "il dispositivo custodiale deve necessariamente incidere in senso conformativo sul fascio di facoltà che il proprietario aspira a mantenere nel perimetro del proprio diritto soggettivo".

Sicché il regime dei *commons* applicato agli areali agro naturali si troverebbe a coesistere con il regime dominicale, evenienza non del tutto incompatibile con la categoria giuridica dei *commons*, ma senz'altro assai svantaggiosa per il privato proprietario. Questo conflitto potrebbe trovare opportuna sistemazione attraverso il ricorso ad un rimedio di sapore transattivo, quello dell'introduzione per il bene suolo della categoria dei *semicommos*<sup>34</sup>, punto d'incontro che consentirebbe al proprietario, guidato e governato da "acconci comandi pianificatori", ai quali talvolta si assommano previsioni vincolistiche espresse dalla normativa ambientale-

---

di legalità, l'art. 42 Cost., i criteri di riparto tra Stato e regioni della potestà legislativa, in *Fondazione notariato* (E-Library) 2016.

Osserva P. Urbani, *A proposito della riduzione del consumo di suolo*, in *Riv. giur. edil.*, fasc.3, 2016, pag. 227 ss., come non siano indenni da trasformazioni "i beni differenziati li dove la disciplina di questi identificati sul territorio non contenga norme di contenimento del consumo di suolo, limitandosi alla previsione che qualunque trasformazione sia soggetta all'autorizzazione dell'autorità comunale preposta alla tutela, ai fini della verifica della compatibilità degli interventi di trasformazione con la tutela del valore del bene,... che fissano già il contenuto delle eventuali trasformazioni ammesse. È noto infatti che ancorché oggetto di disciplina differenziata il Comune ha la potestà di pianificare tutto il territorio sempre che la disciplina di questi beni non si sostituisca integralmente alla potestà pianificatoria dell'ente primario determinandone cogenti limiti di trasformazione. Ed è appena il caso di dire che giocando proprio sull'equivocità dei vincoli privi di prescrizioni cogenti sono stati autorizzati interventi edificatori da parte dei sovrintendenti che nulla avevano a che fare con la tutela giocando sull'ampia discrezionalità attribuita a questi ultimi nella valutazione di compatibilità delle opere edilizie con la tutela astratta del valore paesaggistico. Si pensi ai 300 metri lungo le coste della cosiddetta legge Galasso del 1985 che rientrano nella categoria dei beni paesaggistici *ex lege* subordinandone la trasformazione all'autorizzazione paesaggistica ma non prevedendone originariamente l'inedificabilità." Si veda inoltre ID., *La tutela delle zone agricole tra interpretazioni giurisprudenziali e discrezionalità amministrativa*, in *Riv. giur. edil.*, 1994, 1, p. 87 s.

<sup>33</sup> E Boscolo, *Beni comuni*, cit.

<sup>34</sup> Rileva in proposito E. Boscolo, *Beni comuni e consumo di suolo*, cit., p. 14 che "la coesistenza tra questi due diversi statuti consente ... di comprendere come la soluzione qualificatoria applicata al bene comune-suolo si correli a caratteri diversi rispetto a quelli a cui guarda prioritariamente lo schema codicistico, sotteso al riconoscimento della titolarità privata su frazioni atomistiche della stessa".

paesaggistica, secondo lo schema delle tutele parallele<sup>35</sup>, di godere di un circoscritto novero di utilità, allorché queste assumano forme compatibili con la preservazione del suolo, delle sue caratteristiche e del suo assetto fisico-morfologico<sup>36</sup>.

## **6. La perequazione nella prospettiva del risparmio di suolo. Brevi considerazioni critiche e un esempio.**

Fra le diseguaglianze della perequazione urbanistica (almeno di quella estesa) va senz'altro annoverata la assai scarsa attenzione che si è dedicata alla soddisfazione degli interessi della popolazione stabilmente presente nei comparti agricoli e naturali; popolazione che, nel curare la propria terra, nel rispetto delle disposizioni normative e regolamentari, nonché della propria esperienza e competenza, offre un prezioso servizio a tutto l'ambiente circostante, intercettando e portando valore all'interesse primario, sotteso anche a quello del risparmio del suolo: la preservazione della natura e dell'ambiente dalle "storture" del progresso.

Le diseguaglianze della perequazione, allora, si evidenziano e si esasperano nelle classificazioni e definizioni cieche, che sembrerebbero riversare sul suolo naturale ancora esistente, ogni ipotesi sulla sopravvivenza delle generazioni future, prescindendo da una accurata valutazione delle esigenze di quegli stessi territori che necessitano –in maniera sempre più crescente a misura dell'aumento delle malattie che affliggono la terra e la vegetazione- dell'intervento e della cura dell'uomo.

Si cerca di affermare che la definizione stessa di risparmio di suolo, non deve necessariamente porsi in opposizione con quella di consumo di suolo, allorché quest'ultimo sia esercitato nell'unica modalità che la prospettiva del risparmio di suolo richiede. E, per vero, è sufficiente attenersi alla definizione stessa di consumo di suolo (impermeabilizzazione e cementificazione ed ogni altra attività capace di modificare la morfologia del suolo), per comprendere che, per ricavare alcune legittime utilità che il diritto di proprietà garantisce, è bastevole non intervenire sul territorio in modo "preclusivo" di ulteriore e futuro utilizzo del suolo naturale, delle sue biodiversità e degli elementi e componenti che erogano vitalità al pianeta.

---

<sup>35</sup> Inaugurato in uno scritto del 1985: cfr. V. Cerulli Irelli, *Pianificazione urbanistica e interessi differenziati*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1985, p. 386 ss. e ripreso da più autori. Cfr. P. Chirulli, *Urbanistica e interessi differenziati: dalle tutela parallele alla pianificazione integrata*, in *Dir. amm.* 2015, p. 108 ss..

<sup>36</sup> Si fa riferimento ad esempio all'innalzamento di capannoni di modeste dimensioni che non comportino impermeabilizzazione, né sigillatura, per adibirli a ricoveri per animali o depositi per gli attrezzi, nonché a coltivazioni biologiche o azioni necessarie di governo del bosco che non implicino trasformazioni irreversibili e 'sigillature': tutte attività riconosciute come "componenti fondamentali di una matura *governance* ambientale, anche grazie alla cd. condizionalità dell'agricoltura fortemente incentivata dai programmi comunitari". Cfr. E. Boscolo, *Beni comuni e consumo di suolo*, cit. loc. ult. cit.

Peraltro, le utilità che possono riconoscersi e garantirsi ai proprietari dei preziosi suoli, non si pongono necessariamente in contrasto con l'obiettivo primario del risparmio di suolo e con l'inclusione nella rete dei servizi ecologici che caratterizza il comparto territoriale naturale e seminaturale; anzi, esse possono rivelarsi assai funzionali alla rete di servizi ecologici che ogni singolo territorio può sprigionare (meglio avere tutti gli attrezzi per curare la terra con mezzi meccanici e con bestiame -che, tuttavia, richiedono ricoveri ove proteggere gli stessi dalle intemperie, dalle aggressioni vandaliche e dai furti-, che qualche damigiana di pesticidi o erbicidi per distruggere ogni biodiversità, avvelenando la terra con sostanze chimiche).

Per cogliere appieno la differenza delle due situazioni figurativamente descritte a titolo d'esempio, occorre riflettere sul danno ambientale che il glifosato (l'erbicida più diffuso in agricoltura, comunemente conosciuto come "diserbante") produce -anche e non soltanto in termini di impatto biologico- alla terra trattata e alle conseguenze sulla sopravvivenza delle biodiversità e sull'insorgere di patologie gravi (spesso mortali) per l'essere umano.

Se il rispetto dell'ambiente e la prevenzione del danno ambientale, delle situazioni e circostanze che possano provocarne il verificarsi, è un preciso compito di ciascun soggetto dell'ordinamento giuridico (pubblico, privato, singolo o associato), a costoro si impone la predisposizione di ogni precauzione necessaria alla prevenzione del danno. Sicché, nell'esempio dell'utilizzo di sostanze chimiche erbicide, in luogo di mezzi meccanici o bestiame<sup>37</sup>, l'azione di prevenzione non può esprimersi soltanto attraverso l'imposizione del divieto -pur indispensabile ed anzi presupposto- di utilizzo di erbicidi e pesticidi, bensì anche attraverso la promozione e l'incentivazione di ogni sistema alternativo, ecologicamente sostenibile -meglio, neutro- che consenta di ottenere lo stesso risultato di cura, nutrimento e pulizia della terra.

Pratiche virtuose che non possono che trovare il plauso della collettività e che dovrebbero essere alimentate da politiche di promozione inserite nelle tecniche di governo del territorio e dell'ambiente, in una prospettiva perequativa.

E, anche laddove manchi questo intervento, pur doveroso, da parte dei pubblici poteri, la società civile offre esempi virtuosi di sussidiarietà orizzontale, spesso attuati in reazione all'abbandono delle responsabilità e dello stesso esercizio della funzione pubblica da parte dei primi: a titolo esemplificativo si pensi alla vicenda che ha visto protagonista Vincenzo Fornaro, allevatore proprietario di un ampio suolo che, in terra di Taranto, circonda lo stabilimento ILVA, il limitrofo Polo petrolchimico e il limitrofo stabilimento Cementir. Egli -come è accaduto agli altri agricoltori e

---

<sup>37</sup> Come accade con gli ovini e bovini che brucano erba e nutrono il terreno, concimandolo e facendo venir meno l'esigenza per l'agricoltore di eliminare l'erba in eccesso che sottrae alle colture parte degli elementi nutritivi della terra.

fattori che esercitavano la loro attività nelle zone prossime agli stabilimenti dei veleni- tra il 2008 e il 2010 ha subito l'abbattimento di 600 capi di bestiame ovino, perché risultato contaminato da diossina e pcb, nonché l'imposizione del divieto di pascolo e di coltivazione di materie prime alimentari, vigente nel raggio di 20 km dagli stabilimenti, perdendo, così, la sua attività di sostentamento, tra l'altro passibile di essere assai produttiva –se solo fosse stata radicata altrove- di servizi ecologici preziosi per la comunità e per l'ecosistema. Pur in assenza di qualsivoglia forma di risarcimento e, piuttosto in presenza di diverse difficoltà e ostacoli opposti dall'amministrazione competente, quel suolo, grazie all'iniziativa e alla caparbietà dell'interessato danneggiato da politiche pubbliche scellerate, accoglie oggi una grande coltivazione di canapa, materia prima che, oltre ad essere protagonista di innumerevoli cicli destinati a dar vita a prodotti ecologici, in particolare tessili, ha anche altissime proprietà filtranti e bonificanti sulla terra che ospita le sue coltivazioni.

Si tratta, tuttavia, di valutazioni che possono essere effettuate soltanto a livello locale e non possono essere lasciate al legislatore che, al netto dell'imposizione del divieto di ulteriore consumo di suolo, ben poco può prevedere sulle peculiari esigenze del singolo territorio.

Si pensi, ad esempio, al devastante impatto che ha sulla morfologia della terra in una determinata zona, la coltivazione di prodotti che mal si attagliano alla morfologia e alla tipologia di terra esistente: le vigne, gli uliveti, gli ortaggi, il riso, alcuni alberi da frutta, rispetto ad altri, tutti hanno esigenze assai differenti, sia quanto a morfologia del suolo, sia quanto alle sostanze organiche e inorganiche che lo popolano e, ancora, quanto al clima ideale per ciascuna di queste coltivazioni. Per questa ragione, ogni prodotto della terra dovrebbe essere coltivato nel suo habitat ideale, favorendo per questa via la produzione tradizionale di prodotti tipici delle singole zone del nostro variegato territorio nazionale, capace –nonostante tutto, ancora oggi- di offrire una varietà sterminata di prodotti tipici e pressoché unici per le caratteristiche organolettiche che variano a seconda della zona in cui essi vengono coltivati e prodotti.

E', quindi soltanto l'ente locale che può provvedere alla definizione degli strumenti pianificatori perequativi e/o compensativi adeguati al raggiungimento in concreto dell'obiettivo primario. E questo il Comune deve fare, modulando il suo intervento a seconda delle diverse caratteristiche del territorio e della peculiare "forza lavoro" presente sul territorio, incentivandone, con strumenti e politiche compensative, appunto, da formulare onorando soprattutto il principio di proporzionalità, sempre presente nell'azione dei pubblici poteri <sup>38</sup>, senz'altro anche di

---

<sup>38</sup> Soltanto per richiamare un caso giurisprudenziale assai significativo in materia di proporzionalità del sacrificio imposto al privato in ragione di diverse esigenze ed obiettivi perseguiti dall'amministrazione pubblica in genere

in materia di consumo di suolo, si riportano qui alcune decisioni del giudice amministrativo: Tar Lazio, sez. I quater, sent del 21 giugno 2018, n. 2630; Cons. Stato, sez. IV, sent. 28 giugno 2018, n. 3986 che nel valutare la legittimità di un provvedimento negativo di un Comune ligure, motivato, tra l'altro, dal consumo di nuovo suolo, evidenzia come la legge regionale la ligure imponeva ai Comuni di "porre riparo ai difetti della pregressa pianificazione nella parte in cui non era stato assicurato il controllo delle trasformazioni edilizie nelle zone di tipo 'B'. Una delle ipotesi previste per raggiungere tale fine era costituita dall'imposizione di pause nell'edificato, così da ridurre l'impermeabilizzazione del suolo che veniva considerata una delle cause delle ricorrenti inondazioni che colpiscono proprio la valle del Bisagno, nella parte in cui il torrente attraversa l'abitato di Genova". Peraltro, il Puc vigente di Genova si era posto tra gli obiettivi fondanti quello di garantire la riqualificazione del territorio, evitando il consumo di suolo e, soprattutto, la salvaguardia del verde esistente, sicché la funzione del Piano non fosse soltanto quella di limitarsi alla ricognizione della situazione in atto, bensì anche di delineare una disciplina diretta ad assicurare un ordinato assetto urbanistico del territorio. In questa decisione i giudici di Palazzo Spada evidenziano come costituisca una "critica preconcepita" la considerazione per la quale "un ambito di conservazione può essere tale soltanto laddove l'area possieda un pregio intrinseco, ché altrimenti si dovrebbe inserirla in un ambito di riqualificazione". Ove, invece l'impostazione del Piano abbia l'evidente obiettivo di ridurre il consumo del suolo e di conservare le aree verdi, la coerente persecuzione dell'obiettivo, "rientra nella discrezionalità del pianificatore, non è attinta da elementi di illogicità ed è conferente con lo stato dell'area". Pochi giorni prima, Cons. Stato, sez. IV, 1 giugno 2018, n. 3311, aveva evidenziato, in punto di proporzionalità dell'azione amministrativa, come "il Puc di Genova si era posto tra gli obiettivi fondanti quello di garantire la riqualificazione del territorio, evitando il consumo di suolo e, soprattutto, la salvaguardia del verde esistente, ed inoltre la funzione del Piano era soltanto quella di limitarsi alla ricognizione della situazione in atto (comunque effettuata in coerenza con la disciplina di piano sovraordinata), bensì di procedere alla posizione di una disciplina diretta ad assicurare un ordinato assetto urbanistico del territorio", sicché "la tutela del verde esistente, che non poteva essere assicurata operando una completa consumazione del suolo mediante realizzazione di parcheggio in struttura con aree verdi sulla copertura". Ivi il giudice evidenzia, sull'uso del potere discrezionale concesso all'amministrazione comunale: "Invero, delle due l'una: o una prescrizione urbanistica rientra nella lata discrezionalità dell'Amministrazione (e ciò ritiene il Collegio) ovvero ne fuoriesce, ed allora è illegittima. Ma, una volta accertatane la legittimità, non ha luogo indugiare sulle "ragioni" sottese alla scelta: se anche fosse vero che le "pressioni" dei cittadini contrari al progetto presentato dall'appellante fondazione abbiano in qualche modo indotto la maggioranza consiliare a propendere per la disciplina del suolo avversata dalla odierna appellante, ciò non depone nel senso della sussistenza di alcun vizio, una volta accertato che non vi sono elementi che militino per la illegittimità della medesima a cagione della irragionevolezza od arbitrarietà della scelta effettuata dall'amministrazione comunale medesima".

Sempre in tema di proporzionalità delle decisioni dell'amministrazione comunale nelle decisioni di governo del territorio dentro e fuori le mura del centro storico, Cons. Stato, IV, 9 maggio 2018, n. 2762 ha ritenuto del tutto proporzionati agli obiettivi perseguiti, alcuni criteri localizzativi comunali che prevedevano "per le medie strutture di vendita l'insediabilità all'interno del tessuto urbano già edificato, previa approvazione di uno strumento urbanistico attuativo finalizzato alla riconversione di ambiti edificati dismessi o interessati da situazione di degrado, salva la necessità di una specifica variante allo strumento urbanistico generale". Per le grandi strutture di vendita, la stessa proporzione si è riscontrata ove il comune "ha invece stabilito che fosse necessario salvaguardare l'equilibrio del sistema urbano, ridurre il consumo di e riqualificare aree degradate già individuate nell'ambito del "Centro urbano", considerando inoltre che una parte rilevante delle grandi strutture di vendita pur già previste dallo strumento urbanistico generale vigente non erano ancora state realizzate".

TAR Lombardia, sez. II, 18 giugno 2018, n.1532, in tema di proporzionalità rispetto al "fabbisogno" di tutela di un'area specifica del territorio, ha rilevato che "Ai sensi dell'art. 2.2.4 del Documento di Piano del P.T.R. nel Sistema territoriale dei Laghi, cui appartiene anche l'Ambito del Lago di Como, con riguardo all'uso dei suoli vanno perseguiti i seguenti obiettivi:

"- limitare il consumo di suolo: coerenza le esigenze di trasformazione con i trend demografici e le dinamiche territoriali in essere, impegnando solo aree direttamente legate ai ritmi effettivi del fabbisogno insediativo;

fronte alla salvaguardia dei valori ambientali, che devono guidare la mano anzitutto del legislatore, poi dell'amministrazione pubblica.

Al fine di offrire un esempio di quanto appena affermato, pur nel quadro tracciato delle diseguaglianze della perequazione urbanistica, mi sia consentito soffermarmi brevemente su un recente caso concreto di utilizzo di politiche perequative per la valorizzazione del territorio, questa volta nelle aree urbane e periurbane, per la salvaguardia del verde pubblico e la garanzia dei servizi ai cittadini, in risposta alle loro esigenze, raccolte attraverso forum e piattaforme istituzionali dirette ad accogliere la voce della cittadinanza. Si tratta di un esempio di conduzione virtuosa delle strategie di gestione e riqualificazione del territorio offerto dal Comune di Bisceglie (provincia di BAT, Puglia), che ha pubblicato nel giugno 2019 un avviso pubblico per raccogliere le manifestazioni di interesse per l'adesione al "Programma di riqualificazione urbana per alloggi a canone sostenibile" (PRUacs lungo la ferrovia). Il Comune ha deciso di riqualificare una zona del territorio, adiacente alla ferrovia, attraverso la stipula di forme di partenariato innovativo.

Il progetto è diretto da un lato a soddisfare i bisogni abitativi (costruzione di alloggi a canone sostenibile) e di ricreazione sociale (realizzazione di un parco ludico), intercettati presso la comunità di cittadini che il Comune gestisce, dall'altro, attraverso l'utilizzo di formule perequative e dello strumento del partenariato per l'innovazione (disciplinato dal codice dei contratti pubblici, d. lgs. 50/2016), nonché a migliorare, modernizzare ed efficientare le infrastrutture necessarie all'erogazione dei servizi alla comunità, ottenendo l'ulteriore risultato di incrementare il patrimonio del Comune. Occorre inoltre osservare che si tratta, per il Comune, di un Progetto a

- 
- evitare la dispersione urbana;
  - limitare/evitare l'impermeabilizzazione del suolo".

TAR Lombardia, sez. II, 18 giugno 2018, n.1532 ha evidenziato la proporzionalità della norma di cui all'art. 59, comma 1, della legge regionale, n. 12 del 2005 "che consente, nelle aree destinate all'agricoltura, esclusivamente la presenza di "opere realizzate in funzione della conduzione del fondo e destinate alle residenze dell'imprenditore agricolo e dei dipendenti dell'azienda, nonché alle attrezzature e infrastrutture produttive necessarie per lo svolgimento delle attività di cui all'articolo 2135 del codice civile" e non anche di interventi costruttivi correlati a funzioni differenti rispetto a quelle legate allo svolgimento di attività di natura agricola."

Cons. Stato, sez. IV, 22 giugno 2018, n., 3843 e TAR Campania, sez. VIII, 5 giugno 2018, n. 3680 ove si evidenzia la profonda distinzione in termini di ulteriore consumo di suolo tra la costruzione di un fabbricato destinato all'asservimento alle attività agricole, realizzato come da progetto approvato e la effettiva realizzazione che invece ha comportato un determinato consumo di suolo: "il progetto assentito con la C.E. n.10/1997 prevedeva che l'area circostante il fabbricato fosse sistemata "a verde, con piantumazione di alberi ornamentali e cespugli sempreverdi", viceversa la realizzazione della strada carrabile e del piazzale pavimentato, determinando oggettivamente un consumo di e integrando un'apprezzabile trasformazione urbanistico/edilizia, tendenzialmente permanente, dell'assetto del territorio, rappresentano "interventi di nuova costruzione" necessitanti il rilascio di permesso di costruire ai sensi della lett. a) art.10 D.P.R. 380 del 2001". Si veda, infine Cons. Stato, sez. VI, 12 giugno 2018, n. 3615; Cons. Stato, VI, 7 giugno 2018, n. 3445, sulle finalità e la proporzionalità nelle decisioni di piano.

costo zero, poiché esso viene finanziato da fondi regionali, ottenuti per aver vinto la selezione per la loro assegnazione, dietro stipula di un accordo di programma.

L'amministrazione comunale ha utilizzato questa linea strategica: anzitutto ha stipulato con i proprietari dei suoli alcuni protocolli d'intesa diretti ad applicare la misura perequativa. I protocolli d'intesa hanno ad oggetto l'acquisizione a titolo gratuito da parte del Comune di Bisceglie dei suoli circostanti la ferrovia, individuati nelle maglie del Piano Regolatore Generale. In base al protocollo, il Comune, in cambio della cessione a titolo gratuito, riconosce ai proprietari dei suoli più utili al Progetto e che hanno un maggior valore di mercato, un diritto edificatorio proporzionato al metraggio ceduto al patrimonio del Comune; ai proprietari di suoli meno interessanti e meno pregiati, altre forme perequative meno gravose per il Comune e -preme evidenziare- per il suolo, rispetto alla concessione di un diritto edificatorio.

Quindi il Comune si è procurato i fondi, vincendoli dietro apposita selezione, presentando il Programma suddetto, diretto alla riqualificazione urbana del territorio, in risposta alle esigenze rilevate presso la cittadinanza.

Una volta redatto e finanziato il progetto e una volta sottoscritti i protocolli d'intesa con i proprietari, il Comune ha lanciato l'avviso pubblico per dare il via al Progetto, invitando le imprese di costruzione, le cooperative edilizie ed altri soggetti a presentare manifestazione di interesse per l'assegnazione dei lotti, finalizzata alla realizzazione delle opere previste dal Programma.

Il Programma del Comune di Bisceglie prevede, infatti, la realizzazione di 20 alloggi a canone sostenibile; la cessione a titolo gratuito all'Arcidiocesi di Trani-Bisceglie di un'area da destinare a edificio per il culto, nonché la realizzazione di opere di urbanizzazione primaria e secondaria, con la realizzazione di un parco ludico pubblico attrezzato, secondo regole tecniche precise dettate dal Comune e affiancando la realizzazione di ogni opera e infrastruttura necessaria a completare la realizzazione del Progetto (strade, parcheggi, reti fognanti, scuola per l'infanzia, verde pubblico, pista ciclabile, ecc.).

Un esempio di pronta risposta dell'amministrazione all'emergere di bisogni specifici da parte della cittadinanza, utilizzando adeguate strategie, costruite passo dopo passo da amministratori capaci e competenti.

Ma anche un esempio che mostra le disuguaglianze della perequazione, molto squilibrata in termini di interessi, di sostenibilità ambientale e, soprattutto, di protezione del territorio, verso i comparti urbani.

Sembra che in Italia, attualmente, la promozione della conservazione del suolo e la valorizzazione degli spazi naturali, / gli ecomusei tanto apprezzati da turisti naturalisti e responsabili, siano affidati alla responsabilità dei cittadini e delle comunità rurali che vivono della cura della terra e dei prodotti agricoli. La migliore

strategia per arrivare a conseguire questi obiettivi di perequazione sembra quella di affidare alle autorità locali il compito di provvedere alla definizione di adeguati strumenti di perequazione e / o pianificazione compensativa per il concreto raggiungimento del principale obiettivo di conservazione del suolo per il turismo ecosostenibile, a patto di dotare le autorità locali non soltanto di poteri, ma anche e soprattutto di strumenti adeguati, atti a perseguire una simile politica.

Appare quindi evidente la necessità di elaborare strategie che consentano di orientare le scelte discrezionali delle amministrazioni coinvolte nella vicenda del consumo di suolo, in particolare, nella direzione della crescita sostenibile, in termini ambientali, economici e sociali; per altro verso, tali strategie devono concentrarsi sul fondamentale ruolo che la cittadinanza interessata dai processi di rigenerazione è chiamata a svolgere.

Si tratta, quindi, di partire dal basso -come vogliono il principio di sussidiarietà e quello di solidarietà, partire dall'ente locale e dalla sua cittadinanza per arrivare a far godere l'intero pianeta di una buona qualità della vita per gli esseri viventi presenti e, soprattutto, per coloro che verranno.

## DANNI DA FAUNA SELVATICA E COMPETENZE REGIONALI

*Considerazioni critiche sul revirement della Corte di cassazione.*

**Giacomo Vivoli**

*Professore a contratto in Diritto dell'ambiente, Università di Firenze*

**ABSTRACT** [ITA]: A partire dalla sentenza n. 7969 del 20 aprile 2020, la Corte di cassazione ha radicalmente cambiato la propria posizione sul risarcimento danni a cose o persone causati dalla fauna selvatica; i giudici hanno ritenuto di dover applicare anche in tal caso il criterio di responsabilità stabilito con l'art. 2052 del codice civile nonché di individuare la regione, sempre e comunque, il soggetto legittimato passivo; il contributo prende in esame le motivazioni della sentenza e ne analizza gli effetti evidenziando come la decisione, supportata anche da considerazioni in chiave giuseconomica, sciogla una tensione effettivamente avvertita sul piano della lesione dei valori costituzionali: un complicato sistema, regionalmente differenziato ma non ragionevolmente giustificato, che ha seriamente compromesso l'effettività del diritto di difesa del danneggiato.

**ABSTRACT** [ENG]: Starting from ruling number 7969 of April 20th, 2020, the Court of Cassation has wholly changed its jurisprudence on compensation for damages caused by wildlife, establishing the application of the criteria of liability of Article 2052 of the Civil Code and the identification of the Region as the sole responsible for compensation. This paper addresses the reasons behind this ruling and examines its outcomes. It refers to observation from the perspective of law and economics to draw attention to the reasons as to why such decision finally resolves issues related to infringed constitutional values. In the past, this situation resulted in a conundrum with regionally differentiated rules without reasonable justification, which produced serious harms for the effectiveness of the right to defence of the damaged party.

**SOMMARIO:** **1.** La fauna selvatica da *res nullius* a patrimonio indisponibile dello Stato: la questione risarcitoria; – **2.** Le precedenti motivazioni della giurisprudenza per negare l'applicazione dell'art. 2052 del cc; – **3.** La legittimazione passiva: la caotica giurisprudenza e la perdita di effettività del diritto di difesa ex art. 24 della Costituzione; – **4.** Il nuovo orientamento: la sentenza della Corte di cassazione n. 7969 del 20 aprile 2020; – **5.** Giustificazioni e implicazioni economiche sulla decisione; – **6.** La precedente decisione della Corte costituzionale.

## 1. La fauna selvatica da *res nullius* a patrimonio indisponibile dello Stato: la questione risarcitoria

Con la sentenza n. 7969 del 20 aprile 2020 la Corte di cassazione ha “rivoluzionato” il proprio orientamento in tema di risarcimento danni provocati dalla fauna selvatica; il caso appare di interesse in quanto coinvolge profili di diritto costituzionale e pubblico (oltre che privatistici e di analisi economica del diritto). In via preliminare si ritiene utile effettuare un breve *excursus* normativo della disciplina in materia che rappresenta un aspetto della regolazione sulla caccia.

Per quanto riguarda le funzioni legislative occorre ricordare come le regioni, in base all’art. 117 della Costituzione *ante* riforma del Titolo V, vantassero in materia una competenza concorrente, divenuta, *post* riforma, materia residuale.

Il primo intervento organico in periodo repubblicano<sup>1</sup> è stata la legge n. 968/1977 con la quale furono fissati alcuni *imprinting* confermati anche dall’evoluzione normativa successiva; alla centralità del ruolo regionale in materia emergeva sul piano amministrativo già un *favor* alla delega verso gli enti territoriali minori<sup>2</sup>. Assetto sostanzialmente confermato nella successiva L. 157/92<sup>3</sup> che rappresenta l’attuale regolazione nazionale sulla protezione della fauna.

Peraltro, in prospettiva storica, occorre ricordare anche il precedente D.P.R. n. 11/1972 con cui fu attuato il primo trasferimento di funzioni amministrative verso le neoistituite regioni a statuto ordinario; in particolare l’art. 1 co. lett. o) assegnò loro la gran parte di quelle attinenti l’esercizio della caccia compreso il calendario venatorio, la disciplina delle bandite e delle riserve di caccia e il ripopolamento, permanendo in capo allo Stato soltanto la competenza al rilascio del porto d’armi e quella relativa alla ricerca e alla sperimentazione scientifica di interesse nazionale<sup>4</sup>.

Già quindi nel primo trasferimento del 1972 si individuava l’ente regionale come quello più adatto, salvo ovviamente delega, a cui affidare l’attività di gestione sul

<sup>1</sup> In precedenza, la materia era disciplinata dal r.d. n. 1016/1939.

<sup>2</sup> Infatti l’art. 5 co. 1 della legge n. 968/1977 disponeva che le regioni esercitassero «le funzioni amministrative in materia di caccia *normalmente* mediante delega alle province, alle comunità montane, ai comuni, singoli o associati» (ns il corsivo).

<sup>3</sup> Ai sensi dell’art. 1 co. 3 della L. 157/92 le regioni a statuto ordinario «*provvedono ad emanare norme relative alla gestione ed alla tutela di tutte le specie della fauna selvatica in conformità alla presente legge, alle convenzioni internazionali ed alle direttive comunitarie. Le regioni a statuto speciale e le province autonome provvedono in base alle competenze esclusive nei limiti stabiliti dai rispettivi statuti. Le province attuano la disciplina regionale ai sensi dell’articolo 14, comma 1, lettera f), della legge 8 giugno 1990, n. 142*». Quest’ultimo riferimento normativo è stato formalmente modificato dall’art. 19 del D.Lgs. 267/2000.

<sup>4</sup> G. SERENO, *La caccia*, in *Le materia di competenza regionale* (a cura di) G. GUZZETTA, F. S. MARINI, D. MORANA, 2015, p. 98.

territorio dell'attività venatoria; ampiezza di trasferimenti confermata dal successivo D.P.R. n. 616/1977 il cui art. 99 estendeva ulteriormente il ventaglio delle funzioni amministrative regionali.

E' sulla base dei due precedenti decreti che si innesta la legge n. 968/1977 di cui, per i fini che interessano al presente contributo, occorre ricordare una svolta decisiva nella concezione dello *status* giuridico degli animali selvatici.

Infatti la normativa del 1977 sostituirà all'espressione "selvaggina"<sup>5</sup> quella di "fauna selvatica"<sup>6</sup>; variazione semantica non fine a se stessa ma che prelude a recidere un concetto legato alla tradizione romanistica millenaria: difatti con l'art. 1 si stabilì che la fauna selvatica italiana costituiva «*patrimonio indisponibile dello stato... tutelata nell'interesse della comunità nazionale*»<sup>7</sup>.

Grazie a tale disposizione, la fauna selvatica cessa quindi di essere considerata *res nullius*<sup>8</sup> aprendo la questione del risarcimento danni da essa provocati<sup>9</sup>; tuttavia il testo legislativo, se da un lato ha il merito di sancire il salto qualitativo concettuale, dall'altro non affronta, restando del tutto silente in argomento, l'aspetto risarcitorio.

Lacuna che trovò parziale copertura con la successiva legge n. 157/92 dove fu previsto uno specifico strumento, di competenza regionale, per i danni prodotti dalla fauna selvatica. Difatti, ai sensi dell'art. 26 della L. 157/92, «*[p]er far fronte ai danni non altrimenti risarcibili arrecati alla produzione agricola e alle opere approntate sui terreni coltivati e a pascolo della fauna selvatica, in particolare da quella protetta, e dall'attività venatoria, è costituito a cura di ogni regione un fondo destinato alla prevenzione e ai risarcimenti*».

Venne pertanto istituito, a valle del sistema, un meccanismo nel caso in cui le misure preventive adottate non si fossero dimostrate sufficienti ad evitare l'evento dannoso. Tuttavia, lo strumento aveva (ed ha) un campo di applicazione limitato in quanto valido solo per le colture; pertanto, nemmeno la legislazione organica successiva, riconsiderando l'intera disciplina, ha sentito l'esigenza di regolare il

<sup>5</sup> L'art. 1 del r.d. n. 1016/1939 disponeva che «*[c]ostituisce esercizio di caccia ogni atto diretto all'uccisione o alla cattura di selvaggina mediante l'impiego di armi, di animali o di arnesi a ciò destinati*».

<sup>6</sup> Ai sensi dell'art. 2 della L. 968/1977 facevano parte della fauna selvatica «*i mammiferi e gli uccelli dei quali esistono popolazioni viventi, stabilmente o temporaneamente, in stato di naturale libertà, nel territorio nazionale*».

<sup>7</sup> L'attuale art. 1 della L. 157/92 dispone invece che la fauna selvatica è patrimonio indisponibile dello Stato ma tutelata nell'interesse della comunità nazionale ed internazionale.

<sup>8</sup> N. LUCIFERO, *I confini dell'attività venatoria. La caccia nella normativa e giurisprudenza comunitaria e nazionale*, in *Dir. giur. Agr. amb.*, 2005, n. 11, pp 635-636.

<sup>9</sup> I danni provocati dalla fauna selvatica possono riguardare cose, persone e colture; si precisa che il contributo non prende in esame i danni prodotti dalla fauna selvatica alle coltivazioni la cui disciplina compete alle regioni in base all'art. 26 della L. 157/92.

risarcimento danni causati dalla fauna selvatica a cose o persone (né, del resto, per le attività diverse da quelle propriamente agricole).

Questo vuoto normativo ha portato inevitabilmente la giurisprudenza, nell'affrontare i casi specifici, a ricorrere ai principi generali dell'ordinamento e, su due rilevanti questioni giuridiche, si sono registrati orientamenti oscillanti: l'identificazione del soggetto (eventualmente) tenuto a risarcire il danno e il criterio di attribuzione della responsabilità traducendosi, quest'ultimo aspetto, nel definire l'appropriato supporto civilistico da applicare. Le molteplici posizioni interpretative hanno creato un quadro incerto, frammentato e in tensione con alcuni pilastri del nostro ordinamento costituzionale quali l'effettività del diritto di difesa, il principio di uguaglianza nonché il riparto tra competenze regionali e competenze esclusive statali.

In discontinuità con l'orientamento passato, la sentenza n. 7969 del 20 aprile 2020 della Corte di cassazione ha "capovolto" il criterio civilistico di responsabilità da applicare ai danni da fauna selvatica<sup>10</sup> producendo effetti anche sul piano dell'individuazione del soggetto legittimato passivo.

L'aspetto che ci sembra interessante osservare è come questa svolta interpretativa, mirata a riequilibrare la posizione del danneggiato e permettergli una effettiva tutela giurisdizionale, trova giustificazioni, più di quanto sembra emergere dalla lettura della sentenza, anche da considerazioni che si ispirano all'analisi economica del diritto.

Difatti il mutamento giurisprudenziale, e in particolare l'individuazione del soggetto legittimato passivo, più che intervenire su di un sistema "ingiusto" in senso sostanziale, sembra dettato dall'esigenza di alleggerire la posizione troppo "costosa" per il danneggiato che porrebbe seri dubbi sull'effettività della tutela giurisdizionale costituzionalmente riconosciuta.

Prima di approfondire le innovazioni contenute nella sentenza si ritiene opportuno analizzare, seppur in chiave molto sintetica, le due questioni giuridiche controverse.

---

<sup>10</sup> La posizione risulta confermata nelle successive sent. n. 8384 e 8385 del 29/04/2020, sent. n. 12113 del 22/06/2020 seguita da una serie di ordinanze tra cui la n. 13848 del 6/7/2020, n. 19101 del 15/06/2020, n. 25466 del 12/11/2020 e la n. 678 del 15/01/2021.

## 2. Le precedenti motivazioni della giurisprudenza per negare l'applicazione dell'art. 2052 del cc.

Iniziamo dall'analisi del parametro civilistico in quanto la sua corretta identificazione, come vedremo meglio nel paragrafo successivo, influenzerà la decisione della Corte anche nell'individuazione del soggetto legittimato passivo.

La giurisprudenza di legittimità, a differenza di parte della dottrina, ha assunto come fondamento della responsabilità per danni causati dalla fauna selvatica l'art. 2043 cc, negando l'applicazione dell'art. 2052 cc; quest'ultimo disciplina la responsabilità per danno cagionato da animali e dispone che «*il proprietario di un animale o chi se ne serve per il tempo in cui lo ha in uso, è responsabile dei danni cagionati dall'animale, sia che fosse sotto la sua custodia, sia che fosse smarrito o fuggito, salvo che provi il caso fortuito*».

Dalla lettura piana del testo, si può notare come la disposizione sia stata concepita per animali per i quali sia possibile individuare un proprietario e non sembra, quindi, agevolmente applicabile anche alla fauna selvatica; si consideri come la disposizione sia del resto figlia di un momento storico, per non dire un'epoca<sup>11</sup>, nel quale la fauna selvatica era considerata, secondo la tradizione romanistica, *res nullius* per cui non si poneva nemmeno il problema del risarcimento. Si ricorda come l'art. 2052 cc, a differenza dell'art. 2043 cc, non richiama gli elementi soggettivi del dolo e della colpa; il fondamento della responsabilità è da ricercarsi quindi esclusivamente nello *status* di proprietario dell'animale o di detentore-utilizzatore ("chi se ne serve per il tempo in cui lo ha in uso").

Siamo, quindi, di fronte ad un caso di responsabilità di tipo oggettivo, che prevede come unica prova liberatoria il caso fortuito, e che si differenzia così, in maniera marcata, dall'art. 2043 fondato invece sulla responsabilità colposa. Anche da questa prima superficiale comparazione tra le due disposizioni del codice civile, emerge chiaramente come individuare nell'uno o nell'altro il fondamento per la richiesta risarcitoria, produca di riflesso effetti di non poco conto sull'onere probatorio del danneggiato.

Onere probatorio che si alleggerisce in caso di applicazione dell'art. 2052; in tal caso infatti, una volta accertato lo *status* di proprietario (o utilizzatore) del convenuto, il danneggiato è tenuto a rappresentare la dinamica del sinistro evidenziando il nesso causale tra il comportamento dell'animale e il danno subito;

---

<sup>11</sup> La fattispecie era disciplinata anche nel codice previgente ad eccezione della prova liberatoria del caso fortuito che è stata invece prevista nel codice civile del 1942 cfr. P. ZIVIZ, *Il danno cagionato da animali*, in *La colpa nella responsabilità civile* (a cura di P. CENDON), Torino, 2006, III, p. 172.

invece, con l'applicazione dell'art. 2043, dovrà provare come il danno provocato dall'animale sia conseguenza di un preciso comportamento colposo da parte del convenuto.

Come la stessa sentenza n. 7969/2020 ricostruisce, mentre la dottrina e alcune datate sentenze di merito hanno ritenuto possibile l'applicazione dell'art. 2052 cc anche ai danni causati dalla fauna selvatica,

*«[n]ella giurisprudenza di questa Corte si è invece consolidato un diverso indirizzo<sup>12</sup>, secondo cui il danno cagionato dalla fauna selvatica non è risarcibile in base alla presunzione stabilita nell'art. 2052 c.c., inapplicabile con riguardo alla selvaggina, il cui stato di libertà è incompatibile con un qualsiasi obbligo di custodia da parte della pubblica amministrazione, ma solamente alla stregua dei principi generali della responsabilità extracontrattuale di cui all'art. 2043 c.c., anche in tema di onere della prova, e perciò richiede l'individuazione di un concreto comportamento colposo ascrivibile all'ente pubblico».*

La giurisprudenza ha quindi ritenuto dare maggior rilievo al concetto di custodia rispetto a quello di "proprietà/utilizzo" e motivato l'inapplicabilità dell'art. 2052 per l'inconcepibile e contraddittoria ammissibilità dell'esistenza di un "dovere" a custodire un animale in libertà; si noti, come su tale impostazione non sembra aver determinato alcun effetto la modifica, concettualmente tutt'altro che banale, dello *status* della fauna selvatica da *res nullius* a patrimonio indisponibile dello Stato; passaggio con cui quest'ultimo, pur delegando poi molte competenze e funzioni alle Regioni, ha assunto una posizione quantomeno assimilabile a quella del proprietario della fauna selvatica.

### **3. La legittimazione passiva: la caotica giurisprudenza e la perdita di effettività del diritto di difesa ex art. 24 della Costituzione.**

Per quanto riguarda la legittimazione passiva, in linea di principio, non è mai stato messo in dubbio che fosse la regione, almeno in prima battuta, il soggetto da chiamare in causa per le richieste di risarcimento per danni. Depone del resto in tal senso tutto l'impianto della legislazione statale che assegna loro la competenza

---

<sup>12</sup> Vengono citate a titolo esemplificativo le seguenti pronunce della Corte di cass., Sez. 3, sentenza del 12/08/1991, n. 8788; 15/03/1996, n. 2192; 14/02/2000, n. 1638; 23/07/2002, n. 10737; 24/06/2003, n. 10008; 28/03/2006, n. 7080; 21/11/2008, n. 27673; 24/04/2014, n. 9276; Ord. 27/02/2019, n. 5722.

legislativa e amministrativa a disciplinare la tutela della fauna e la gestione del proprio territorio.

Ma mentre un primo orientamento, affrontando anche una fattispecie regolata dalla precedente L. 27.12.1977<sup>13</sup>, individuava la legittimazione passiva sempre e comunque nella regione (anche quindi in caso di delega di poteri), la giurisprudenza successiva<sup>14</sup> ha invece talvolta deviato da questo filone adottando un criterio più “sostanziale” dell’esercizio dei poteri, individuando, quale eventuale responsabile, l’ente delegato.

Il ragionamento sotteso a questa parte della giurisprudenza si sviluppa come conseguenza del fondamento teorico utilizzato per la responsabilità per danni causati dalla fauna selvatica. Difatti se il fondamento teorico viene ritenuto l’art. 2043 allora, vista la sua natura di responsabilità colposa, diventa necessario l’individuazione di un comportamento o un’omissione attribuibile all’ente pubblico effettivamente responsabile; responsabilità che quindi non sarebbe più attribuibile alla regione ma esclusivamente al soggetto a cui sono stati attribuiti i poteri effettivi.

A titolo esemplificativo di questo filone può essere analizzata l’ordinanza n. 18952 del 31/07/2017 della Corte di cassazione: il ricorrente, a seguito di incidente stradale causato da un branco di cinghiali che gli avevano attraversato la strada, aveva agito in primo grado nei confronti del comune di Arezzo che chiamò in causa la Regione Toscana in quanto ritenuta unico ente legittimato passivo.

Mentre il Tribunale di Arezzo accolse la domanda nei confronti della sola Regione Toscana, la Corte d’Appello, sul gravame di quest’ultima, riformò la decisione di primo grado. Il danneggiato si vede rigettare il successivo ricorso dalla Cassazione in applicazione del principio di diritto secondo cui «*la responsabilità extracontrattuale per i danni provocati da animali selvatici alla circolazione dei veicoli deve essere imputata all’ente, sia esso Regione, Provincia, Ente Parco, Federazione o Associazione, ecc., a cui siano stati concretamente affidati, nel singolo caso, anche in attuazione della legge n. 157 del 1992, i poteri di amministrazione del territorio e di gestione della fauna ivi insediata, sia che i poteri di gestione derivino dalla legge, sia che trovino la fonte in una delega o concessione di altro ente*».

Il punto decisivo a supporto della decisione è che la Toscana, in concreto, ha delegato la gestione della fauna selvatica alle singole province, rendendole loro i soggetti responsabili dei danni cagionati dagli animali selvatici «*atteso che l’esercizio di tali poteri è indirizzato sia alla tutela del complessivo equilibrio dell’ecosistema sia alla*

<sup>13</sup> Cass., Sez III, Sent. 01/08/1991, n. 8470.

<sup>14</sup> A partire dalla sentenza Cass., Sez. III, 08/01/2010, n. 80.

*sicurezza dei soggetti potenzialmente esposti ai danni derivanti dagli imprevedibili comportamenti della fauna»*<sup>15</sup>. In sintesi quindi l'ordinanza afferma la responsabilità della sola Provincia (non citata dal ricorrente) escludendo quella degli altri soggetti pubblici<sup>16</sup>.

A sua volta, questo orientamento, che vede come unico responsabile l'ente che esercita effettivamente i poteri, non ha assunto tratti di univocità disegnando uno scenario ulteriormente articolato<sup>17</sup>. Si è sostenuto, ad esempio, come la regione restasse comunque responsabile salvo la dimostrazione che all'ente delegato fosse stata attribuita autonomia decisionale e operativa sufficiente per poter adottare misure di precauzione e amministrare i danni arrecati ai terzi<sup>18</sup>, ma anche che si dovesse indagare, caso per caso, al fine di poter verificare se l'ente delegato fosse stato messo effettivamente nelle condizioni di adempiere ai compiti attribuiti<sup>19</sup>.

Come esempio recente si può citare l'ordinanza 17/9/2019, n. 23151 avente ad oggetto sempre l'urto di autoveicolo con un cinghiale; nei gradi precedenti, mentre il Giudice di pace condannò la Provincia di Macerata al risarcimento del danno, il Tribunale, accogliendone l'appello, ne ha dichiarato invece la carenza di legittimazione passiva. Quest'ultima decisione si fonda sul fatto che, dall'analisi del quadro normativo nazionale e regionale, non risulterebbe un esplicito conferimento a livello provinciale per la regolamentazione danni diversi da quelli alle colture agricole; in altri termini non veniva ravvisata una competenza "effettiva" della Provincia per i danni da fauna selvatica a persone o cose.

Il danneggiato, non condividendo il percorso argomentativo del Tribunale, è ricorso in Cassazione la quale ha ribaltato la decisione d'appello in quanto non avrebbe tenuto conto né delle funzioni amministrative che, in materia, il legislatore statale ha conferito alle Province<sup>20</sup>, né dei compiti che ha attribuito loro la Regione Marche<sup>21</sup> per la gestione della fauna selvatica<sup>22</sup>. Anche dai soli due casi brevemente

<sup>15</sup> Cass., Sez III, 10/11/2015, n. 22886

<sup>16</sup> Si consideri anche che al rigetto del ricorso sono seguite le spese, per la soccombenza, a favore dei contro ricorrenti Regione Toscana e Comune di Arezzo quantificate in 25.000 euro.

<sup>17</sup> Per una disamina ulteriormente approfondita cfr. Cass., Sez III, 20/04/2020, n. 7969, punto 3.5.

<sup>18</sup> Cass., Sez. III, 21/02/2011, n. 4202

<sup>19</sup> Cass., Sez. III, 06.12.2011, n. 26197, 21.06.2016, n. 12727 e recentemente Cass., Sez. 6-3, Ord. 17.09.2019, n. 23151.

<sup>20</sup> L'art. 14 della L. 142/90 (poteri quindi non delegati dalla regione) ha stabilito che «spettano alla provincia le funzioni amministrative di interesse provinciale che riguardino vaste zone intercomunali o l'intero territorio provinciale» nei settori della protezione della flora e della fauna nonché della caccia e pesca nelle acque interne; il successivo art. 19 del D.lgs. 267/2000, che ha sostituito la L. 142/90, ha confermato tali attribuzioni.

<sup>21</sup> Cfr L.R. Marche n. 7 del 5/1/1995, Norme per la protezione della fauna selvatica e per la tutela dell'equilibrio ambientale e disciplina dell'attività venatori.

riportati si comprende come la situazione avesse assunto una connotazione alquanto incerta e il cuore del problema è ben evidenziato in un passaggio della sentenza n. 7969/2020:

*«... è stata ripetutamente segnalata la condizione di oggettiva ed estrema difficoltà pratica in cui, in base agli attuali orientamenti, viene posto il soggetto privato danneggiato dalla condotta di animali selvatici nell'esercitare in giudizio la tutela dei suoi diritti, trovandosi questi costretto, non solo a dover individuare e provare una specifica condotta colposa dell'ente convenuto, causativa del danno, ma anche a districarsi in un ipertrofico e confuso sovrapporsi di competenze statali, regionali, provinciali e di enti vari (enti parchi, enti gestori di strade e oasi protette, aziende faunistico venatorie, ecc.), i cui rapporti interni non sono sempre agevolmente ricostruibili, al fine di individuare l'unico soggetto pubblico effettivamente legittimato passivo, in concreto, in relazione all'azione risarcitoria avanzata (e ciò anche al fine di evitare la responsabilità per le spese processuali in relazione agli altri enti potenzialmente responsabili, eventualmente citati a "scopo cautelativo"), il che finisce in molti casi per risolversi in un sostanziale diniego di effettiva tutela, in evidente tensione con i valori costituzionali di cui agli artt. 3 e 24 Cost.».*

Rappresentazione lucida della prospettiva kafkiana in cui si trova il danneggiato, schiacciato tra la complessità del groviglio normativo da districare e le posizioni giurisprudenziali, specie quelle più "sostanzialiste", che aggiungono, alla verifica sul piano formale di un'attribuzione di poteri, di valutare se l'ente delegato sia stato anche messo effettivamente nelle condizioni di adempiere ai compiti attribuiti<sup>23</sup>.

<sup>22</sup> Per i giudici la differente "origine" dei poteri rilevarebbe ai fini della valutazione di una eventuale responsabilità regionale, che potrebbe quindi anche restare ammissibile, ma solo per quegli eventi dannosi riconducibili ad attuazione di norme regionali.

<sup>23</sup> A conferma del quadro troppo confuso e incerto la Corte aggiunge come la ricerca, in concreto, del soggetto a cui sarebbe ascrivibile la condotta omessa ha «portato a ricostruzioni non sempre coincidenti delle medesime legislazioni regionali, ed a sostenere talvolta e/o a negare altre volte (anche in relazione alla medesima regione) che avesse rilievo una determinata delega di funzioni amministrative e/o che la stessa potesse dirsi "concretamente attuata", ovvero che una determinata condotta omessa spettasse ad un ente o ad un altro, e/o fosse o meno esigibile dall'uno o dall'altro. Ciò senza contare che talvolta la stessa responsabilità delle Regioni e delle Province è stata considerata concorrente ed altre volte esclusiva» (punto 4.2 sent. 7969/2020).

#### 4. Il nuovo orientamento: la sentenza della Corte di cassazione n. 7969 del 20 aprile 2020.

Ricostruiti gli elementi di debolezza del sistema possiamo adesso passare ad analizzare gli orientamenti interpretativi innovativi contenuti nella sentenza n. 7969/2020. *In primis* la Corte ritiene come sia pregiudiziale affrontare il criterio di imputazione della responsabilità e, mutando completamente orientamento rispetto al passato, stabilisce l'applicazione della responsabilità oggettiva ex art. 2052<sup>24</sup>. Il Collegio nota come la disposizione non limiti il suo ambito, almeno esplicitamente, ai soli animali domestici (per i quali è immediata l'individuazione di un proprietario), ma se ne possa dare una lettura più ampia estendendone la portata a tutti quelli suscettibili di proprietà o di utilizzo da parte dell'uomo.

L'assunto da rivedere sarebbe da individuarsi nella ritenuta inapplicabilità dell'art. 2052 in quanto la sua disciplina, esprimendo un criterio fondato sul "dovere di custodia", risulterebbe del tutto inconcepibile con lo stato di libertà degli animali selvatici.

Viene viceversa osservato come l'architrave della disposizione sia piuttosto la proprietà dell'animale o comunque il suo utilizzo per trarne un qualche beneficio; l'interpretazione preferibile sarebbe allora quella che, in coerenza con il principio latino *ubi commoda ibi et incommoda*, considera la responsabilità come l'inevitabile rovescio della medaglia dell'utilità; in sintesi chi gode dei benefici dell'animale deve anche farsi carico dei danni cagionati.

Posta tale premessa, la Corte ritiene che esentare gli enti pubblici dalla responsabilità oggettiva ex art. 2052 cc si risolverebbe in «*ingiustificato privilegio riservato alla pubblica amministrazione*». Vale la pena osservare come il *revirement* della Cassazione non è certo indotto da recenti modifiche legislative in quanto una tale interpretazione sarebbe stata già possibile dopo la qualificazione della fauna selvatica come patrimonio indisponibile dello Stato sancita con la legge n. 968/1977.

Ma se lo *status* di proprietario è attribuibile allo Stato, prosegue il pensiero della Corte, altro è il soggetto pubblico che invece "utilizza" la fauna e che viene individuato nelle Regioni viste le loro rilevanti competenze normative e amministrative nonché le funzioni di indirizzo, coordinamento e controllo sugli enti

---

<sup>24</sup> La Corte evidenzia come nel passato un percorso analogo, vale a dire ad un prima posizione che negava l'applicabilità tale e quale alla pubblica amministrazione della disciplina civilistica prevista per i privati sia poi seguita l'applicazione del regime legislativo "comune", sia avvenuto anche per altra fattispecie che presenta profili di analogia con l'art. 2052 quale la responsabilità oggettiva ex art. 2051 cc per i danni causati da cose in custodia, con riguardo ai beni demaniali.

minori a cui può, eventualmente, aver delegato poteri di gestione effettivi sul territorio. I compiti svolti dalle regioni per la tutela, la gestione e il controllo costituiscono *«nella sostanza una “utilizzazione”, in senso pubblicistico, di tale patrimonio»*.

Quindi, mentre la titolarità del patrimonio faunistico è formalmente dello Stato, sono però le Regioni che, sostanzialmente, tramite l'esercizio dei poteri affidati loro, compresi quelli sostitutivi, lo “utilizzano” *«al fine di trarne una utilità collettiva pubblica per l'ambiente e l'ecosistema»* e che *«“utilizzano” il patrimonio faunistico protetto al fine di perseguire l'utilità collettiva di tutela dell'ambiente e dell'ecosistema»*.

Una volta stabilita l'applicabilità dell'art. 2052 cc la Corte di cassazione precisa come il soggetto pubblico a cui attribuire la responsabilità per i danni da fauna selvatica *«va individuato certamente, ed esclusivamente, nelle Regioni, dal momento che sono le Regioni gli enti territoriali cui spetta, in materia, non solo la funzione normativa, ma anche le funzioni amministrative di programmazione, coordinamento, controllo delle attività eventualmente svolte (per delega o in base a poteri di cui sono direttamente titolari) da altri enti, ivi inclusi i poteri sostitutivi, per i casi di eventuali omissioni»*.

Ai fini dell'individuazione del legittimato passivo si dissolve qualsiasi valutazione sull'esistenza o meno di un eventuale delega di funzioni ad altri soggetti. Per il danneggiato questa prospettiva determinerebbe un evidente e concreto effetto semplificante in quanto lo solleverebbe dall'incombenza di orientarsi nel complicato labirinto giuridico per individuare l'effettivo soggetto responsabile in quanto gli sarà sufficiente (e semplice) convenire, sempre e comunque, solo la regione; eventualmente sarà semmai quest'ultima a valutare se chiamare in causa il soggetto a cui ha, effettivamente, delegato le competenze.

In base a quanto visto sinora, nel suo complesso, la nuova interpretazione rivoluziona sostanzialmente decenni di giurisprudenza di legittimità che per i danni cagionati da fauna selvatica aveva ritenuto applicabile l'art. 2043 e non l'art. 2052; l'individuazione del nuovo parametro civilistico di attribuzione della responsabilità produce effetti anche nell'individuazione del legittimato passivo che diventerebbe, per il danneggiato, sempre e comunque la regione; in quest'ultimo caso la Corte, più che innovare, chiarisce tra i tanti seguiti nei precedenti giudizi, quale sia l'orientamento preferibile.

La decisione è interessante perché, da un lato è sorretta, oltre che da chiare ragioni di tutela dei diritti, anche da valide argomentazioni giuseconomiche, ma dall'altro, il principio innovativo, contrasta con una precedente posizione assunta della Corte costituzionale.

## 5. Giustificazioni e implicazioni economiche sulla decisione.

Prima di esaminare la posizione della Corte costituzionale si ritiene opportuno soffermarsi su alcuni profili di analisi economica del diritto, anche se vengono solo marginalmente richiamati nella sentenza<sup>25</sup>; infatti il risultato concreto che realizza la svolta interpretativa è la riduzione dei “costi di transazione”<sup>26</sup> che, almeno sinora, il danneggiato si vede costretto a sostenere per l’individuazione del soggetto “responsabile”. Tale risultato si realizza in termini di “effetti finali” in quanto le argomentazioni svolte dalla Corte non toccano mai aspetti giuseconomici ma si fondano solo su classiche argomentazioni strettamente giuridiche finalizzate, soprattutto, a garantire effettività all’esercizio del diritto di difesa ex art 24 della Costituzione.

Innanzitutto è vero che il sistema genera tensioni anche sul profilo delle “materie” nonché in relazione al principio di uguaglianza. Difatti soluzioni regionalmente diversificate, se non ragionevolmente giustificate, finiscono per incidere, di fatto, sull’ordinamento civile, ambito materiale di competenza esclusiva statale ex art. 117 co. 2 lett. l) della Costituzione.

Per considerazioni analoghe si possono quantomeno ipotizzare tensioni costituzionali in relazione al principio di uguaglianza ex art. 3 della Costituzione; sono giustificabili decisioni diverse a fronte di eventi e fatti realizzatisi in condizione di tempo e di modo identici, ma solo in altri luoghi?

Tuttavia, precisate queste ulteriori criticità costituzionali, le argomentazioni in chiave giuseconomica sembrano trovare terreno più fertile e assumere più solidità nella difesa del danneggiato tramite la riduzione dei “costi di transazione”. Si tenga presente che, da un punto di vista metodologico, i principi, le teorie e gli strumenti dell’analisi economica del diritto hanno trovato la loro prima naturale applicazione nel campo del diritto privato; tuttavia risulta ormai pacifico come non sembrano esservi motivazioni convincenti per impedirne l’applicazione a tutte le aree del diritto

---

<sup>25</sup> Cfr. punto 4.3 sentenza n. 7969/2020 dove la Corte così precisa: «Anche sotto il profilo della cd. analisi economica del diritto sono state sollevate perplessità sulla razionalità di un regime di imputazione della responsabilità che nella sostanza lascia nella maggioranza dei casi il danno causato dalla fauna selvatica, bene tutelato nell’interesse della collettività, in capo al singolo che lo ha subito, invece di “collettivizzarlo”».

<sup>26</sup> Sui costi di transazione in generale e in chiave ambientale come elemento la cui presenza influenza l’allocazione dei diritti di proprietà e la negoziazione tra le parti in presenza di esternalità cfr R.H.COASE, *The Problem of Social Cost*, The Journal of Law & Economics, 1960, n. 3, pp. 1 e ss.

e, per quanto qui interessa, alla dimensione pubblico-costituzionale<sup>27</sup> e applicativo giurisprudenziale<sup>28</sup>.

Al fine di comprendere meglio l'affermazione per cui la decisione troverebbe giustificazioni anche nell'analisi economica del diritto è opportuno effettuare alcuni brevissimi richiami su tale area di studio.

Sulla base delle ben note riflessioni di Guido Calabresi, che per primo ha posto la questione economica delle regole di responsabilità a fronte di incidenti non dolosi, queste dovrebbero essere volte a minimizzare i costi sociali degli incidenti, a sua volta composti dalla somma dei costi di prevenzione, dai costi del danno e dai costi di transazione<sup>29</sup>.

Questa tripartizione serve a distinguere sul piano concettuale costi che hanno natura e dinamiche completamente diverse<sup>30</sup>.

Nel caso degli incidenti con la fauna selvatica i "costi di prevenzione" sono quelli sostenuti per tentare di evitare lo scontro o di rendere le conseguenze meno gravi<sup>31</sup> e possono tradursi in misure implementate sia dall'ente preposto alla gestione del territorio che dal guidatore. Le prime si possono ulteriormente classificare in misure dirette<sup>32</sup>, che cercano di agire sul comportamento dell'animale selvatico, e indirette<sup>33</sup>, rivolte invece a incidere sulla guida del conducente.

Per quanto riguarda i costi della prevenzione per il guidatore si può immaginare la stipula di una specifica polizza assicurativa privata che copra l'evento<sup>34</sup> oppure l'adozione di una velocità di guida più adeguata<sup>35</sup> che può incidere sia sul realizzarsi

<sup>27</sup> Cfr G.N. POLITANO – M. ABRESCIA, *Analisi economica del diritto pubblico*, 2009; specifico nella regolazione ambientale cfr. A.R. GERMANI, *Analisi economica del diritto e ambiente: regole e discrezionalità nei sistemi-paese*, 2008.

<sup>28</sup> Sempre in riferimento ai danni provocati dalla fauna selvatica per considerazioni sui criteri anche economici a cui si è ispirata la Cassazione nella sentenza n. 80 del 20.01.2010 cfr F. BENATTI, *Danno da animali: sulle precauzioni idonee a prevenire il danno*, La Resp. Civile, 2010, n. 12, p. 817-820; in precedenza altre considerazioni sull'inadeguatezza del quadro normativo in base all'analisi economica del diritto cfr F. DI CIOMMO, *Il cinghiale carica, nessuno risponde: brevi appunti sulla (ir)risarcibilità dei danni causati da animali selvatici*, in *Danno e resp.*, 2000, n. 4, p. 397 ss

<sup>29</sup> G. CALABRESI, *The Cost of Accidents: A Legal and Economic Analysis*, 1970, pp. 26-31.

<sup>30</sup> Cfr R. COOTER – U. MATTEI – P.G. MONATERI – R. PARDOLESI – T. ULEN, *Il mercato delle regole. Analisi economia del diritto civile, Fondamenti*, 2006, pp 202 e ss.

<sup>31</sup> Nei costi di prevenzione si possono considerare anche quelli per stipulare una polizza assicurativa privata che copra i danni in questione.

<sup>32</sup> Come misure dirette si pensi all'installazione di recinzioni ai bordi della strade dove è più probabile la presenza di fauna selvatica oppure di catarifrangenti in modo che il fascio di luce dei fari sia deviato verso l'animale allo scopo di tentare di impedirgli l'attraversamento della strada.

<sup>33</sup> Tra quelle indirette si può citare, per esempio, l'installazione di cartellonistica che segnali al guidatore, in quel tratto di strada, il rischio di attraversamento della fauna selvatica.

<sup>34</sup> Ulteriore rispetto alla RCA.

<sup>35</sup> Su questo fattore può incidere la presenza della segnaletica stradale che avvisa del pericolo.

dell'evento in sé, sia nella minimizzazione delle conseguenze dannose (per il guidatore ma anche per l'animale) che ne possono derivare; in quest'ultimo caso il costo sostenuto può essere rappresentato dal maggior tempo impiegato per lo svolgimento del tragitto<sup>36</sup>. Ovviamente è sull'effettiva adeguatezza dei costi di prevenzione sostenuti dalle parti che si gioca buona parte della partita della responsabilità.

I "costi del danno" sono invece quelli sostenuti per risarcire gli effetti dell'avvenuto incidente e possono consistere quindi nelle spese mediche, nelle spese per la riparazione del mezzo nonché le perdite di reddito futuro, transitorie o permanenti, in funzione dell'entità dei danni.

Infine, la categoria, che qui più interessa, rappresentata dai "costi di transazione" definibili, in questo caso, come quelli sostenuti *post* incidente per l'esatta individuazione del soggetto da chiamare in causa<sup>37</sup> nonché le relative spese di giustizia compresi gli oneri probatori a carico del danneggiato (e il rischio di citare in causa il soggetto errato).

A parere di chi scrive la minimizzazione dei costi di transazione sembra proprio, più che l'obiettivo perseguito, il principale risultato ottenuto dai giudici nella sentenza in commento; infatti la decisione rafforza l'effettività del diritto di difesa in quanto fornisce al danneggiato una indicazione univoca per la chiamata in causa; viene eliminato il costo per l'acquisizione di informazioni per comprendere le complesse e opache ridistribuzioni di competenze tra i vari enti pubblici visto che il soggetto legittimato passivo resta, sempre e comunque, la regione.

Estraneo al danneggiato rimane il fatto che quest'ultima conservi poi un'azione di regresso nei confronti del soggetto a cui ha effettivamente delegato i poteri di gestione che risulterà l'unico veramente inciso.

Gli effetti concreti della decisione si dispiegano soprattutto in questo: si dividono, concettualmente, più che processualmente, le azioni in funzione del soggetto che è nella posizione migliore per acquisire le corrette informazioni.

La complessità delle diverse scelte regionali pone, in concreto, il danneggiato in una posizione eccessivamente e irragionevolmente onerosa che viene meno se si identifica la regione come unico soggetto legittimato passivo.

Invece la molteplicità delle legittime soluzioni regionali, liberamente articolabili in funzione delle specificità territoriali, rischia di porre il danneggiato davanti ad una

---

<sup>36</sup> Non si considera il gusto del viaggio in sé che potrebbe essere elemento che induce a mantenere comunque una velocità bassa a prescindere da considerazioni di natura precauzionale.

<sup>37</sup> In linea di principio questo elemento non è sempre un aspetto così complesso come nel caso in studio.

barriera informativa eccessivamente costosa dovendo acquisire, per individuare il soggetto pubblico responsabile, un'informazione difficile da ottenere e con il rischio di chiamare in giudizio, anche o solo, il soggetto sbagliato.

Tuttavia, a ben vedere, anche non considerando la differenziazione regionale, non appare poi così "improprio" identificare come legittimato passivo il soggetto a cui effettivamente sono stati conferiti i poteri di gestione; in altri termini la criticità non sembra tanto risiedere nell'*an* ma si annida nel *quomodo* con cui i poteri sono conferiti; il problema diventa cioè l'eccessiva complessità nell'acquisire informazioni corrette sull'effettivo conferimento dei poteri; informazioni che non risultano accessibili dall'esterno se non a costi non proporzionati per il privato cittadino.

In altri termini, se fosse semplice individuare il soggetto responsabile, il problema, dal punto di vista dell'esercizio del diritto di difesa, non si porrebbe forse nemmeno<sup>38</sup>; ma la complessità della ricostruzione del quadro normativo rende appunto l'individuazione molto difficile e anche uno studio approfondito non può escludere del tutto l'incertezza dell'esito.

Ecco perché abbiamo affermato che la minimizzazione dei costi di transazione è il risultato ottenuto: in punto di diritto non è contestabile che il soggetto a cui sono attribuiti gli effettivi poteri sia anche il responsabile; ma in punto di fatto, ottenere questa informazione, può risultare una operazione troppo complessa da acquisire esternamente; d'altra parte la regione non è comunque estranea all'assetto concreto con il quale essa stessa ha organizzato la protezione della fauna selvatica eventualmente delegandola ad altri soggetti; così facendo essa rimase responsabile delle scelte organizzative che ha deciso di adottare.

Quando sono le scelte regolative della regione che rischiano di mettere in crisi l'effettività della tutela giurisdizionale del danneggiato la soluzione è che essa ne risponda in primo luogo. Dopodiché, per garantire tra gli enti pubblici quel riequilibrio in termini di giustizia sostanziale, cioè la corrispondenza tra possibile esercizio dei poteri (e quindi l'adozione delle adeguate misure precauzionali) e l'eventuale responsabilità del danno, sarà la regione che dovrà attivarsi (con l'eventuale chiamata in causa anche nello stesso processo) per agire contro il soggetto a cui ha delegato l'effettiva gestione del territorio ma senza i costi transattivi che subirebbe il danneggiato.

---

<sup>38</sup> Sembrerebbero invece restare in piedi invece le altre tensioni costituzionali in relazione agli artt. 3 e 117 co. 2 della Costituzione.

In sintesi si attribuisce il compito di individuare il responsabile effettivo a chi è nella miglior posizione per capirlo sollevando il danneggiato da una incombenza troppo costosa in termini di costi di transazione<sup>39</sup>.

Una tale impostazione sembrerebbe farsi carico di tutte le tensioni del sistema costituzionale in riferimento agli artt. 3, 24 e 117 della Costituzione in quanto risolve il tema della differenziazione regionale e del principio di uguaglianza, delle possibili ingerenze in materia di ordinamento civile e garantisce un effettivo diritto alla difesa semplificando la posizione del danneggiato che non deve più disperdere energie inutili, rischiando comunque di sbagliare, per identificare il giusto legittimato passivo.

## 6. La precedente decisione della Corte costituzionale.

A conclusione del contributo, per completezza di analisi, si ritiene opportuno sviluppare alcune brevi considerazioni sulla precedente ordinanza n. 4/2001 della Corte costituzionale in tema di risarcimento danni da fauna selvatica.

Il caso era il seguente: nel corso di un giudizio di risarcimento promosso da un motociclista a causa di uno scontro con un capriolo, il Giudice di pace di Ceva aveva sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 2052 c.c. in riferimento all'art. 3 della Costituzione; *il vulnus* al principio di uguaglianza era da ricercarsi nell'interpretazione restrittiva data dalla giurisprudenza di legittimità, che escludeva l'applicazione dell'art. 2052 c.c. ai danni causati dalla fauna selvatica.

Il giudice *a quo* sosteneva come, sin dalla legge del 1977, la nuova qualificazione della fauna selvatica, da *res nullius* a patrimonio indisponibile dello Stato, non poteva non produrre anche effetti sul criterio di attribuzione della responsabilità, determinando, in caso di danno, anche l'applicazione dell'art. 2052 c.c. in quanto, altrimenti, si palesava una irragionevole e ingiustificata disparità di trattamento tra il proprietario privato di un animale, pacificamente responsabile ex art. 2052 c.c., e

---

<sup>39</sup> Peraltro, anche sul piano strettamente probatorio, è evidente come la svolta interpretativa alleggerisca, almeno in linea di principio, i costi di transazione; difatti l'individuazione del diverso fondamento civilistico del risarcimento determina una modifica molto incisiva del criterio di attribuzione della responsabilità civile che passa da quella per colpa (ex art. 2043) a quella oggettiva (ex art. 2052) restando al convenuto solo la prova del caso fortuito. Tuttavia, accennando solo alla questione, come elemento resistente alla modifica del regime di responsabilità occorre considerare, almeno nel caso più ricorrente di scontro di un veicolo con la fauna selvatica, la presunzione contenuta nell'art. 2054 in base alla quale il conducente resta responsabile «se non prova di aver fatto tutto il possibile per evitare il danno».

l'ente pubblico che, nonostante l'acquisita posizione di "proprietario", sarebbe rimasto responsabile ma in base all'art. 2043 c.c.

E' immediato verificare come il giudice rimettente aveva, allora, già posto all'attenzione del giudice delle leggi la questione centrale su cui, oggi, si fonda il *revirement* della Cassazione; ma la Consulta, con l'ordinanza n. 4/2001, disattendendo l'ipotesi prospettata dell'ingiustificata disparità di trattamento, dichiarò la manifesta infondatezza della questione.

In particolare, la Corte puntualizzò come fosse la condizione di naturale libertà della fauna selvatica, ontologicamente diversa rispetto a quella degli animali domestici (o in cattività), a giustificare l'applicazione dell'art. 2043 c.c. per i primi e l'art. 2052 c.c. per i secondi.

Nelle parole della Corte:

*«...nel caso in cui il danno è arrecato da un animale domestico (o in cattività), è naturale conseguenza che il soggetto nella cui sfera giuridica rientra la disponibilità e la custodia di questo si faccia carico dei pregiudizi subiti da terzi secondo il criterio di imputazione ex art. 2052 cod. civ.; laddove i danni prodotti dalla fauna selvatica, e quindi da animali che soddisfano il godimento dell'intera collettività, costituiscono un evento puramente naturale di cui la comunità intera deve farsi carico secondo il regime ordinario e solidaristico di imputazione della responsabilità civile ex art 2043 cod. civ.»*

Per la Corte costituzionale, in quel momento storico, la questione sollevata dal giudice *a quo* non sembrava nemmeno porsi in quanto, assecondando l'interpretazione della Cassazione, affermò che per i danni *«da animali selvatici si applica invece l'art. 2043 cod. civ.»*.

A questo punto, alla luce della novità interpretativa, occorre chiedersi quali scenari si possono delineare qualora la Corte costituzionale sia di nuovo investita della questione. Difatti, la precedente ordinanza di rigetto per manifesta infondatezza e la nuova posizione interpretativa, sembrano le premesse per una riproposizione della stessa questione davanti alla Corte, sempre per violazione dell'art. 3 della Costituzione ma, stavolta, anche un po' paradossalmente, per applicazione dello stesso criterio a fattispecie ritenute invece, almeno dall'ipotetico rimettente, diverse<sup>40</sup>.

---

<sup>40</sup>Cfr sent. Corte Cost. n. 95/2020; per costante giurisprudenza della Corte, in presenza di un indirizzo giurisprudenziale consolidato *«il giudice a quo, se pure è libero di non uniformarsi e di proporre una sua diversa esegesi, ha, alternativamente, la facoltà di assumere l'interpretazione censurata in termini di "diritto vivente" e di richiederne su tale presupposto il controllo di compatibilità con i parametri costituzionali (ex plurimis, sentenze n. 39 del 2018, n. 259 del 2017 e n. 200 del 2016; ordinanza n. 201 del 2015)»*.

Se questo accadrà la Corte si troverà a dover valutare se la nuova interpretazione dell'art. 2052 possa essere considerata espressione di un nuovo diritto vivente.

La teorica del diritto vivente nasce per trovare una risposta davanti a fattispecie non esplicitamente regolate in cui, inevitabilmente, la funzione interpretativa assume particolare rilevanza; in casi del genere si apre un possibile "terreno di scontro" tra giurisprudenza costituzionale e quella non costituzionale per stabilire a chi compete il diritto a interpretare.

Il diritto vivente non ha una univoca definizione<sup>41</sup> e risulta un prodotto sociale forgiato dall'interpretazione dei giudici comuni; esso «presuppone una condizione di uniformità delle interpretazioni-applicazioni della legge» da intendersi come un «consistente orientamento prevalente»<sup>42</sup>.

La Corte costituzionale ha precisato come non rilevino gli orientamenti della giurisprudenza di merito<sup>43</sup> ma solo quelli espressi dalla Cassazione<sup>44</sup>; non ha inoltre esitato ad accertarne l'esistenza anche in presenza di una sola sentenza a sezioni unite<sup>45</sup> e ritenuto il suo mancato esame da parte del giudice rimettente come profilo di inammissibilità della questione<sup>46</sup>.

Posto che l'ordinanza n. 4/2001 di manifesta infondatezza non può essere considerata una decisione che, in sé, possa precludere o impedire un mutamento nella giurisprudenza di legittimità, la Corte costituzionale, qualora investita della

<sup>41</sup> Cfr G. ZAGREBELSKY – V. MARCENO', *Giustizia costituzionale*, 2012, p. 369 in cui gli A. elencano una serie di definizioni proposte dalla dottrina; cfr in particolare note da 57 a 61.

<sup>42</sup> *Ibidem*.

<sup>43</sup> Chiara in tal senso la sent. Corte cost. n. 78/2012 dove afferma «[f]ermo il punto che alcune pronunzie adottate in sede di merito non sono idonee ad integrare un "diritto vivente"».

<sup>44</sup> Nella sentenza n. 217/2010 la Corte, nel ritenere inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 49, co. 1, del D.Lgs. 546/92 (Disposizioni sul processo tributario in attuazione della delega al Governo contenuta nell'art. 30 della L. n. 413/1991), sollevata dalla Commissione tributaria regionale della Campania, dopo aver criticato il giudice rimettente per non aver tentato di interpretare in maniera conforme la disposizione censurata, precisa come non vi sia «alcuna pronuncia della Corte di cassazione, ma solo contrastanti orientamenti della giurisprudenza di merito, che non assurgono a diritto vivente».

<sup>45</sup> Nella recente sentenza n. 190/2020 la Corte ha affermato che «[n]el diritto vivente, consolidatosi a seguito d'una pronuncia delle sezioni unite della Corte di cassazione in punto di ammissibilità del tentativo (sentenza 19 aprile – 12 settembre 2012, n. 34952), è ormai riconosciuto che il reato si consuma a seguito della sottrazione della cosa altrui, senza che sia necessaria l'instaurazione di una nuova e autonoma situazione di possesso in capo all'agente»; in precedenza cfr. sentenza n. 338/2011 è stato precisato come «in presenza di un orientamento non univoco, le Sezioni Unite civili della Corte di cassazione, hanno ritenuto, nell'esercizio della propria funzione nomofilattica, di cui questa Corte deve tenere conto, di superare in tal modo il contrasto. Siffatta interpretazione costituisce, pertanto, «diritto vivente», del quale si deve accertare la compatibilità con i parametri costituzionali evocati».

<sup>46</sup> Cfr recente sentenza n. 231/2020 dove si precisa che, anche se in aggiunta ad altre lacune, «[l]a Corte rimettente omette inoltre di esaminare compiutamente il "diritto vivente" della Corte di cassazione, con riferimento alla perdurante vigenza del requisito della inoccupazione».

questione, potrebbe quindi considerare la nuova interpretazione dell'art. 2052 c.c. della Cassazione come nuovo diritto vivente; difatti, a fronte di una puntuale motivazione offerta dalla Cassazione, la Corte «*non è chiamata a fornire una propria interpretazione della disposizione censurata, ma unicamente a verificare la compatibilità dell'interpretazione fornita dal diritto vivente con le superiori norme costituzionali*»<sup>47</sup>; esiste infatti un limite al *self-restraint* della Corte superato il quale l'interpretazione sconfinava nell'illegittimità costituzionale<sup>48</sup>.

Peraltro, vista la linearità delle decisioni e il consolidamento del nuovo orientamento<sup>49</sup> della Cassazione, la Corte costituzionale si troverebbe davanti ad uno scenario "di rottura"; non diversi e contemporanei orientamenti contrastanti ma un chiaro e netto "prima e dopo"; un secco "cambio di corsia" della giurisprudenza di legittimità a fronte di un immobile quadro normativo.

In chiusura, nell'attesa di verificare l'evolversi dei futuri scenari giurisprudenziali, è però opportuno ribadire come la decisione della Cassazione abbia risolto un'esigenza effettivamente avvertita sul piano della lesione dei valori costituzionali: un complicato e irragionevole sistema che ha seriamente compromesso l'effettività del diritto di difesa del danneggiato.

---

<sup>47</sup> Cfr sent. Corte cost. n. 124/2019.

<sup>48</sup> Recentemente con la sentenza n. 32 del 2020 la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'interpretazione dell'art. 1, co. 6, lett. b), della L. n. 3 del 2019 (la cd "spazzacorrotti) offerta dal diritto vivente; in particolare l'illegittimità è stata dichiarata in relazione all'applicazione del divieto di retroattività della legge penale sfavorevole, di cui all'art. 25, co. 2, Cost., alle modifiche apportate all'art. 4-bis, co. 1, ordin. penit. dall'art. 1, co. 6, lett. b), della legge 9 gennaio 2019, n. 3 (Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione, nonché in materia di prescrizione del reato e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici), che vi ha incluso i delitti contro la pubblica amministrazione, senza prevedere alcuna disciplina transitoria.

<sup>49</sup> Cfr. nota n. 11.

## NOTE IN TEMA DI VERDE URBANO

**Marco Brocca**

**ABSTRACT** [ITA]: Il tema del verde si connota sul piano giuridico in termini di pluriqualficazione della categoria, prospettiva che tuttavia risente ancora di un difetto sia di coordinamento tra gli ambiti interessati nonché sia di consapevole attenzione alle nuove acquisizioni scientifiche in materia. La dimensione urbana, da un lato, e l'evidenziazione di nuovi canoni e approcci al tema (multifunzionalità, servizi ecosistemici, gestione attiva, ecc.), dall'altro, possono fornire rinnovate chiavi di lettura e offrire sollecitazioni nella duplice direzione della sistematizzazione e del rafforzamento della normativa di riferimento.

**ABSTRACT** [ENG]: *In legal terms, the green issue is characterized by the multi-qualification of the category, a perspective which, however, still suffers from a lack of coordination between the concerned areas as well as a conscious attention to new scientific acquisitions on the subject. The urban dimension, on the one hand, and the highlighting of new canons and approaches to the theme (multifunctionality, ecosystem services, active management, etc.), on the other hand, can provide renewed interpretations and offer solicitations in the dual direction of systematization and the strengthening of the reference legislation.*

**SOMMARIO:** **1.** Verde e servizi ecosistemici; – **2.** La genesi normativa: il ruolo del diritto urbanistico; – **3.** Strategia nazionale e strumenti locali; – **4.** La gestione del verde urbano. Il ruolo dei privati; – **5.** L'incremento del verde urbano. La cd. forestazione urbana; – **6.** Misure economico-finanziarie; – **7.** Componenti specifiche; – **7.1.** Gli alberi monumentali; – **7.2.** Gli orti urbani; – **7.3.** I giardini storici; – **8.** Considerazioni conclusive.

## 1. Verde e servizi ecosistemici.

Il tema del “verde” evoca una pluralità di prospettive, politiche e strumenti di intervento che disvelano la multiformità e, al contempo, la trasversalità dell’oggetto considerato, mentre la sua qualificazione come “urbano” enfatizza la dimensione locale quale livello ottimale di intervento pubblico.

Studi scientifici ormai consolidati evidenziano il carattere sistemico e multifunzionale di questa realtà ovvero la capacità di produrre servizi ecosistemici, intesi quali “benefici multipli forniti dagli ecosistemi al genere umano”, secondo la definizione data dal *Millenium Ecosystem Assessment*.

Configurato come sistema complesso, composto da superfici e strutture vegetali eterogenee, il verde ha effetti positivi dal punto di vista ambientale, in termini di miglioramento della qualità dell’aria, riduzione dell’inquinamento acustico, contenimento del consumo di suolo, tenuta dell’assetto idrogeologico, mitigazione climatica e conservazione della biodiversità. Inoltre, esso produce benefici effetti anche dal punto di vista socio-culturale, per le finalità di tipo ricreativo, didattico, culturale, paesaggistico, finanche turistico, che le aree verdi possono assicurare. Questo è particolarmente evidente nella dimensione urbana, perché la densità abitativa elevata nei centri urbani (si calcola che nel 2050 la popolazione mondiale che vivrà nelle città sarà il 66% del totale) e, simmetricamente, la consistenza dei fenomeni di inquinamento in città amplificano la necessità e, al contempo, favoriscono le condizioni perché le aree verdi possano esplicare al meglio le utilità ambientali; peraltro, nel contesto urbano le aree verdi rappresentano per ampie fasce di popolazione la più immediata, se non esclusiva, occasione di contatto con la natura.

La multifunzionalità delle componenti verdi riconosciuta a livello scientifico è oggetto di progressiva attenzione anche in ambito giuridico. Se tradizionalmente il tema ha assunto rilevanza giuridica in funzione delle finalità economico-produttive delle piante e degli alberi (produzione di frutti, legna, energia), più recentemente si riscontrano norme che riconoscono e assecondano la funzione ambientale e quella socio-culturale. Nel nostro ordinamento il quadro regolatorio si presenta ancora insufficiente e soprattutto disorganico, composto da disposizioni disperse in varie fonti normative, che seguono ancora un approccio settoriale e tematico anziché una visione unitaria e integrata del fenomeno. Lentamente e per effetto di sollecitazioni

sovrnazionali va emergendo la consapevolezza della centralità del tema nell'agenda pubblica, soprattutto per la correlazione e le implicazioni con questioni più ampie di ordine sociale ed economico. Più consolidata è la consapevolezza della dimensione urbana della questione ed è proprio il connubio tra "promozione del verde" e "ambito locale" che risalta, sempre più convintamente, in programmi e documenti strategici internazionali. Basti citare, tra i documenti più recenti e autorevoli, l'Agenda 2030 e il Green Deal europeo<sup>1</sup>: la prima<sup>2</sup> include tra gli obiettivi di sviluppo sostenibile (*Sustainable Development Goals*, SDG) le «città e comunità sostenibili» (goal n. 11), proponendo un modello di sviluppo di tipo *bottom up*, partecipato e sostenibile, laddove la sostenibilità ambientale costituisce un paradigma permanente e trasversale alle diverse politiche pubbliche (urbanizzazione, sistema dei trasporti, edilizia abitativa, ecc.) e nella declinazione degli obiettivi compare anche quello dell'incremento di "spazi verdi pubblici" e della garanzia dell'accessibilità universale (goal n. 11.7). Il documento europeo<sup>3</sup> intende inaugurare una strategia di sviluppo in cui gli indifferibili problemi mondiali legati all'ambiente e al clima diventano «un'opportunità unica» di «transizione verde» dell'economia e in questo percorso le «città verdi» sono uno degli obiettivi prefissati, nella dichiarata consapevolezza che la città costituisca un ambito ottimale di intervento per i diversi settori interessati (mobilità, infrastrutture, gestione dei rifiuti, ecc.) e per le auspiccate azioni, come l'incremento degli spazi verdi.

A livello nazionale, un tentativo di razionalizzazione normativa è offerto dalla legge 14 gennaio 2013, n. 10, "Norme per lo sviluppo degli spazi verdi urbani", che si

---

<sup>1</sup> Sono molteplici i programmi e documenti strategici internazionali, come l'Agenda 21 (del 1992) e la Carta di Aalborg (del 1994), che evidenziano la centralità del ruolo delle città nell'affermazione del paradigma dello sviluppo sostenibile e propugnano, tra le misure di intervento del nuovo modello urbano, la salvaguardia del capitale naturale locale. Più recentemente, è esplicitata la finalità di incrementare il verde urbano: così, ad esempio, la Decisione XII/9 ("Coinvolgimento dei governi locali e subnazionali") adottata dalla Conferenza delle Parti (Pyeongchang, 6-17 ottobre 2014), in attuazione della Convenzione sulla diversità biologica dell'ONU firmata a Rio de Janeiro nel 1992, incoraggia gli Stati membri, nonché le autorità subnazionali, comprese quelle locali, a incorporare nella pianificazione urbanistica elementi relativi alla biodiversità, comprese le infrastrutture verdi; nonché la New Urban Agenda (Quito, 17-20 ottobre 2016), in cui è promosso un nuovo modello di urbanizzazione sostenibile che include, tra l'altro, la dotazione di spazi pubblici e verdi di qualità. Su scala europea si vedano, ad esempio, i documenti recanti la Strategia europea sulla biodiversità, in cui si evidenzia la necessità di includere infrastrutture verdi e, più in generale, *nature based solutions* (come i boschi urbani e periurbani) nella pianificazione urbanistica (Comunicazione della Commissione del 3 maggio 2011 "La nostra assicurazione sulla vita, il nostro capitale naturale: strategia dell'UE sulla biodiversità fino al 2020", COM(2011)244; Comunicazione della Commissione del 20 maggio 2020 "Strategia dell'UE sulla biodiversità per il 2030. Riportare la natura nella nostra vita", COM(2020)380).

<sup>2</sup> *Trasformare il nostro mondo. L'Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile*, risoluzione ONU del 25 settembre 2015.

<sup>3</sup> *Il Green Deal Europeo*, Comunicazione della Commissione dell'11 dicembre 2019, COM(2019)640.

segnala per la finalità di coordinamento e aggiornamento degli istituti rilevanti in materia, nonché di introduzione di nuovi, ma soprattutto ha avuto il merito di sensibilizzare e rinnovare la riflessione intorno a questo tema.

## 2. La genesi normativa: il ruolo del diritto urbanistico.

Il diritto urbanistico ha offerto il primo riconoscimento giuridico, generale e permanente, del verde urbano, peraltro attraverso una regolamentazione eterogenea che ha declinato la categoria in più fattispecie<sup>4</sup>. Il tema è stato affrontato anzitutto attraverso lo strumentario degli standard urbanistici. Essi sono definiti a livello statale (legge 6 agosto 1967, n. 765, cd. legge-ponte, art. 17; d.m. 2 aprile 1968, n. 1444) e fungono da limiti alla potestà, ampiamente discrezionale, di pianificazione urbanistica propria dell'autorità comunale, nel senso che per ogni parte del territorio comunale deve essere assicurata una dotazione di spazi, servizi e infrastrutture utili a garantire per ogni cittadino un adeguato ambiente urbano. Questa dotazione si compone di spazi destinati ad attività collettive, a parcheggi, nonché al «verde pubblico»: la componente verde, pertanto, costituisce un elemento necessario e irrinunciabile del contesto urbano in ogni sua parte, potendo variare soltanto la sua consistenza in relazione alle diverse zone urbanistiche.

Questa intersezione con il diritto urbanistico è ripresa e rafforzata dalla legge n. 10/2013, secondo una duplice direzione: da un lato, in caso di mancato recepimento degli standard urbanistici è rinnovato l'obbligo di adeguamento del piano mediante approvazione di apposita variante urbanistica entro l'anno solare (art. 4, comma 2); dall'altro, è introdotto un vincolo di destinazione sui proventi derivanti dai titoli abilitativi edilizi e dalle sanzioni edilizie a favore di determinate opere di pubblico interesse, come la manutenzione del verde o la realizzazione di aree verdi (art. 4, comma 3, successivamente abrogato e trasfuso in leggi di settore, soprattutto finanziarie, come la legge 28 dicembre 2015, n. 208, e la legge 11 dicembre 2016, n. 232).

Nell'ambito della pianificazione comunale la zonizzazione (già prevista dalla legge 17 agosto 1942, n. 1150, perfezionata dalla legge n. 765/1967 e attuata dal d.m. n. 1444/1968) costituisce un'ulteriore leva per la valorizzazione del verde pubblico. Si tratta di tecnica che comporta la suddivisione del territorio comunale in zone omogenee, accomunate da caratteristiche e vocazioni cui vengono fatte corrispondere

---

<sup>4</sup> G. PAGLIARI, *Corso di diritto urbanistico*, Milano, 2010, pp. 112 ss.

specifiche destinazioni d'uso e, più in generale, determinati regimi. L'esperienza amministrativa e la lettura della giurisprudenza consentono di evidenziare alcuni punti di interesse, che si incentrano sulla zona agricola (zona E) e sulla zona di interesse generale (zona F).

La prima categoria (cd. verde agricolo) è al centro di una parabola applicativa del tutto singolare. La qualificazione giuridica, tra le zone urbanistiche, della zona agricola riflette la consapevolezza del legislatore della centralità nel sistema economico del settore agricolo e disvela il tentativo di rivitalizzare il comparto in un momento di forte sviluppo economico e di terziarizzazione del Paese; essa segna anche il tentativo di affrontare la questione ancora aperta dell'attuazione del disegno costituzionale in tema di tutela della proprietà agricola e di razionale sfruttamento del suolo (art. 44 Cost.), su cui il diritto urbanistico avrebbe potuto fornire un utile contributo. In realtà, il risultato rispetto alla questione costituzionale si dimostrerà insoddisfacente<sup>5</sup>, perché la disciplina urbanistica delle aree agricole è impostata secondo la classica configurazione che vede nell'urbanistica la regolazione delle trasformazioni, anzitutto edilizie, del territorio, con l'effetto che l'agricoltura rileva per le sue implicazioni sul piano dell'edificabilità più che come attività economica in sé da assecondare o valorizzare. È questo il difetto genetico che connota la categoria della zona agricola: il suo *nomen* evoca indubbiamente il *favor* verso l'attività agricola, ma il regime connesso è incentrato sull'opzione dell'inedificabilità – o limitatissima edificabilità – del territorio; in altre parole, prevale il significato “negativo” della zona agricola, nel senso della non edificabilità del territorio, piuttosto che l'accezione “positiva” di effettivo svolgimento dell'attività agricola<sup>6</sup>.

Questa lettura è stata considerata coerente con l'impostazione della legge-ponte che aveva sostanzialmente confermato la natura edilizia del piano regolatore comunale<sup>7</sup>, definendo le altre zone urbanistiche essenzialmente secondo il parametro costruttivo (centro storico, completamento e espansione edilizia, zona industriale, ecc.).

La dottrina ha acutamente osservato che grazie alla legge-ponte l'interesse di natura agricola entra nel novero degli interessi da ponderare nel procedimento di pianificazione, alla stregua di un “interesse pubblico differenziato”<sup>8</sup> in quanto tale rilevante e condizionante per la disciplina urbanistica e, tuttavia, nell'accezione

<sup>5</sup> G. MORBIDELLI, *La legislazione urbanistica regionale per le zone agricole*, in *Riv. dir. agr.*, 1981, p. 55.

<sup>6</sup> F. SALVIA – C. BEVILACQUA, *Manuale di diritto urbanistico*, Milano, 2017, p. 86.

<sup>7</sup> P. URBANI, *Le aree agricole tra disciplina urbanistica e regolamentazione dell'attività economica*, in *Riv. giur. edil.*, 2010, p. 30.

<sup>8</sup> P. URBANI, *Governo del territorio e agricoltura. I rapporti*, in *Riv. giur. edil.*, 2006, p. 120.

stretta di promozione delle attività agricole finisce per porsi come interesse “debole”<sup>9</sup>, destinato a una tutela indiretta, condizionata primariamente dalle prospettive edificatorie dell’area interessata o da esigenze contingenti.

L’idea che finisce per prevalere è che, tra le diverse destinazioni urbanistiche tipizzate, quella agricola si presta al meglio per imporre limitazioni all’edificabilità, garantendo, per questa via, un ragionevole equilibrio tra aree edificate e aree libere. Marginale – ed eventuale – resta l’obiettivo di riconoscere e valorizzare la vocazione agricola dei luoghi attraverso la perimetrazione di apposite parti del territorio comunale da destinare, appunto, alle pratiche agricole, obiettivo, peraltro, ulteriormente sacrificato dalla mancata o tardiva approvazione del piano regolatore dalla gran parte dei comuni che per lungo tempo hanno preferito ad esso lo strumento più snello del programma di fabbricazione, il quale si riferisce soltanto alla parte urbanizzata del territorio comunale e, al più, alla sua espansione edilizia<sup>10</sup>.

Il nucleo concettuale per cui la vocazione della zona agricola è di sottrarre il suolo a nuove edificazioni ne condiziona irrevocabilmente l’applicazione e la sua elasticità porterà a ulteriori sviluppi. In particolare, l’accezione della zona agricola come “area-limite” all’espansione edilizia si perfezionerà – e si dilaterà – in termini di “area di risulta”<sup>11</sup>, opzione che, a sua volta, si declinerà in (almeno) due significati: quello per cui si tratta di un’area di attesa, da preservare provvisoriamente nella prospettiva di una futura utilizzabilità in chiave residenziale o industriale<sup>12</sup> ovvero quello per cui l’area è direttamente utilizzabile per interventi che non possono essere convenientemente localizzati in altre zone<sup>13</sup>.

Più recentemente si è affermata un’ulteriore applicazione, quella che ravvisa nella zona agricola un’area servente all’esigenza di preservare i valori naturalistici e ambientali del territorio. L’accezione muove anch’essa dalla riconosciuta vocazione della zona agricola all’inedificabilità del territorio e fa leva sull’idea che mantenere inedificate certe aree impedisce il consumo del suolo e, simmetricamente, offre alla collettività condizioni di vivibilità e fruibilità delle risorse ambientali. In altre parole, la destinazione agricola di un territorio, implicandone la sua inedificabilità, vale per contenere l’espansione urbana e, per questa via, funge da presidio di tutela del territorio nella sua valenza ambientale.

---

<sup>9</sup> *Ivi*, p. 122.

<sup>10</sup> P. URBANI, *La disciplina urbanistica delle aree agricole*, in L. COSTATO – A. GERMANÒ – E. ROOK BASILE (a cura di), *Trattato di diritto agrario*, II, Torino, 2011, p. 599.

<sup>11</sup> *Ivi*, p. 600.

<sup>12</sup> G. PAGLIARI, *Corso di diritto urbanistico*, Milano, 2010, p. 67.

<sup>13</sup> P. URBANI, *La disciplina urbanistica delle aree agricole*, cit., p. 601.

Queste diverse accezioni risultano sostanzialmente avallate dalla giurisprudenza amministrativa. I giudici, muovendo dalla connotazione in senso urbanistico della zona agricola ribadita dalla legge-ponte, ricavano dalla disciplina urbanistica importanti corollari: anzitutto, che la destinazione agricola assegnata a una determinata area non è ricognitiva di un'utilizzazione o anche solo di una vocazione a fini agricoli dell'area stessa né si risolve, di per sé, in un vincolo all'esercizio dell'attività agricola; quindi, che lo scopo primario della destinazione agricola è di garantire un ragionevole equilibrio tra aree edificate e aree libere, con l'effetto che essa non è *a priori* ostativa di qualsivoglia intervento urbanisticamente rilevante. Seguendo questa impostazione la giurisprudenza maggioritaria adopera un metodo di verifica della concreta compatibilità del progetto rispetto alle caratteristiche dell'area di localizzazione e, più in generale, dell'assetto del territorio: all'esito di questa operazione sono stati ritenuti compatibili con la destinazione a zona agricola progetti di opere quali impianti idroelettrici<sup>14</sup> o di derivazione di acque pubbliche<sup>15</sup>, canili<sup>16</sup>, attività di cava<sup>17</sup>, depositi di esplosivi<sup>18</sup> o di fuochi di artificio<sup>19</sup>, discariche<sup>20</sup> o altri impianti di trattamento di rifiuti<sup>21</sup>, impianti di produzione di energie rinnovabili<sup>22</sup>.

Da altra angolatura, la giurisprudenza ha riconosciuto nella «funzione decongestionante o di contenimento dell'espansione edilizia» propria della zona agricola l'«interesse alla tutela dei valori naturalistici e paesaggistici del territorio»<sup>23</sup>.

<sup>14</sup> Cons. Stato, sez. V, 16 ottobre 1989, n. 642, in *Foro amm.*, 1989, p. 2710.

<sup>15</sup> Trib. sup. acque pubbl., 18 febbraio 1991, n. 7, in *Cons. St.*, 1991, p. 420.

<sup>16</sup> Tar Puglia, Lecce, sez. III, 14 novembre 2012, n. 1881, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>17</sup> Cons. Stato, sez. VI, 19 febbraio 1993 n. 180, in *Foro amm.*, 1993, p. 482.

<sup>18</sup> Cons. Stato, sez. V, 28 settembre 1993 n. 968, in *Foro amm.*, 1993, p. 1846.

<sup>19</sup> Tar Lombardia, Brescia, sez. II, 13 maggio 2014, n. 494, in *Riv. giur. edil.*, 2014, p. 831.

<sup>20</sup> Cons. Stato, sez. V, 1 ottobre 2010, n. 7243, in *Riv. giur. amb.*, 2011, p. 289; Cons. Stato, sez. V, 16 giugno 2009, n. 3853, in *Foro amm. CdS*, 2009, p. 1496; Cons. Stato, sez. V, 26 gennaio 1996 n. 85, in *Foro it.*, 1996, p. 440; Tar Liguria, Genova, sez. I, 14 dicembre 2016, n. 1237, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>21</sup> Cons. Stato, sez. VI, 20 maggio 2020, n. 3202, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); Tar Lombardia, Milano, sez. II, 3 dicembre 2018, n. 2711, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); Tar Campania, Napoli sez. VIII, 9 aprile 2018, n. 2279, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>22</sup> Cons. Stato, sez. V, 26 settembre 2013, n. 4755, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>23</sup> Cons. Stato, sez. II, 6 ottobre 2020, n. 5917, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); Cons. Stato, sez. IV, 21 ottobre 2019, n. 7144, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); Cons. Stato, sez. IV, 12 dicembre 2016, n. 5195, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); Cons. Stato, sez. IV, 30 dicembre 2008, n. 6600, in *Foro amm. CdS*, 2008, p. 3354; Cons. Stato, sez. IV, 3 novembre 2008, n. 5478, in *Riv. giur. edil.*, 2009, p. 162; Cons. Stato, sez. IV, 25 luglio 2007, n. 4149, in *Riv. giur. edil.*, 2008, p. 360; Cons. Stato, sez. IV, 20 settembre 2005, n. 4828, in *Riv. giur. amb.*, 2005, p. 95; Cons. Stato, sez. IV, 31 gennaio 2005, n. 259, in *Foro amm. CdS*, 2005, p. 106; Cons. giust. reg. Sicilia, 6 aprile 2018, n. 210, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); Tar Lombardia, sez. II, 13 maggio 2019, n. 1065, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); Tar Toscana, Firenze, sez. I, 27 giugno 2016, n. 1090, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); Tar Lombardia, Milano, sez. II, 9 aprile 2015, n. 903 in [!\[\]\(e10afb4f042904fd828bb5bcbf371cd5\_img.jpg\)](http://www.giustizia-</a></p></div><div data-bbox=)

Per questo ha ammesso la destinazione agricola di suoli quando essa è dichiaratamente funzionale a garantire una «naturale cintura di respiro ambientale»<sup>24</sup> ovvero «un polmone dell'insediamento urbano»<sup>25</sup> o «corridoi verdi»<sup>26</sup> tra aree ampiamente urbanizzate ovvero aree di «compensazione»<sup>27</sup> o «ripristino»<sup>28</sup> ambientale e ha ammesso la qualificazione come zona E di terreni non aventi propriamente attitudine all'utilizzazione agricola, come sono quelli di alta montagna ovvero quelli boscati<sup>29</sup>.

Peraltro, questione preliminare parimenti risolta dalla giurisprudenza è quella dell'utilizzabilità dello strumentario urbanistico per finalità ambientali. Lo sviamento di potere, lamentato di frequente dalle parti ricorrenti, è escluso dai giudici i quali, per ammettere la strumentalità del diritto urbanistico alla cura dell'interesse ambientale, richiamano l'art. 9 Cost., dimostrando consapevolezza della portata della disposizione costituzionale, sia nella parte strutturale (per il riferimento alla Repubblica e non allo Stato) sia in quella funzionale (per il riferimento al paesaggio, che evoca anche i beni ambientali).

Per questa via, è confermato il carattere “flessibile” della categoria urbanistica della zona agricola, la sua adattabilità a multiformi esigenze, compresa quella, più recente, di tutela dell'ambiente.

---

*amministrativa.it*; Tar Campania, Napoli, sez. VIII, 23 ottobre 2014, n. 5466, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Tar Valle d'Aosta, sez. I, 2 novembre 2011, n. 73, in *Foro amm.*, 2011, p. 3395; Tar Trentino-Alto Adige, Trento, sez. I, 6 aprile 2011, n. 105, in *Foro amm. Tar*, 2011, p. 1186; Tar Veneto, Venezia, sez. I, 31 marzo 2010, n. 1118, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Tar Campania, Napoli, sez. VII, 3 novembre 2009, n. 6825, in *Foro amm. Tar*, 2009, p. 3239; Tar Lombardia, Brescia, sez. I, 24 giugno 2009, n. 1318, in *Riv. giur. edil.*, 2010, p. 253. In questo senso, anche la giurisprudenza penale: ad esempio, Cass. pen., sez. III, 13 luglio 2009, n. 39078, in *Dir. giur. agr.*, 2010, 65. Sulle ragioni teoriche a supporto della prassi amministrativa di tutela ‘urbanistica’ dell'ambiente e dell'avallo giurisprudenziale si rinvia a di P.L. PORTALURI, *L'ambiente e i piani urbanistici*, in G. ROSSI (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Torino, 2015, pp. 247 ss.

<sup>24</sup> Cons. Stato, sez. II, 31 agosto 2020, n. 5313, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Tar Lombardia, Brescia, sez. I, 16 dicembre 2009, n. 2595.

<sup>25</sup> Cons. Stato, sez. IV, 21 ottobre 2019, n. 7144, cit.; Cons. giust. reg. Sicilia, 6 aprile 2018, n. 210, cit.; Tar Lombardia, sez. II, 13 maggio 2019, n. 1065, cit.; Tar Toscana, Firenze, sez. I, 27 giugno 2016, n. 1090, cit.

<sup>26</sup> Cons. Stato, sez. II, 31 ottobre 2019, n. 7459, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, sez. IV, 24 aprile 2018, n. 2459, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Tar Lombardia, Milano, 7 maggio 2020, n. 751, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Tar Lombardia, Milano, sez. II, 9 aprile 2015, n. 898, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

<sup>27</sup> Cons. Stato, sez. II, 6 ottobre 2020, n. 5917, cit.

<sup>28</sup> Cons. Stato, sez. II, 31 agosto 2020, n. 5313, cit.; Cons. Stato, sez. IV, 6 luglio 2009, n. 4308, in *Foro amm. CdS*, 2009, p. 1683.

<sup>29</sup> Sottolineano il punto F. SALVIA – C. BEVILACQUA, *Manuale di diritto urbanistico*, cit., p. 86; in giurisprudenza, ad esempio, Tar Lombardia, Milano, sez. II, 13 maggio 2019, n.1065, in *Riv. giur. edil.*, 2019, p. 1093; Tar Lombardia, Milano, sez. II, 7 luglio 2011, n. 1843, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

Una reviviscenza dell'accezione in senso propriamente agricolo della zona E si ritrova in quella giurisprudenza che, pur ribadendone il carattere residuale, riconosce la legittimità della scelta dell'amministrazione di prescrivere in via esclusiva l'utilizzo produttivo di tipo agricolo dell'area<sup>30</sup> ovvero di enunciare espressamente la tipologia delle ulteriori attività, rispetto a quelle strettamente agricole, che possono insediarsi nelle aree così classificate<sup>31</sup>, opzioni che si giustificano in virtù dell'ampiezza della discrezionalità che connota il potere pianificatorio. Il carattere ostativo della zonizzazione agricola è legittimato anche in base ad argomentazioni che si fondano sulla natura dell'area, precisamente quando si tratta di un'area agricola di "particolare pregio", connotazione che deriva per qualificazione giuridica (secondo la disciplina dello strumento urbanistico, comunale o sovracomunale, o direttamente *ex lege*) ovvero fattuale, come nel caso di aree che hanno una conformazione risultante dall'uso agricolo consolidato da tempo remoto o a seguito di peculiari interventi, come opere di bonifica<sup>32</sup>.

La zona F comprende le aree destinate ad attrezzature di interesse generale, categoria eterogenea di beni, di proprietà pubblica e privata, destinati all'uso collettivo, tra le quali rientrano anche le aree verdi (cd. verde attrezzato). Nella lettura della giurisprudenza il verde costituisce esso stesso «l'attrezzatura pubblica o privata di uso pubblico» cui si ricollega «la fruizione del verde da parte della collettività [che] ne è la funzione tipica nell'ambito dell'organizzazione generale del territorio comunale», con l'effetto che qualora nell'area siano ammesse altre attrezzature (commerciali, sportive, culturali, ecc.) esse sono possibili solo se serventi e compatibili rispetto al verde<sup>33</sup>.

La giurisprudenza si è interrogata sulla natura – e sugli effetti – della qualificazione di «verde attrezzato» assegnata dall'amministrazione a suoli di proprietà privata. Dopo un'iniziale incertezza i giudici, supportati dall'insegnamento della Corte costituzionale con la nota sentenza n. 179/1999 sui vincoli urbanistici, si sono uniformati nel riconoscere la natura conformativa (e non espropriativa, con i

---

<sup>30</sup> Tar Campania, Napoli, sez. III, 7 gennaio 2020, n. 43, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); Tar Puglia, Lecce, sez. III, 14 novembre 2012, n. 1881, cit.; Tar Trentino-Alto Adige, Trento, 19 giugno 2008, n. 152, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>31</sup> Cons. Stato, sez. IV, 19 giugno 2012, n. 3570, in *Riv. giur. edil.*, 2012, p. 955.

<sup>32</sup> Cons. Stato, sez. VI, 20 maggio 2020, n. 3202, cit.; Cons. Stato, sez. II, 1 aprile 2014, n. 1065, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); Cons. Stato, sez. IV, 19 giugno 2012, n. 3570, cit.; Cons. di Stato, sez. V, 18 settembre 2007, n. 4861, in *Foro amm. CdS*, 2007, p. 2487; Tar Campania, Napoli, sez. VIII, 9 aprile 2018, n. 2279, cit.

<sup>33</sup> Cons. Stato, sez. IV, 6 agosto 2013, n. 4148, in *Riv. giur. edil.*, 2013, 1119; Tar Abruzzo, L'Aquila, sez. I, 11 luglio 2018, n. 335, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

corollari della non indennizzabilità e non assoggettabilità a scadenza temporale). L'approdo si fonda sull'argomentazione per cui un simile vincolo non svuota il diritto di proprietà né sul piano della disponibilità né su quello dell'utilizzabilità del bene, perché gli interventi connessi al «verde attrezzato» sono realizzabili anche per iniziativa privata o promiscua pubblico-privata e non implicano necessariamente espropriazione o interventi ad esclusiva iniziativa pubblica; è pur vero che la qualificazione come «verde attrezzato» restringe la tipologia degli interventi e delle opere realizzabili (le cd. attrezzature collettive), ma queste limitazioni al diritto dominicale non sono tali da comportare uno svuotamento integrale delle facoltà connesse al diritto dominicale che persistono, sebbene conformate al perseguimento di fini di utilità sociale, assicurando al bene un valore d'uso idoneo a garantire una *utilitas*, anche economica, al proprietario<sup>34</sup>.

La natura conformativa è riconosciuta anche per il vincolo a «verde privato», che comporta in capo al proprietario il mantenimento dell'area alla destinazione di giardino o prato. Si tratta di vincolo che, pur comportando la sostanziale inedificabilità, non impedisce la fruibilità del bene da parte del suo proprietario e non è preordinato all'espropriazione per la realizzazione di opere pubbliche. Esso è espressione della potestà pianificatoria comunale, tipicamente discrezionale, e vale a regolare la proprietà privata e a conformarla rispetto a obiettivi generali, costituendo una significativa applicazione dell'art. 41, comma 2, della Costituzione che assegna alla proprietà privata anche una funzione sociale<sup>35</sup>.

Un ambito del diritto urbanistico che può favorire interventi di cura e incremento del verde è quello del recupero urbano. Questo approccio si è progressivamente affinato, evolvendosi, anche nominativamente attraverso le categorie della «riqualificazione», «riabilitazione» e «rigenerazione» urbana, con una serie di piani e

---

<sup>34</sup> Cons. Stato, sez. IV, 11 giugno 2019, n. 3896, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). La qualificazione della natura conformativa del vincolo del «verde attrezzato» è costantemente affermata dalla giurisprudenza: v., ex multis, Cons. Stato, sez. IV, 17 maggio 2019, n. 3190, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); Cons. Stato, sez. IV, 14 maggio 2018, n. 1614, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); Cons. Stato, 22 febbraio 2017, n. 821, in *Foro amm.*, 2017, 303; Cons. Stato, sez. IV, 28 settembre 2016, n. 4022, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). In dottrina v., ad esempio, P. URBANI, *Le nuove frontiere del diritto urbanistico: potere conformativo e proprietà privata*, in *Dir. e proc. amm.*, 2014, pp. 17 ss.; V. GIOMI, *Il verde pubblico come risorsa comune: da necessario strumento di soddisfacimento di bisogni collettivi a forma di tutela di beni vincolati*, in *Giustamm.it*, 2016, 4, pp. 20 ss.; N. BERTI, *La tutela "urbanistica" dell'ambiente: statuto costituzionale e regime amministrativo della proprietà vincolata*, in *Dir. econ.*, 2016, pp. 734 ss.

<sup>35</sup> Cons. Stato, sez. IV, 6 ottobre 2014, n. 4976, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). Similmente, tra le altre, Tar Friuli-Venezia Giulia, Trieste, sez. I, 30 giugno 2016, n. 329, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); Tar Toscana, Firenze, sez. III, 11 giugno 2014, n. 1016, in *Foro amm.*, 2014, 1809; Tar Lombardia, Milano, sez. II, 15 maggio 2014, nn. 1276 e 1281, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

programmi<sup>36</sup> i quali, seppure difficilmente riconducibili a un modello tipico di intervento ovvero a una gerarchia di strumenti<sup>37</sup> e non sempre efficacemente utilizzati dalle amministrazioni<sup>38</sup>, si connotano per un graduale allargamento dello spettro degli interessi perseguiti: essi spaziano dall'interesse abitativo alla tutela ambientale, dall'accessibilità e mobilità al decoro urbano e alla salvaguardia del patrimonio culturale, estendendosi sino a questioni di natura sociale ed economica che attengono al tessuto urbano. Comune denominatore delle finalità e degli interventi è la riduzione del consumo di suolo, mentre permane una certa dose di incertezza concettuale sulla identificazione – e riduzione – delle iniziative possibili ai soli interventi di natura edilizia che riguardano il patrimonio costruito (singoli edifici ovvero porzioni di città).

Punto di arrivo del percorso normativo di ampliamento degli interessi sottesi agli strumenti di recupero urbano sembra icasticamente rappresentarsi nella cosiddetta rigenerazione urbana, formula evocativa, già nel *nomen*, di un intento di rinnovamento, quasi di rinascita, del tessuto urbano attraverso un programma esteso di interventi che abbracciano diverse aree del territorio comunale e riguardano, come detto, una pluralità di obiettivi. Tecnica che dovrebbe fugare la predetta incertezza concettuale, perché aspira a emanciparsi dall'accezione prettamente urbanistico-edilizia del recupero urbano implicando interventi anche immateriali e orientati a finalità sociali.

Difetta tuttora una definizione normativa di fonte statale, alla cui formulazione il legislatore si è sottratto anche recentemente, pur avendo dedicato alla rigenerazione urbana un'apposita disposizione nell'ambito del cd. decreto sblocca-cantieri (art. 5, «norme in materia di rigenerazione urbana», decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32, *convertito* con modificazioni dalla legge 14 giugno 2019, n. 55)<sup>39</sup>. Anzi, la disposizione

---

<sup>36</sup> Esempi di fonte statale sono i programmi integrati di intervento-PIT (legge 17 febbraio 1992, n. 179, art. 16), i programmi di recupero urbano-PRU (decreto-legge 5 ottobre 1993, n. 398, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 dicembre 1993, n. 493, art. 11), i programmi di riqualificazione urbana e di sviluppo sostenibile-PRUSST (d.m. 8 ottobre 1998), i programmi di riabilitazione urbana (legge 1 agosto 2002, n. 166, art. 27); esempi di fonte regionale sono i programmi di riqualificazione urbana-PRU previsti dalle regioni Marche (legge reg. 23 febbraio 2005, n. 16, art. 5), Emilia-Romagna (legge reg. 3 luglio 1998, n. 19, art. 4), Umbria (legge reg. 21 gennaio 2015, n. 1, art. 72).

<sup>37</sup> C. VITALE, *I programmi di riabilitazione urbana*, in S. BATTINI – L. CASINI – G. VESPERINI – C. VITALE (a cura di), *Codice di edilizia e urbanistica*, Torino, 2013, p. 27.

<sup>38</sup> S. AMOROSINO, *Recupero delle aree urbane dismesse e strumenti amministrativi di intervento*, in P. STELLA RICHTER – R. FERRARA – C.E. GALLO – C. VIDETTA (a cura di), *Recupero urbanistico e ambientale delle aree industriali dismesse*, Napoli, 2008, p. 14.

<sup>39</sup> Lamentano l'inerzia del legislatore, nel senso che «si sarebbe potuto procedere diversamente; per esempio, fornendo una definizione unitaria di rigenerazione urbana o evidenziandone gli elementi di discontinuità rispetto agli interventi di riqualificazione e riuso del patrimonio edilizio già sperimentati nel secolo scorso», P. URBANI –

sembra alimentare l'ambiguità di fondo del tema perché correla la rigenerazione alla finalità della riduzione del consumo di suolo e all'ambito oggettivo del patrimonio edilizio esistente e in questa correlazione sembra esaurirsi la *ratio* della norma; peraltro, la rigenerazione applicata al patrimonio edilizio esistente è declinata in molteplici forme, dalla razionalizzazione di detto patrimonio alla riqualificazione di aree urbane degradate mediante ricucitura delle funzioni dell'area con tessuti edilizi disorganici o incompiuti nonché al coinvolgimento di edifici a destinazione non residenziale, dagli interventi di efficientamento e adeguamento sismico all'ammissibilità di progetti edilizi che comportano interventi di demolizione e ricostruzione.

Maggiori elementi ricostruttivi sono ricavabili dalla legislazione regionale, in cui si riscontra lo sforzo definitorio con l'esito di un significato di rigenerazione in senso ampio. È il caso della definizione offerta dalla legge reg. Lombardia 26 novembre 2019, n. 18, secondo la quale la rigenerazione urbana consiste in un «insieme coordinato di interventi urbanistico-edilizi e di iniziative sociali che possono includere la sostituzione, il riuso, la riqualificazione dell'ambiente costruito e la riorganizzazione dell'assetto urbano attraverso il recupero delle aree degradate, sottoutilizzate o anche dismesse, nonché attraverso la realizzazione e gestione di attrezzature, infrastrutture, spazi verdi e servizi e il recupero o il potenziamento di quelli esistenti, in un'ottica di sostenibilità e di resilienza ambientale e sociale, di innovazione tecnologica e di incremento della biodiversità dell'ambiente urbano» (art. 2, comma 1, lett. a). Emerge la consapevolezza del contributo essenziale che il verde può assicurare per la riuscita delle politiche di rigenerazione urbana, con l'effetto che le relative attività di gestione sono annoverate a pieno titolo tra quelle costitutive dei progetti di rigenerazione. Una consapevolezza che, peraltro, non traspare in tutta la legislazione regionale che pure è dedicata, in proporzione maggiore rispetto a quella statale, al tema della rigenerazione. Riferimenti al verde quale parte integrante delle politiche di rigenerazione urbana sono rinvenibili, ad esempio, nella legge reg. Puglia 29 luglio 2008, n. 21, che prevede un apposito strumento (programma integrato di rigenerazione urbana-PIRU) tra i cui contenuti vi è «la riorganizzazione dell'assetto urbanistico attraverso il recupero o la realizzazione di [...] spazi verdi» (art. 2, comma 1, lett. b). Dello stesso tenore è la previsione della legge prov. Bolzano 10 luglio 2018, n. 9, che predispose un apposito piano (di riqualificazione urbanistica-PRU) allo scopo di «promuovere ed agevolare la

---

L. GOLISANO, *Il Decreto Sblocca Cantieri e il mancato intervento in materia di rigenerazione urbana*, in [www.pausania.it](http://www.pausania.it), 2019, p. 3.

rigenerazione delle aree già urbanizzate», includendo tra gli obiettivi e gli ambiti di intervento la «valorizzazione delle aree verdi» (art. 59). Similmente, la legge reg. Lazio 18 luglio 2017, n. 7, include tra gli obiettivi sottesi alla rigenerazione urbana quello di «promuovere lo sviluppo del verde urbano, l'adozione di superfici permeabili e coperture a verde pensile, la realizzazione di interventi per la regimentazione ed il recupero delle acque piovane» (art. 1, comma 1, lett. g).

### 3. Strategia nazionale e strumenti locali.

La legge n. 10/2013, come detto, ha avuto il merito di focalizzare l'attenzione sulla questione del verde urbano adottando una prospettiva che non si limita a far emergere e rafforzare i raccordi con le altre discipline, *in primis* il diritto urbanistico, ma si sforza anzitutto di trattare il tema come meritevole di autonoma e specifica regolamentazione e, in questa veste, di elevarlo al centro delle politiche pubbliche. Gli aspetti considerati investono tanto il profilo organizzativo quanto quello funzionale e l'insieme degli interventi sembra orientato nella direzione di costruire un "sistema di amministrazione del verde urbano" imperniato su di una sequenza ordinata e graduale, quasi gerarchica, di funzioni e strumenti, che muove dalla programmazione strategica, progredisce con la regolamentazione e la pianificazione e approda alla gestione, e questo processo veicola dal livello statale a quello locale.

Dal punto di vista organizzativo rileva l'istituzione del «Comitato per lo sviluppo del verde pubblico» presso il Ministero dell'ambiente, cui è attribuito il compito di sensibilizzare la conoscenza e promuovere l'attuazione di interventi pubblici a favore del verde urbano (art. 3).

Spetta al Comitato predisporre un apposito "piano nazionale", che è stato approvato, d'intesa con la conferenza unificata, nel 2018 ed è stato intitolato significativamente "Strategia nazionale del verde urbano": la denominazione si spiega con il fatto che non si tratta di un vero e proprio piano, perché non ha un impatto diretto sul territorio, né di un programma perché non determina azioni e misure specifiche di intervento né prevede finanziamenti. L'obiettivo è la definizione di criteri e linee guida per la realizzazione di aree verdi permanenti, peraltro la qualificazione in chiave strategica vuole denotare la prospettiva seguita dal soggetto proponente che aspira a considerare il tema secondo una visione globale e integrata, attenta a confrontarsi e raccordarsi con altri documenti strategici, di fonte nazionale e internazionale, che impattano con il tema del verde pubblico, come la Strategia

energetica nazionale-SEN, la Strategia della Biodiversità nazionale ed europea, la Strategia europea sulle infrastrutture verdi e il World Forum on Urban Forest.

La Strategia si fonda su tre obiettivi e altrettante azioni strategiche. Gli obiettivi attengono alla capacità del verde urbano di produrre servizi ecosistemici, declinati nella conservazione della biodiversità, nel mitigamento climatico e nel miglioramento della salute e del benessere dei cittadini. Le azioni strategiche riguardano la sensibilizzazione ed educazione ambientale, l'implementazione delle misure di intervento negli strumenti di programmazione e pianificazione, il monitoraggio dell'attuazione della Strategia.

La Strategia intende stimolare un processo di cambiamento, culturale prima che normativo, che conduca alla piena consapevolezza dei molteplici benefici del verde pubblico e, per questo, ha come destinatari tutti i soggetti pubblici nonché la società civile.

Nel percorso immaginato dalla legge il livello amministrativo ritenuto ottimale è quello locale, in particolare quello dell'ente comunale che è considerato l'interlocutore privilegiato del ministero e ad esso la legge imputa diversi strumenti di settore, utili a guidare il governo del verde pubblico.

Il censimento è operazione preliminare e funzionale alla corretta regolamentazione e gestione del verde, perché mira alla ricognizione del patrimonio arboreo. Anche avvalendosi di sistemi informativi geografici, attraverso il censimento l'amministrazione può conoscere l'esatta consistenza del verde e può disporre di una serie di informazioni (tassonomia, caratteristiche biometriche, contesto ambientale, eventi climatici, fitopatologici e gestionali del passato, ecc.) utili a programmare e realizzare gli interventi a favore del verde. Si tratta di strumento conoscitivo non obbligatorio, sebbene la legge n. 10/2013 abbia enfatizzato la sua utilità in relazione a specifiche componenti, ponendo a carico dei comuni l'onere di censire gli alberi piantati in aree urbane di proprietà pubblica (art. 2, comma 1, lett. c) e gli alberi monumentali (art. 7, comma 2).

Sul piano della valenza normativa, è rilevante anzitutto il regolamento del verde urbano<sup>40</sup>, che trova legittimazione nella potestà regolamentare propria degli enti locali (art. 117, comma 6, Cost.). Si tratta di atto non obbligatorio (salva la precettività disposta da alcune leggi regionali, come la legge reg. Marche 23 febbraio 2005, n. 6, art. 20, comma 6, come modificato dalla legge reg. 18 marzo 2014, n. 3), di

---

<sup>40</sup> G. MARI, *Il verde urbano pubblico e la pubblicizzazione del verde privato*, in *Riv. giur. edil.*, 2018, pp. 58 ss.; B. GRAZIOSI, *I nuovi regolamenti comunali per il verde urbano e la pubblicizzazione del «verde privato»*, in *Riv. giur. edil.*, 2012, pp. 189 ss.

competenza del consiglio comunale, la cui adozione appare estremamente utile perché può fornire un'adeguata regolamentazione di molteplici aspetti, procedurali e sostanziali, relativi alla tutela, alla gestione e alla fruizione del patrimonio arboreo e delle aree verdi. Può definire, tra l'altro, i criteri per il censimento, le norme per la corretta manutenzione del verde, le procedure di autorizzazione degli interventi sugli alberi, le norme sulla fruizione delle aree, la disciplina di affidamento e gestione a soggetti terzi, le prescrizioni tecniche da recepire nei capitolati di gara, le modalità per l'attivazione, anche da parte privata, di iniziative promozionali, come la giornata nazionale dell'albero.

Il piano del verde si pone in linea di continuità con i precedenti strumenti: se il censimento è utile per avere contezza del patrimonio arboreo e il regolamento vale per disciplinarne gli usi, il piano serve per definire in modo organico e lungimirante le linee di gestione del verde, interessando aspetti come la localizzazione delle nuove aree verdi, i criteri di scelta delle tipologie di specie arboree, i criteri per la realizzazione di nuove infrastrutture verdi, i meccanismi di finanziamento e di reperimento delle risorse per l'attuazione delle soluzioni progettuali, le modalità di informazione e partecipazione dei cittadini. Si tratta di piano volontario, che necessita anch'esso di approvazione consiliare e che si inserisce in un sistema regolatorio articolato: da un lato, si colloca sulla scia del censimento e del regolamento, ove esistenti; dall'altro si correla con il piano nazionale del verde pubblico (cd. Strategia) di cui è strumento attuativo, nonché, da altra visuale, con il piano regolatore comunale; rispetto a quest'ultimo si pone come piano di settore, idoneo a indirizzare le politiche urbanistiche, specialmente quelle incidenti sul verde urbano. La legge n. 10/2013 non lo prevede espressamente, sebbene incardini l'obiettivo della «previsione e realizzazione di grandi aree verdi» nell'ambito della pianificazione urbanistica (art. 6, comma 1, lett. e), corroborando per questa via l'approccio urbanistico alla questione del verde urbano. La legislazione regionale valorizza questa impostazione includendo l'incremento del verde urbano tra gli obiettivi strategici del piano comunale (legge reg. Emilia-Romagna, 21 dicembre 2017, n. 24) ovvero, più spesso, dei piani di riqualificazione/rigenerazione urbana (legge reg. Puglia n. 21/2008, legge reg. Lazio n. 7/2017, legge prov. Bolzano n. 9/2018, legge reg. Lombardia n. 18/2019, già citate) e non mancano casi in cui è espressamente previsto il piano del verde urbano (legge reg. Calabria, 16 aprile 2002, n. 19; d.P.P. Bolzano, 22 novembre 2018, n. 31).

Questa sequenza ordinata di operazioni di tipo programmatico e pianificatorio è preordinata alla concreta gestione del patrimonio arboreo, che costituisce un'attività

o, meglio, un complesso di attività, anche peculiari, che suscitano, come si vedrà nel paragrafo successivo, alcuni dubbi di ordine giuridico.

Il sistema delineato dalla legge n. 10/2013 si chiude con il cd. bilancio arboreo (art. 2, comma 1, lett. c). Si tratta di un atto di competenza del sindaco, che va presentato due mesi prima della scadenza del mandato elettorale e deve fornire una serie di dati relativi alla gestione del verde garantita durante il mandato (numero di alberi piantati, stato di consistenza, manutenzione, ecc.), quindi una sorta di resoconto che offre alla collettività elementi utili di informazione e valutazione dell'operato politico-amministrativo dell'ente locale.

#### 4. La gestione del verde urbano. Il ruolo dei privati.

La cura del verde urbano costituisce, come ha chiarito da tempo la giurisprudenza<sup>41</sup>, un servizio pubblico locale, formula che esprime la primarietà di un bisogno della collettività cui corrisponde l'obbligatorietà della sua istituzione e la doverosità della relativa erogazione da parte del soggetto pubblico, con i corollari della continuità della prestazione e della generalità dei beneficiari.

<sup>41</sup> Ad esempio, Cons. Stato, sez. V, 8 settembre 2011, n. 5050, in *Foro amm. CdS*, 2011, p. 2781; Cons. Stato, sez. V, 13 dicembre 2006, n. 7369, in *Foro amm. CdS*, 2006, p. 3348. In dottrina, v. M. ATELLI, *Il verde urbano è servizio pubblico locale*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2015, pp. 234 ss. In verità, il profilo oggettivo delle prestazioni relative alla "manutenzione del verde urbano" evoca la questione connessa della qualificazione di queste attività, ossia la loro riconducibilità nell'ambito dei servizi o in quello dei lavori, su cui può richiamarsi l'orientamento espresso da ANAC, che delinea il *discrimen* nel senso che «la manutenzione del verde pubblico rientra nell'ambito dei servizi e non in quello dei lavori, tutte le volte in cui l'attività non comporti una modificazione della realtà fisica con l'utilizzazione, la manipolazione e l'installazione di materiali aggiuntivi e sostitutivi non inconsistenti sul piano strutturale e funzionale (cd. "quid novi"): così, ad esempio, la mondata, rasatura, irrigazione, concimazione, posatura, pulizia, trattamenti vari, sfalcio, decespugliamento delle scarpate, ecc., non configurano "lavori" ma servizi», mentre ricadono nella categoria dei lavori «tutti gli interventi di esecuzione del verde urbano realizzati al fine di consentire un miglior uso della città (recinzioni, sistemazioni paesaggistiche, verde attrezzato, campo sportivi, terreni da gioco)» (ANAC, deliberazione del 6 marzo 2007, n. 72, ripresa in diversi pareri di precontenzioso: ad es., delibera del 13 giugno 2018, n. 576; delibera 21 maggio 2008, n. 158). Il tema è tornato di interesse nell'ambito della gestione emergenziale dell'epidemia da COVID-19, per l'incerta qualificazione delle attività inerenti alla manutenzione del verde rispetto al criterio seguito dal governo di differenziazione tra attività «sospese» e «consentite». Nella prima fase di gestione dell'emergenza (DPCM 22 marzo 2020), queste attività sono state ritenute «sospese», in quanto non ricomprese – con non poche critiche da parte degli operatori del settore – nell'elenco delle attività produttive consentite di cui all'allegato 1 del decreto (integrato con decreto del MISE del 25 marzo 2020), che non menzionava il codice ATECO 81.30 ("cura e manutenzione del paesaggio inclusi parchi, giardini e aiuole"), né ritenute riconducibili a quelle volte ad assicurare la continuità «dei servizi di pubblica utilità e dei servizi essenziali» (art. 1, comma 1, lett. d), disposizione quest'ultima che ha riaperto il dibattito sulla qualificazione in termini di «servizio essenziale» della gestione del verde urbano, ad oggi esclusa dalla tipizzazione normativa. Il successivo DPCM del 10 aprile 2020 ha integrato l'elenco delle attività produttive consentite con l'inserimento, tra gli altri, del codice ATECO 81.3.

Che la fruizione del verde costituisca un bisogno fondamentale della collettività è un'acquisizione giuridica consolidata. Si pensi al diritto urbanistico, che include il verde pubblico tra gli standard urbanistici, i quali, come già detto, sono parte essenziale e irrinunciabile del piano urbanistico comunale (d.m. n. 1444/1968), nonché inserisce elementi legati al verde nella categoria delle opere di urbanizzazione, primaria («spazi di verde attrezzato», art. 16, comma 7, d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, t.u. edilizia, che recepisce l'art. 1, lett. b, legge 29 settembre 1964, n. 847) e secondaria («aree verdi di quartiere», art. 16, comma 8, t.u. edilizia, che recepisce l'art. 1, lett. c, legge n. 847/1964), che esprimono quella dotazione di beni e servizi necessaria per rendere un'area idonea all'uso insediativo previsto dallo strumento urbanistico. Si consideri anche la normativa sui tributi locali, in cui la gestione del verde pubblico è stata ricondotta alla categoria dei «servizi indivisibili», ossia quei servizi che l'ente locale deve assicurare a favore della collettività senza poter frazionare l'erogazione, per la cui copertura è stata istituito un apposito tributo-TASI (art. 1, comma 639, legge 27 dicembre 2013, n. 147, legge di stabilità 2014, ora abolito per effetto dell'art. 1, comma 738, legge 27 dicembre 2019, n. 160, legge di bilancio 2020).

Si tratta indubbiamente di un servizio dalle caratteristiche peculiari, che riflette la complessità dell'oggetto e comporta prestazioni diverse. La gestione spazia dalla progettazione e realizzazione di nuove aree verdi, alla manutenzione di quelle esistenti, alla riqualificazione di quelle degradate, alla cura colturale e alla gestione fitosanitaria delle piante, alla garanzia delle condizioni di accessibilità da parte dei cittadini. In particolare, la manutenzione è l'attività costante di mantenimento dell'efficienza e della sicurezza dell'area verde nel suo complesso e nelle singole componenti. Secondo la concezione più avanzata essa si basa sul principio di gestione differenziata, corollario del paradigma della sostenibilità, per cui occorre definire livelli di manutenzione differenti in funzione non soltanto della tipologia della dotazione arborea che caratterizza l'area, ma anche della tipologia dell'area, della sua localizzazione e delle dimensioni, della destinazione d'uso e delle modalità di fruizione. È improntato a questo principio il documento predisposto dal ministero dell'ambiente, per il tramite del comitato per lo sviluppo del verde pubblico, che reca le «Linee guida per la gestione del verde urbano»<sup>42</sup>.

Le modalità organizzative per la gestione del verde sono molteplici e spetta all'ente locale, in base a una valutazione di natura politico-amministrativa, scegliere la soluzione più appropriata. Le opzioni vanno dalla gestione diretta da parte

<sup>42</sup> Comitato per lo sviluppo del verde pubblico, deliberazione del 3 luglio 2017, n. 19, in [www.minambiente.it](http://www.minambiente.it).

dell'ente locale a formule di gestione indiretta, da parte di soggetti terzi collegati a vario titolo all'ente (azienda speciale, società in house, società mista, ecc.), sino all'esternalizzazione mediante affidamento a soggetti privati selezionati attraverso meccanismi di evidenza pubblica. In relazione alla manutenzione del verde l'esperienza dimostra che è frequente l'affidamento all'esterno del servizio, peraltro non in forma autonoma bensì congiunta con altri servizi, come quello di gestione dei rifiuti ovvero di igiene urbana. Come ha avuto modo di precisare il ministero dell'ambiente, per il tramite del comitato per il verde pubblico, l'affidamento congiunto dei servizi, pure fattibile e giustificabile per ragioni tecnico-operative nonché di economia di scala, non deve comportare una sovrapposizione dei regimi, perché dal punto di vista giuridico si tratta di servizi autonomi che impongono una distinta regolazione<sup>43</sup>.

Il tema del servizio di gestione del verde pubblico è rilevante per il conseguimento degli obiettivi ambientali previsti dal «Piano d'azione per la sostenibilità ambientale dei consumi nel settore della pubblica amministrazione». Si tratta di piano (introdotto dall'art. 1, commi 1126-1127, legge 27 dicembre 2006, n. 296, approvato con d.m. 11 aprile 2008) che, muovendo dalla considerazione per cui l'ambito di approvvigionamento pubblico di beni e servizi può essere utile alla tutela dell'ambiente se ecologicamente orientato, prevede l'adozione di misure volte all'integrazione di esigenze di sostenibilità ambientale nelle procedure di acquisto pubblico. Tra queste misure, rileva la definizione di criteri (cd. criteri ambientali minimi-CAM), attinenti alle specifiche tecniche, alle clausole contrattuali e ai criteri di selezione delle offerte, destinati a caratterizzare le suddette procedure per specifiche categorie merceologiche. La loro natura è vincolante, nel senso che le amministrazioni devono inserire nella documentazione progettuale e di gara almeno le specifiche tecniche e le clausole contrattuali contenute nei criteri ambientali minimi (art. 34 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, codice dei contratti pubblici). Tra le categorie merceologiche ritenute funzionali ai suddetti obiettivi ambientali vi sono quelle relative alla gestione del verde pubblico: il recente d.m. 10 marzo 2020 ha determinato i criteri ambientali minimi che devono essere recepiti nella documentazione progettuale e in quella di gara in relazione all'affidamento dei servizi di progettazione di nuove aree verdi e di riqualificazione di aree già esistenti, di manutenzione del verde pubblico e di fornitura di prodotti per la gestione del verde.

---

<sup>43</sup> Comitato per lo sviluppo del verde pubblico, deliberazione del 16 marzo 2015, n. 6, in [www.minambiente.it](http://www.minambiente.it).

Il verde urbano costituisce, inoltre, un ambito di virtuosa applicazione del principio costituzionale della sussidiarietà orizzontale (art. 118, comma 4, Cost.), che propugna un nuovo modello di agire amministrativo, in cui è ammessa – anzi promossa – l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale; principio che, a sua volta, si relaziona e si aggancia all'art. 3 Cost. in quanto offre un'ulteriore prospettiva utile alla Repubblica per realizzare la missione affidatale dalla Costituzione di favorire il pieno sviluppo della persona umana; principio che traduce in termini giuridici quei concetti propri delle scienze sociali di "civismo" e "cittadinanza attiva", che enfatizzano la sensibilità dei cittadini per le esigenze della comunità e l'attivazione di forme di azione collettiva nell'ambito delle politiche pubbliche.

È esperienza sempre più diffusa che i cittadini, singoli o associati (in forme più o meno organizzate: comitati di quartiere, comitati di genitori, associazioni ambientaliste, associazioni culturali, proloco, ecc.), siano disposti a partecipare attivamente alla gestione del verde urbano, proponendosi con interventi di messa a dimora di nuove piante, di manutenzione, di presenza e vigilanza per rendere fruibili le aree.

La legge n. 10/2013 dimostra attenzione verso questa opzione e fornisce una cornice giuridica utile per favorirne la riuscita. L'art. 2 statuisce che il comune determini una procedura di messa a dimora di alberi «quale contributo al miglioramento urbano i cui oneri siano posti a carico di cittadini, imprese o associazioni per finalità celebrative o commemorative» (comma 1, lett. b); l'art. 4 ammette la concessione in gestione di aree e immobili pubblici, quali le «aree riservate al verde pubblico», a favore dei cittadini, con diritto di prelazione ai residenti del comprensorio in cui è situato il bene o l'area in questione, con l'avvertenza che l'affidamento avviene mediante procedura di evidenza pubblica (comma 4) e con la specificazione di un ulteriore modello che prevede prestazioni corrispettive tra le parti, nel senso che a fronte della gestione dell'area assicurata dai privati l'ente locale si impegna a garantire incentivi, come la riduzione dei tributi (comma 6).

Le fattispecie previste dall'art. 4 sono state recepite e perfezionate dal citato codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50/2016), in particolare dall'art. 189, significativamente intitolato «interventi di sussidiarietà orizzontale». Tra gli interventi tipizzati dalla disposizione rileva proprio la «gestione, per quanto concerne la manutenzione», di «aree riservate al verde pubblico urbano» ed è ribadita la previsione del diritto di prelazione a favore dei cittadini residenti, con la specificazione che l'affidamento

della gestione deve avvenire mediante procedura informata ai «principi di non discriminazione, trasparenza e parità di trattamento».

Il codice ha previsto l'ulteriore fattispecie del baratto amministrativo, secondo cui tra ente territoriale e cittadini, singoli o associati, si conclude un contratto di partenariato sociale, in base al quale i privati si impegnano allo svolgimento di attività di pubblico interesse, come «la pulizia, la manutenzione, l'abbellimento di aree verdi» e l'amministrazione garantisce una riduzione o esenzione di tributi corrispondenti al tipo di attività svolta dal privato (art. 190). Come si vede, l'istituto del baratto amministrativo esprime, già nel *nomen*, l'idea dello scambio e questo elemento vale a connotare l'istituto e a differenziarlo dagli altri: mentre nel baratto amministrativo la corrispettività del contratto è elemento necessario e caratterizzante e assume la forma della riduzione o esenzione tributaria, nelle figure dell'art. 189 è dato eventuale e accessorio.

Dall'esperienza che proviene dai territori emerge un ulteriore modello di azione, quello dei cd. patti di collaborazione. Si tratta di atti convenzionali, con i quali i cittadini e l'amministrazione comunale concordano, fissando le obbligazioni reciproche, la realizzazione di specifici interventi di gestione di beni comuni urbani, tra i quali sono preponderanti le attività di gestione e manutenzione del verde urbano<sup>44</sup>. Questi atti sono preceduti e autorizzati da un apposito regolamento, che trova legittimazione direttamente nella Costituzione, con le disposizioni relative alla potestà regolamentare degli enti locali e alla sussidiarietà orizzontale (artt. 117, comma 6 e 118, comma 4). Con l'atto regolamentare l'amministrazione definisce i possibili ambiti di intervento dei soggetti privati e disciplina le modalità di presentazione, il procedimento di selezione e approvazione dei progetti, nonché le agevolazioni e le forme di sostegno a carico del comune e ulteriori profili, come quelli relativi alla responsabilità e alla vigilanza.

## **5. L'incremento del patrimonio arboreo. La cd. forestazione urbana.**

---

<sup>44</sup> Significativo è il dato che emerge dal Rapporto-2019 sull'amministrazione condivisa dei beni comunicato da Labsus ([www.labsus.org](http://www.labsus.org)), ossia che la cura di giardini, aiuole e/o parchi rappresenta il principale ambito di intervento dei patti di collaborazione (pari al 46%), dato che denota la sensibilità civica per la cura del verde urbano, ma anche, in controtelaio, la scarsa attenzione e/o la bassa qualità della gestione pubblica delle aree verdi.

La progressiva acquisizione del valore del capitale naturale in termini di multifunzionalità e servizi ecosistemici, unitamente alla consapevolezza della pluridimensionalità territoriale dei benefici, specialmente nei contesti fortemente urbanizzati, ha portato il legislatore ad occuparsi, oltre al profilo della corretta gestione, dell'obiettivo dell'incremento del patrimonio arboreo. Si tratta di un percorso appena iniziato, di un *work in progress* composto da misure molteplici e di diversa natura (amministrativa, economica, fiscale, ecc.).

Mantenendo l'osservazione sulla legge n. 10/2013, rilevano gli artt. 5-6: la prima disposizione valorizza il partenariato pubblico-privato, estendendo gli istituti del contratto di sponsorizzazione e dell'accordo di collaborazione con soggetti privati alle iniziative «finalizzate a favorire l'assorbimento delle emissioni di anidride carbonica (CO<sub>2</sub>) dall'atmosfera tramite l'incremento e la valorizzazione del patrimonio arboreo delle aree urbane, nonché eventualmente anche quelle dei comuni finalizzate alla creazione e alla manutenzione di una rete di aree naturali ricadenti nel loro territorio». Si tratta di strumenti di natura consensuale, incentrati sul raggiungimento di un accordo tra l'amministrazione e un soggetto privato con o senza scopo di lucro, con l'amministrazione che mette a disposizione beni o aree e il privato che si impegna a garantire l'esecuzione di lavori o l'erogazione di servizi, che costituiscono l'oggetto di prestazioni proprie dell'amministrazione, con l'effetto che l'amministrazione beneficia di risparmi di spesa e il privato dei vantaggi, in termini pubblicitari e di consenso sociale, per aver svolto un'attività di pubblico interesse.

La seconda disposizione è diretta esclusivamente agli enti territoriali (regioni, province e comuni) e li obbliga a promuovere iniziative per lo sviluppo degli spazi verdi urbani, di cui sono declinati obiettivi, misure e modalità di intervento: tra le finalità, rilevano quelle di favorire il risparmio e l'efficienza energetica, l'assorbimento delle polveri sottili e la riduzione dell'effetto "isola di calore estiva"; tra le misure, sono richiamate la conservazione delle aree verdi pertinenziali, la trasformazione dei lastrici solari in giardini pensili, il rinverdimento delle pareti degli edifici, la realizzazione di grandi aree verdi; in ordine alle modalità di intervento, esse sono eterogenee spaziando dalla creazione di percorsi formativi per il personale amministrativo alla promozione della comunicazione e informazione pubblica, dalla predisposizione di capitolati per le opere a verde ecologicamente orientati alla previsione di strumenti per la conservazione e il ripristino di elementi del paesaggio urbano e per favorire il riuso degli insediamenti residenziali e produttivi esistenti.

Come detto nei paragrafi precedenti, un ruolo promozionale è svolto dal Comitato per lo sviluppo del verde pubblico, che è chiamato a incentivare i percorsi progettuali e le iniziative degli enti locali (art. 3, comma 2, lett. b), nonché a proporre linee guida e buone prassi attraverso un apposito piano nazionale (art. 3, comma 2, lett. c).

Allo scopo di incrementare il patrimonio arboreo la legge ha istituzionalizzato alcune manifestazioni ed eventi in occasione dei quali devono essere realizzati interventi di piantumazione: è il caso della «Giornata nazionale degli alberi» (fissata per il 21 novembre di ogni anno), durante la quale le istituzioni scolastiche e i comuni, in collaborazione con la regione e il corpo forestale dello Stato (oggi carabinieri forestali), curano la messa a dimora di nuove piante, specialmente autoctone (art. 1, comma 2; si veda anche il decreto attuativo d.m. 31 maggio 2016)<sup>45</sup>. La Giornata riprende e rinvigorisce la «Festa degli alberi» (istituita con regio decreto 30 dicembre 1923, n. 3267, art. 104), nata sulla scia dell'«Arbor day» celebrato per la prima volta in America nel 1872 in occasione dell'istituzione del primo parco naturale del mondo (quello di Yellowstone). La Giornata vale come momento, a valenza sia simbolica che strategica, in cui i soggetti pubblici attivano iniziative di promozione della conoscenza del patrimonio arboreo e di informazione ed educazione ambientale, nonché interventi specifici di piantumazione di essenze utili ad incrementare il patrimonio arboreo pubblico.

La messa a dimora di alberi, nel suo significato di «contributo al miglioramento urbano», è ricollegata dalla norma anche a «finalità celebrative o commemorative» (art. 2, comma 1, lett. b, già citato). In altre parole, la celebrazione o commemorazione di eventi, persone, luoghi di memoria può essere assicurata nella modalità della piantumazione di alberi, con l'effetto di ottenere un duplice obiettivo, quello rievocativo e quello di miglioramento dell'ambiente urbano, cui si aggiunge il rafforzamento della matrice consensuale di queste iniziative, perché fondate sul partenariato pubblico-privato. La disposizione, infatti, si riferisce a iniziative che comportano gli oneri a carico dei cittadini e richiede alla parte comunale la regolamentazione della procedura.

Altra misura di interesse prevista dalla medesima disposizione è quella che richiama la legge 29 gennaio 1992, n. 113, norma in verità poco conosciuta e ancor meno applicata, la quale sancisce l'obbligo per i comuni di messa a dimora di un

---

<sup>45</sup> La norma prevede altresì iniziative concertate tra ministeri (dell'ambiente, dell'istruzione, dell'università, delle politiche agricole) «per promuovere la conoscenza dell'ecosistema boschivo, il rispetto delle specie arboree ai fini dell'equilibrio tra comunità umana e ambiente naturale, l'educazione civica ed ambientale sulla legislazione vigente, nonché per stimolare un comportamento quotidiano sostenibile al fine della conservazione delle biodiversità» (art. 1, comma 2).

albero per ogni neonato. La legge del 2013 cerca di rivitalizzare il precedente regime, rinnovando l'obbligo di piantumazione nei confronti dei comuni con popolazione superiore a 15.000 abitanti, estendendolo ai casi di adozione di minorenni e abbreviando i termini per la piantumazione da dodici a sei mesi dall'iscrizione anagrafica, ponendo in capo all'ente locale anche l'onere di informare tempestivamente i genitori circa la tipologia dell'albero piantato e la sua localizzazione.

Una forma di intervento che si sta affermando a livello locale è la cd. forestazione urbana, termine derivante da quello inglese *urban forestry*, che indica la disciplina che si occupa dello studio e dello sviluppo del verde nelle aree urbane e che secondo un'accezione stretta inerisce alla diffusione delle formazioni boschive in ambito urbano e in un'accezione più lata ricomprende ulteriori misure, come lo sviluppo di orti urbani, la progettazione di parchi e giardini pubblici, la realizzazione di tetti e facciate verdi<sup>46</sup>.

A livello interno la forestazione urbana, qui intesa nell'accezione stretta di creazione, recupero o ripristino di formazioni boschive in città, rappresenta uno di

---

<sup>46</sup> Un'eco di questa distinzione è rinvenibile nell'ordinamento nella legislazione forestale: in particolare, il d.lgs. 3 aprile 2018, n. 34, recante il testo unico in materia di foreste, mantiene imperniata la definizione di bosco al criterio "superficiario", declinato nei parametri dell'estensione (metri quadrati), larghezza (metri lineari) e copertura (percentuale quantitativa di area coperta da alberi rispetto all'area complessiva), senza ulteriori riferimenti, come quello relativo alla localizzazione in ambito urbano o extraurbano (art. 3, comma 3); mentre sono espressamente escluse dalla definizione di bosco «gli spazi verdi urbani quali i giardini pubblici e privati, le alberature stradali, [...] le siepi, i filari e i gruppi di piante arboree» (art. 5, comma 1, lett. c). In realtà la norma si presta anche all'interpretazione per cui la formazione boschiva all'interno del contesto urbano (cd. bosco urbano) non è «bosco» ai sensi del testo unico forestale, in quanto riconducibile alla categoria «spazio verde urbano», argomentazione che può essere supportata da un confronto tra la normativa precedente (art. 2, comma 6, d.lgs. 18 maggio 2001, n. 227, che escludeva dalla definizione di bosco «i giardini pubblici e privati, le alberature stradali») e l'attuale formula normativa che si riferisce agli «spazi verdi urbani», con il corollario che i citati «giardini pubblici e privati», le «alberature stradali» e le altre tipologie citate sono mere esemplificazioni. In altre parole, i boschi urbani e i giardini (ovvero altre tipologie di spazi verdi urbani), pur nelle loro differenze strutturali, sarebbero accomunati sul piano giuridico dall'estromissione dall'ambito applicativo del nuovo testo unico forestale. Si ritiene preferibile la prima opzione interpretativa, perché muovendo dalla tipizzazione definitoria di bosco, si fonda sul riscontro nel bosco urbano degli elementi costitutivi della medesima definizione. Nel senso che possano esistere compagini forestali urbane rientranti nei parametri indicati dalla definizione di cui all'art. 3, comma 3, e non comprese negli elenchi dei beni esclusi di cui all'art. 5, v. la circolare del ministero dell'ambiente ("Indirizzi operativi in materia di «Azioni per la riforestazione» di cui al Decreto Ministeriale del 9 ottobre 2020 e all'art. 4 del Decreto Legge 14 ottobre 2019, n. 111, convertito con modificazioni dalla legge 12 dicembre 2019, n. 141") del 27 novembre 2020. Sottolinea A. ABRAMI, *Il decreto forestale n. 34 del 2018: una legge sul bosco o sulla produzione di legname?*, in *Riv. giur. amb. online*, 2020, 16, pp. 1 ss., la prevalente concezione economicistica del d.lgs. n. 34/2018, nel senso che il nuovo testo unico forestale è orientato, al di là delle affermazioni di principio, allo scopo primario di regolamentare – e favorire – la produzione di legname, con l'effetto che il fenomeno della forestazione urbana trova scarsa attenzione perché l'interesse dei comuni «alla formazione di boschi urbani e periurbani, non [è] certo col fine di utilizzarli per la produzione del legno» (p. 5).

quei settori in cui le iniziative, dapprima episodiche poi ricorrenti, di tipo volontario e di livello locale, hanno preceduto e, in qualche misura, sollecitato l'attenzione del legislatore, con l'ulteriore precisazione che l'intervento del legislatore statale è stato anticipato da quello regionale. In altre parole, si tratta di esperienze che, pur riflettendo esigenze comuni, denotano sensibilità e attivismo differenti tra i territori, producendo altresì un effetto emulativo veicolato sino al livello statale, rinforzato peraltro da impellenti sollecitazioni di fonte internazionale. Nel modello della forestazione urbana emerge la multifunzionalità dei boschi e con essa si amplificano le finalità proprie del verde urbano: i boschi all'interno del territorio urbano sono significativi luoghi di compensazione ambientale (contenimento degli inquinanti, mitigazione climatica, luminosa e acustica, tutela della biodiversità, ecc.) a fronte di imponenti processi di cementificazione e industrializzazione, nonché valgono a migliorare la qualità del paesaggio urbano (essendo i boschi beni paesaggistici vincolati *ex lege*)<sup>47</sup>, e offrono luoghi di fruizione pubblica, aggregazione sociale e promozione di iniziative culturali, cui si aggiungono vantaggi di natura economica, come quelli relativi alla valorizzazione energetica delle biomasse.

Significativa è l'esperienza degli anni settanta promossa da Italia Nostra nel comune di Milano denominata "Boscoincittà", cui sono seguite molteplici esperienze virtuose che tuttora sono attivate attraverso forme di partenariato pubblico-privato, come quella recente di "Forestami", che vede il coinvolgimento di diversi attori, istituzionali e non, e prevede l'ambizioso progetto di piantare tre milioni di alberi nel territorio della Città metropolitana di Milano.

Se si volge lo sguardo al dato normativo, si noterà che esso è ancora scarno: neanche la legge n. 10/2013, pure specificamente dedicata allo "sviluppo degli spazi

---

<sup>47</sup> L'interesse paesaggistico sotteso ai boschi è riconosciuto dal codice dei beni culturali del paesaggio, d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 (già dalla legge 8 agosto 1985, n. 431), che include «i territori coperti da foreste e da boschi, ancorché percorsi o danneggiati dal fuoco, e quelli sottoposti a vincolo di rimboschimento» (art. 142, comma 1, lett. g) tra i beni vincolati *ex lege*, con rinvio alla disciplina forestale per la definizione di bosco (oggi testo unico forestale) e con l'avvertenza che sono esclusi i boschi ubicati alla data del 6 settembre 1985 in aree qualificate come zona A o B dallo strumento urbanistico, ovvero in altra zona urbanistica interessata da piano pluriennale di attuazione ovvero insistenti nel centro perimetrato ai sensi dell'art. 18 legge n. 865/1971 nei comuni sprovvisti di strumento urbanistico (comma 2). Quest'ultima norma incide sul regime dei cd. boschi urbani, nel senso che la sottoponibilità di essi al regime proprio del vincolo paesaggistico dipende dalla loro caratterizzazione dal punto di vista urbanistico (rispetto alla zonizzazione urbanistica), questione che si interseca a quella citata nella nota precedente relativa all'applicabilità del testo unico forestale a questa tipologia di boschi. È nota la pluriqualificazione giuridica del bosco, che riflette la riconosciuta multifunzionalità, per cui l'area boscata o, meglio, le diverse tipologie di boschi possono compendiare plurimi regimi corrispondenti a specifici interessi (economico, idrogeologico, naturalistico, paesaggistico, sociale, culturale, ecc.). Sul punto sia consentito rinviare a M. BROCCA – M. TROISI (a cura di), *I boschi e le foreste come frontiere del dialogo tra scienze giuridiche e scienze della vita*, Napoli, 2014.

verdi urbani”, rivolge autonoma attenzione al tema, che riconduce ai canoni e ai modelli di intervento per l’incremento del patrimonio arboreo urbano.

Più recentemente uno specifico riferimento compare nel cd. decreto clima (decreto-legge 14 ottobre 2019, n. 111, convertito con modificazioni dalla legge 12 dicembre 2019, n. 141). Una specifica disposizione, infatti, è dedicata alle «azioni per la riforestazione» (art. 4) ed è interessante notare, da un lato, la tipologia delle misure propuginate, tra le quali rileva “la creazione di foreste urbane e periurbane” (comma 1), dall’altro, l’ambito spaziale di applicazione che è identificato con il territorio delle città metropolitane, che sono quegli enti istituzionali, formalmente previsti dalla legge 7 aprile 2014, n. 56, rappresentativi delle realtà urbane più popolate e complesse dal punto di vista socio-economico e urbanistico, che in quanto tali avvertono maggiormente le problematiche ambientali, come quelle relative alle diverse forme di inquinamento. La norma promuove un programma – emblematicamente qualificato come “sperimentale”, per ammettere lo stato ancora embrionale delle iniziative pubbliche – di forestazione urbana attraverso lo stanziamento di 15 milioni di euro per gli anni 2020 e 2021 ed è significativa anche l’impostazione di tipo progettuale e selettivo data all’iniziativa, nel senso che esclude lo stanziamento “a pioggia” dei fondi a favore degli enti locali e impone l’attivismo degli stessi che devono predisporre e presentare tempestivamente un’apposita proposta progettuale. Un decreto ministeriale (d.m. 9 ottobre 2020) ha specificato modalità di presentazione dei progetti, requisiti di ammissibilità, nonché i criteri di valutazione degli stessi: è interessante notare che questi criteri riflettono la multifunzionalità del verde, valorizzando specialmente la valenza ambientale (assorbimento di CO<sub>2</sub>, rimozione di inquinanti atmosferici, aumento di biodiversità, inserimento in reti di aree protette, ecc.) e quella sociale (fruibilità e accessibilità del pubblico, riqualificazione delle aree, coinvolgimento della comunità locale nella pianificazione e gestione dell’area, ecc.).

Maggiori riferimenti normativi sono rinvenibili nella legislazione regionale. Possono citarsi, ad esempio, l’art. 21 legge reg. Emilia-Romagna, 21 dicembre 2017, n. 24, che ricomprende le foreste urbane nell’ambito delle «dotazioni ecologiche e ambientali», le quali costituiscono un nucleo di opere, interventi e spazi essenziali e irrinunciabili nell’ambito della pianificazione urbanistica comunale; l’art. 2 legge reg. Toscana, 23 luglio 2012, n. 41, che include la forestazione urbana tra gli interventi di sostegno regionale per la qualificazione e valorizzazione del sistema verde urbano; l’art. 55 legge reg. Lombardia, 5 dicembre 2008, n. 31, testo unico forestale, che promuove il progetto «Grandi foreste» da realizzare anche nei contesti urbani; l’art.

15 reg. Campania 28 settembre 2017, n. 3, regolamento forestale regionale, che definisce la categorie dei «boschi urbani» e vi ricollega determinate misure di sostegno. Più spesso, si è in presenza di atti regionali di programmazione e pianificazione che prevedono e incentivano interventi di forestazione urbana: tra questi, ad esempio, il Programma «10.000 ettari di nuovi boschi e sistemi verdi multifunzionali» approvato dalla regione Lombardia (del. giunta reg. 20 dicembre 2016, n. 8/3839); la delibera della giunta reg. Marche (dell'1 dicembre 2008, n. 1756), che definisce i criteri per la formazione di bandi per l'assegnazione di contributi utili alla realizzazione di progetti di valorizzazione del sistema naturalistico regionale in ambito urbano e periurbano; il Piano per l'attivazione delle iniziative connesse alla pianificazione forestale della regione Veneto (delibera dell'11 dicembre 2007, n. 3956); il piano paesaggistico pugliese (approvato con delib. giunta reg. n. 176 del 16 febbraio 2015), che prevede tra i progetti territoriali la creazione di parchi CO2, quale proposta di forestazione urbana nelle zone produttive o industriali per dotarle di aree di compensazione ambientale.

## 6. Misure economico-finanziarie.

Le politiche di sviluppo del verde urbano fanno leva sempre più convintamente su misure economico-finanziarie, mostrando consapevolezza dell'approccio più avanzato in materia di diritto dell'ambiente che postula il ricorso a strumenti economici in aggiunta a quelli che riflettono la logica classica di *command and control*. Questa prospettiva segue una duplice direzione: quella di incidere sull'azione amministrativa innestando obiettivi propriamente ambientali e quella di orientare in senso virtuoso le preferenze di consumo dei soggetti privati.

Dal primo punto di vista può richiamarsi il bilancio arboreo comunale (art. 2, comma 2, legge n. 10/2013), istituto che pone la questione del verde al centro delle politiche locali, perché consiste in un documento contabile che attesta lo stato di consistenza del patrimonio arboreo in un periodo predefinito (corrispondente alla consiliatura), che il sindaco deve rendere disponibile due mesi prima della scadenza del suo mandato.

Dal punto di vista dei privati, fondamentale è la leva fiscale per incentivare comportamenti virtuosi (ovvero penalizzare quelli dannosi per l'ambiente). In questa direzione si pone, ad esempio, il cd. bonus verde, che consiste in una significativa detrazione fiscale (pari al 36%) a favore dei privati che effettuano interventi di

«sistemazione a verde» di aree scoperte private e condominiali di edifici esistenti, comprese le pertinenze, recinzioni, impianti di irrigazione, realizzazione di pozzi, coperture a verde e giardini pensili (art. 1, comma 12, legge 27 dicembre 2017, legge di bilancio 2018, bonus valido per il 2018 e confermato per l'anno 2019 dall'art. 1, comma 68, legge 30 dicembre 2018, n. 145, legge di bilancio 2019, per l'anno 2020 dall'art. 10, comma 1, decreto-legge 30 dicembre 2019, n. 162, decreto milleproroghe 2020, convertito con modificazioni dalla legge 28 febbraio 2020, n. 8, e per l'anno 2021 dall'art. 1, comma 76, legge 30 dicembre 2020, n. 178, legge di bilancio 2021).

Altra misura è il cd. ecobonus che consiste in una detrazione fiscale (di importo variabile nel corso degli anni, come previsto dall'art. 1, comma 344, legge 27 dicembre 2006, n. 296, legge finanziaria 2007, sino, ad oggi, all'art. 119, comma 4, decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34, cd. decreto rilancio, convertito con modificazioni dalla legge 17 luglio 2020, n. 77) in relazione a interventi di efficientamento energetico degli edifici esistenti. Nell'ambito degli interventi che legittimano l'accesso al beneficio fiscale sono da ricomprendere le «coperture a verde», individuate dal regolamento sul rendimento energetico in edilizia (d.P.R. 2 aprile 2009, n. 59) tra le misure utili per il risparmio energetico e definite come «le coperture continue dotate di un sistema che utilizza specie vegetali in grado di adattarsi e svilupparsi nelle condizioni ambientali caratteristiche della copertura di un edificio. Tali coperture sono realizzate tramite un sistema strutturale che prevede in particolare uno strato colturale opportuno sul quale radificano associazioni di specie vegetali, con minimi interventi di manutenzione, coperture a verde estensivo, o con interventi di manutenzione media e alta, coperture a verde intensivo» (art. 2, comma 5). Sulla riconducibilità delle coperture a verde all'ambito degli interventi di riqualificazione energetica che accedono al beneficio fiscale si è pronunciato positivamente il ministero dell'ambiente, per il tramite del comitato per lo sviluppo del verde urbano, che ha ricordato le acquisizioni scientifiche sugli effetti benefici in termini di risparmio energetico su scala abitativa e urbana delle coperture a verde (protezione dal caldo estivo, miglioramento dell'isolamento invernale, riduzione del fenomeno dell'isola di calore, ecc.) e ha richiamato il regolamento del 2009, già citato, il cui art. 4, comma 18, lett. c), qualifica le coperture a verde come misure innovative e alternative ai criteri di rispetto dei valori di massa superficiale o trasmittanza termica periodica delle pareti opache<sup>48</sup>.

La connessione tra lo sviluppo delle aree verdi e l'obiettivo ambientale del risparmio energetico è presente nella legge n. 10/2013, nella parte in cui si prevede

<sup>48</sup> Comitato per lo sviluppo del verde pubblico, deliberazione del 14 aprile 2014, n. 1, in [www.minambiente.it](http://www.minambiente.it).

che gli enti territoriali «adottano misure volte a favorire il risparmio e l'efficienza energetica» (art. 6, comma 1), con specifico riferimento, tra gli altri interventi da incentivare, alle «coperture a verde, di cui all'articolo 2, comma 5, del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 2 aprile 2009, n. 59, quali strutture dell'involucro edilizio atte a produrre risparmio energetico» (lett. e).

Un'ulteriore misura fiscale, specificamente rivolta agli esercenti commerciali, è l'esenzione dall'obbligo di pagamento della tassa di occupazione del suolo pubblico-TOSAP per quegli spazi adiacenti o funzionali al pubblico esercizio adibiti ad aiuole, fioriere o comunque aree verdi, misura evidentemente volta a incrementare il verde anche nell'accezione di elemento del decoro urbano. La disposizione era presente nel disegno di legge presentato dal governo, ma poi è stata espunta in sede di approvazione parlamentare della legge n. 10/2013. Peraltro, è da registrare la sua presenza nei regolamenti che disciplinano la suddetta tassa di molti comuni italiani.

## **7. Componenti specifiche.**

La capacità di produrre servizi ecosistemici rappresenta il comune denominatore del verde urbano e la progressiva consapevolezza di questo dato costituisce il motivo ispiratore della più recente legislazione in materia; è pur vero che il patrimonio arboreo è formato da una pluralità di componenti, diverse per tipologia, contesti di localizzazione e modalità di gestione. Questa diversità si riverbera sul piano giuridico, in cui si riscontrano alcuni filoni normativi, aggiuntivi alla disciplina generale, specificamente dedicati a peculiari componenti e manifestazioni del verde urbano.

### **7.1 Gli alberi monumentali.**

Nell'ambito del patrimonio arboreo gli alberi monumentali spiccano per le loro singolari caratteristiche, rilevanti sul piano naturalistico o storico-culturale, tali da renderli elementi portanti del paesaggio e finanche dell'identità di un territorio. Oggetto di attenzione giuridica dapprima a livello regionale attraverso leggi di tutela e valorizzazione che fanno leva soprattutto sull'aspetto identitario (tra le prime, legge reg. Valle d'Aosta, 21 agosto 1990, n. 50; legge reg. Piemonte, 3 aprile 1995, n. 50; legge reg. Toscana, 13 agosto 1998, n. 60), più recentemente sono considerati dal legislatore statale: il codice dei beni culturali del paesaggio, d.lgs. 22 gennaio 2004, n.

42, nella versione modificata dal d.lgs. 26 marzo 2008, n. 63, include gli «alberi monumentali» tra i beni paesaggistici che possono essere oggetto di provvedimento di vincolo, riscontrando in essi significative ipotesi di beni “che hanno cospicui caratteri di bellezza naturale [...] o memoria storica” (art. 136, comma 1, lett. a).

La legge n. 10/2013 ha perfezionato la disciplina fornendo la definizione di albero monumentale e rafforzando il regime di tutela. Secondo la definizione di cui all’art. 7, comma 1, sono monumentali gli alberi ad alto fusto, isolati o facenti parte di formazioni boschive naturali o artificiali «che possono essere considerati come rari esempi di maestosità e longevità, per età o dimensioni, o di particolare pregio naturalistico, per rarità botanica e peculiarità della specie, ovvero che recano un preciso riferimento ad eventi o memorie rilevanti dal punto di vista storico, culturale, documentario o delle tradizioni locali» (lett. a), nonché «i filari e le alberate di particolare pregio paesaggistico, monumentale, storico e culturale, ivi compresi quelli inseriti nei centri urbani» (lett. b), «gli alberi ad alto fusto inseriti in particolari complessi architettonici di importanza storica e culturale, quali ad esempio ville, monasteri, chiese, orti botanici e residenze storiche private» (lett. c) e, per effetto di integrazione apportata dal d.lgs. n. 34/2018, i «boschi vetusti» (comma 1-bis). Come si vede, si tratta di tipologie diverse, tutte pienamente annoverabili tra quelle costitutive del verde urbano: esemplare è l’ipotesi dei filari e delle alberate inseriti nei centri abitati, che ne connotano l’aspetto paesaggistico.

Tra le misure apprestate dalla legge rileva quella del censimento degli alberi monumentali, attività assegnata al corpo forestale dello Stato (ora carabinieri forestali) in collaborazione con le regioni e i comuni, e l’istituzione dell’ “Elenco degli alberi monumentali e dei boschi vetusti d’Italia” (commi 2-3). Un apposito decreto ministeriale (d.m. 23 ottobre 2014) ha fissato i principi e i criteri direttivi, nonché la tempistica del censimento e nel 2017 è stato approvato il primo elenco, periodicamente aggiornato negli anni successivi<sup>49</sup>.

Un’ipotesi di attestazione *ex lege* della monumentalità riguarda il caso peculiare degli alberi che compongono e connotano i “viali e parchi della rimembranza”. Si tratta di aree costituite essenzialmente da viali alberati o giardini che sono stati realizzati per commemorare i caduti della prima guerra mondiale e che la legge 21

---

<sup>49</sup> Importante è anche l’apparato sanzionatorio previsto dalla legge in caso di abbattimento o danneggiamento di alberi monumentali: salvo che il fatto costituisca reato, è applicabile la sanzione amministrativa del pagamento di una somma di denaro da euro 5.000 a euro 100.000 (comma 4). Per un approfondimento sulla normativa dedicata agli alberi monumentali v., specialmente, N. FERRUCCI, *Gli alberi monumentali*, in ID. (a cura di), *Diritto forestale e ambientale. Profili di diritto nazionale ed europeo*, Torino, 2020, pp. 257 ss.; ID., *La monumentalità vegetale: dagli alberi al bosco*, in ID. (a cura di), *Commentario al Testo unico in materia di foreste e filiere forestali (d.lgs. 3 aprile 2018, n. 34)*, Milano, 2019, pp. 363 ss.

marzo 1926, n. 559 qualifica come «monumenti pubblici». È da ritenere che la qualificazione legale di monumentalità abbracci tanto l'intera area delimitata come viale o parco nonché i singoli elementi costitutivi, anzitutto gli alberi appositamente piantati per ricordare i soldati caduti; anzi, apposite circolari dell'epoca specificavano che il numero degli alberi doveva corrispondere a quello dei soldati cittadini del comune in cui si realizzava il parco o il viale e che dovevano essere apprestate apposite targhe rievocative dell'evento bellico e delle generalità dei caduti. Ne deriva che questi alberi sono riconducibili all'ambito di applicazione dell'art. 7 legge n. 10/2013 e, pertanto, siano da includere nell'Elenco degli alberi monumentali<sup>50</sup>.

## 7.2 Gli orti urbani.

Il carattere poliedrico del verde urbano trova un'ulteriore manifestazione negli orti, in cui il tema del verde si confronta con quelli dell'agricoltura e dell'alimentazione e l'effetto è la creazione di un nuovo elemento dell'*habitat* urbano. Significativa è la qualificazione data a livello regionale, secondo cui gli orti urbani sono "innovativi elementi del paesaggio urbano contemporaneo" (legge reg. Lombardia, 3 luglio 2015, n. 27, art. 2, comma 1, lett. c).

Le finalità sottese agli orti urbani sono molteplici: dal recupero di aree dismesse e valorizzazione degli spazi pubblici all'attenzione per la qualità estetica del paesaggio, dalla sicurezza alimentare per la promozione di stili di vita e di alimentazione sani, alla cittadinanza attiva che implica l'aggregazione sociale e il rafforzamento del senso di appartenenza alla comunità e al territorio, al sostegno delle famiglie con lo sviluppo di piccole autosufficienze alimentari sino alla promozione di opportunità di impresa e occupazione<sup>51</sup>.

<sup>50</sup> Sul punto v. Comitato per lo sviluppo del verde pubblico, deliberazione del 23 maggio 2016, n. 14. Di interesse è anche la deliberazione del Comitato del 6 marzo 2018, n. 23, in cui si sostiene l'inclusione nell'Elenco degli alberi facenti parte dei cd. Giardini dei Giusti ovvero degli alberi dedicati ai Giusti, in virtù della legge 20 dicembre 2017, n. 212, istitutiva della Giornata in memoria dei Giusti dell'umanità, che promuove, tra le altre iniziative, «l'intitolazione ufficiale e la dedica pubblica» di «parchi e giardini già esistenti» e di «alberi già piantumati» (oltreché la creazione di nuovi parchi e giardini). Da questa qualificazione giuridica può ricavarsi l'attestazione della "monumentalità" degli alberi interessati, in quanto può rinvenirsi l'applicazione *ex lege* del criterio sancito dall'art. 7 della legge n. 10/2013, secondo cui sono alberi monumentali anche quelli «che recano un preciso riferimento ad eventi o memorie rilevanti dal punto di vista storico, culturale, documentario o delle tradizioni locali».

<sup>51</sup> Sul punto v. M. GOLA, *Pianificazione urbanistica e attività economiche. Cibo e spazio urbano: urbanistica e mercati agroalimentari*, in *Riv. giur. edil.*, 2016, pp. 210 ss., che sottolinea la duplice valenza degli orti urbani: di tipo esteriore-fisico, nel senso di valorizzazione del verde urbano, con le implicazioni di tutela ambientale e paesaggistica – e di converso di contrasto del consumo di suolo – che suscita anche un intento di diffusione della

Gli orti urbani occupano spazi verdi posti all'interno dell'agglomerato cittadino ovvero in aree periferiche e segnano un'ipotesi virtuosa di partenariato pubblico-privato, perché la parte pubblica mette a disposizione della comunità aree abbandonate o terreni agricoli inutilizzati e quella privata vi appresta attività agricole. Secondo lo schema più diffuso, spetta ai comuni effettuare la ricognizione dei terreni disponibili, pubblici ovvero privati se messi a disposizione dai proprietari, quindi attivare la procedura di assegnazione, mediante avviso pubblico e valutazione comparativa delle domande, e sottoscrivere con i beneficiari l'atto-contratto di concessione o di comodato, a titolo gratuito o con un canone di modestissima entità; la regione può intervenire con misure di sostegno, soprattutto finanziario (significativo è, ad esempio, il progetto della regione Toscana «Centomila orti in Toscana», previsto dall'art. 1 della legge reg. 28 dicembre 2015, n. 82, collegato alla legge di stabilità per l'anno 2016).

Le tipologie degli "orti" sono diverse e si declinano soprattutto in base alle finalità e alle caratteristiche degli assegnatari: gli orti urbani e periurbani sono destinati a tutti i residenti, con la precisazione che essi possono essere riservati a particolari categorie, come anziani, associazioni, famiglie; gli orti didattici sono quelli con finalità didattiche e, tra questi, spiccano gli orti scolastici, ossia gli orti gestiti da istituti scolastici, eventualmente presenti all'interno del plesso scolastico, e destinati all'educazione ambientale degli studenti; gli orti con finalità terapeutiche sono riconducibili alle attività di ortoterapia, quale terapia complementare con finalità riabilitativo-terapeutiche per persone con disagi/disabilità.

Dal punto di vista normativo, il dato statale è ancora scarno (tra i pochi riferimenti si veda l'art. 13, comma 3, lett. e, legge 1 dicembre 2015, n. 194, in relazione alle

---

“cultura del verde”; di rilevanza economica, per gli effetti di gestione efficiente del patrimonio pubblico e, da altra visuale, di recupero e diffusione di produzioni tipiche del territorio e di occasione di forme integrative del reddito familiare. Evidenzia le implicazioni anche sul piano della sicurezza urbana, nel senso che la presenza di orti urbani può neutralizzare situazioni di conflittualità e insicurezza di parti del territorio comunale, favorendo la socialità e il controllo diffuso, A. SIMONATI, *Rigenerazione urbana, politiche di sicurezza e governo del territorio: quale ruolo per la cittadinanza*, in *Riv. giur. edil.*, 2019, pp. 40 ss., che pure evoca il rischio di condotte degenerate, specialmente di occupazioni abusive di aree abbandonate come atto di protesta contro l'incuria delle istituzioni ovvero sulla base di un'errata percezione del fenomeno degli orti urbani che “legittimerebbe” autonome appropriazioni. Sul fenomeno degli orti urbani, nelle diverse declinazioni, v. anche E. BERTONCINI, *Gli orti urbani*, in N. FERRUCCI (a cura di), *Diritto forestale e ambientale*, cit., pp. 283 ss.; M. BOTTIGLIERI, *I servizi pubblici locali di accesso al cibo e la “Turin Food Policy”*, in *Amministrare*, 2016, pp. 73 e ss.; N. FERRUCCI, *Agricoltura e ambiente*, in *Riv. giur. amb.*, 2014, p. 323; C. CERTOMÀ, *Orti urbani, giardini condivisi, “guerrilla gardening”*: l'impegno della società civile nella costruzione partecipata dello spazio pubblico, in *Riv. dir. agr.*, 2012, pp. 634 ss.

attività delle cd. comunità del cibo)<sup>52</sup>, mentre più consistente è quello regionale, in cui il tema è inserito specialmente nella legislazione urbanistica o in quella agraria (ad es. legge reg. Liguria, 29 novembre 2018, n. 23, art. 3, comma 1, n. 8; legge reg. Veneto, 6 giugno 2017, n. 14, art. 8, comma 2) e non mancano leggi *ad hoc* (ad es. legge reg. Lombardia n. 27/2015; legge prov. Trento 26 gennaio 2018, n. 2). Maggiore attenzione è rivolta a livello locale, in cui si registra l'attivismo dei comuni che si avvalgono della potestà regolamentare: il tema è trattato nell'ambito dei regolamenti sul verde urbano o in quelli sulla gestione dei beni comuni ovvero è oggetto di specifici atti regolamentari. Crescenti sono i casi di applicazione dell'art. 189 d.lgs. n. 163/2006, quali interventi di sussidiarietà orizzontale, ovvero di specifici patti di collaborazione.

### 7.3 I giardini storici.

I giardini storici sono aree verdi di impianto non recente, nati coerentemente con lo sviluppo urbanistico della città, talvolta luoghi di importanti eventi storici. Spesso sono corredati da elementi artistici (fontane, statue, vasi ecc.) ovvero da edifici di interesse storico-artistico (ville, casine, tempietti, ninfei, ecc.) che arricchiscono il valore culturale dell'area<sup>53</sup>. Necessitano di una gestione particolare perché si tratta di preservare il disegno originario del giardino e l'integrità degli esemplari arborei in esso presenti, spesso vetusti, e, al contempo, di favorirne la fruizione pubblica; una gestione, pertanto, che evoca saperi diversi, dall'architettura alla filosofia, dalla storia dell'arte alla botanica, e che si muove su di un duplice binario, quello della tutela dell'area e delle essenze arboree rispetto a fattori naturali, ma anche rispetto alla pressione antropica, e quello della sicurezza dei visitatori in rapporto alle condizioni fitosanitarie e statiche degli esemplari. Si tratta di realtà che rappresentano al meglio

<sup>52</sup> Diversi sono i disegni di legge presentati nelle ultime legislature per disciplinare gli orti urbani: tra gli altri, si vedano il ddl n. C-4734 presentato il 10 novembre 2017, volto a integrare la legge n. 10/2013 con espliciti riferimenti agli «orti sociali urbani» e il ddl n. S-1784 presentato il 28 aprile 2020, che si propone di definire un quadro normativo nazionale di sostegno e promozione alla pratica degli orti urbani.

<sup>53</sup> Sono definiti «monumenti viventi» dalla cd. Carta di Firenze del 1981, Carta per la salvaguardia dei giardini storici, approvata dall'International Council on Monuments and Sites-ICOMOS, ad integrazione e completamento della cd. Carta di Venezia del 1981, Carta per il restauro e la conservazione di monumenti di siti. Si tratta di dichiarazione che, evidentemente, denota la riconosciuta peculiarità di questi beni nell'ambito della categoria del patrimonio culturale, non soltanto per rilevanza ma anche per modalità di salvaguardia. Sul valore di questo documento può richiamarsi Cons. Stato, sez. VI, 19 febbraio 2018, n. 1052, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), secondo cui esso, pur non recepito in atti normativi, legislativi o regolamentari, costituisce «senza dubbio un insieme di autorevoli massime di esperienza e buone regole della materia, sì da dover essere tenute presenti nell'esercizio della discrezionalità amministrativa».

la multifunzionalità del verde: sono componenti del verde estremamente utili in termini di compensazione ambientale urbana, in quanto generalmente sono collocati nelle aree centrali delle città caratterizzate da elevata densità abitativa, sono luoghi di aggregazione sociale e di accrescimento culturale, nonché importanti siti di attrazione turistica.

Dal punto di vista normativo, il riconoscimento dei giardini storici avviene nell'ambito del diritto dei beni culturali. Inizialmente esclusi dal novero dei beni tutelati dalla legge sulle antichità e belle arti (legge 24 giugno 1909, n. 364, cd. legge Rava-Rosadi), «le ville, i parchi e i giardini che abbiano interesse storico o artistico» sono stati inseriti con la legge 23 giugno 1912, n. 688, in virtù del riconosciuto valore culturale. Successivamente sarà riconosciuta anche la valenza paesaggistica, dapprima con la legge 11 giugno 1922, n. 778 (cd. legge Croce), che pure non li menzionerà tra le «bellezze naturali», quindi con le leggi del 1939 (cd. leggi Bottai), in particolare con la legge 29 giugno 1939, n. 1497, che include tra le bellezze naturali «le ville, i giardini e i parchi che, non contemplati dalle leggi per la tutela delle cose d'interesse artistico o storico, [che] si distinguono per la loro non comune bellezza» (art. 1, n. 2). In questo modo si completa quel percorso, culturale prima che normativo, che ammette la rilevanza storico-artistica e naturalistico-paesaggistica dei giardini storici, con il corollario giuridico dell'applicabilità della disciplina in materia di beni culturali e di quella sui beni paesaggistici; impostazione che è stata pienamente confermata dall'attuale codice dei beni culturali e del paesaggio, d.lgs. n. 42/2004 (art. 136, comma 1, lett. b)<sup>54</sup>.

La legislazione regionale ha ripreso la categoria dei giardini storici potenziandola soprattutto nell'ambito della normativa in materia di valorizzazione del patrimonio culturale e in quella sul turismo: tra le misure apprestate significativa è l'istituzione – e connessa promozione – di reti regionali di ville, dimore, complessi architettonici, parchi e giardini storici (legge reg. Lazio, 20 giugno 2016, n. 8, art. 2; legge reg. Piemonte 1 agosto 2018, n. 11, art. 15), nonché la previsione di finanziamenti a favore di progetti di investimento per la salvaguardia e la valorizzazione di questi beni (legge reg. Friuli-Venezia Giulia, 25 settembre 2015, n. 23, art. 13).

La legge n. 10/2013 ha avuto il merito di far emergere e valorizzare il collegamento di queste realtà con il sistema del verde urbano, anzi il loro essere parte integrante del verde urbano: tra i compiti del comitato per lo sviluppo del verde pubblico è

---

<sup>54</sup> Per un approfondimento v. N. FERRUCCI, *I giardini storici ed il paesaggio*, in *Dir. giur. agr. alim. amb.*, 2012, pp. 241 ss. Con specifico riferimento al regime fiscale, v. C. FONTANA, *Finanza pubblica e salvaguardia del patrimonio culturale privato: la disciplina fiscale dei parchi e dei giardini storici*, in *Federalismi.it*, 2017, 21, pp. 1 ss.

enunciato quello di “promuovere gli interventi volti a favorire i giardini storici” (art. 3, comma 2, lett. g).

## 8. Considerazioni conclusive.

Il verde urbano, qui inteso come fenomeno giuridico, sconta tuttora una difficoltà preliminare. La constatazione della pluralità di elementi che lo compongono ha condotto alla consapevolezza dell'impossibilità, anzi dell'inopportunità, di imbrigliare in senso unitario realtà disomogenee. Questo dato si è tradotto nella molteplicità di prospettive adottate (il diritto urbanistico, il diritto dell'ambiente, il diritto del paesaggio, ecc.) nonché in specifici approfondimenti regolativi rispetto a singole componenti o manifestazioni (gli alberi monumentali, gli orti urbani, ecc.). Purtroppo a questa opzione non è seguita come dato di politica legislativa l'adozione di una visione sistemica, integrata e interdisciplinare, e questo approccio è mancato anche quando il legislatore ha mostrato attenzione ad acquisizioni scientifiche, come la multifunzionalità e la gestione sostenibile, che ispirano la concezione moderna del verde. Così si è assistito al recepimento formale di questi canoni da parte di una legislazione che, tuttavia, continua a mostrarsi frammentata e polverizzata tra le diverse espressioni della categoria. In altre parole, le diverse manifestazioni del verde continuano ad essere considerate come entità a sé stanti piuttosto che come parti del tutto e l'approccio, che pure aspira a modernizzarsi, resta di tipo settoriale, atomistico e ortopedico. Resta in penombra il significato più autentico della multifunzionalità, che implica il confronto, l'integrazione e il coordinamento tra i molteplici interessi riconosciuti.

Mutuando una felice immagine legata all'ambiente, il verde urbano può essere rappresentato come un «reticolo in cui ciascuna parte è collegata a molte altre»<sup>55</sup>, con il corollario che la sua rilevanza deriva non soltanto dai singoli elementi che lo compongono e dalla sommatoria di essi, ma anche dal profilo “relazionale”, ossia dalle relazioni che si innescano tra gli elementi e tra questi e il contesto di riferimento. La presenza di un bosco in un parco pubblico, di un orto urbano in un giardino di quartiere, di un orto botanico in un giardino storico, ovvero elementi peculiari come il giardino pensile, il bosco verticale, i tetti verdi ovvero di infrastrutture verdi come le aree naturali protette, apportano al contesto un valore

---

<sup>55</sup> B. COMMONER, *Far pace col pianeta*, (New York, 1990) Milano, 1990, p. 40.

aggiunto derivante non soltanto dalla somma degli elementi, ma dalle interazioni e collegamenti reciproci che si instaurano tra gli stessi.

Questa visione di tipo sistemico difetta ancora nell'approccio giuridico al tema del verde urbano. Così, ad esempio, il recente testo unico forestale, pure dichiaratamente improntato al paradigma della multifunzionalità dei boschi, appare primariamente orientato a regolamentare il bene-foresta dal punto di vista economico-produttivo, quello volto a massimizzare l'interesse alla produzione di legname, con l'effetto di pretermettere altri interessi e funzioni del bosco e soprattutto di considerare la complessità fenomenica del bosco e con il risultato di trascurare realtà, invece di incalzante attualità, come i boschi urbani.

Anche la disciplina urbanistica, pur attenta al fenomeno del verde urbano e capace di offrire prospettive e strumenti regolatori diversi, suscita non poche difficoltà applicative perché non sempre sono adeguatamente esplicitati e sviluppati i significati e, soprattutto, le connessioni tra la qualificazione urbanistica del verde e altri interessi giuridicamente rilevanti, come quello ambientale o paesaggistico. Sul tema è fondamentale il contributo interpretativo della giurisprudenza, la quale mostra consapevolezza del dato della multifunzionalità del verde, ricavando corollari significativi, tra i quali soprattutto la valenza ambientale delle zone qualificate urbanisticamente come «verde».

Il tema reclama, pertanto, maggiore attenzione da parte del legislatore in termini di rafforzamento della disciplina e, ancora prima, di sistematizzazione della materia. Al riguardo, non appare irragionevole la proposta avanzata dal Comitato per lo sviluppo del verde pubblico di una codificazione della materia, che «favorisca una visione unitaria e integrata di un fenomeno che è, senza ombra di dubbio, irriducibilmente complesso e interdisciplinare»<sup>56</sup>. È da ritenere che una simile operazione (attuabile secondo le diverse forme di tecnica legislativa: codificazione, testunificazione, legge-quadro, legge *ad hoc*, ecc.) sia capace di trattare le molteplici realtà e rappresentazioni del verde secondo un duplice binario: quello in cui le diverse manifestazioni sono considerate nella loro specificità e autonomia e quello in cui le stesse sono trattate come parti di una categoria unitaria imperniata su principi comuni e connotata da criteri di raccordo, sia – all'interno – tra gli elementi costitutivi, sia – all'esterno – rispetto alla cornice regolatoria afferente (si pensi anzitutto alle relazioni con il governo del territorio).

L'alternativa della trattazione per singole partizioni rischia di perpetuare lo stato attuale della disciplina, stretta tra una difettosa percezione della reale consistenza del

---

<sup>56</sup> Comitato per lo sviluppo del verde pubblico, Relazione annuale 2019, p. 7, in [www.minambiente.it](http://www.minambiente.it).

fenomeno e una regolamentazione frantumata e dispersa nel *mare magnum* della normativa.

# IL SERVIZIO DI DISTRIBUZIONE DEL GAS TRA REGOLAZIONE STATALE E REGIONALE DOPO LA SENTENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE N. 16 DEL 2020\*

**Gaetano Armao\*\***

*Docente di Diritto Amministrativo dell'Università di Palermo  
Vicepresidente e Assessore all'Economia della Regione Siciliana*

**ABSTRACT** [ITA]: Lo studio tratta la complessa evoluzione normativa del mercato del gas naturale che ha imposto, dopo vari rinvii, alle amministrazioni comunali l'obbligo di assumere, in tempi brevi, decisioni e provvedimenti con forte impatto sulla futura organizzazione del servizio di distribuzione del gas e sugli interessi degli utenti. In particolare si approfondisce la disciplina statale, quella regionale siciliana, con riguardo alla sentenza della Corte Costituzionale n. 16 del 2020 con la quale si è ritenuto che sebbene alla Regione Siciliana sia attribuita, ai sensi dello Statuto di autonomia, la competenza legislativa concorrente in materia di servizi pubblici di prevalente interesse regionale, tale potestà deve in ogni caso essere esercitata entro i limiti dei principi ed interessi generali cui si informa la legislazione dello Stato e, nel caso di specie, del servizio di distribuzione del gas naturale.

**ABSTRACT** [ENG]: *The work covers the complex regulatory evolution of the natural gas market that has required, after several postponements, municipal administrations to take, in a short time, decisions and measures with a strong impact on the future organization of the gas distribution service and the interests of citizenship. In particular, the judgment of the Constitutional Court no. 16 of 2020 is examined in detail, whereby it was held that, although the Sicilian Regional Administration is attributed, in accordance with the Statute of Autonomy, concurrent legislative competence in the field of public services of main regional interest, this power must, in any case, be exercised within the limits of the principles and general interests underlying the legislation of the State and, in the case in point, of the natural gas distribution service.*

---

\* Questo scritto è dedicato alla memoria di un gran gentiluomo del diritto siciliano, Vito Augusto Candia, illustre avvocato amministrativista ed a lungo docente di diritto costituzionale dell'Università di Palermo, recentemente scomparso.

\*\* Docente di diritto amministrativo nell'Università di Palermo -Vicepresidente ed Assessore all'Economia della Regione siciliana.

## **SOMMARIO: 1. Il quadro normativo statale - 2. La normativa della Regione Siciliana.**

### **1. Il quadro normativo statale.**

1.1. La gestione delle reti territoriali di distribuzione del gas naturale agli utenti finali, monopolio naturale soggetto a regolazione, costituisce un'attività strategica per l'accesso, al contempo diffuso e puntuale, all'utilizzo del gas e per la definizione di condizioni di concorrenza nel mercato della vendita ai clienti finali.

Il mercato del gas naturale è stato oggetto di una complessa evoluzione normativa - originata dalla direttiva n. 98/30/CE<sup>1</sup> poi seguita dalla direttiva europea 2003/55/CE

---

<sup>1</sup> Sulla quale si vedano, tra gli altri, G. ZAVATTONI, *La direttiva gas e l'accesso dei terzi alle reti*, in *Rass. giur. en. elett.*, 1998, 759 e ss.; V. FALCE, *La normativa comunitaria per il gas naturale: la direttiva 98/30/CE.*, in <http://archivioceradi.luiss.it/documenti/archivioceradi/osservatori/intellettuale/Falce.pdf>, 1999; G. CAIA, S. COLOMBARI, *Regolazione amministrativa e mercato interno del gas naturale*, in *Rass.giur.en. elett.*, 2000, 339 e ss.; G. ZAVATTONI, *Il decreto Letta sulla direttiva gas: profili antitrust e commerciali*, *ivi*, 337; A. COLAVECCHIO, *I mercati interni dell'energia elettrica e del gas naturale: profili comunitari*, *ivi*, 2001, 524 e ss.; R. GALBIATI, G. VACIAGO, L.R. PERFETTI, *Il governo dell'energia dal decentramento alla riforma costituzionale*, in *Mercato concorrenza e regole*, 2002, 359 e ss.; M. MONTEDURO, *Il servizio pubblico di distribuzione del gas naturale nella riforma operata dal d.lg. n. 164 del 2000 : profili sostanziali e procedurali*, in *Il Foro amm. - TAR*, 2002, 590 e ss. Più in generale sulla disciplina del gas v., tra gli altri, G. NAPOLITANO, *L'energia elettrica e il gas*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo speciale*, III, Milano, 2003, 2189 e ss.; R. VILLATA, *Un esempio di liberalizzazione di pubblici servizi: la riforma del settore della distribuzione del gas naturale*, in *Pubblici servizi. Discussioni e problemi*, Milano, 2003, 363 e ss.; L. AMMANNATI, *Tutela della concorrenza e accesso al mercato dei servizi pubblici locali: il caso del gas*, in ID. (a cura di), *Monopolio e regolazione proconcorrenziale nella disciplina dell'energia*, Milano, 2005, 311 e ss.; ed E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione pro-concorrenziale dei servizi a rete. Il caso dell'energia elettrica e del gas naturale*, Milano, 2006, 30 e ss. e più recentemente S. FERLA, *Il servizio pubblico di distribuzione del gas naturale*, Rimini, 2012; A. POLICE, *Distribuzione del gas e protezione degli utenti: il ruolo dell'Autorità per l'Energia Elettrica ed il Gas*, in G. NAPOLITANO E A. ZOPPINI (a cura di), *Annuario di diritto dell'energia 2013, Quali regole per il mercato del gas?*, Bologna, 2014, 217 ss.; S. M. SAMBRI, S. VERNILE, *Le attività down-stream nel settore dell'energia elettrica e del gas naturale*, in E. PICOZZA, S.M. SAMBRI (a cura di), *Diritto dell'Energia*, Padova, 2015, 421 e ss.; A. COLAVECCHIO, *La materia "energia" tra "nuovo" e "nuovissimo" Titolo V della Costituzione*, in AA.VV., *Studi in onore di Francesco Gabriele*, Bari, 2016, 341 e ss.; R. MICCÙ, *Regolazione e governo multilivello del mercato europeo dell'energia*, in ID. (a cura di), *Multilevel Regulation and Government in Energy Markets*, Napoli, 2016, 3 e ss.; V. TERMINI, *A strategic vision for gas. Italy in the equilibrium of the East Mediterranean region*, *LUISS-SEP*, 12 maggio 2017, in [https://host.uniroma3.it/docenti/termini/pubblicazioni/2017\\_eastmed.pdf](https://host.uniroma3.it/docenti/termini/pubblicazioni/2017_eastmed.pdf); M. GIACHETTIFANTINI, *La liberalizzazione del mercato dell'energia elettrica e del gas naturale: il caso italiano nel panorama europeo*, in <https://www.apertacontrada.it/wp-content/uploads/2017/07/Giachetti-Fantini-sulla-liberalizzazione-del-mercato-dellenergia.pdf>; R. MICCÙ, *Lineamenti di diritto europeo dell'energia. Nuovi paradigmi di regolazione e governo multilivello*, Torino, 2019

e dai successivi recepimenti nazionali - avente l'obiettivo di liberalizzare il settore ed aprirlo alla concorrenza<sup>2</sup>. L'attività di distribuzione del gas è infatti un monopolio naturale, e che la migliore modalità per ottenere i benefici in termini di efficienza, di qualità del servizio e di più contenuti prezzi per i consumatori finali, che derivano dal confronto concorrenziale, è quella di scegliere il concessionario attraverso una gara (cd. concorrenza per il mercato).

È stata così avviata la profonda modifica dell'assetto del mercato, imponendo, dopo vari rinvii, alle amministrazioni comunali l'obbligo di assumere, in tempi brevi, decisioni e provvedimenti con forte impatto sulla futura organizzazione del servizio di distribuzione del gas e sugli interessi della cittadinanza.

Al livello europeo va poi ricordata la direttiva 2009/73/CE<sup>3</sup> che indica gli obiettivi che possono porsi in relazione con il sistema degli ambiti territoriali minimi, in particolare, il primo considerando invita a perseguire l'efficienza del sistema, i prezzi competitivi e un più elevato livello di servizio, e l'art. 3, comma 8, promuove l'efficienza energetica e l'ottimizzazione del servizio, perseguendo, con norme puntuali, altri obiettivi, in particolare la separazione delle reti di distribuzione dalle attività di produzione e fornitura di gas (considerando n. 25).

La direttiva 2009/73/CE, al primo considerando richiama l'obiettivo della realizzazione del mercato interno del gas naturale, al fine di conseguire, complessivamente, una maggiore efficienza e più elevati livelli di servizio. I principi generali così richiamati trovano specificazione nell'art. 3 della stessa direttiva, che impone agli Stati membri l'adozione di misure pro concorrenziali, anche in riferimento alle procedure amministrative di ingresso nel mercato del gas, complessivamente considerato, comprensivo quindi del settore della distribuzione. Al comma 8 dello stesso art. 3 il legislatore europeo stabilisce che gli Stati membri o le rispettive Autorità di regolamentazione debbano attivarsi per potenziare i sistemi interni di attuazione della concorrenza, lasciando, come di regola, ai legislatori nazionali la scelta delle misure strumentali a perseguire l'obiettivo.

In tale prospettiva non può revocarsi in dubbio, quindi, che, nel novero delle misure idonee a realizzare un'organizzazione concorrenziale ed efficiente del

---

<sup>2</sup>Sul modello che emerge dalla normativa europea, seppur risalente, resta un riferimento P. CAMERON, *Competition in Energy Markets: Law and Regulation in the European Union*, Oxford, 2002, 401 e ss. e, più recentemente, P. D. CAMERON, R. J. HEFFRON, *Legal Aspects of EU Energy Regulation: The Consolidation of Energy Law Across Europe*, 2nd ed, Oxford, 2016.

<sup>3</sup>Recepita con il decreto legislativo 1° giugno 2011, n. 93 (Attuazione delle direttive 2009/72/CE, 2009/73/CE e 2008/92/CE relative a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica, del gas naturale e ad una procedura comunitaria sulla trasparenza dei prezzi al consumatore finale industriale di gas e di energia elettrica, nonché abrogazione delle direttive 2003/54/CE e 2003/55/CE),

mercato interno della distribuzione di gas naturale<sup>4</sup>, debba essere inserita l'attuazione del sistema di affidamento per bacini ottimali minimi di utenza<sup>5</sup>.

Giova ricordare in tal senso che la stessa Corte costituzionale, con la sentenza n. 325 del 2010, ha già evidenziato, sul piano generale, che la disciplina concernente le modalità di affidamento della gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica va ricondotta all'ambito della tutela della concorrenza, «*tenuto conto degli aspetti strutturali e funzionali suoi propri e della sua diretta incidenza sul mercato*».

**1.2.** Il primo organico e dettagliato intervento di normazione statale della materia si rinviene nel D. Lgs. 23 maggio 2000, n. 164, con il quale il legislatore italiano ha inteso avviare un processo di adeguamento ai principi dell'ordinamento europeo del mercato interno nel settore del gas, in particolare conformandosi ai canoni fondamentali in tema di libertà di stabilimento e di apertura alla concorrenza di cui all'art. 3 lettera g) del Trattato UE.

In particolare, l'atto normativo ha natura di decreto delegato di recepimento della normativa europea ed ha inteso dare attuazione alla direttiva n. 98/30/CE recante norme comuni per il mercato interno del gas naturale al fine di aprire il sistema alla concorrenza, alla promozione della qualità e dell'efficienza dei servizi nonché per incrementare la sicurezza degli approvvigionamenti.

L'obiettivo, enunciato dall'art. 41 della legge 17 maggio 1999, n. 144 (contenente come si evince dal titolo disparate norme in materia economica nel c.d. Collegato alla legge di bilancio del 1999), che detta i criteri per l'esercizio della delega e che invero suona quasi icastico rispetto ai risultati ai quali si è sino ad oggi approdati, è quello di "*promuovere la liberalizzazione del mercato del gas naturale, con particolare riferimento all'attività di trasporto, stoccaggio e distribuzione*".

In particolare la norma delegante affida alla disciplina di dettaglio l'ulteriore compito di ridefinire "*tutte le componenti rilevanti del sistema nazionale del gas, ivi*

---

<sup>4</sup> La dottrina ha avuto modo di osservare che il problema delle reti rappresenta uno dei principali punti di debolezza della regolazione del mercato dell'energia, sia essa elettrica che del gas, non solo poiché nella transizione dal monopolio alla concorrenza le infrastrutture disponibili sono nell'esclusiva disponibilità del solo ex monopolista, ma soprattutto perché gli *incumbent*, che entrano nel mercato a seguito della liberalizzazione, sovente non hanno adeguata disponibilità economica per sostenere la realizzazione di nuove infrastrutture. Ci si trova quindi di fronte all'esigenza di sottrarre la gestione delle reti agli operatori più forti al fine di garantire l'effettività della concorrenza. Sul punto si veda D. SORACE, *Il modello di regolazione dell'energia: profili generali*, in E. BRUTI LIBERATI, F. DONATI (a cura di), *Il nuovo diritto dell'energia tra regolazione e concorrenza*, Torino, 2007, 5 ss.

<sup>5</sup> Per un'analisi economica del mercato del gas v. E. CORALI, *Il mercato del gas naturale in Italia*, Milano, 2000, *passim*

*includere quelle relative al servizio di pubblica utilità", nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi per l'esercizio del potere normativo delegato:*

A) prevedere che l'apertura del mercato del gas naturale avvenga nel quadro di regole che garantiscano, nel rispetto dei poteri dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas, - poi Autorità per l'energia elettrica il gas e il sistema idrico (AEEGSI)<sup>6</sup> ed adesso Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente (ARERA) organismo di regolazione riconducibile alle cd. autorità amministrative indipendenti, già istituita con l. 14 novembre 1995, n. 4812<sup>7</sup> - lo svolgimento del servizio pubblico, compresi i relativi obblighi, l'universalità, la qualità e la sicurezza del medesimo, l'interconnessione e l'interoperabilità dei sistemi<sup>8</sup>;

B) prevedere che, in considerazione del crescente ricorso al gas naturale e per conseguire un maggiore grado di interconnessione al sistema europeo del gas, le opere infrastrutturali per lo sviluppo del sistema del gas siano dichiarate di pubblica utilità nonché urgenti e indifferibili a tutti gli effetti della legge 25 giugno 1865, n. 2359 e s.m.i.;

C) eliminare ogni disparità normativa tra i diversi operatori nel sistema del gas, garantendo, nei casi in cui siano previsti contributi, concessioni, autorizzazioni o altra approvazione per costruire o gestire impianti o infrastrutture del sistema del gas, uguali condizioni e trattamenti non discriminatori alle imprese;

<sup>6</sup> Sull'AEEGSI vedi per tutti S. Lanza, S. Lucattini, *L'Autorità per l'Energia tra competizione e cooperazione*, in *Rivista della regolazione e dei mercati*, 2/2014, 156 e ss.

<sup>7</sup> Per alcune notazioni di scenario si v. A. BENEDETTI, *Disciplina europea e regolazione dei servizi pubblici locali tramite autorità indipendenti*, in *Rivista della regolazione e dei mercati*, 1/2019, 21 e ss.

<sup>8</sup> L'Autorità - come noto - operava originariamente nei settori dell'energia elettrica e del gas ed ha poi esteso l'attività al settore idrico, al risparmio energetico e al ciclo dei rifiuti e svolge la propria funzione nel rispetto degli indirizzi di politica generale formulati dal Governo e dal Parlamento e della disciplina normativa dell'Unione europea. Giova ricordare che l'indipendenza e l'autonomia dell'Autorità hanno subito un irrobustimento con il Terzo Pacchetto Energia europeo anche per quanto riguarda l'organizzazione, il funzionamento e il finanziamento. L'Autorità adotta le proprie decisioni sulla base della legge istitutiva e definisce le procedure ed i regolamenti per l'organizzazione interna, il funzionamento e la contabilità. Sotto il profilo finanziario occorre poi ricordare che le risorse per il funzionamento dell'Autorità non sono trasferite dal bilancio dello Stato, ma scaturiscono da un contributo sui ricavi degli operatori regolati. Tale contributo è stato ridotto (volontariamente dall'Autorità) rispetto all'1 per mille stabilito *ex lege*, con differenziazioni in funzione del settore e dell'attività svolta da diversi soggetti. Gli atti di regolazione tariffaria non disciplinano un mercato libero, ma un servizio pubblico e definiscono la tariffa applicabile come controprestazione rispetto alla sua erogazione, in merito cfr. E. QUADRI, *I provvedimenti tipici dell'ARERA; la loro classificazione e i riflessi sull'ambito del sindacato giurisdizionale*, in *Giustizia amministrativa*, 11 marzo 2019 e S. FOÀ, *La tendenziale indipendenza delle autorità di regolazione rispetto al Governo*, in [federalismi.it](http://federalismi.it), n.28/2020, 66 e ss.

Più in generale sulle Autorità di regolazione si veda da ultimo M. RAMAJOLI, *L'attuale configurazione delle Autorità indipendenti di regolazione dei mercati: la natura giuridica delle funzioni e la tipologia degli atti*, *Relazione per il corso di formazione per Magistrati amministrativi*, Milano, 2019; F. DE LEONARDIS, *Natura e caratteri degli atti di regolazione pubblica dell'economia*, in *Dir. econ.*, n. 1/2019.

D) prevedere misure affinché nei piani e nei programmi relativi ad opere di trasporto, di importazione e di stoccaggio di gas sia salvaguardata la sicurezza degli approvvigionamenti, promossa la realizzazione di nuove infrastrutture di produzione, stoccaggio ed importazione, e favorito lo sviluppo della concorrenza e l'utilizzo razionale delle infrastrutture esistenti;

E) prevedere che le imprese integrate nel mercato del gas costituiscano, ove funzionale allo sviluppo del mercato, società separate, e in ogni caso tengano nella loro contabilità interna conti separati per le attività di importazione, trasporto, distribuzione e stoccaggio, e conti consolidati per le attività non rientranti nel settore del gas, al fine di evitare discriminazioni o distorsioni della concorrenza;

F) garantire trasparenti e non discriminatorie condizioni per l'accesso regolato al sistema del gas;

G) stabilire misure che possano garantire l'apertura del mercato nazionale del gas avvenga nel quadro dell'integrazione europea dei mercati sia per quanto riguarda la definizione dei criteri per i clienti idonei su base di consumo per località, sia per facilitare la transizione del settore italiano del gas ai nuovi assetti europei, sia per assicurare alle imprese italiane, mediante condizioni di reciprocità con gli altri Stati UE, uguali condizioni di competizione sul mercato europeo del gas.

Il decreto delegato, per quel che qui interessa, prevede altresì all'art. 37 il riconoscimento delle prerogative delle Regioni a statuto speciale e delle Province autonome di Trento e Bolzano stabilendo che: "*sono fatte salve le prerogative statutarie delle Regioni a statuto speciale e delle Province autonome di Trento e Bolzano*".

Ciò ha fatto sì che alcune Regioni, come si vedrà con specifico riguardo alla Sicilia, abbiano immorato nell'applicazione della normativa di liberalizzazione, consolidando posizioni ben oltre i limiti sanciti dalla normativa di recepimento e risolvendo il bilanciamento degli interessi in termini purtroppo pregiudizievoli per l'utenza e le amministrazioni comunali.

Nella disciplina richiamata vanno ricordati i tratti qualificanti del mercato del gas:

1) l'Approvvigionamento mediante importazione o coltivazione (artt. 3-7 che rinviano ai regimi autorizzatori e concessori, questi ultimi modificati dal c.d. decreto sblocca Italia con l'obiettivo di implementare la c.d. strategia energetica nazionale e le cui norme sono adesso al vaglio della corte costituzionale con riguardo al c.d. provvedimento concessorio unico ex artt. 36, 36 bis e 38 del d.l. n.133 del 2014, nonché al residuo referendum dopo che i restanti quesiti sono stati superati dall'ultima legge di stabilità);

2) il trasporto e dispacciamento di gas naturale (definita attività di interesse pubblico - art.8) ed è oggetto di separazione amministrativa e contabile (unbundling) da tutte le altre attività del settore del gas, ad eccezione dell'attività di stoccaggio, che è comunque oggetto di separazione contabile e gestionale dall'attività di trasporto e dispacciamento e di separazione societaria da tutte le altre attività del settore del gas<sup>9</sup>;

3) lo stoccaggio del gas naturale in giacimenti o unità geologiche profonde (assoggettato a concessione ventennale - artt. 11-13)<sup>10</sup>;

4) il servizio di distribuzione di gas naturale (qualificata come attività di servizio pubblico) affidato esclusivamente mediante gara per periodi non superiori a dodici anni (art.14). È indicato all'art. 15 un periodo transitorio (che avrebbe dovuto protrarsi sino al 2005 ma è giunto sino al 2012 ed oltre a questo punto, stante il prolungamento dei tempi di gara, come si vedrà oggetto di proroghe sino al dicembre 2015). Le imprese di distribuzione di gas naturale hanno altresì "l'obbligo di allacciare i clienti, che ne facciano richiesta, che abbiano sede nell'ambito dell'area territoriale alla quale si riferisce l'affidamento sulla base del quale esse operano, purché esista la capacità del sistema di cui dispongono e le opere necessarie all'allacciamento del cliente siano tecnicamente ed economicamente realizzabili in base a criteri stabiliti con delibera dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas ..... nel rispetto degli obblighi di universalità del servizio pubblico"(art. 16);

5) la vendita ai clienti finali sottoposta a specifica autorizzazione (Art. 17) e come nota la separata dalla distribuzione.

Passando alle procedure di gara che il decreto 164 del 2000 si limita ad enunciare giova rilevare che esse trovano la propria disciplina nel regolamento adottato con il Decreto Ministeriale 12 novembre 2011, n. 226, poi modificato Decreto Ministeriale 20 maggio 2015, n. 106 (G.U. serie generale n. 161 del 14 luglio 2015) che disciplina i criteri di gara e per la valutazione dell'offerta per l'affidamento del servizio della distribuzione del gas naturale, in attuazione dell'articolo 46-bis del decreto-legge 1°

---

<sup>9</sup> Il trasporto consiste nella veicolazione di quantitativi di gas, attraverso gasdotti ad alta pressione, dai luoghi in cui sono stati prodotti o stoccati, e cioè immagazzinati, fino alle utenze finali industriali o alle cd. utenze intermedie, e cioè alle imprese di distribuzione, le quali, a loro volta, li veicoleranno, attraverso gasdotti a bassa pressione, fino alle utenze finali civili, in tal senso si veda F. SCLAFANI, *Energia elettrica e gas*, in M. CLARICH, G. FONDERICO (a cura di), *Dizionario di diritto amministrativo*, Milano, 2007, 257. In termini analoghi M. E. SALERNO, *Il mercato del gas naturale in Italia*, in L. AMMANNATI (a cura di), *Monopolio e regolazione pro concorrenziale nella disciplina dell'energia*, Milano, 2005, 93, nota 71.

<sup>10</sup> Sullo stoccaggio v. A. CAVALIERE, *Liberalizzazione e accesso alle essential facilities: regolamentazione e concorrenza nello stoccaggio di gas naturale*, in *Politica economica*, n. 1/2007, 29 ss;

ottobre 2007, n. 159, convertito in legge, con modificazioni, dalla legge 29 novembre 2007, n. 222.

Tale regolamento introduce modifiche al DM n. 226 del 2011 per renderlo coerente con le innovazioni legislative nel frattempo intervenute e con la regolazione del IV periodo tariffario (2014-2019)<sup>11</sup>, definisce le modalità operative da seguire per il rispetto del criterio di gara relativo agli interventi di efficienza energetica nell'A.TE.M. e precisa i chiarimenti all'art.5 sul calcolo del valore di rimborso già forniti con le Linee Guida su criteri e modalità applicative per la valutazione del valore di rimborso degli impianti di distribuzione del gas naturale, approvate con DM 22 maggio 2014.

Vengono, in particolare, delineati i principi generali per il riconoscimento dei costi di capitale e dei costi operativi, che prevedono schemi di regolazione incentivante limitatamente ai soli costi operativi e schemi di regolazione del tipo *rate of return* con riferimento ai costi di capitale, prevedendo, al contempo, di introdurre elementi propedeutici a una eventuale transizione verso logiche di riconoscimento dei costi basate sulla spesa totale (*totex*), quali un maggior coordinamento tra la regolazione tariffaria e le valutazioni dei piani decennali di sviluppo della rete di trasporto, l'avvio di una specifica attività di monitoraggio degli investimenti e sperimentazioni di incentivi all'efficientamento delle spese di investimento. Al regolamento sono poi allegati: il *Bando di gara tipo* ed il *Disciplinare di gara tipo*.

Decorso il periodo transitorio si sono così determinate le condizioni giuridiche ed amministrative per procedere ad avviare le procedure ad evidenza pubblica sulla scorta delle quali si provvede ad affidare le concessioni per il periodo previsto (massimo 12 anni).

Disciplina, quella richiamata, che si riconnette poi con quella di individuazione degli A.TE.M. e di perimetrazione degli stessi che ci si limita a richiamare in questa sede e che, come noto, ha superato il vaglio di costituzionalità. In tal senso il giudice

---

<sup>11</sup> Giova sottolineare che il Legislatore ha chiarito che nella determinazione delle tariffe di distribuzione deve tenersi conto della necessità di remunerare le iniziative finalizzate a rendere più efficiente l'utilizzo delle energie, nonché a promuovere l'uso delle fonti rinnovabili, la qualità, la ricerca e l'innovazione, allo scopo ultimo di migliorare il servizio e di non penalizzare le aree ancora in corso di metanizzazione. In proposito, si veda T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. II, 10 ottobre 2013, n. 2274, che seppure, con riferimento alla determinazione delle tariffe per la distribuzione del gas, chiarisce il principio in base al quale "*occorre coniugare l'interesse dell'operatore ad ottenere un giusto profitto con quello del cliente ad ottenere un servizio di buona qualità a prezzi accessibili; occorre inoltre fare in modo che l'operatore sia spinto a trovare soluzioni tecniche innovative e più convenienti*". In merito va ricordato che sono stati da poco approvati i *Criteri di regolazione tariffaria per il servizio di trasporto e misura del gas naturale per il quinto periodo di regolazione tariffaria (2020-2023)* (5PRT), in esito al procedimento avviato con deliberazione ARERA 23 febbraio 2017, 82/2017/R/gas.

delle leggi ha ritenuto che essa risponda alla *"acquisita consapevolezza che l'aumento di dimensione degli ambiti di gara consente di ridurre significativamente le tariffe di distribuzione, a vantaggio dei consumatori, di migliorare la qualità del servizio e di ridurre i costi relativi allo svolgimento delle gare."*, sicché *"non sembra dubitabile che, nel novero delle misure idonee a realizzare un'organizzazione concorrenziale ed efficiente del mercato interno della distribuzione di gas naturale, debba essere inserita l'attuazione del sistema di affidamento per bacini ottimali di utenza."* (Corte cost. 134/2013).

Successivamente, e ad evidenti fini di tutela della concorrenza, l'art. 15, comma 9, del D. Lgs. n. 164 del 2000, nella versione risultante all'esito delle modifiche apportate dalla legislazione successiva, ha stabilito una durata massima, anche per le concessioni già affidate mediante gara *"per un periodo non superiore a dodici anni a partire dal 31 dicembre 2000"*, mentre un diverso termine, e cioè il 21 giugno 2012, è stato fissato nei casi di reti costruite con il finanziamento della legge speciale sulla metanizzazione del Mezzogiorno (legge 28 novembre 1980, n. 784 e s.m.i.).

In questo contesto, allo scopo di agevolare l'esercizio in forma aggregata del servizio pubblico della distribuzione del gas naturale è intervenuto l'art. 46 *bis* del d.l. 1° ottobre 2007, n. 159 (introdotto, in sede di conversione, dalla legge 29 novembre 2007, n. 222), il quale ha conferito delega al Governo (per esso al Ministro dello Sviluppo Economico ed al Ministro per gli Affari Regionali e le Autonomie Locali) per l'emanazione di due distinti decreti.

Un primo, finalizzato a stabilire *"i criteri di gara e di valutazione dell'offerta per l'affidamento del servizio di distribuzione di gas"*, ed un secondo, destinato a determinare *"gli ambiti territoriali minimi per lo svolgimento delle gare per l'affidamento del servizio"*, nonché *"misure per l'incentivazione delle relative operazioni di aggregazione"*.

Dopo alcune proroghe del termine fissato originariamente per l'adozione dei provvedimenti delegati, il secondo dei due decreti è stato pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del 31 marzo 2011, e poi integrato con provvedimento pubblicato sulla G.U.R.I. del 28 ottobre 2011. Sono stati così ormai definiti e perimetrati i 177 ambiti territoriali minimi, per i quali occorrerà procedere alle gare per l'affidamento del servizio su base d'ambito (ATEM)<sup>12</sup> nella acquisita consapevolezza che *"l'aumento di dimensione degli ambiti di gara consente di ridurre significativamente le tariffe di distribuzione, a vantaggio dei consumatori, di migliorare la qualità del servizio e di ridurre i costi relativi allo svolgimento delle gare"* (Corte cost. 3 giugno 2013, n.134).

---

<sup>12</sup> Si è ritenuto in precedenza che, fino all'approvazione della normativa secondaria sopra indicata, rimanesse integra la potestà dei Comuni di bandire la gara limitatamente al proprio territorio (TAR per l'Umbria, sentenza 13 gennaio 2011, n. 1), e che «il ricorso all'ambito territoriale minimo» fosse meramente facoltativo (Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 4 gennaio 2011, n. 2).

Successivamente, a seguito degli aggiustamenti intervenuti sul piano normativo - e per i quali si rimanda all'allegata tabella - con il Decreto del Ministro dello Sviluppo Economico e del Ministro per gli Affari Regionali e per le Autonomie del 20 maggio 2015, è stato approvato il *"Regolamento recante modifica al decreto 12 novembre 2011, n. 226, concernente i criteri di gara per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas naturale"*.

Il regolamento introduce modifiche alla previgente normativa (contenuta nel DM n. 226/2011) che regolava le procedure ad evidenza pubblica per gli affidamenti nel settore al fine di adeguarla alle modifiche legislative introdotte successivamente alla sua emanazione e con la regolazione del IV periodo tariffario (2014-2019).

Il provvedimento individua, altresì, le modalità applicative per il rispetto del criterio di gara relativo agli interventi di efficienza energetica nell'ambito ed esplicita i chiarimenti all'art.5 sul calcolo del valore di rimborso già forniti con le Linee Guida su criteri e modalità applicative per la valutazione del valore di rimborso degli impianti di distribuzione del gas naturale, approvate con DM 22 maggio 2014.

A compendio di quanto sin qui sinteticamente illustrato va ricordato che, giusta il parere reso dalla Corte dei conti, sez. regionale di controllo per la Regione Lombardia (3 luglio 2013 n. 295), si è precisato che la proprietà delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni destinate al servizio di distribuzione del gas di proprietà pubblica è alienabile a soggetti privati. In tal guisa è consentita la commercializzazione a condizione che ne sia garantita la destinazione all'esercizio del pubblico servizio.

Tale orientamento è stato confermato con il parere dello stesso organo di controllo n. 141 del 30 marzo 2015 secondo il quale: *"la proprietà degli impianti, delle dotazioni e delle reti necessarie a svolgere il servizio pubblico di distribuzione del gas naturale è essenzialmente pubblica, confluisce nel patrimonio indisponibile dell'ente locale ed è attribuibile, oltre che direttamente all'ente territoriale, a società patrimoniali, totalmente partecipate dal medesimo ente e, nei limiti del legame funzionale inscindibile fra proprietà e gestione del servizio, ai soggetti privati che posseggono i requisiti legali individuati dall'art. 14 comma 5 del D. Lgs. n.164/2000 per la partecipazione alle gare di affidamento del servizio, alla stregua dei criteri concorrenziali imposti dalle norme comunitarie"*.

Ciò in quanto, l'attribuzione della disponibilità in capo al privato delle reti, delle dotazioni e degli impianti di distribuzione del gas, si giustifica e si legittima *"esclusivamente se strettamente correlata con la durata contrattuale del regime concessorio, costituito a seguito di gara regolarmente condotta secondo i principi di tutela della concorrenza previsti dall'ordinamento interno e dal diritto comunitario"*.

Un notevole problema risulta costituito dalla metodologia di calcolo del valore residuo dell'investimento del gestore uscente (*VIR* valore industriale residuo) che ha dato luogo alla gran parte dei ricorsi pendenti in sede amministrativa.

Va ricordato che a norma dell'art. 1, c.16 del decreto-legge 23 dicembre 2013, n. 145 coordinato con la legge di conversione 21 febbraio 2014, n. 9 (c.d. *Destinazione Italia*) è stata introdotta una modifica significativa all'art. 15 del d.lgs 164 del 2000 e s.m.i. prevedendo che la determinazione del valore di rimborso da inserire nel bando di gara vada sottoposta all'*Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente* ed il sistema idrico per la verifica prima della pubblicazione del bando di gara, delle eventuali osservazioni di quest'ultima deve tener conto la stazione appaltante.

Infine, con un intervento a dir poco confusionario, connotato che caratterizza la recente legislazione energetica, l'art. 30 *bis* del decreto-legge 24 giugno 2014, n. 91, coordinato con la legge di conversione 11 agosto 2014, n. 116 nel prevedere "*Interventi urgenti per la regolazione delle gare d'ambito per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas naturale*" ha introdotto:

A) all'articolo 15, comma 5, del decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164, e successive modificazioni, dopo le parole: «*calcolato nel rispetto di quanto stabilito nelle convenzioni o nei contratti*» le seguenti: «*purché stipulati prima della data di entrata in vigore del regolamento di cui al decreto del Ministro dello sviluppo economico e del Ministro per i rapporti con le regioni e la coesione territoriale 12 novembre 2011, n. 226*»;

B) nonché ulteriori proroghe dei termini di cui all'articolo 3, comma 1, del regolamento di cui al decreto del Ministro dello sviluppo economico e del Ministro per i rapporti con le regioni e la coesione territoriale 12 novembre 2011, n. 226, relativi alla mancata pubblicazione del bando di gara, "*in aggiunta alle proroghe di cui all'articolo 1, comma 16, del decreto-legge 23 dicembre 2013, n. 145, convertito, con modificazioni, dalla legge 21 febbraio 2014, n. 9*".

E qui si giunge al paradosso di una fonte legislativa che addirittura modifica un regolamento sottordinato, a fronte di un ordinamento che avrebbe scelto la delegificazione quale tratto qualificante.

Va infine ricordato che con l'art 3, comma 2 *bis* e ss., del d.l. 30 dicembre 2015, n. 210, conv. con modificazioni dalla l. 25 febbraio 2016, n. 21 recante: "*Proroga di termini previsti da disposizioni legislative*"<sup>13</sup> è stato concesso un nuovo differimento dei termini

---

<sup>13</sup> Art. 3 - *Proroga di termini in materie di competenza del Ministero dello sviluppo economico. 2-bis. I termini di cui all'art. 3, comma 1, del regolamento di cui al decreto del Ministro dello sviluppo economico e del*

per la pubblicazione dei bandi e dettate nuove disposizioni in materia di intervento sostitutivo. Ancora una volta si interviene, in tal guisa, con un atto legislativo a modificare un provvedimento ministeriale ed accentuando quella vera e propria panoplia di fonti normative che connota la peculiare disciplina della fattispecie.

Giusta il decreto ministeriale 22 maggio 2014 (GU n.129 del 6 giugno 2014) come noto sono state approvate le *“Linee guida su criteri e modalità applicative per la valutazione del valore di rimborso degli impianti di distribuzione del gas naturale”* del 7 aprile 2014 ai sensi dell'articolo 4, comma 6, del decreto-legge 21 giugno 2013, n. 69 (c.d. *decreto del fare*) convertito, con modificazioni, dalla legge 9 agosto 2013, n. 98 e dell'articolo 1, comma 16, del decreto legge 23 dicembre 2013, n. 145, convertito con modificazioni in legge 21 febbraio 2014, n. 9 (con *errata corrige* 27 giugno 2014).

E tale decreto stabilisce, all'art. 5, che il *“valore di rimborso ai titolari degli affidamenti e concessioni cessanti, per i quali è previsto un termine di scadenza naturale non posteriore alla data di cessazione del servizio prevista nel bando di gara del nuovo affidamento, viene calcolato in base a quanto stabilito dalle convenzioni o dai contratti alla scadenza naturale dell'affidamento”* e che il *“valore di rimborso al gestore uscente è ottenuto deducendo dal valore industriale di cui al comma 5 le anticipazioni e sussidi concessi dai Comuni e da altri finanziatori pubblici e i contributi privati relativi ai cespiti di località, limitatamente alla porzione di impianto che non sia ceduta all'ente locale concedente a devoluzione gratuita, e aggiungendo eventuali premi pagati agli enti locali concedenti, valutati con le modalità di cui ai commi 12 e 13”*.

---

*Ministro per i rapporti con le regioni e la coesione territoriale 12 novembre 2011, n. 226, relativi alla mancata pubblicazione del bando di gara di cui all'allegato 1 annesso allo stesso regolamento, sono prorogati rispettivamente di dodici mesi per gli ambiti del primo raggruppamento, di quattordici mesi per gli ambiti del secondo raggruppamento, di tredici mesi per gli ambiti del terzo, quarto e quinto raggruppamento, di nove mesi per gli ambiti del sesto e settimo raggruppamento e di cinque mesi per gli ambiti dell'ottavo raggruppamento, in aggiunta alle proroghe vigenti alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto.*

*2-ter. All'art. 4 del decreto-legge 21 giugno 2013, n. 69, convertito, con modificazioni, dalla legge 9 agosto 2013, n. 98, sono apportate le seguenti modificazioni:*

*a) al comma 2, il secondo periodo è sostituito dai seguenti: «Scaduti tali termini, la Regione competente sull'ambito assegna ulteriori sei mesi per adempiere, decorsi i quali avvia la procedura di gara attraverso la nomina di un commissario ad acta, ai sensi dell'art. 14, comma 7, del decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164. Decorsi due mesi dalla scadenza di tale termine senza che la Regione competente abbia proceduto alla nomina del commissario ad acta, il Ministero dello sviluppo economico, sentita la Regione, interviene per dare avvio alla gara nominando un commissario ad acta.*

*L'importo eventualmente anticipato dai gestori uscenti per la copertura degli oneri di gara, di cui all'art. 1, comma 16-quater, del decreto-legge 23 dicembre 2013, n. 145, convertito, con modificazioni, dalla legge 21 febbraio 2014, n. 9, è trasferito dalla stazione appaltante al commissario ad acta entro un mese dalla sua nomina, al netto dell'importo relativo agli esborsi precedentemente effettuati per la preparazione dei documenti di gara.»;*

*b) i commi 4 e 5 sono abrogati.*

Va inoltre ricordata la deliberazione dell'AEEGSI (adesso ARERA) 24 luglio 2014 367/2014/R/gas "Regolazione tariffaria dei servizi di distribuzione e misura del gas per il periodo di regolazione 2014-19 per le gestioni d'ambito e altre disposizioni in materia tariffaria", come noto oggetto di impugnazione, è stata ritenuta esente da censure con alcune pronunce del giudice amministrativo avverso le quali pende appello al Consiglio di Stato.

Si tratta della controversa, ma fondamentale questione, della discrasia tra i valori degli asset "contrattualizzati" nei rapporti tra i gestori e gli enti affidanti (*Vir*, o valore di rimborso a base di gara) e il valore dei medesimi asset ai fini regolatori (*Rab*, o *regulatory asset base*). La corretta definizione della *Rab* risulta rilevante per garantire l'efficacia della regolazione rispetto a uno dei suoi obiettivi, cioè il contenimento dei costi. Ed è su questo punto si incentrano gran parte delle censure dei ricorsi proposti contro i bandi anche da chi copriva solo una parte dei comuni dell'A.TE.M.<sup>14</sup>.

Orbene, come si possa in tal modo ragionevolmente ritenere di riordinare un sistema, avendo la pretesa di conferirgli altresì efficienza e magari attrarre investimenti, è valutazione che esula da questa riflessione, ma che consente quantomeno di revocare in dubbio un modo di regolare un mercato che si intende liberalizzare ed aprire alla concorrenza come quello del gas naturale<sup>15</sup>.

Sembra opportuno richiamare altresì in merito il parere reso dall'*Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* (AGCM) nella seduta del 9 marzo 2016, giusta l'articolo 22 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, ha espresso talune proposte di modifica normativa alla luce di alcune problematiche concorrenziali emerse in materia di gare per il servizio di distribuzione del gas naturale, originariamente previste dall'articolo 14 del D.Lgs. n. 164/2000 rivolte al Presidente del Senato della Repubblica, al Presidente della Camera dei Deputati, al Presidente del Consiglio dei Ministri ed al Ministero dello Sviluppo Economico a seguito delle ulteriori proroghe disposte dalla legge n. 21/2016 ("*Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 30 dicembre 2015, n. 210, recante proroga di termini previsti da disposizioni legislative*") per la

---

<sup>14</sup> Se ci si riferisce solo ai termini di espletamento della procedura ad evidenza pubblica si registrano così: il d.l. n.69/2013 convertito con l. n.98/2013, il d.l. n. 145/2013 convertito con l. n. 9/2014, il d.l. n.91/2014 convertito con l. n. 116/2014, il d.l. n. 192/2014 convertito con l. n. 11/2015. Un ulteriore differimento è stato poi previsto giusta l'articolo 3 del d.l. 210/2015, convertito in legge 21/2016.

<sup>15</sup> Ed è su tale forte farraginosità che si innesta l'articolato contenzioso che sta riguardando alcuni bandi, ma che concerne anche gli atti normativi e regolativi a monte. Vero e' peraltro che stante la configurazione del reticolo delle discipline che regolano le procedure ad evidenza pubblica ogni impugnazione del bando potrebbe - in virtù delle precipue disposizioni del processo amministrativo - comportare una nuova ed autonoma impugnazione degli atti a monte indipendentemente dalla tempestività dei ricordi avverso gli atti stessi ed in uno col bando (atti presupposti).

pubblicazione dei bandi, che svolgevano effetti retroattivi anche per gli A.TE.M. per i quali i termini fossero già scaduti, nonché l'eliminazione di alcune misure volte ad assicurare la perentorietà e cogenza dei termini di legge per la pubblicazione dei bandi di ciascun A.TE.M., quali la previsione di una penalizzazione economica per i comuni che non rispettano la scadenza per la pubblicazione del bando.

L'AGCM ha ritenuto, infatti, tali proroghe fonte di gravi pregiudizi per l'utenza a causa della postergata dalla celebrazione delle procedure ad evidenza pubblica in termini di mancata attribuzione agli utenti finali dei benefici derivanti dalla concorrenza tra gli operatori rischiando altresì di reiterare *“gli esiti indesiderabili delle numerose proroghe già concesse in passato, allo scadere delle quali le stazioni appaltanti hanno continuato a perseverare nella loro inerzia”*. Con l'aggravante che la prevista abrogazione delle penalizzazioni pecuniarie sancite per le stazioni appaltanti in caso di ritardo nella pubblicazione dei bandi avrebbe comportato la sostanziale eliminazione dell'unico deterrente efficace all'inerzia nello svolgimento delle gare<sup>16</sup>.

La l. n. 124 del 2017 (*“legge sulla concorrenza”*) all'art. 1, commi 93-97 ha poi introdotto talune semplificazioni procedurali per la valutazione dei valori di rimborso che il gestore entrante deve corrispondere all'uscente e dei bandi di gara per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas naturale. Mentre al fine di dare

<sup>16</sup> In particolare l'Autorità sottolineava il rischio che le proroghe nuovamente introdotte potessero condurre a rinvii *sine die*, individuando tre possibili interventi normativi per l'effettuazione delle gare d'ambito:

1. l'introduzione di meccanismi che rendano cogenti le nuove scadenze previste: è necessario reintrodurre il meccanismo sanzionatorio nel caso di mancato rispetto delle scadenze;
2. l'eliminazione di restrizioni soggettive e di barriere all'accesso alle gare e alla partecipazione alle stesse: la normativa vigente (in particolare il D.M. 226/2011) prevede che alcuni requisiti soggettivi volti a dimostrare l'esperienza e la capacità delle imprese di operare nel settore della distribuzione del gas (possessione di certificazioni specifiche, dimostrazione di competenze in materia di sicurezza relative al servizio di distribuzione del gas, ecc.) siano posseduti da ogni singolo partecipante ad un raggruppamento di imprese, affinché quest'ultimo sia ammesso a partecipare alla gara. Tale restrizione, a detta dell'Autorità, non è necessaria, perché basterebbe che tali capacità siano possedute da un solo partecipante: è quindi necessario rivedere la norma al fine di garantire una più ampia partecipazione;
3. il superamento delle disposizioni transitorie: la normativa vigente (disposizioni transitorie, d.lgs. n. 164/2000) prevede che il gestore uscente abbia diritto ad un riconoscimento del valore di rimborso per gli impianti la cui proprietà è trasferita al nuovo gestore (cd. VIR), secondo criteri e modalità operative per la valutazione del valore di rimborso di cui all'articolo 4, comma 6, del decreto-legge 21 giugno 2013, n. 69, convertito, con modificazioni, dalla legge 9 agosto 2013, n. 98. Tale previsione trovava la sua *ratio* nella compensazione dei concessionari esistenti, a fronte di una interruzione ope legis del rapporto concessorio, nei casi in cui tale interruzione avesse luogo prima che l'affidamento arrivasse alla sua scadenza naturale. Tuttavia, poiché le gare d'ambito non sono state effettuate, le concessioni sono state prorogate così a lungo che il presupposto della norma (eventuali interruzioni anticipate) è venuto meno. Ecco quindi che l'abrogazione di tale disposizione comporterebbe anche l'eliminazione di una potenziale fonte di incertezza per i partecipanti alle gare e una consistente diminuzione delle possibili occasioni di contenzioso in merito alle gare stesse, perché ridurrebbe in maniera consistente l'incertezza sull'entità del rimborso da riconoscere al gestore uscente. Vedila in <https://www.osservatorioantitrust.eu/it/wp-content/uploads/AS1262.pdf>.

attuazione a tale ulteriore disciplina è poi intervenuta la deliberazione dell'ARERA n. 905/2017/R/gas del 27 dicembre 2017 in materia di semplificazione dell'iter di valutazione dei valori di rimborso e dei bandi di gas relativi all'affidamento del servizio di distribuzione del gas naturale, con la quale sono stati approvati il "*Testo integrato delle disposizioni dell'Autorità in materia di determinazione e verifica del valore di rimborso delle reti di distribuzione del gas naturale ai fini delle gare d'ambito*" e il "*Testo integrato delle disposizioni dell'Autorità in materia di bandi di gara per il servizio di distribuzione del gas naturale ai fini delle gare d'ambito*"<sup>17</sup>.

Giova comunque ricordare che al fine di contrastare ipotesi di inerzia, con il già menzionato articolo 4 del decreto legge 21 giugno 2013, n. 69, convertito con modificazioni nella legge 9 agosto 2013, n. 98, e successive modificazioni e integrazioni, è stato fissato un termine perentorio per l'avvio della gara d'ambito, già fissato dall'articolo 3 del decreto ministeriale del 12 novembre 2011, n. 226, e più volte prorogato è stato attribuito alla Regione, e in via sussidiaria al Ministero dello sviluppo economico, il potere sostitutivo per l'avvio della procedura di gara, mediante la nomina di un commissario *adacta*.

Per quanto concerne la disciplina delle procedure ad evidenza pubblica, entrato in vigore il d.lgs. n. 50 del 2016 e successive modifiche ed integrazioni (c.d. "*Codice degli appalti*") il MISE ha emanato la circolare direttoriale 23 marzo 2017, recante "*Gare per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas naturale. Campo di applicazione del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 alla luce dello schema di decreto correttivo*"<sup>18</sup>, che precisa la portata delle previsioni dell'art. 164 del codice in questione sulle procedure relative agli affidamenti ed in generale nella previsione che fa salva l'applicazione degli articoli 14 e 15 del decreto legislativo n. 164 del 2000, compatibilmente alle disposizioni previste in materia di affidamento di concessioni, limitandosi ad imporre l'obbligo di affidare il servizio con lo strumento della gara e si rivela pertanto del tutto compatibile con la sopravvenuta disciplina dell'affidamento dei contratti di concessione nei settori speciali.

Va poi rilevato, giusta l'articolo 24, comma 4, del decreto legislativo 1 giugno 2011, n. 93, che il legislatore ha stabilito che l'affidamento del servizio pubblico della distribuzione del gas debba avvenire esclusivamente con lo strumento della gara unica d'ambito e, al fine di favorire la realizzazione di economie di scala e lo sviluppo della metanizzazione, ha previsto forme di aggregazione tra enti locali concedenti, sostanzialmente imponendo agli enti locali appartenenti ad un medesimo A.TE.M. di

<sup>17</sup> Consultabile in <https://www.arera.it/it/docs/17/905-17.htm>.

<sup>18</sup> La si può consultare in [https://www.mise.gov.it/images/stories/energia/Normativa/circ\\_23032017.pdf](https://www.mise.gov.it/images/stories/energia/Normativa/circ_23032017.pdf)

individuare, mediante l'utilizzo dello strumento della delega, il soggetto aggregatore per la gestione della gara unica per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas naturale.

Al riguardo deve farsi discendere dall'interpretazione testuale dell'articolo 24, comma 4, del citato decreto legislativo 1 giugno 2011, n. 93, e più specificatamente dall'utilizzo dell'espressione "unicamente", il vincolo in testa alle autonomie locali ricomprese negli A.TE.M., di non poter procedere autonomamente ad indire gare per l'affidamento del servizio, dovendosi quindi ritenere sussistente la regola della gara unica per ogni A.TE.M.<sup>19</sup>

Le procedure prevedono che la scelta del soggetto affidatario del servizio avvenga con il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa, determinata in base ad elementi di valutazione, da ponderarsi con punteggio nei limiti massimi previsti per ognuno: A) Offerta economica, B) Criteri di sicurezza e qualità, C) Piano di sviluppo degli impianti.

In termini fattuali va osservato che la proposizione di ricorsi in sede giurisdizionale, con riguardo specifico alla determinazione dei parametri per la quantificazione dei valori di rimborso al gestore uscente, ha invero assunto proporzioni assai diffuse. Anche in questo caso può rilevarsi un evidente caso di eterogeneità dei fini: una normativa che dovrebbe garantire il consolidamento della concorrenza viene censurata dagli operatori già insediati (cd. *incumbent*) poiché ne determinerebbe l'illegittima restrizione. Il gioco di specchi, di incastrati contraddittori nei quali sarebbe caduta l'attuazione normativa renderebbe impossibile - a dire dei ricorrenti - un'offerta congrua.

## 2. La normativa della regione siciliana.

2.1. Nell'ordinamento siciliano le disposizioni nazionali più risalenti sono state recepite con alcune modifiche, principalmente, nelle sezioni dedicate al mercato del gas naturale della L.R. 26 marzo 2002, n. 2 (art. 67) e della L.R. 16 aprile 2003, n. 4 (art. 86). In particolare, l'art. 67 della L.R. n. 2 del 2002, se, da un lato, provvedeva a richiamare nell'ordinamento regionale la disciplina statale di recepimento di quella europea, dall'altro, introduceva precise differenziazioni di regime.

---

<sup>19</sup> Cfr. al riguardo TAR Lombardia, Milano, sez. I, 8 giugno 2020 n. 1009, in <http://www.public-utilities.it/tar-lombardia-milano-sez-i-8-6-2020-n-1009/>

E così nel definire la distribuzione del servizio pubblico e, in quanto tale affidato con procedura di gara per un periodo non superiore a venti anni ed affidare ai singoli enti locali ampi poteri di indirizzo, vigilanza, programmazione e controllo sulle attività distributive, d'altra parte, si operava un'interdizione alla proroga delle concessioni per le singole imprese affidatarie, le quali avrebbero, comunque, dovuto proseguire nel mantenimento di dette concessioni fino alla data naturale della loro scadenza<sup>20</sup>.

Ne scaturiva un consolidamento di posizione degli affidatari sulla scorta del quale in molti casi le concessioni sarebbero cessate addirittura nel 2025, con un chiaro pregiudizio per le entrate delle amministrazioni pubbliche e per gli utenti ed un evidente vantaggio per i concessionari che, nella gran parte dei casi, avevano completato i piani di ammortamento degli investimenti effettuati.

Tale scelta poteva ascriversi alla presenza, al tempo del varo della normativa richiamata, di un'impresa a partecipazione regionale e di alcune società a partecipazione comunale<sup>21</sup> e concessionaria di molti comuni che tuttavia nel frattempo era stata privatizzata, facendo venir meno pure la motivazione protezionistica che pur aveva ispirato la misura.

La L.R. 7 maggio 2015, n. 9, all'art. 94 ha apportato sensibili modifiche all'attività di gestione ed affidamento delle reti di gas naturale in Sicilia, eliminando una "*differenziazione regolativa*" che ormai avvantaggiava soltanto i titolari di concessione in essere e stabilendo che, qualora non sia ancora stata avviata alcuna procedura di

---

<sup>20</sup> In particolare, con l'articolo 67, erano state adottate disposizioni che modificano, per il solo territorio della Regione siciliana, la normativa in materia di clienti idonei nel settore del gas naturale, ma soprattutto ha differito il termine dal quale la libertà di scelta del fornitore da parte dei clienti del gas naturale è stata estesa al mercato, con la conseguenza di determinare una differenza di condizioni tra clienti del servizio in relazione alla loro localizzazione sia una differenza di condizioni competitive tra imprese.

Con una disposizione che ha garantito oltre misura le imprese già operanti sul mercato era infatti stabilito che: "*le concessioni in essere alla data di entrata in vigore della presente legge devono essere mantenute fino alla data di scadenza dell'affidamento del servizio fissata nelle medesime convenzioni, senza possibilità di proroga*" (quinto comma).

Giusta la successiva l.r. 16 aprile 2003, n. 4, art. 86, era poi previsto con riguardo alle "*Concessioni gas naturale*" che: "*1. La data di scadenza di cui al comma 5 dell'articolo 67 della legge regionale 26 marzo 2002, n. 2, laddove non esplicitamente fissata nell'atto di concessione o di affidamento, ma determinabile con riferimento al periodo transitorio di cui al comma 7 dell'articolo 15 del decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164, si intende fissata al 31 dicembre 2015.*"

<sup>21</sup> Si tratta della *Sicilianagas* s.p.a. concessionaria di circa 80 comuni che nel 2006 l'ESPI (Ente Siciliano per la Promozione Industriale in liquidazione) ha ceduto il 50% della società ad *Eni* S.p.A. che ne deteneva la restante parte e sulla scorta della previsione statutaria del diritto di prelazione per l'acquisto della partecipazione posseduta da ESPI.

Sulla privatizzazione delle imprese pubbliche in Sicilia sia consentito rinviare al mio lavoro *L'attuazione dell'autonomia differenziata della Regione siciliana*, Napoli, 2013, 131 e ss.

gara nei termini di cui al D.lgs. 164/2000 e s.m.i., debbano provvedere entro un anno dalla pubblicazione della legge regionale (e cioè entro il 15 maggio 2016); qualora poi non ci si uniformasse a detto termine la Regione siciliana attraverso il competente Assessorato può esercitare il potere sostitutivo nominando un commissario *ad acta* incaricato di bandire la procedura di gara<sup>22</sup>.

Giova ricordare che anche l'Autorità di regolazione aveva reiteratamente espresso a questo riguardo gravi preoccupazioni sugli impedimenti alla realizzazione degli obiettivi di liberalizzazione del mercato nazionale ed europeo del gas naturale determinati dalla norma regionale, nonché potenziali rilevanti ripercussioni sullo sviluppo della concorrenza e sulle condizioni di approvvigionamento. In altre parole la normativa regionale manteneva irragionevoli ostacoli all'ingresso, operando un indebito rallentamento all'apertura del mercato del gas naturale e danneggiando utenti ed amministrazioni concedenti.

Ulteriormente, viene richiamato il disposto del comma 5 dell'art. 67 della citata legge regionale del 2002, che traspone in ben più chiare lettere un vero e proprio obbligo, riposante in capo al concessionario, di garantire il servizio di distribuzione fino al subentro del nuovo vincitore della gara per la concessione della rete<sup>23</sup>.

<sup>22</sup> Art. 94, recante “*Modifiche all'articolo 67 della legge regionale 26 marzo 2002, n. 2 e abrogazione dell'articolo 86 della legge regionale 16 aprile 2003, n. 4 in materia di gas naturale*”

1. L'articolo 67, comma 1, della legge regionale 26 marzo 2002, n. 2, è così sostituito: “1. Le disposizioni del decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164 riguardante ‘Attuazione della direttiva n. 98/30/CE recante norme comuni per il mercato interno del gas naturale, a norma dell'articolo 41 della legge 17 maggio 1999, n. 144’ e successive modifiche ed integrazioni, si applicano nel territorio della Regione siciliana, osservando altresì le disposizioni di cui ai seguenti commi”.

2. All'articolo 67 della legge regionale 26 marzo 2002, dopo il comma 4, sono aggiunti i seguenti: “4 bis. Gli enti locali che, in forza di disposizioni legislative previgenti, non abbiano potuto avviare la procedura di gara nei termini di cui all'articolo 14, comma 7, del decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164, provvedono entro un anno dalla pubblicazione della presente legge. In caso di mancato rispetto del termine indicato, la Regione avvia la procedura di gara a mezzo di un commissario *ad acta* appositamente nominato. 4 ter. E' fatto obbligo, al titolare della concessione in essere alla data della pubblicazione della presente legge, di garantire l'erogazione del servizio fino al subentro del nuovo concessionario. 4 quater. Nelle more dell'espletamento delle gare, i comuni possono applicare un canone pari al 10 per cento del Vincolo sui ricavi di distribuzione (VRD) di cui alla delibera dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas n. 237 del 28 dicembre 2000, pubblicata nel supplemento ordinario alla Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana n. 4 del 5 gennaio 2001, e successive modificazioni. I comuni, nei quali il canone già esistente risulta inferiore, possono incrementarlo fino alla misura del 10 per cento del VRD. Le risorse aggiuntive sono destinate, prioritariamente, all'attivazione di misure di tutela sociale per le fasce deboli della popolazione, a spese di investimento o al supporto delle procedure di riequilibrio finanziario previste dall'articolo 243 bis del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267”.

3. Il comma 5 dell'articolo 67 della legge regionale 26 marzo 2002, n. 2 è abrogato. 4. L'articolo 86 della legge regionale 16 aprile 2003, n. 4 è abrogato.

<sup>23</sup> Reti ed impianti destinati all'erogazione del servizio di distribuzione del gas vanno ricondotti ai beni del patrimonio indisponibile delle amministrazioni pubbliche in tal senso: v. TAR Lombardia, Brescia, sez. II, 16

È poi prevista la facoltà per i Comuni dell'Isola di applicare un canone del 10 % del *Vincolo sui ricavi di distribuzione* (V.R.D.), ovvero di innalzarlo sino a tale soglia, qualora già previsto in percentuale inferiore. Tali incrementi d'entrata sono vincolati all'attivazione di misure di tutela delle fasce depresse della popolazione ed attività di riequilibrio finanziario degli enti locali destinatari di questo extragettilo.

Per procedere, poi, al dato riguardante le scadenze, i commi successivi abrogano: tanto la disposizione che prevedeva il mantenimento delle concessioni fissato alla data di scadenza dell'affidamento del servizio, quanto la scadenza *ope legis* a far data dal 31 dicembre 2015 delle concessioni per le quali il termine finale non fosse desumibile dal co. 7 dell'art. 15 D.lgs 23 maggio 2000, n. 164 e s.m.i..

Da ultimo giova ricordare che giusta l'art. 69, comma 2, della L.R. n. 8 del 2018 rubricato «*Disposizioni in materia di produzioni di idrocarburi liquidi e gassosi*», al comma 2 ha stabilito, novellando l'art. 67 della legge della Regione Siciliana 26 marzo 2002, n. 2 (Disposizioni programmatiche e finanziarie per l'anno 2002), che «*[n]ella Regione non si applica l'art. 46 bis del decreto-legge 1° ottobre 2007, n. 159*». La norma in questione è stata impugnata ritenendola in contrasto con l'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost., in quanto lesiva della potestà legislativa esclusiva dello Stato nella materia «*tutela della concorrenza*»<sup>24</sup>.

Ed infatti, giusta l'art. 46-bis, rubricato «*Disposizioni in materia di concorrenza e qualità dei servizi essenziali nel settore della distribuzione del gas*», del citato decreto-legge 1° ottobre 2007, n. 159 («*Interventi urgenti in materia economico-finanziaria, per lo sviluppo e l'equità sociale*»), convertito, con modificazioni, nella legge 29 novembre 2007, n. 222, spetta ad un apposito decreto ministeriale, adottato su proposta dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas (come ricordato adesso *Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente*) e sentita la Conferenza unificata, la determinazione di ambiti territoriali minimi per lo svolgimento delle gare per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas.

Alla stregua di quanto previsto dalla stessa disposizione, inoltre, «*al fine di garantire al settore della distribuzione di gas naturale maggiore concorrenza e livelli minimi di qualità dei servizi essenziali*», si è demandato ad altro decreto ministeriale, adottato sempre sentita la Conferenza unificata e su parere della citata Autorità, l'individuazione dei criteri di gara e di valutazione dell'offerta per l'affidamento del servizio di distribuzione di gas.

---

marzo 2010, n. 1256; TAR Lombardia, Brescia, sez. II, 24 agosto 2009, n. 1564; TAR Lombardia, Brescia, sez. I, 11 giugno 2007, n. 490; TAR Lombardia, Milano, sez. III, 24 ottobre 2005, n. 3893.

<sup>24</sup> La norma, contenuta nella legge di stabilità regionale per il 2018 era di matrice parlamentare.

Nell'impaginazione proposta dal Governo centrale è stato sostenuto che entrambi i citati decreti ministeriali fossero stati adottati e vigenti sul territorio italiano<sup>25</sup>, sottolineandosi che la disposizione regionale impugnata, nell'escludere l'applicazione nell'ordinamento regionale del citato art. 46-bis, determini la conseguenza che, in tale porzione di territorio, la gara per l'affidamento del servizio dovrà essere svolta singolarmente per ciascun Comune e secondo criteri disomogenei rispetto alla normativa applicata nel resto del territorio italiano<sup>26</sup> e dovendosi riconoscere che la distribuzione del gas naturale rientri tra i servizi pubblici la cui disciplina attiene alle materie attribuite alla potestà legislativa regionale concorrente, ai sensi dell'art. 17, lettera h), del regio decreto legislativo 15 maggio 1946, n. 455 (recante " *Approvazione dello statuto della Regione siciliana*"), convertito in legge costituzionale 26 febbraio 1948, n. 2.

Le materie di competenza esclusiva dello Stato e nel contempo trasversali, come la tutela della concorrenza e la tutela dell'ambiente di cui all'art. 117, secondo comma, lettere e) e s), Cost., in virtù del loro carattere finalistico, possono influire su altre materie attribuite alla competenza legislativa concorrente o residuale delle Regioni fino ad incidere sulla totalità degli ambiti materiali entro i quali si applicano<sup>27</sup>. Conclusioni che risultano pienamente applicabili anche al servizio pubblico locale della distribuzione del gas, sicché la disposizione regionale censurata è stata ritenuta in contrasto con le esigenze di tutela della concorrenza, come declinate dal legislatore nazionale con l'art. 46-bis del decreto-legge n. 159 del 2007 (conv. in l. n. 222/2007), nel quale sono state definite – con disciplina destinata ad applicarsi su tutto il territorio nazionale – le modalità di svolgimento e i criteri di partecipazione alla gara per l'affidamento della gestione del servizio della distribuzione del gas naturale.

In linea con tale interpretazione la Corte costituzionale la sentenza n. 16 del 2020 ha ritenuto che sebbene alla Regione Siciliana sia attribuita, ai sensi dell'art. 17, lett. h)

---

<sup>25</sup> Si tratta, in particolare, dei già menzionati decreto del Ministro dello sviluppo economico 19 gennaio 2011 (Determinazione degli ambiti territoriali nel settore della distribuzione del gas naturale) e decreto del Ministro dello sviluppo economico 12 novembre 2011 (Regolamento per i criteri di gara e per la valutazione dell'offerta per l'affidamento del servizio della distribuzione del gas naturale, in attuazione dell'articolo 46-bis del decreto-legge 1° ottobre 2007, n. 159, convertito in legge, con modificazioni, dalla legge 29 novembre 2007, n. 222).

<sup>26</sup> E ciò nel presupposto che giusta la sentenza n. 93 del 2017, la Corte costituzionale, pronunciandosi su un'altra legge della Regione Siciliana in materia di servizi pubblici locali, avrebbe chiarito che la disciplina concernente le modalità dell'affidamento della gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica sarebbe riferibile alla competenza legislativa statale in tema di «tutela della concorrenza», sicché la deroga introdotta dal legislatore regionale, comportando un effetto restrittivo sull'assetto competitivo del mercato di riferimento, si porrebbe in contrasto con l'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost.

<sup>27</sup> In tal senso milita una robusta giurisprudenza costituzionale cfr. le sentenze n. 2 del 2014, n. 291 e n. 150 del 2011, n. 288 del 2010, n. 249 del 2009 e n. 80 del 2006 e la citata n. 93 del 2017.

dello Statuto di autonomia, la competenza legislativa concorrente in materia di servizi pubblici di prevalente interesse regionale, tale potestà deve in ogni caso essere esercitata entro i limiti dei principi ed interessi generali cui si informa la legislazione dello Stato e, nel caso di specie, del servizio di distribuzione del gas naturale.

In tal guisa è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo, per violazione dell'art. 117, secondo comma, lett. e), Cost., l'art. 69, comma 2, lett. a), della legge regionale n. 8 del 2018, che disapplicava sul territorio siciliano il sistema dei c.d. ambiti territoriali minimi per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas naturale, imposto dalla legislazione statale nel presupposto che la disciplina concernente le modalità dell'affidamento della gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica sia pienamente riferibile alla competenza legislativa statale in tema di "*tutela della concorrenza*", con la conseguenza che allo Stato spetta la disciplina del relativo regime, sia per i profili che incidono in maniera diretta sul mercato, sia per quelli connessi alla gestione unitaria del servizio. La deroga inopinatamente introdotta dalla disposizione impugnata all'art. 46-bis del d.l. n. 159 del 2007, come convertito, si è quindi posta in contrasto con l'art. 117, secondo comma, lett. e), in quanto determina a un evidente effetto restrittivo sull'assetto competitivo del mercato di riferimento<sup>28</sup> giungendo, con il prolungamento implicito delle connessioni, al paradossale effetto di tutelare gestori che hanno da tempo ammortizzato gli investimenti e che quindi traggano benefici ulteriori dalla tariffa pagata dai cittadini.

La statuizione del Giudice delle leggi ha eliminato dall'ordinamento il tentativo del legislatore siciliano di derogare alla disciplina statale, epifenomeno di quella tendenza, recentemente declinata con nitore da Marcello Clarich, che manifesta l'opposizione crescente all'apertura dei mercati a livello nazionale ed a livello globale (ma che trova conferma anche a livello regionale) che incontra la regolazione, la quale determina che le "*idee e le certezze che hanno costituito i pilastri fondanti della regolazione economica da almeno un trentennio sono in crisi e le stesse democrazie liberali non sembrano in buona salute*"<sup>29</sup>. La sentenza riconduce, conseguentemente, l'ordinamento regionale siciliano a quello nazionale, consentendo così alle amministrazioni locali di procedere agli adempimenti previsti da una disciplina di liberalizzazione ormai risalente.

---

<sup>28</sup> A compendio della giurisprudenza costituzionale citata alla nota precedente si vedano anche le pronunce n. 119 del 2019, n. 65 del 2019, n. 173 del 2017, n. 287 del 2016, n. 285 del 2016, n. 160 del 2016, n. 30 del 2016, n. 32 del 2015, n. 165 del 2014, n. 125 del 2014, n. 134 del 2013 e n. 62 del 2012.

<sup>29</sup> Così M. CLARICH, *Alle radici del paradigma regolatorio dei mercati*, in *Rivista della regolazione e dei mercati*, 1/2020, 230 e ss.

2.2. Alla stregua del quadro normativo pur sinteticamente delineato le Amministrazioni comunali debbono quindi poter procedere alla celebrazione delle procedure ad evidenza pubblica secondo le previsioni della normativa statale da ultimo integrate giusta il d.m. 20 maggio 2015<sup>30</sup>.

L'articolato quadro normativo e regolamentare che disciplina il servizio pubblico della distribuzione del gas naturale, a seguito delle modifiche ed integrazioni apportate dal legislatore siciliano in sede di recepimento normativo - che in questa sede si è solo sinteticamente potuto illustrare - richiede quindi alle amministrazioni comunali di avviare tempestivamente le procedure di nuovo affidamento. Ciò corrisponde non solo all'esigenza di garantire il rispetto delle leggi, ma anche di conseguire positivi effetti patrimoniali e finanziari di non lieve momento sulle comunità amministrate.

Pur se resta la segnalata preoccupazione per le politiche di regolazione, anche nel settore del gas, che *“per ritornare in auge...devono imboccare il “corridoio stretto” i cui confini sono segnati da uno Stato forte e autorevole e da una società civile altrettanto forte e vigile”*<sup>31</sup>.

---

<sup>30</sup> I documenti ai quali occorre far riferimento per lo svolgimento della gara sono:

- a) il bando di gara con gli allegati;
- b) la lettera di invito ed il disciplinare di gara;
- c) lo schema di “Contratto di servizio”;
- d) le informazioni di cui all’articolo 9, comma 6 del regolamento sui criteri di gara per ciascuno dei Comuni dell’ambito territoriale.

La scelta del soggetto affidatario del servizio avverrà con il sistema dell’offerta economicamente più vantaggiosa, determinata in base ai sotto elencati elementi di valutazione, da valutarsi con punteggio nei limiti massimi predeterminati e sulla scorta di adeguata ponderazione:

- della documentazione legislativa e normativa del settore;
- delle informazioni di base relative al comune ed all’A.T.E.M. di cui fa parte;
- di valutazioni di carattere legale;
- della determinazione dei Vincoli di Ricavo della Distribuzione (V.R.D.);
- del ricavo di competenza del proprietario della rete (compreso nel V.R.D.);
- della stima (su base parametrica) del valore di riscatto della rete.

<sup>31</sup> Così ancora M. CLARICH, *op. ult. cit.*

# La tutela del diritto alla salute mentale dei detenuti nel recente approdo costituzionalmente orientato della Consulta

Francesco Perchinunno

**ABSTRACT** [ITA]: Nel delicato quadro di tutela della salute delle persone sottoposte a misure restrittive, particolare criticità riveste la disciplina dei profili correlati alla salute mentale dei detenuti. La protezione della salute è un diritto umano e costituzionale, meritevole di tutela in condizioni di parità di trattamento fra soggetti liberi e detenuti. La salute mentale, in particolare, deve essere difesa dalle insidie legate alla particolare natura del carcere, luogo in cui la persona patisce la compressione dei diritti individuali, determinata dalla sofferenza di vivere nella costrizione e nell'assenza dei diritti che caratterizzano la vita quotidiana. Nel delicato approccio tra carcere e tutela della salute mentale dei detenuti, da più parti è stata ravvisata l'esigenza di proporre che la presa in carico delle persone con disturbo psichiatrico debba avvenire di regola al di fuori del carcere, ossia nel territorio, al pari dei soggetti che godono della libertà personale. In questo quadro di auspicii, si colloca il recente approdo operato dalla Corte costituzionale che ha identificato la detenzione domiciliare come uno strumento capace di offrire sollievo alle persone sofferenti più gravi, per i quali la permanenza in carcere provoca un tale livello di sconforto da ferire il senso di umanità e la dignità della persona.

**ABSTRACT** [ENG]: *In the context of people's health protection, the management of profiles related to the mental health of prisoners is particularly critical. Since as the health protection is an human and constitutional right, we need to give no difference in management of both free and prisoners. Mental health of prisoners is compromised by restrictions during detention because rights exercised every day are strongly limited. In order to protect the mental health of prisoners, we need to propose a model based by clinical care of psychiatric disorders outside of prison, as well as it occurs for not-detained people. Based on these findings, to preserve dignity of such persons, the sentence of Constitutional Court about home detention plays a crucial role. It is considered an efficient tool for reducing discomfort in health-compromised subjects under detention and for improving their quality of life.*

**SOMMARIO:** **1.** La dignità della persona: nucleo essenziale dei diritti fondamentali. - **2.** La tutela del diritto alla salute delle persone sottoposte a restrizione. - **3.** Il nuovo approdo della Consulta: i tratti peculiari della sentenza n.99/2019. - **4.** La sentenza n. 99 del 2019 e il contributo della Corte costituzionale all'estensione dell'applicabilità della detenzione domiciliare 'in deroga' ai casi di grave infermità psichica. - **5.** I recenti rilievi critici della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo in termini di "celerità" e "ragionevole diligenza". - **6.** Riflessioni conclusive.

## **1. La dignità della persona: nucleo essenziale dei diritti fondamentali.**

Le recenti pronunce della CEDU e della Corte costituzionale ripropongono all'attenzione il delicato tema della contemperazione tra le esigenze di sicurezza della collettività e la necessità di garantire il diritto alla salute delle persone detenute. Il tema si colloca nel quadro dei diritti e doveri civili e dei valori fondamentali posti a tutela della persona umana, e il contributo offerto dalle Carte costituzionali negli ordinamenti contemporanei costituisce un imprescindibile punto di riferimento, soprattutto nella consacrazione dell'indissolubile binomio tra la dignità e la libertà della persona. Sul punto, è stato autorevolmente evidenziato che i diritti fondamentali si fondano proprio sulla dignità umana e, in tal senso, non è corretto far discendere la dignità umana dal riconoscimento di diritti inviolabili<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Così, A. BARBERA, *Un moderno "Habeas Corpus"?*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 27 giugno 2013. L'Autore evidenzia come attorno ai valori della persona siano tuttavia presenti corrispondenti punti di debolezza e di forza nello stesso tempo.: mentre i classici diritti di libertà si basano su puntuali fattispecie (manifestare un pensiero, riunirsi, associarsi ecc.), i nuovi diritti della persona privilegiano la tecnica dei "principi" rispetto a quella delle "regole analitiche"; i valori della persona, poi, sono assunti secondo uno "schema aperto" e l'interpretazione delle norme che abbiano come punto di riferimento i valori della persona deve necessariamente rispondere alle esigenze del "caso" sottoposto a giudizio, secondo principi di "ragionevolezza" e "proporzionalità", così tracciando un circolo ermeneutico che muove dal caso stesso al diritto e non, come di solito, in modo deduttivo, dal diritto al caso da decidere. Per un inquadramento dei diritti inviolabili, si rinvia a A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, in *Enc. giur.*, vol. XI, Roma, p.10 ss.; P. BARILE, *Le libertà nella Costituzione*, Cedam, Padova, 1966; Id., *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Il Mulino, Bologna, 1984; S. RODOTÀ, *Diritti e libertà nella storia d'Italia. Conquiste e conflitti. 1861-2011*, Roma, Donzelli, 2017; R. NANIA, P. RIDOLA, (a cura di), *I diritti costituzionali*, vol. 2, II ed., Torino, 2006; M. AINIS-T. MARTINES,

E ciò in considerazione del fatto che la dignità, come diritto della persona, non può essere sottoposta ad un giudizio di bilanciamento con altri diritti<sup>2</sup>. Infatti, sin dai lavori dell'Assemblea costituente fu messa in luce, durante il dibattito, l'esigenza di caratterizzare la Carta costituzionale per un ineludibile "senso di umanità". Nel corso della discussione generale fu evidenziato che tra i valori "ve n'è uno che differenzia da ogni altro il progetto di nostra Costituzione e ne annuncia la nota caratteristica e dominante: è il senso umano che intimamente e profondamente lo pervade...l'uomo, ha agito da criterio uniformatore e da principio coordinatore", *in primis*, il suo diritto ad una vita dignitosa<sup>3</sup>.

La Carta costituzionale nasce come il prodotto delle aspirazioni prevalenti della nostra Nazione, come tale non poteva non tener conto della profonda avversione nei

---

*Codice costituzionale*, Ed. Laterza, Bari, 2001, p.1-994; P. F. GROSSI, *Il diritto costituzionale tra principi di libertà ed istituzioni*, Cedam, Padova, 2005, p.1 ss.

<sup>2</sup> Per una disamina dei profili costituzionali del concetto di dignità, cfr., P. F. GROSSI, *La dignità nella Costituzione italiana*, in *Dir. Soc.*, I, p. 32 ss.; A. RUGGERI, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in coll. con A. Spadaro, *Intervento al Seminario su "Libertà e giurisprudenza costituzionale"*, Ferrara 21 giugno 1991, a cura di V. Angiolini, Giappichelli, Torino 1992, p. 221 ss.; Id. *La dignità dell'uomo e il diritto ad avere diritti (profili problematici e ricostruttivi)*, in [www.consulta.org](http://www.consulta.org), 2018, estratto II fasc.; V. BALDINI, *Il paradosso della dignità umana e la cultura costituzionale (in riferimento all'ermeneutica giurisprudenziale)*, in *Il certo alla prova del vero il vero alla del certo – certezza e diritto in discussione*, a cura di G. Limone, Milano, Giuffrè, 2008; Id. *La dignità umana tra approcci teorici ed esperienze interpretative*, in *Rivista AIC*, 2013, fasc. 2; pp. 1-10; Id., di recente, *Dignità umana e normativa emergenziale: (in)osservanza di un paradigma formale o (colpevole...) elusione di un parametro (anche) sostanziale? Aspetti problematici di un difficile equilibrio*, in questa Rivista, 2/2020; P. F. GROSSI, *La dignità nella Costituzione italiana*, in *Dir. soc.*, 2008, I, p. 32 ss.; G. ALPA, *Dignità personale e diritti fondamentali*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, p.21 ss.; F. POLITI, *Il rispetto della dignità umana nell'ordinamento europeo*, in S. MANGIAMELI (a cura di), *L'ordinamento europeo, vol. 1, I principi dell'Unione*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 43-87; V. TONDI DELLA MURA, *La solidarietà fra etica ed estetica. Tracce per una ricerca*, in *Scritti in onore di Angelo Mattioni*, Vita e Pensiero, Milano, 2011, p. 657- 674; A. OCCHIPINTI, *Tutela della vita e dignità umana*, Utet, Torino, 2008.

<sup>3</sup> Cfr., seduta dell'Assemblea costituente del 5 marzo 1947 (discussione generale del progetto di Costituzione della Repubblica italiana). Inoltre, nella seduta del 9 settembre 1946, Giuseppe Dossetti presentò un ordine del giorno, nel quale si affermava l'antioriorità dell'uomo rispetto allo Stato. Su quest'affermazione si registrò la significativa convergenza di Palmiro Togliatti, che affermò come la dottrina marxista, da lui professata, sostenesse che lo Stato dovrà, ad un certo punto, scomparire, mentre sarebbe assurdo pensare che, assieme ad esso, scomparirà la persona umana. Il riconoscimento della dignità umana come valore prioritario, anteriore allo Stato, e non dipendente da questo, è stato ben presente nei lavori dell'Assemblea costituente. Così, G. SILVESTRI, *La dignità umana dentro le mura del carcere*, in *Rivista AIC*, 2014, fasc. 2, p. 1. In tema di dignità per le persone sottoposte a restrizione carceraria, si v. il pensiero di M. RUOTOLO, *Dignità e carcere*, Editoriale scientifica, Coll. *Diritto penitenziario e Costituzione*, Napoli, 2014, *Id.*, *Sicurezza, dignità e lotta alla povertà*, Editoriale scientifica, Coll. *CRISPEL*, Sezione di diritto pubblico italiano ed europeo, Studi e Ricerche, Napoli, 2012. L'Autore pone al centro di tutto la "sicurezza dei diritti" evidenziando come la ricostruzione del quadro costituzionale, nelle sue evoluzioni ed applicazioni pratiche, consenta di individuare le soluzioni pratiche più coerenti. Se è vero che punire vuol dire riaffermare il diritto, ciò non può implicare il sacrificio della dignità del detenuto: essa è un limite al carcere, non il contrario.

confronti di qualsiasi forma di Stato in grado di vulnerare nuovamente la sfera dei naturali diritti della persona umana. La consacrazione dei diritti della persona nel quadro normativo costituzionale, caratterizzata dal principio di massima espansione delle libertà e dei diritti fondamentali, si arricchisce nella scelta di prevedere un recinto di limiti, generali e particolari, esplicitamente fissati dalle stesse norme di rango costituzionale. In questo quadro, l'art. 2 Cost. rappresenta la matrice e la garanzia dei diritti fondamentali, intesa come norma "a fattispecie aperta"<sup>4</sup>, atteso che la struttura delle norme costituzionali in generale è così duttile, pur nel suo rigore precettivo, da adattarsi continuamente alle trasformazioni dei tempi e da rendere possibili nuove interpretazioni e nuove applicazioni<sup>5</sup>. L'armonia che

<sup>4</sup> Come noto è stato molto acceso il dibattito sull'inquadramento giuridico dell'art. 2 Cost., animato da contrapposte tesi. La prima, di natura "estensiva", secondo la quale la norma non esaurisce la sua potenzialità con il richiamo ai soli diritti dell'uomo espressamente previsti nella Carta costituzionale, dovendo essere interpretata come una "clausola aperta" potenzialmente riconducibile ad ogni situazione di libertà posta a tutela della persona umana. L'altra, diametralmente opposta, di tipo "riduttivo", secondo cui l'art. 2 costituirebbe una norma riassuntiva dei diritti di libertà contenuti nel dettato costituzionale e sarebbe caratterizzata come una "clausola di chiusura" che diventa ostativa ad una interpretazione della norma, come un "contenitore" di tanti altri diritti naturali che non hanno trovato collocazione nel testo costituzionale. L'opinione che ha prevalso è stata quella "estensiva", atteso che "considerando l'art. 2 una clausola aperta ed elastica è possibile dare spazio ai nuovi diritti di cui la costruzione materiale consenta l'emersione". Particolarmente incisivo fu l'apporto di Augusto Barbera nel senso di ritenere la sussistenza di una disposizione a fattispecie aperta, "un principio che non si esaurisce nelle libertà espressamente garantite ma in grado di ricomprendere tutte le nuove domande di libertà che vengono fatte proprie dalla coscienza sociale e progressivamente riconosciute attraverso l'azione della giurisprudenza o del legislatore ordinario", cfr. A. BARBERA, F. COCOZZA, G. CORSO, *Le libertà dei singoli e delle formazioni sociali. Il principio di eguaglianza*, in G. AMATO-A. BARBERA (a cura di), Il Mulino, Bologna, 1986, spec. p. 207. Cfr., altresì, A. BARBERA, *Commento all'art. 2 Cost.*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1975, p. 50 ss.; P. F. GROSSI, *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, Cedam, Padova, 1972; R. G. RODIO, *Difesa giudiziaria e ordinamento costituzionale*, Cedam, Padova, 1990, spec., pag. 9. *Contra*, in seno ad un dibattito ormai superato, la dottrina italiana aveva dapprima sposato la tesi della fattispecie "chiusa", evidenziando come nella concezione dell'art. 2 come clausola di apertura al "diritto naturale", gli istituti della libertà, ancorati ad un diritto naturale, estraneo all'esperienza giuridica contemporanea, assumano connotati talmente labili e soggettivi da scomparire nella nebbia dell'incertezza del diritto. Il rifiuto della tesi estensiva si fondava sia sul difetto di ogni base positiva (né la lettera dell'art. 2 né altre norme costituzionali la sorreggono), sia e soprattutto perché "tutte le libertà che abbiamo chiamato aggiuntive rampollano dal tronco di quelle che si leggono in Costituzione". In tal senso, P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna 1984, 54. La dottrina che ritiene l'art. 2 una "fattispecie chiusa", ossia riassuntiva dei diritti enunciati dal testo fondamentale, non sostiene affatto la «pietrificazione del catalogo dei diritti costituzionali», quanto piuttosto che di essi debba darsi una lettura aggiornata, nel rispetto però dell'articolato costituzionale. Cfr., *inter alios*, A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, Parte generale, III ed., Padova 2003.

<sup>5</sup> Sulla complessa e reiterata opera di bilanciamento operata dalla Corte, cfr., A. MORRONE, *Bilanciamento (giustizia costituzionale)*, in *Enc. dir.*, Annali, vol. II, tomo II, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 185-204; *Id.*, *Diritti contro diritti nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, L. CALIFANO (a cura di), *I diritti fondamentali nella giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino, pp. 89-107; cfr. anche, A. BARBERA, *Le basi*

contraddistingue le disposizioni costituzionali ha spesso impegnato la dottrina costituzionalistica in un lavoro interpretativo “sistematico”, anche per ovviare all’apparente carenza – in termini di previsione letterale - dei valori radicati nell’essenza della persona umana, primo fra tutti il “diritto alla vita”.

Ciononostante, non può parimenti essere sottaciuto il contributo offerto dalla giurisprudenza costituzionale per il consolidamento delle garanzie dei diritti fondamentali della persona, per la loro effettività<sup>6</sup> e tutela multilivello<sup>7</sup>, rivelatosi nel tempo determinante, in seno all’opera di bilanciamento dei valori costituzionali operata dai giudici della Consulta<sup>8</sup>.

---

*filosofiche del costituzionalismo*, Ed. Laterza, Bari, 2019; A. BALDASSARRE, *Le ideologie costituzionali dei diritti di libertà*, in *Dem. dir.*, 1976, 291 ss.; A. RUGGERI, *Giurisprudenza costituzionale e valori*, (Intervento al Seminario su Efficacia e modificazione dei valori costituzionali, organizzato dal Club dei Giuristi), Roma 9 maggio 1997, in *Dir. pubbl.*, 1/1998, 1 ss.; O. CHESSA, *Bilanciamento ben temperato o sindacato esterno di ragionevolezza? Note sui diritti inviolabili come parametro del giudizio di costituzionalità*, in Corte costituzionale e processi di decisione politica, Atti del Seminario (Otranto, 4-5 giugno 2004), di V. TONDI DELLA MURA, M. CARDUCCI, R. G. RODIO (a cura di), Giappichelli, Torino, 2005.

<sup>6</sup> In tema di effettività dei diritti fondamentali, cfr., A. PACE, *Dai diritti del cittadino ai diritti fondamentali dell’uomo*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it). L’Autore evidenzia come, in più occasioni, la Corte abbia sottolineato che i «doveri inderogabili di solidarietà richiamati dallo stesso art.2 Cost.» incombono sull’«autorità giudiziaria deputata dalle leggi ordinarie a dare effettiva tutela ed esercizio ai diritti umani. I principi supremi hanno natura “irriducibile al normativo”, ma dovrebbe essere chiaro che la natura prenormativa spetta ai valori, prima della traduzione in principi e che questi ultimi invece non sfuggono alla “giustiziabilità” e neppure alla c.d. mediazione legislativa che “costituisce anch’essa un valore costituzionale”, in tal senso, *Id.*, *Metodi interpretativi e costituzionalismo*, in *Quad. cost.* 1/2001; cfr. anche, G. SILVESTRI, *L’effettività e la tutela dei diritti fondamentali nella giustizia costituzionale*, Editoriale scientifica, 2009.

<sup>7</sup> Sul punto, è stato evidenziato che “La tutela dei diritti impegna più ordinamenti, quello nazionale, quello comunitario, quello internazionale, costituendo, soprattutto per questi ultimi, una sorta di baluardo della società occidentale nella difesa di un patrimonio di valori comuni. I tre ordinamenti non solo operano su livelli diversi, sia pure con diverso grado di integrazione o, talora, di interferenza, ma, soprattutto nella tutela dei diritti dell’uomo, operano in base a differenti *rationes*, con differenti strumenti di tutela, dotati a loro volta di un diverso grado di effettività”, Così P. BILANCIA, *Le nuove frontiere della tutela multilivello dei diritti*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it); sulla tutela multilivello dei diritti, cfr. inoltre, P. BILANCIA, *“Nuovi diritti” e “tutela multilivello dei diritti”*, in *L’ordinamento della Repubblica. Le Istituzioni e la Società*, Wolters Kluwer-Cedam, 2014, *Id.* *Le nuove frontiere della tutela multilivello dei diritti. La tutela multilivello dei diritti. Punti di crisi, problemi aperti, momenti di stabilizzazione*, Atti del Convegno (Milano, 4 aprile 2003), Giuffrè, 2004; P. BILANCIA e F.G. PIZZETTI, *Aspetti e problemi del costituzionalismo multilivello*, Milano, Giuffrè, 2004. Cfr., sul punto, le considerazioni di M. RUOTOLO, *Sul problema dell’effettività della tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti*, in *Giur. Cost.*, 2012, p. 684 ss.

<sup>8</sup> Per un’indagine approfondita sul lascito giurisprudenziale della Consulta, si v., M. RUOTOLO, *Tra integrazione e maieutica: Corte costituzionale e diritti dei detenuti*, in *Rivista telematica dell’Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), fasc. 3/2016, p. 1 ss.; A. MORRONE, *Il diritto costituzionale nella giurisprudenza*, Cedam, Padova, 2018, p.1-374; A. LOIODICE, *La Corte costituzionale fra tecnica giuridica e contatti con la politica*, in *La Costituzione tra interpretazioni e istituzioni*, (a cura di) A. LOIODICE, P. GIOCOLI NACCI, Cacucci, Bari, 2004; R. G. RODIO, *L’evoluzione della Corte Costituzionale, in particolare negli ultimi quindici anni di esperienza regionale*, in BARTOLE, SCUDIERO E LOIODICE (a cura

In occasione dei ricorrenti approdi operati dalla Consulta, infatti, era stata offerta una definizione della dignità della persona umana come “valore costituzionale che permea di sé il diritto positivo” e che deve necessariamente incidere nel lavoro interpretativo di ogni precetto normativo che evoca il “comune sentimento della morale”<sup>9</sup>. La *supremitas* della dignità la innalza a criterio di bilanciamento di valori, impedendo che venga ridimensionata per effetto di un bilanciamento, essa “non è effetto di un bilanciamento, ma è la bilancia medesima”<sup>10</sup>. La Corte ha ribadito, in molteplici occasioni, l’obbligo di tenere sempre alte le barriere contro le violazioni del principio personalistico e del principio «solidaristico-sociale», affermando che la Costituzione mette in primo piano i diritti fondamentali della persona umana, da preservare nella sua dignità e nella sua condizione di parità giuridica da ogni possibile strumentalizzazione, anche se finalizzata all’affermazione di interessi costituzionalmente apprezzabili<sup>11</sup>. Tra i diritti fondamentali della persona v’è

---

di), *Regioni e Corte Costituzionale*, Franco Angeli Ed., Milano, 1988, p. 255 ss.; S. MANGIAMELI, *Il contributo dell’esperienza costituzionale italiana alla dommatica europea della tutela dei diritti fondamentali*, in *Corte costituzionale e processo costituzionale, nell’esperienza della rivista «Giurisprudenza costituzionale» per il cinquantesimo anniversario*, Giuffrè, Milano, 2006; A. LOIODICE – P. GIOCOLI NACCI, *Costituzione italiana* (Annotata con indicazioni bibliografiche e giurisprudenza della Corte Costituzionale), Cacucci, Bari, 1991; V. TONDI DELLA MURA, *Lavoro di classificazione della bibliografia e delle sentenze della Corte costituzionale per la redazione della Costituzione italiana annotata con indicazioni bibliografiche e giurisprudenza della Corte costituzionale*, (a cura di) LOIODICE - GIOCOLI NACCI, Cacucci, Bari, 1991; M. LUCIANI, *Diritti sociali e diritti di libertà nella tradizione del costituzionalismo*, in *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti costituzionali*, a cura di R. ROMBOLI, Giappichelli, Torino, 1994, p. 90 ss.; F. POLITI, *Del concetto di Costituzione e dei principi fondamentali della costituzione repubblicana*, in *Scritti in onore di Michele Scudiero*, Jovene, Napoli, 2008.

<sup>9</sup> Per tutte, C. cost., sent. 17 luglio 2000, n. 293, in *Giur. cost.* 2000, p. 2239 ss. Con riguardo all’art. 21, sesto comma, Cost., la Corte affermò che “solo quando la soglia dell’attenzione della comunità civile è colpita negativamente, e offesa, dalle pubblicazioni di scritti o immagini con particolari impressionanti o raccapriccianti, lesivi della dignità di ogni essere umano, e perciò avvertibili dall’intera collettività, scatta la reazione dell’ordinamento”. La libertà di pensiero, come altre libertà, deve essere concepita come presidio del bene fondamentale della dignità umana.

<sup>10</sup> In tal senso, G. SILVESTRI, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it).

<sup>11</sup> Particolare interesse ha suscitato la sentenza: C. cost., 9 maggio 2013, n. 85, in *Giur. cost.*, 2013, 1478 ss. A commento della pronuncia, si veda: R. BIN, *Giurisdizione o amministrazione, chi deve prevenire i reati ambientali? Nota alla sentenza “Ilva”*, *ivi*, pp. 1505 ss. Tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e, pertanto, non è possibile individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. La tutela deve essere sempre «sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro» (sentenza n. 264 del 2012). Il rischio, opinando diversamente, condurrebbe, a parere della Corte, ad una illimitata espansione di uno dei diritti, “che diverrebbe “tiranno” nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona”. Secondo l’Autore, la Corte costituzionale, in questa sentenza,

senz'altro quello alla salute (art. 32 Cost.). Tra i profili applicativi, appare prioritario assicurare condizioni dignitose e rispettose dei diritti umani nelle carceri, in conformità ai menzionati valori costituzionali e agli obblighi internazionali di garantire condizioni di detenzione rispettose della dignità umana e preservare i soggetti ristretti da pene e trattamenti disumani. Il sistema di garanzie delineato dalle suindicate fonti implica che la sanzione detentiva costituisca una limitazione, ma non la privazione dei diritti di libertà della persona, sicché, anche durante l'esecuzione di una misura limitativa della libertà, la dignità della persona dev'essere protetta. Se può accettarsi che, per motivi di sicurezza, siano adottate limitazioni alla libertà personale, non si potrà mai accettare che il valore e la dignità della persona, nel suo complesso, possano essere compresse per effetto della restrizione in carcere, tantomeno invocando, quale fondamento, il disvalore degli atti delittuosi compiuti dal detenuto<sup>12</sup>. Occorre affermare con fermezza che ogni forma di eliminazione o compressione della dignità di una persona incide fortemente sulla sua qualità di vita<sup>13</sup>.

## **2. La tutela del diritto alla salute delle persone sottoposte a restrizione.**

Profili di indubbia criticità, come accennato, emergono nel quadro afferente alla tutela giuridica della persona sottoposta a detenzione carceraria, trattandosi di condizione che oggettivamente priva o riduce l'ambito applicativo dei diritti di libertà, pur permanendone la titolarità<sup>14</sup>. Ma la separatezza dell'universo carcerario e

---

sostiene che il bilanciamento tra interessi concorrenti di rilievo costituzionale, è la proiezione, sul piano dei diritti fondamentali, della possibile sovrapposizione di funzioni assegnate a organi diversi che, trovandosi a percepire il rischio di una lesione di diritti o beni costituzionalmente e penalmente protetti, provvedono alla loro conservazione cautelare.

<sup>12</sup> Sul punto, giova richiamare quanto affermato dalla Corte costituzionale, (sentenza 24 giugno 1993, n. 349) secondo cui: «la sanzione detentiva non può comportare una totale ed assoluta privazione della libertà della persona; ne costituisce certo una grave limitazione, ma non la soppressione. Chi si trova in stato di detenzione, pur privato della maggior parte della sua libertà, ne conserva sempre un residuo, che è tanto più prezioso in quanto costituisce l'ultimo ambito nel quale può espandersi la sua personalità individuale».

<sup>13</sup> Per una disamina approfondita ed esauriente delle "coordinate costituzionali" che interessano il tema dei detenuti, si v., M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Torino, Giappichelli, 2002; *Id.*, *I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*, con S. TALINI, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017;

<sup>14</sup> Un recente studio ha sottoposto ad accurata disamina il binomio salute-sicurezza nei luoghi di detenzione. Si v. A. MASSARO, *Salute e sicurezza nei luoghi di detenzione: coordinate di un binomio complesso*, in *La tutela*

la necessità di una “giusta pena” non possono comportare, per la popolazione carceraria, la perdita della facoltà di esercizio dei propri diritti o il semplice mantenimento della loro titolarità<sup>15</sup>.

La cornice di principi costituzionali delineata in premessa ed in particolare il richiamato art. 2, in uno con il rilievo costituzionale della “dignità della persona umana” e con la complessa e articolata struttura dell’art.13 Cost., impediscono di considerare la struttura carceraria come luogo in cui vige un regime di extraterritorialità rispetto alle garanzie fondamentali assicurate dallo Stato<sup>16</sup>. Si tratta

---

*della salute nei luoghi di detenzione un’indagine di diritto penale intorno a carcere, REMS e CPR. L’A. evidenzia come detto binomio si sviluppi «secondo una trama di relazioni indubbiamente intricata e complessa, alla quale fa da sfondo l’impressione di confrontarsi con categorie talmente generali da dissolversi nelle maglie dell’indeterminatezza, offrendo una copertura concettuale e sistematica rassicurante solo in apparenza. La sicurezza, la dignità e la salute, in effetti, individuano concetti perennemente in bilico tra la consistenza di principi e/o valori capaci (solo) di orientare la penna del legislatore e quella di diritti suscettibili (anche) di ottenere una tutela di tipo giurisdizionale». Occorre prendere le mosse dalla constatazione del carattere “eccezionale” della sicurezza penitenziaria, atteso che la limitazione coattiva della libertà personale «comporta, in maniera strutturale, l’applicazione di un regime complessivamente derogatorio rispetto a quello cui fanno riferimento i soggetti liberi» oltre al fatto che, all’interno del quadro detentivo “eccezionale”, «possono emergere regimi ulteriormente derogatori, modulati, almeno in certi casi, assecondando la diversa intensità delle esigenze di sicurezza».*

<sup>15</sup> In passato, i Giudici della Consulta, disquisendo sul dettato dell’art. 27, terzo co. Cost. (“*le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato*”) hanno evidenziato come le stesse fossero statuizioni di principio che si traducono non soltanto in norme e direttive obbligatorie rivolte all’organizzazione e all’azione delle istituzioni penitenziarie, ma anche in diritti di quanti si trovino in esse ristretti. In tal senso, «*l’esecuzione della pena e la rieducazione che ne è finalità - nel rispetto delle irrinunciabili esigenze di ordine e disciplina - non possono mai consistere in "trattamenti penitenziari" che comportino condizioni incompatibili col riconoscimento della soggettività di quanti si trovano nella restrizione della loro libertà*». La dignità della persona, ha aggiunto la Corte, «*il cui dato distintivo è la precarietà degli individui, derivante dalla mancanza di libertà, in condizioni di ambiente per loro natura destinate a separare dalla società civile - e dalla Costituzione protetta attraverso il bagaglio degli inviolabili diritti dell’uomo che anche il detenuto porta con sé lungo tutto il corso dell’esecuzione penale*». È questo l’indirizzo generale che ha inteso affermare il legislatore (a partire dall’art. 1, primo comma, della legge n. 354 del 1975) nell’intera disciplina dell’ordinamento penitenziario. Si tratta delle affermazioni di cui alla nota pronuncia 11 febbraio 1999, n. 26, in *Giur. cost.*, 1999, p. 176 ss. Sul tema, si rinvia a G. CONSO, *Manuale di diritto penitenziario*, Giuffrè, Milano; L. FILIPPI – G. SPANGHER, *Manuale di diritto penitenziario*, Giuffrè, Milano, 2011; M. CANEPA – S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, Giuffrè, Milano, 2010.

<sup>16</sup> Sia consentito rinviare la disamina più approfondita dell’art.13 Cost., quale presupposto logico e giuridico per l’esercizio di tutte le altre libertà garantite dalla Costituzione, a F. PERCHINUNNO, *La libertà personale in trasformazione. Genesi, itinerari e mutazioni*, Cacucci, Bari, 2020. È stato più volte evidenziato il carattere polivalente della nozione di tale libertà, ritenuta fattispecie a “schema aperto”, cfr. *ex multis*, A. BARBERA, *I principi costituzionali della libertà personale*, Giuffrè, Milano, 1967; P. F. GROSSI, *Il diritto costituzionale tra principi di libertà ed istituzioni*, Cedam, Padova, 2005, p. 1 ss.; G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967; Id., *Commento all’art. 13 Cost.*, in *Comm. Cost.* Branca, Bologna, 1977; P. CARETTI, *Libertà personale*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino 1994, pp. 231 ss.; Id., *La disciplina della libertà personale nei più recenti sviluppi legislativi*, in *Nuove dimensioni nei diritti di libertà. Scritti in onore di P. Barile*, Padova, 1990, pp. 235 ss.; A. PACE, *Libertà personale (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, vol. XXIV, Milano, 1974, pp. 287 ss.; G. VASSALLI, *La libertà personale nel sistema delle libertà costituzionali*, in *Scritti*

di garanzie che afferiscono ad aspetti fondamentali della detenzione e che sono oggetto di espressa tutela anche in numerose risoluzioni e raccomandazioni approvate dal Consiglio d'Europa, in particolare nelle regole penitenziarie europee; si tratta, però, di principi che giuridicamente non sono in via diretta vincolanti per gli Stati, sicché, concretamente, sono le leggi nazionali e le sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo a indirizzare gli Stati membri in materia di privazione di libertà<sup>17</sup>.

Come accennato, il difficile punto di equilibrio tra la tutela delle persone malate e la pena detentiva emerge nella ricerca di un corretto bilanciamento tra il diritto alla salute del condannato e il diritto-dovere dello Stato a fargli espiare la pena. Il lavoro interpretativo è reso particolarmente complesso e gravoso nella parte che investe il rapporto tra i principi sanciti dagli articoli 27 e 32 della Costituzione<sup>18</sup>; da un lato occorre aver riguardo al fatto che “le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato” e che, “la Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo” dall'altro, alla circostanza che “tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono

---

*giuridici in memoria di P. CALAMANDREI*, Padova 1958, pp. 363 ss.; Id., *Libertà personale dell'imputato e tutela della collettività*, in *Giust. pen.*, 1978, LXXXIII, p.1 ss.; G. CONSO, *La libertà provvisoria a confronto con le esigenze di tutela della collettività, ovvero la 'legge Reale' tra politica e diritto*, in *Giur. cost.*, 1980, XXV, pp. 470 ss.; A. DE CARO, *Libertà personale (profili costituzionali)*, in *Dig. disc. pen.*, 2005, Agg., vol. III, Utet, Torino, 2005; L. ELIA, M. CHIAVARIO, (a cura di), *La libertà personale*, Utet, Torino 1972; C. FIORIO, *Libertà personale e diritto alla salute*, Cedam, Padova, 2002, p. 9-10.

<sup>17</sup> In attuazione del decreto legislativo 2 ottobre 2018 n. 123, si valorizza il ruolo del servizio sanitario nazionale all'interno degli istituti, potenziando l'assistenza all'interno delle carceri e garantendo ai detenuti prestazioni tempestive, visita medica del detenuto all'ingresso in istituto e continuità dei trattamenti sanitari in corso. Particolare incidenza ha il disposto dell'art. 11 della legge 354/1975 (Ordinamento penitenziario) modificato dal d.l. 2 ottobre 2018, n. 123.

<sup>18</sup> Sul punto, cfr. A. MASSARO, *Salute e sicurezza nei luoghi di detenzione: coordinate di un binomio complesso*, op. cit., p. 27 ss. Secondo l'A., impostando i rapporti nei termini di un conflitto tra diritti (o principi) fondamentali e appellandosi anzitutto al rimedio del bilanciamento, si perverrebbe a una sorta di “scontro tra titani”, trattandosi di diritti dotati di una forza di resistenza particolarmente significativa, sia pur caratterizzata da situazioni giuridiche e valori sottesi di matrice differente. L'adeguatezza del giudizio di bilanciamento si manifesta per lo meno dubbia, trattandosi di “principi-valori tanto evocativi sul piano assiologico quanto sfuggenti su quello definitorio” e per la particolare natura del diritto alla salute, unitaria e “indipendente dallo status di libero o di ristretto del soggetto che ne è titolare”. Sicché, l'elemento variabile è rappresentato dalle esigenze di salute “di cui è portatore il soggetto sottoposto a limitazioni della libertà personale rispetto a colui che non si trovi nella medesima condizione”; mentre, «la dimensione “astratta” del diritto alla salute, per contro, non subisce variazione alcuna, né per ciò che attiene al suo contenuto né sul versante della sua “non bilanciabilità” per ragioni di sicurezza». L'apporto operato dalla Corte EDU ha poi evidenziato un approccio cauto a quelle ipotesi di violazioni del diritto alla salute nei confronti di soggetti detenuti in regime di c.d. carcere duro, «restituendo l'impressione di un non esplicito (e dunque più insidioso) bilanciamento all'esito del quale abbiano la meglio le esigenze di sicurezza...Il primo argine in grado di contenere il rischio in questione è rappresentato da una più chiara definizione dei “diritti dei detenuti”, mantenendo sempre salda la sia pur banale considerazione per cui un diritto è tale in quanto (e solo se) è suscettibile di una tutela giurisdizionale».

uguali davanti alla legge” e coloro che subiscono una condanna, hanno il dovere di scontarla, così come lo Stato ha l’obbligo di metterla in esecuzione<sup>19</sup>.

Il nostro ordinamento, contrassegnato dal primato della legge, presenta apprezzabili spazi di coesistenza tra legalità e garantismo, se si pensa alla facoltà - per motivi di salute - di consentire il rinvio nell’esecuzione della pena e all’ammissione a misure restrittive alternative alla detenzione in carcere. In tal senso convergono due articoli del Codice penale, l’art.146 (sottoposto alla modifica operata dalla legge n.231/99) e l’art.147. Nello specifico, l’articolo 146 prevede il “rinvio obbligatorio dell’esecuzione della pena” quando il condannato è affetto da A.I.D.S. conclamata, o da grave deficienza immunitaria, o da altra malattia particolarmente grave per effetto della quale le sue condizioni di salute risultano incompatibili con lo stato di detenzione. Le ipotesi di incompatibilità sussistono quando la persona è in una fase della malattia così avanzata da non rispondere più (secondo le certificazioni del Servizio sanitario penitenziario o di quello esterno) ai trattamenti terapeutici praticati in carcere. L’art.147, inoltre, prevede il “rinvio facoltativo dell’esecuzione della pena” per “chi si trova in condizioni di grave infermità fisica”.

In assenza di esplicite previsioni normative in ordine all’esatta portata del concetto di “grave infermità fisica” si è fatto ricorso al contributo della giurisprudenza, spesso intriso di elementi contraddittori. Sul punto, tale condizione è stata individuata nell’ipotesi della malattia che conduca la persona alla morte, senza possibilità di cura; mentre non è stata ritenuta da sola sufficiente la presenza di una “malattia cronica irreversibile”, essendo necessario che le condizioni fisiche del malato siano tali da poterne escludere la pericolosità. Di contro, altre pronunce hanno vincolato la concessione del differimento alla possibilità della regressione della malattia, quale effetto di trattamenti terapeutici praticati in stato di libertà. Un’interpretazione della citata norma improntata ad un senso di maggiore umanità ha ritenuto di accludere tra gli elementi idonei a determinare l’effettiva gravità delle condizioni fisiche, oltre al precitato “rischio di morte”, anche quello della malattia che “cagioni altre rilevanti conseguenze dannose”<sup>20</sup>.

Con altra pronuncia della Suprema Corte del 1994 è stato statuito che “la guaribilità o reversibilità della malattia non sono requisiti richiesti dalla normativa

---

<sup>19</sup> Cfr., sul principio in esame, A. BONOMI, *Il diritto/dovere alla rieducazione del detenuto condannato e la libertà di autodeterminazione: incontro o scontro?* in questa Rivista, fasc. 1/2019, 3 marzo 2019, pp. 1-13; Id. A. BONOMI, *Status del detenuto e ordinamento costituzionale. Le tecniche di bilanciamento nella giurisprudenza del giudice delle leggi*, in *Profili di innovazione*, coll. diretta da R.G. RODIO E V. TONDI DELLA MURA, Bari, Cacucci, 2019.

<sup>20</sup> Cass. Pen., Sez. VI, sentenza n. 1361 del 27 settembre 1986.

vigente in tema di differimento dell'esecuzione della pena, per la cui concessione è sufficiente che l'infermità sia di tale rilevanza da far apparire l'espiazione in contrasto con il senso di umanità cui fa riferimento l'articolo 27 della Costituzione"<sup>21</sup>.

Il lavoro esecutivo senza dubbio più arduo - contrassegnato da una maggiore restrizione applicativa del beneficio della sospensione nell'esecuzione della pena - va registrato nelle ipotesi di infermità psichica. Volgendo lo sguardo all'ordinamento penitenziario italiano e all'apparato normativo che regola la disciplina degli istituti di reclusione e la loro organizzazione, occorre evidenziare, sin dall'art.1, la natura e le finalità dei trattamenti penitenziari, ispirati da uno spirito umanitario, nel rispetto della dignità della persona, nella piena imparzialità e senza alcuna discriminazione di sorta; ad ogni persona privata della libertà, dovranno sempre essere garantiti i diritti fondamentali e la loro effettività<sup>22</sup>.

L'attenzione della Corte costituzionale, di recente, si è orientata sulla categoria di provvedimenti giurisdizionali denominati "*misure alternative alla detenzione*" - disciplinati al capo VI della legge sull'Ordinamento penitenziario - con particolare riguardo alla misura della "detenzione domiciliare". La Corte costituzionale, infatti, in svariate pronunce ha richiamato la sussistenza di una serie di limiti che, connessi alla tutela di valori di rilevanza costituzionale, possono entrare in conflitto con i suindicati diritti di libertà delle persone sottoposte a restrizione; ciò ha reso di complessa attuazione l'auspicata esigenza di un equilibrato bilanciamento tra libertà e diritti fondamentali di matrice costituzionale<sup>23</sup>.

<sup>21</sup> Cass. pen., Sez. I, sentenza n. 2080 del 7 luglio 1994.

<sup>22</sup> Cfr. l'art. 1 della legge 26 luglio 1975 n. 354 (pubblicata nella Gazzetta Ufficiale del 9 agosto 1975 n. 12, S.O.). Cfr., sul punto, D. VALIA, *I diritti del recluso*, in *Rass. penit. crim.*, 1999, III, p.1-64; G. SCARDACCIONE, *Alcune considerazioni criminologiche sul trattamento come previsto dalla legge 26 luglio 1975, n. 354*, in *Rass. Studi Pen.*, 1978, p. 359. Il nodo salute mentale-carcere è aggravato anche dal diverso trattamento penale (il cosiddetto "doppio binario") cui possono essere sottoposti gli autori di reato con problematiche psichiatriche. Alcuni (i cosiddetti "folli rei"), giudicati non-imputabili per vizio di mente (totale o parziale) e perciò prosciolti potevano essere però sottoposti a misura di sicurezza in Ospedale Psichiatrico Giudiziario (OPG), prima della legge 81/2014 che ha chiuso gli OPG. Oggi, invece, i prosciolti sono avviati al nuovo articolato sistema di presa in carico territoriale, di cui fanno parte le Residenze per la Esecuzione della Misura di Sicurezza (REMS). Altri ancora, i cosiddetti "rei folli", giudicati imputabili e condannati al carcere, quando sviluppavano un disturbo psichiatrico grave o andavano incontro a un aggravamento di una precedente patologia, erano trasferiti in OPG; dopo la sua abolizione, i "rei folli" non godono della tutela cui avrebbero diritto, in assenza di una normativa chiara per stabilire la loro incompatibilità col carcere e indirizzarle a misure alternative a fine terapeutico.

<sup>23</sup> Si annotano, tra gli interventi operati dalla giurisprudenza costituzionale aventi ad oggetto il sindacato di legittimità costituzionale dell'art. 47-ter (*detenzione domiciliare*), la sentenza 19 novembre 1991, n.414, in *Giur. cost.*, 1991, p. 3540, con cui la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del precitato articolo, nella parte in cui "non prevede che la reclusione militare sia espia in detenzione domiciliare quando trattasi di persona in condizioni di salute particolarmente gravi che richiedono costanti contatti con i presidi sanitari territoriali". Con sentenza 12 giugno 2009 n. 177, in *Giur. cost.*, 2009, 1977, è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art.

Introdotta dalla legge 10 ottobre 1986, n. 663 (Modifiche alla legge sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà), la detenzione domiciliare è stata nel corso del tempo ampliata quanto all'ambito di applicazione e parzialmente ridisegnata nelle sue finalità, tanto da interventi del legislatore quanto da pronunce della stessa Corte costituzionale, rispondendo ad una logica unitaria e indivisibile (sentenze n.211 del 2018 e n.177 del 2009). Essa costituisce “non una misura alternativa alla pena”, ma una pena “alternativa alla detenzione o, se si vuole, una modalità di esecuzione della pena”, ed è accompagnata da “prescrizioni limitative della libertà, sotto la vigilanza del magistrato di sorveglianza e con l'intervento del servizio sociale” (ordinanza n.327 del 1989), così differendo dalla semplice scarcerazione del detenuto che consegue al rinvio dell'esecuzione della pena disposto sulla base degli artt. 146 e 147 cod. pen. Essa non significa, dunque, riduttivamente un ritorno a casa o tanto meno un ritorno

---

47-ter, commi 1, lettera a), seconda parte e 8, L. 26 luglio 1975, n. 354. Con riferimento alla declaratoria del precitato comma 8), la Corte ha individuato profili di illegittimità costituzionale in quella parte in cui la disposizione non limitava la punibilità, ai sensi dell'art. 385 cod. pen., al solo allontanamento superiore alle dodici ore, come stabilito dall'art. 47-sexies, co. 2, della medesima L. 354/1975, sul presupposto, (riveniente dall'art. 47-quinquies, co.1) che non sussista un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti. Analogamente, si è orientata la [sentenza 22 novembre 2018, n. 211](#), ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 47-ter, comma 1, lettera b), e 8, nella parte in cui non limita la punibilità, ai sensi dell'art. 385 cod. pen., al solo allontanamento che si protragga per più di dodici ore, come stabilito dall'art. 47-sexies, commi 2 e 4, della suddetta, sul presupposto, di cui all'art. 47-quinquies, comma 1, che non sussista un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti. Tra la copiosa letteratura sul tema, val bene richiamare sui profili generali del diritto alla tutela della salute: R. G. RODIO, *Il fondamento costituzionale del diritto alla salute*, in *Quaderni forensi*, 1/2000, p. 12 ss.; A. MORRONE – F. MINNI, *Il diritto alla salute nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana*, in *Rivista A.I.C.*, n.3/2013; F. FERRARI, *Salute (diritto alla)*, *Dig. pubbl.*, XIII, Utet, Torino, 1997, p. 513 ss., F. DE FERRARI – C. ROMANO, *Sistema penale e tutela della salute*, Giuffrè, Milano; 2003; B. CARAVITA DI TORITTO, *La disciplina costituzionale della salute*, in *Dir. soc.*, 1984, p. 22 ss.; F. POLITI, *I diritti sociali*, in R. NANIA - P. RIDOLA (a cura di), *I diritti costituzionali*, Giappichelli, Torino, 2006, vol. III, pp. 1019-1050; Id, *Diritti sociali e dignità umana nella Costituzione repubblicana*, Giappichelli, Torino, 2018. Quanto, poi, ai profili correlati alla tutela della salute in carcere, *ex plurimis*, cfr.M. CAREDDA, *La salute e il carcere. Alcune riflessioni sulle risposte ai bisogni di salute della popolazione detenuta*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2015; V. VERDOLINI, *La salute incarcerata: analisi comparata di modelli di sanità penitenziaria*, in M. ESPOSITO (a cura di), *Malati in carcere: analisi dello stato di salute delle persone detenute*, Franco Angeli Ed., Milano, 2007; A. D. VINCENZI, *Tutela della salute e libertà individuale*, in *Giur. cost.* 1982, I, p. 2479; M. PAVONE, *Carcere e diritto alla salute*, in *Diritti dell'uomo*, I, p. 18 ss.; S. MANGIAMELI, *Riassetto dell'amministrazione locale, regionale e statale tra nuove competenze legislative, autonomie normative ed esigenze di concertazione*, in *Il sistema amministrativo dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, a cura di G. BERTI G. – G. C. DE MARTIN, Roma, 2002, 183; G. INZERILLO, *Alla ricerca di un giusto equilibrio fra tutela della salute dell'imputato in vinculis ed esigenze cautelari*, in *Giur. it.*, 1999, p. 1469 ss.; B. MAGLIONA – M. PASTORE, *Tutela della salute dell'imputato e potere cautelare: dalla nozione di incompatibilità al concetto di intrinseca gravità*, in *Rass. it. crim.*, 1992, II, p.103; G. V. GIUSTI, *La gravità delle condizioni di salute del detenuto in attesa di giudizio in relazione con la possibilità di concessione della libertà provvisoria: aspetti medico legali*, in *Riv. it. med. leg.*, 1981, n.3, p. 709; E. SANTORO, *The Prison Community*, in *Carcere e società liberale*, Giappichelli, Torino, 1997.

alla libertà, essendo sempre accompagnata da severe limitazioni della libertà personale (si pensi alle condizioni e modalità di svolgimento statuite dal giudice che individua il luogo di detenzione, anche diverso dalla propria abitazione. È previsto, inoltre, un controllo in ogni momento circa l'osservanza delle prescrizioni imposte ed interventi del servizio sociale.

Particolare interesse ha suscitato la problematica relativa all'insorgenza di una grave malattia di tipo psichiatrico nel corso della detenzione carceraria, con particolare riguardo alla concedibilità di benefici e misure alternative alla detenzione. Sul punto, recentemente i Giudici della Consulta, constatata la perdurante inerzia del Legislatore rispetto al monito formulato dalla stessa Corte nella sentenza n. 111 del 1996, affinché fosse trovata un'equilibrata soluzione legislativa per garantire alle persone condannate ed affette da patologie psichiche la necessaria cura della salute mentale (art.32 Cost.), senza comunque eludere il trattamento penale, con la sentenza 19 aprile 2019 n. 99, hanno ritenuto che la detenzione domiciliare "in deroga" fosse da estendere anche ai detenuti affetti da grave infermità psichica, sopravvenuta durante l'esecuzione della pena<sup>24</sup>.

Tale decisione, caratterizzata da una portata di indubbia innovatività e da un forte spirito umanitario, darà facoltà al giudice di disporre che il detenuto affetto da grave

<sup>24</sup> Si tratta della sentenza, C. cost., sent. 12 aprile 1996, n. 111. Com'è noto, nella categoria delle "sentenze monito" o "paralegislative" o anche "delega" si collocano quelle pronunce in cui la Corte costituzionale, nell'accogliere o respingere una questione di legittimità costituzionale, indica al legislatore i criteri da tenere presenti nel procedere ad una nuova o, a seconda dei casi, più corretta formulazione legislativa. Tali pronunce rappresentano uno degli aspetti più delicati del rapporto Corte costituzionale-Parlamento, come è stato rilevato da parte della dottrina che dubita della legittimità ed opportunità dell'utilizzo di pronunce che hanno l'effetto di limitare o, comunque, indirizzare il libero apprezzamento del legislatore in merito alle situazioni sulle quali intervenire. Cfr., per tutti, A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2019 V. CRISAFULLI, *Giustizia costituzionale e potere legislativo*, in *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale*, Scritti in onore di Costantino Mortati, Giuffrè, Milano, 1977, vol. 4, pp. 129-147; A. LOIODICE, *La Corte costituzionale fra tecnica giuridica e contatti con la politica*, in V. TONDI DELLA MURA, M. CARDUCCI, R. G. RODIO (a cura di), op. cit.; MODUGNO, F., *La funzione legislativa complementare della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.* 1981, p. 1646 ss.; Id. *Corte costituzionale e potere legislativo*, in P. Barile, E. Cheli, S. Grassi (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Il Mulino, Bologna, 1982; G. ZAGREBELSKY, *La Corte costituzionale e il legislatore*, in *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, a cura di P. BARILE, E. CHELI, S. GRASSI, Il Mulino, Bologna, pp. 103-157; P. FRANCESCHI - G. ZAGREBELSKI, *Il colegislatore e il Parlamento*, in *Quad. cost.*, 1981, pp. 164 ss.; L. MEZZETTI, *Legittimazione democratica e tecniche interpretative della Corte Costituzionale italiana*, in *Pensamiento Constitucional*, vol. 14, issue 14, Pontificia Universidad Católica del Perú, Santiago del Cile, 2008; M. C. GRISOLIA, *Alcune osservazioni sulle "sentenze comandamento", ovvero sul "potere monitorio" della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1982, p. 926 ss.; A. CERVATI, *Tipi di sentenze e tipi di motivazioni nel giudizio incidentale di costituzionalità delle leggi*, in *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, atti del convegno di Trieste, 26-28 maggio 1986, Giuffrè, Milano, 1988; L. MEZZETTI, *La giustizia costituzionale: storia, modelli, teoria*, in L. MEZZETTI M. BELLETTI E. D'ORLANDO E. FERIOLI, *La giustizia costituzionale*, Cedam, Padova, 2007.

infermità psichica venga curato fuori dal carcere e, anche quando la pena residua sarà superiore a quattro anni, la misura alternativa della detenzione domiciliare “umanitaria”, o “in deroga”, potrà essere concessa al detenuto, così come già accadeva per le gravi malattie di tipo fisico.

Occorre anzitutto evidenziare che la suindicata pronuncia rappresenta un tentativo di colmare un vuoto di tutela effettiva del diritto fondamentale alla salute e, in tale prospettiva, appare meritevole di una più analitica disamina della parte motiva. In effetti, l’assenza di un’previsione normativa che legittimasse l’organo giudicante, nella concessione della detenzione domiciliare, anche nelle ipotesi di grave infermità psichica sopravvenuta durante l’esecuzione della pena, determinava un trattamento inumano e degradante in tutti i casi in cui il detenuto pativa una sofferenza così grave che, cumulata con l’ordinaria afflittività della privazione della libertà, generava nella pena una portata contrastante con il senso di umanità, tale da pregiudicare ulteriormente la salute della stessa persona detenuta.

Non appare casuale che la decisione vada a collocarsi in un arco temporale immediatamente successivo ad un intervento riformatore dell’ordinamento penitenziario (D. lgs. 2 ottobre 2018, n.123 e n. 124) che ha rappresentato, per lo stesso Legislatore, l’ennesima occasione per colmare, come detto, quel vuoto di tutela effettiva del diritto fondamentale alla salute; tra gli obiettivi, evidentemente, quello di orientarsi e indirizzare verso l’equiparazione totale tra malattia fisica e psichica, evidenziando profili di incompatibilità di quest’ultima con lo stato di detenzione, fino alla previsione della sospensione o del differimento della pena<sup>25</sup>.

Non può sottacersi, però, che alla luce della sentenza n.99/2019, indubbiamente delicato sarà il compito del giudice, il quale dovrà valutare se la malattia psichica sopravvenuta sia compatibile con la permanenza in carcere del detenuto, oppure richieda il suo trasferimento in luoghi esterni (abitazione o luoghi pubblici di cura, assistenza o accoglienza), con modalità che garantiscano la salute, ma sempre compatibili con l’interesse collettivo alla sicurezza. Alla base del provvedimento decisorio, dovrà esserci la valutazione del quadro clinico del detenuto, della sua pericolosità, delle sue condizioni sociali e familiari, delle strutture e dei servizi di

---

<sup>25</sup> L’appendice legislativa consta della L. 26 luglio 1975 n.354, “Norme sull’ordinamento penitenziario e sull’esecuzione delle misure privative e limitative della libertà”, pubblicato in G.U. 9 agosto 1975, n.212. D.Lgs. 22 giugno 1999, n.230, “Riordino della medicina penitenziaria a norma dell’articolo 5, della legge 30 novembre 1998, n.419”, pubblicato nella G.U. n.165 del 16 luglio 1999 – Suppl. Ord. n.132. D.P.R. 30 giugno 2000, n.230, “Regolamento recante norme sull’ordinamento penitenziario e sulle misure privative e limitative della libertà”, pubblicato sulla G.U. n.195 del 22-08-2000. D.C.d.M. 1° aprile 2008, “Modalità e criteri per il trasferimento al S.S.N. delle funzioni sanitarie, dei rapporti di lavoro, delle risorse finanziarie e delle attrezzature e beni strumentali in materia di sanità penitenziaria”, pubblicato sulla G.U. n. 126 del 30-5-2008.

cura offerti dal carcere, delle esigenze di tutela degli altri detenuti e di tutto il personale che opera nell'istituto penitenziario, oltre alla già citata necessità di salvaguardare la sicurezza collettiva<sup>26</sup>.

### **3. Il nuovo approdo della Consulta: i tratti peculiari dell'ordinanza di remissione n. 13382/2018.**

Nella veste di giudice *a quo*, la Corte di cassazione, prima sezione penale, con ordinanza 22 marzo 2018, ha sollevato questione di legittimità costituzionale, in riferimento agli artt. 2, 3, 27, 32 e 117, primo comma, della Costituzione, quest'ultimo in relazione all'art. 3 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), dell'art. 47-ter, comma 1-ter, della legge 26 luglio 1975, n. 354 (Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà), «nella parte in cui detta previsione di legge non prevede la applicazione della detenzione domiciliare anche nelle ipotesi di grave infermità psichica sopravvenuta durante l'esecuzione della pena». La questione genetica dell'ordinanza di remissione, aveva ad oggetto il ricorso per Cassazione formulato da un soggetto detenuto, condannato per concorso in rapina aggravata, avverso un'ordinanza resa dal Tribunale di sorveglianza di Roma che non aveva accolto la sua richiesta di differimento della pena per grave infermità ai sensi dell'art. 147 del codice penale, ritenendo tale beneficio applicabile solo ai casi di grave infermità fisica, ma non estensibile anche alle ipotesi di grave disturbo misto di personalità, con predominante organizzazione *border line* in fase di scompenso psicopatologico accertato, nel caso di specie, in seguito a gravi comportamenti autolesionistici<sup>27</sup>.

<sup>26</sup>Per una disamina dettagliata anche dei profili processuali interessati dalla pronuncia in esame, cfr., M. BORTOLATO, *L'esecuzione domiciliare della pena per il malato psichico detenuto: prime riflessioni sulla sentenza n. 99 del 2019 della Corte costituzionale*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019; V. GREVI, *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, il Mulino, Bologna, 1981; M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e costituzione*, Torino: Giappichelli, p.19-22; A. MANNA, *Il trattamento sanzionatorio del malato di mente autore di reato e le prospettive di riforma*, in *Rass. it. crim.*, 1994, p. 269 ss.; V. BALDINI, *Sicurezza e libertà nello stato di diritto in trasformazione*, Giappichelli, Torino, 2005; Id. *Sicurezza e stato di diritto. Problematiche costituzionali*, in *Coll. Studi archeol., artistici, fil. e storici*, a cura di V. Baldini, Università di Cassino, 2005; A. MANACORDA, *Infermità mentale, custodia e cura alla luce della recente giurisprudenza costituzionale*, in *Foro it.*, 1983, I, p. 293 ss.; R. SPEZIALE BAGLIACCA, *Matti da imprigionare*, in *Difesa penale*, 1984, III, suppl. n. 5, p. 59; G. RUSSO, *Il trattamento del malato di mente autore di reato*, in *Riv. it. med. leg.*, 1989, XI, 525.

<sup>27</sup>Sul punto, si v. M. CESA BIANCHI – M. BELLONI, *Profili di intervento dello psicologo nell'esecuzione penitenziaria*, in *Alternative alla detenzione e riforma penitenziaria*, (a cura di) V. GREVI, Zanichelli, Bologna,

Il giudice *a quo*, nella citata ordinanza di rimessione, ha riferito che si trattava di una patologia grave e radicata nel tempo, per la quale la detenzione determina un trattamento contrario al senso di umanità, confermando il proprio costante orientamento restrittivo, già richiamato dal provvedimento di diniego reso dal Tribunale di sorveglianza, secondo cui il detenuto portatore di infermità esclusivamente di tipo psichico sopravvenuta alla condanna non può accedere né agli istituti del differimento obbligatorio o facoltativo della pena previsti dagli artt. 146 e 147 cod. pen., né alla detenzione domiciliare cosiddetta "in deroga" di cui alla disposizione censurata, posto che nel testo di tale disposizione vengono richiamate esclusivamente le condizioni di infermità fisica di cui agli artt. 146 e 147 cod. pen., e non anche quelle relative alla infermità psichica sopravvenuta evocate nel testo dell'art. 148 cod. pen.

A parere della Corte rimettente, il sistema normativo attuale tratterebbe in modo differente il soggetto portatore di un'infermità psichica tale da escludere la capacità di intendere o di volere al momento della commissione del fatto – il quale, lì dove si riscontri pericolosità sociale, viene sottoposto al trattamento riabilitativo presso le REMS, strutture ad esclusiva gestione sanitaria – rispetto al soggetto in esecuzione di pena portatore di patologia psichica sopravvenuta, che resta detenuto e ove possibile è allocato presso una delle articolazioni per la tutela della salute mentale poste all'interno del circuito penitenziario.

Ma proprio nell'assenza di alternative alla detenzione per i condannati affetti da grave patologia psichica, a parere della Corte rimettente, si è potuta individuare una ragione sufficiente ad attivare l'incidente di costituzionalità. L'impossibilità di accedere alla misura alternativa della detenzione domiciliare "in deroga" (art. 47-ter, comma 1-ter, ordin. penit.) determina, infatti, un evidente contrasto con numerosi principi sia costituzionali sia convenzionali, sicché si è imposta la necessità di rivalutare i contenuti di precedenti decisioni costituzionali sul tema, con particolare riferimento alla sentenza n. 111 del 1996. La Corte, nella richiamata pronuncia, aveva evidenziato il non soddisfacente trattamento riservato all'infermità psichica grave, sopravvenuta, specie quando è incompatibile con l'unico tipo di struttura custodiale, rinviando al Legislatore l'invito a trovare una equilibrata soluzione che garantisca anche a questi condannati la cura della salute mentale (secondo il disposto dell'art. 32 Cost.), senza che sia eluso il trattamento penale. Il monito espresso dalla Consulta al legislatore, negli anni successivi, sembrava aver trovato solo parziale accoglimento,

---

1982; p. 260 ss., *Ib.*, V. GREVI, *Indagini sull'attività dell'esperto nella istituzione carceraria in rapporto all'osservazione dellapersonalità dei detenuti*, p. 93 ss.

se si pensa all'introduzione dell'art. 47-ter, comma 1, lettera c), ordin. penit.; si tratta di una disposizione, tuttavia, che incontra limiti di applicabilità correlati alla natura del reato e all'entità del residuo di pena e che comunque non contemplava la condizione di quei soggetti affetti da patologia psichica sopravvenuta, non ammissibili alla "detenzione domiciliare ordinaria" (per i limiti di applicabilità della disposizione), né a quella "in deroga".

La stessa giurisprudenza costituzionale, peraltro, aveva indicato alcuni parametri necessari tra cui la verifica, in concreto, della condizione patologica e alla previsione di strumenti giuridici di contemperamento dei valori coinvolti idonei a consentire la sospensione dell'esecuzione o la modifica migliorativa delle condizioni del singolo in ipotesi di ricadute della patologia tali da esporre il bene primario della salute individuale a compromissione, così da concretizzare – in caso di mantenimento della condizione detentiva – un trattamento contrario al senso di umanità (art. 27, co. 3 Cost.) o inumano o degradante (con potenziale violazione dell'art. 3 Cedu)<sup>28</sup>.

I rilievi formulati dal giudice *a quo* sul vigente assetto normativo proteso al mantenimento della condizione detentiva del soggetto affetto da infermità psichica sopravvenuta e all'affidamento al servizio sanitario reso in ambito penitenziario, hanno evidenziato un quadro di compromissione della precitata esigenza di contemperamento dei valori in gioco e della stessa giurisdizionalità piena dell'intervento. Sicché, pur nell'acclarata constatazione di inadeguatezza di simile trattamento, non risulterebbe consentita né la sospensione dell'esecuzione, né l'approdo alla detenzione domiciliare "in deroga" nei casi in cui non risulti applicabile quella ordinaria.

I parametri costituzionali evocati dalla Corte di cassazione nella questione sollevata si fondano sulla pretesa violazione degli artt. 2, 3, 27, 32 e 117 Cost.

La violazione da parte dell'art. 47 ter, comma 1 ter, ordin. penit., del disposto di cui all'art. 117, primo comma, Cost. – in relazione all'art. 3 CEDU – si è incentrata sulla circostanza che la precitata norma, pur ponendosi come l'unica disposizione interna in grado di offrire – in caso di patologia psichica sopravvenuta – l'accesso alla composizione del conflitto in chiave di tutela delle garanzie fondamentali, non appariva conforme ai principi costituzionali e convenzionalmente orientata. In tal senso, la permanenza del soggetto affetto da grave infermità psichica in stato detentivo avrebbe infatti concretizzato, oltre che un trattamento contrario al senso di umanità, vietato dall'art. 27 Cost., anche una violazione del divieto di trattamenti

---

<sup>28</sup> Per tutte, cfr.: C. cost. 18.10.1995 n. 438 del 1995, in *Giur. cost.* 1995, 3455; C. cost. 3.3.1994 n.70, *ivi*, 1994, 745 e C. cost. 2.7.1990 n. 313, *ivi*, 1990, 1981.

inumani o degradanti previsto dall'art. 3 CEDU, in un contesto normativo come quello italiano che ha di recente elevato tale divieto a regola fondante del sistema di tutela dei diritti delle persone detenute<sup>29</sup>.

A supporto della richiamata ordinanza, la Corte rimettente ha offerto un'analitica ricostruzione degli orientamenti giurisprudenziali della Corte europea dei diritti dell'uomo, tesi ad evidenziare il carattere di absolutezza del divieto della tortura o delle pene o di trattamenti inumani o degradanti (art. 3 Cedu); si tratta di un divieto che si configura, infatti, come inderogabile obbligo "positivo" per lo Stato, cui graverebbe l'obbligo di provvedere alla interruzione della detenzione carceraria in presenza di trattamenti inumani o degradanti. Nello specifico, la mancanza di cure mediche adeguate e, più in generale, la detenzione di una persona malata in condizioni non adeguate, potrebbe in linea di principio costituire un trattamento contrario all'art. 3 Cedu<sup>30</sup>. Sicché, nel quadro di tutela dei soggetti reclusi e portatori di accentuata vulnerabilità in quanto affetti da patologia psichica, anche l'allocatione in reparto psichiatrico carcerario può dar luogo a trattamento degradante quando le terapie non risultino appropriate e la detenzione si prolunghi per un periodo di tempo significativo.

Le suindicate disposizioni costituzionali asseritamente sono state ritenute violate dalla norma in esame, attesa l'impossibilità di disporre il collocamento del detenuto affetto da grave patologia psichica fuori del carcere; quanto ai parametri costituzionali interni, è stato poi configurato un trattamento contrario al senso di umanità e lesivo del diritto inviolabile alla salute del detenuto (artt. 2, 27, terzo co. e 32 Cost.) e, in riferimento al parametro convenzionale, un trattamento inumano e

---

<sup>29</sup> Il richiamo è agli artt. 35-bis e 35-ter ordin. penit. La prima norma disciplina le ipotesi del "reclamo giurisdizionale", mentre il successivo articolo afferisce ai rimedi risarcitori conseguenti alla violazione dell'articolo 3 Cedu nei confronti di soggetti detenuti o internati. In sintesi, la tutela rafforzata si concretizza in due autonome azioni (artt. 35-bis e 35-ter ord. pen.), che consentono al detenuto di essere sottratto con rapidità da una situazione che genera la violazione del suo fondamentale diritto a non subire trattamenti inumani e al contempo di conseguire un ristoro per la violazione subita. I due rimedi non sono alternativi tra loro, ma al contrario consentono all'interessato, che assuma di patire (o di aver patito) una condizione detentiva contraria all'art. 3 Cedu, di rivolgersi al magistrato di sorveglianza al fine di ottenere l'immediato ripristino della legalità e al contempo di ottenere una riduzione della pena da espriare (nella misura di un giorno per ogni dieci giorni di pregiudizio subito) o, in via subordinata, un risarcimento in forma monetaria.

<sup>30</sup> Si veda, fra tutte, *Ilhan c. Turchia* [GC], n. 22277/93, § 87, CEDU 2000-VII. Nell'ordinanza di rimessione 22 marzo 2018, la Corte di Cassazione, in funzione di giudice *a quo* aveva evidenziato che "La Corte deve tenere conto, in particolare, di tre elementi al fine di esaminare la compatibilità di uno stato di salute fine preoccupante con il mantenimento in stato detentivo del ricorrente, vale a dire: a) la condizione del detenuto, b) la qualità delle cure dispensate e c) l'opportunità di mantenere lo stato detentivo alla luce delle condizioni di salute del ricorrente (si vedano, in tal senso, *Farbtuhs c. Lettonia*, n. 4672/02, § 53, 2 dicembre 2004, e *Sakkopoulos c. Grecia*, n. 61828/00, § 39, 15 gennaio 2004).

degradante<sup>31</sup>.

Analogo profilo di disparità, ad avviso della Corte rimettente, è stato individuato con riguardo alle persone condannate con un analogo residuo di pena, ma affette da grave infermità fisica, che viceversa possono accedere sia al rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena (art.147 cod. pen.), sia alla detenzione domiciliare di cui alla disposizione sottoposta a censura<sup>32</sup>.

La questione, così rappresentata, superato il vaglio di ammissibilità, è stata valutata nel merito dalla Consulta, con il precipuo obiettivo di censurare l'art. 47-ter, comma 1-ter, ordin. penit., nella parte in cui non consente di estendere la detenzione

<sup>31</sup> Il profilo di violazione afferisce, come detto, al disposto di cui all'art. 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 3 CEDU, così come interpretato dall'accennata giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. Sul punto, cfr. A. PENNISI, *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, Giappichelli, Torino, 2002.

<sup>32</sup> Nella giurisprudenza più recente, la Corte ha ripetutamente affermato che, di fronte alla violazione di diritti costituzionali, non può essere di ostacolo all'esame nel merito della questione di legittimità costituzionale l'assenza di un'unica soluzione a "rime obbligate" per ricondurre l'ordinamento al rispetto della Costituzione. Proprio in materia penale, questa Corte ha più volte esaminato nel merito le questioni portate al suo esame qualora fossero ravvisabili nell'ordinamento soluzioni già esistenti, ancorché non costituzionalmente obbligate, idonee a «porre rimedio nell'immediato al vulnus riscontrato», ferma restando la facoltà del legislatore di intervenire con scelte diverse (così la sentenza n. 222 del 2018; ma si veda anche, analogamente, in un ambito vicino a quello qui considerato, la sentenza n. 41 del 2018, nonché la sentenza n. 236 del 2016). L'ammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale risulta perciò condizionata non tanto dall'esistenza di un'unica soluzione costituzionalmente obbligata, quanto dalla presenza nell'ordinamento di una o più soluzioni costituzionalmente adeguate, che si inseriscano nel tessuto normativo coerentemente con la logica perseguita dal legislatore (sentenze n. 40 del 2019 e n. 233 del 2018). Occorre, infatti, evitare che l'ordinamento presenti zone franche immuni dal sindacato di legittimità costituzionale specie negli ambiti, come quello penale, in cui è più impellente l'esigenza di assicurare una tutela effettiva dei diritti fondamentali, incisi dalle scelte del legislatore. Ciò vale tanto più in un'ipotesi come quella di cui la Corte è ora chiamata a occuparsi, nella quale viene in rilievo l'effettività delle garanzie costituzionali di persone che non solo si trovano in uno stato di privazione della libertà personale, ma sono anche gravemente malate e, dunque, versano in una condizione di duplice vulnerabilità. Nel caso di specie, il giudice rimettente ritiene che l'ordinamento non offra, allo stato, un'alternativa all'esecuzione della pena in carcere per i detenuti che soffrono di gravi infermità psichiche sopravvenute alla commissione del reato che si trovino nella situazione del detenuto ricorrente. Ciò, a causa di una evoluzione dell'ordinamento che ha nei fatti svuotato di ogni contenuto l'art.148 cod. pen., dedicato proprio ai casi di «infermità psichica sopravvenuta al condannato», come recita la rubrica dello stesso. Per i gravi malati psichici, la reclusione costituirebbe una modalità di esecuzione della pena contraria al senso di umanità e perciò lesiva degli artt. 2, 27, terzo comma, e 32 Cost., oltre che dell'art. 3 CEDU che vieta i trattamenti inumani o degradanti e, quindi, dell'art. 117, primo comma, Cost. La Corte rimettente ha individuato nell'istituto della detenzione domiciliare di cui all'art. 47-ter, comma 1-ter, ordin. penit. una risposta già presente nell'ordinamento per i detenuti affetti da gravi infermità fisiche, la quale, per le modalità con cui può essere articolata, risulta costituzionalmente adeguata e idonea a porre rimedio alle denunciate violazioni, in quanto permetterebbe anche ai malati psichici di espiare la pena fuori dal carcere in condizioni che consentano di contemperare le esigenze della tutela della salute con quelle della sicurezza. Si tratta della detenzione domiciliare "umanitaria" o "in deroga", così denominata perché può essere disposta anche nei confronti di detenuti che debbano ancora scontare una pena residua superiore ai quattro anni (come nel caso di specie), limite previsto dall'art. 47-ter, comma 1, ordin. penit. quale requisito generale per poter beneficiare, invece, della detenzione domiciliare "ordinaria".

domiciliare “in deroga”, anche ai detenuti che soffrono di patologie psichiatriche talmente gravi da rendere l’espiazione della pena in carcere un trattamento sanzionatorio contrario al senso di umanità, oltre che lesivo del diritto alla salute.

#### **4. La sentenza n. 99 del 2019 e il contributo della Corte costituzionale all’estensione dell’applicabilità della detenzione domiciliare 'in deroga' ai casi di grave infermità psichica.**

Tra le ragioni sottese al provvedimento decisivo, il Giudice delle leggi ha evidenziato anzitutto la piena condivisione rispetto alla ricostruzione dell’assetto normativo vigente, così come operata dalla Corte di cassazione ed in tal senso è da inquadrarsi la considerazione della perdita della portata precettiva da parte dell’art. 148, primo comma, cod. pen., (ipotesi di infermità psichica sopravvenuta per il condannato) a seguito delle riforme legislative che si sono susseguite. La richiamata disposizione codicistica, infatti, prevede che il giudice possa disporre la sospensione o il differimento della pena e il contestuale ricovero in un ospedale psichiatrico giudiziario, in casa di cura e di custodia ovvero, in determinate ipotesi, in un ospedale psichiatrico civile, nei casi di infermità psichica sopravvenuta dopo la condanna che siano di gravità tale da impedire l’esecuzione della pena in carcere. La norma in esame riflette un approccio alla malattia mentale tipico dell’epoca in cui fu scritto, basato sull’internamento e sul trasferimento dei detenuti malati psichici dal carcere per le difficoltà che la convivenza con altri detenuti, con reclusione altrove, insieme ad altre persone analogamente malate e senza prospettive di rientro nella vita sociale. Pur in assenza di una vera e propria abrogazione, sono stati disapplicati e divenuti desueti tutti gli istituti a cui la norma rinvia essendo mutato il modello culturale e scientifico nel trattamento della salute mentale, se si pensa alla chiusura degli ospedali psichiatrici civili e alla legge 13 maggio 1978, n. 180 (Legge Basaglia, recante “Accertamenti e trattamenti sanitari volontari e obbligatori”).<sup>33</sup> Stessa sorte hanno subito gli ospedali psichiatrici giudiziari (OPG) e le case di cura e custodia, ritenute inadeguate a garantire la salute mentale di chi ivi era ricoverato<sup>34</sup>.

<sup>33</sup> Si espresso in tal senso, il parere del Comitato nazionale per la bioetica, «Salute mentale e assistenza psichiatrica in carcere», del 22 marzo 2019.

<sup>34</sup> Sul punto, C. cost. sentenza n.186 del 2015, in Giur. Cost. 2015. Le Residenze per l’esecuzione delle misure di sicurezza (Rems) - da realizzarsi in ogni Regione e secondo i criteri contenuti nel Decreto del Ministro della Salute in concerto con il Ministro della Giustizia del 1° ottobre 2012 - hanno sostituito gli Ospedali psichiatrici giudiziari (Opg), chiusi formalmente il 31 marzo 2015. Le Rems sono state previste per accogliere le persone affette da disturbi mentali, autrici di reati, a cui viene applicata dalla magistratura la misura di sicurezza

Mentre nel 2017 avveniva la definitiva dismissione degli OPG, il legislatore istituiva le residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza (REMS), su base regionale e a esclusiva gestione sanitaria, strutture però non destinate ad accogliere i condannati in cui la malattia psichica si manifesti successivamente, per i quali residuava solo l'inserimento in apposite «sezioni speciali» per i soggetti affetti da infermità o minorazioni fisiche o psichiche (art. 65 ordin. penit.).

L'introduzione nel sistema delle REMS non ha colmato la lacuna determinatasi a seguito della chiusura degli OPG, se si considera che le REMS, così come chiaramente indica la loro stessa denominazione, hanno come unici destinatari i malati psichiatrici che sono stati ritenuti non imputabili in sede di giudizio penale o che, condannati per delitto non colposo a una pena diminuita per cagione di infermità psichica, sono stati sottoposti a una misura di sicurezza<sup>35</sup>. La Corte, sul punto, ha ritenuto di poter escludere un intervento in chiave solo interpretativa per integrare il dettato normativo in esame; ciò anche considerando la disposizione della

---

detentiva del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario o l'assegnazione a casa di cura e custodia. La gestione delle Rems e delle loro attività è di esclusiva competenza della Sanità mentre le attività di sicurezza e di vigilanza esterna nonché l'accompagnamento dei pazienti in ospedali o ad altre sedi sono svolte, tramite specifico accordo, d'intesa con le prefetture. Con l'autorità prefettizia vanno concordati anche gli interventi delle forze dell'ordine competenti per territorio, nelle situazioni di emergenza e di sicurezza. Ospedali psichiatrici giudiziari e case di cura e custodia sono stati espunti dall'ordinamento giuridico (a far data, come detto, dal 31 marzo 2015), a seguito di un lungo e farraginoso itinerario legislativo, avviato dall'art.5 del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 1° aprile 2008, proseguito con l'art.3-ter del d.l. 22 dicembre 2011, n.211, convertito, con modificazioni, nella legge 17 febbraio 2012, n.9; continuato con l'art. 1, comma 1, lettera a, del d.l. 25 marzo 2013, n.24, convertito, con modificazioni, nella legge 23 maggio 2013, n.57, e terminato con l'art. 1 del d.l. 31 marzo 2014, n.52, convertito, con modificazioni, nella legge 30 maggio 2014, n.81. Per un preliminare inquadramento del tema, cfr., *ex plurimis*, G.L. GATTA., *Aprite le porte agli internati! Un ulteriore passo verso il superamento degli OPG e una svolta epocale nella disciplina delle misure di sicurezza detentive: stabilito un termine di durata massima (applicabile anche alle misure in corso, a noi pare)*, in *Diritto penale contemporaneo*, 6 Giugno 2014; *Id. Revoca del ricovero in OPG per decorso della durata massima: un primo provvedimento*, in *Diritto penale contemporaneo*, 16 Giugno 2014; A. PUGIOTTO, *La follia giuridica dell'internamento nei manicomi criminali*, in F. Corleone e A. Pugiotto, *Volte e maschere della pena. Opg e carcere duro, muri della pena e giustizia riparativa*, Roma, Ediesse, 2013 p. 117 e ss.; F. SCHIAFFO, *La riforma continua del «definitivo superamento degli OPG»: la tormentata vicenda dell'art. 3 ter del D.L. 211/2011*, in *Critica del diritto*, 2013, 1, pp. 44 e ss.; D. PICCIONE, *Morte di un'istituzione totale? Il superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari*, in *Rivista AIC*, n. 1 del 2012; A. BERNASCONI, *Richiesta di revoca della custodia cautelare in carcere per motivi di salute e regime degli accertamenti medico-peritali*, in *Cass. pen.*, 1999, n.1549, p. 3103 ss.; G. PIERRO, *Istituti di prevenzione*, in *Enc. giur.*, 1989, I, Roma, p. 3 ss.

<sup>35</sup> Si tratta di quanto disposto dall'art. 3-ter, comma 2, del d.l. n. 211 del 2011, introdotto dalla legge di conversione n.9 del 2012 e successivamente attuato con decreto del Ministro della salute adottato di concerto con il Ministro della giustizia 1° ottobre 2012, recante "Requisiti strutturali, tecnologici e organizzativi delle strutture residenziali destinate ad accogliere le persone cui sono applicate le misure di sicurezza del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario e dell'assegnazione a casa di cura e custodia". F. P. C. IOVINO, *Sul ricovero del detenuto in luogo esterno di cura*, in *Cass. pen.*, 1997, p. 1562; C. VALITUTTI, *Il ricovero psichiatrico in carcere: analisi di un'esperienza*, in *Il reo e il folle*, n° 4, p. 260.

legge di delega che prevede la destinazione alle REMS, in via prioritaria, per quei soggetti per i quali sia stato accertato in via definitiva lo stato di infermità al momento della commissione del fatto da cui derivi il giudizio di pericolosità sociale, nonché per quei soggetti per i quali l'infermità di mente sia sopravvenuta durante l'esecuzione della pena, degli imputati sottoposti a misure di sicurezza provvisorie e di tutti coloro per i quali occorra accertare le relative condizioni psichiche, qualora le sezioni degli istituti penitenziari alle quali sono destinati non siano idonee, di fatto, a garantire i trattamenti terapeutico-riabilitativi. (art. 1, comma 16, lettera d, della legge n. 103/2017).

Il quadro offerto dalla normativa in esame ha generato, quindi, gravi carenze e disparità con evidenti ripercussioni sulla condizione dei detenuti affetti da infermità psichica sopravvenuta, non avendo gli stessi accesso né alle REMS, né ad altre misure alternative al carcere, qualora abbiano un residuo di pena superiore a quattro anni, come il detenuto ricorrente, rispetto a tutti i detenuti con una pena residua inferiore a quattro anni e che siano gravemente malati, indipendentemente dal tipo di patologia fisica o psichica<sup>36</sup>.

Le suindicate ragioni addotte dai Giudici della Consulta si pongono a fondamento della declaratoria di incostituzionalità della norma censurata atteso che, l'assenza di soluzioni alternative alla detenzione carceraria per i detenuti affetti da grave malattia psichica sopravvenuta, configurava una manifesta violazione dei principi costituzionali invocati nell'ordinanza di rimessione.

Con riferimento alla previsione costituzionale di cui all'art. 32 Cost. e al correlato diritto fondamentale alla salute, alcun dubbio si è posto in ordine all'estensione della portata applicativa della citata norma anche alle ipotesi di malattie psichiche, oltre che a quelle fisiche, con la conseguenza che l'ordinamento è tenuto, in tal senso, ad apprestare un identico grado di tutela e a predisporre adeguati mezzi per garantirne l'effettività<sup>37</sup>. Sul punto, nella parte motiva, la Corte ha posto l'attenzione sul fondato rischio che le patologie psichiche possano subire una riacutizzazione o un aggravamento proprio a causa del regime di detenzione carceraria, la cui sofferenza può determinare, nei casi estremi, una vera e propria incompatibilità tra carcere e disturbo mentale; nelle ipotesi più delicate, la permanenza dello stato di carcerazione

---

<sup>36</sup> Cfr., GIUSTI G., *La gravità delle condizioni di salute del detenuto in attesa di giudizio in relazione con la possibilità di concessione della libertà provvisoria: aspetti medico legali*, in *Riv. it. med. leg.*, 1981, n.3, p. 709 ss.; G. GIUSTI, M. BACCI, *Patologia del detenuto e incompatibilità carceraria*, Giuffrè, Milano, 1991; G. GIUSTI G. – F. FERRACUTI, *Condizioni psichiche dell'imputato e compatibilità carceraria*, in *Riv. it. med. leg.*, 1989, XI, p. 590 ss.

<sup>37</sup> Cfr., in tal senso, le sentenze C. cost. n.169 del 2017, n.162 del 2014, n.251 del 2008, n.359 del 2003, n.282 del 2002 e n.167 del 1999.

può costituire un vero e proprio trattamento “inumano o degradante” per la persona affetta da grave malattia mentale e un trattamento contrario al senso di umanità, in piena distonia con il dettato normativo di cui all’art. 27, terzo comma, Cost..

Nei termini suindicati si delinea, a parere della Corte, un evidente contrasto con gli artt. 2, 3, 27, terzo comma, 32 e 117, primo comma, Cost. che si sostanzia proprio nell’assenza di un’alternativa al carcere che impedisca al giudice di disporre che la pena sia eseguita fuori dagli istituti di detenzione, in tutti i casi di sofferenza psichica incompatibile con l’ordinaria afflittività del carcere; opinando in modo diverso, si sarebbe protratta una grave violazione del “senso di umanità” e “dignità”, nei termini accennati in premessa<sup>38</sup>.

Laconicamente, la Corte ha poi constatato come nessun effetto avesse sortito il monito lanciato nella sentenza n.111/1996, affinché fosse trovata un’equilibrata soluzione legislativa per garantire, alle persone condannate ed affette da patologie psichiche, la necessaria cura della salute mentale tutelata dall’art.32 della Costituzione, senza necessariamente eludere il trattamento penale. Nonostante ciò, la Corte non ha ritenuto di sottrarsi dall’intervenire al fine di porre rimedio alla suindicata violazione dei principi costituzionali. La decisione cui è pervenuta la Corte si è posta l’obiettivo, dunque, di garantire il ripristino di un necessario bilanciamento tra le esigenze di sicurezza della collettività e quelle di tutela del diritto alla salute dei detenuti e di assicurare, inoltre, che nessun condannato sia mai costretto a scontare la pena in condizioni contrarie al senso di umanità, meno che mai un detenuto malato. Nel quadro normativo vigente, quella della detenzione domiciliare “umanitaria” o “in deroga”, costituisce una misura alternativa in grado sia salvaguardare il fondamentale diritto alla salute del detenuto - nelle ipotesi di incompatibilità con l’afflittività carceraria - sia di garantire, contestualmente, la salvaguardia delle esigenze di tutela della collettività, dalla potenziale pericolosità di persone affette da determinate patologie psichiatriche.

Al giudice spetterà effettuare una scrupolosa valutazione, caso per caso e momento per momento, della singola situazione; egli dovrà, effettuare una verifica per decidere se il condannato affetto da grave malattia psichica sia in condizioni di rimanere in carcere o debba essere destinato a un luogo esterno, senza che vengano

---

<sup>38</sup> Sul tema, per un’analisi più approfondita, si rinvia a M. RUOTOLO, *Quando l’inerzia del legislatore rende indifferibile l’intervento della Corte costituzionale. A proposito dell’applicazione della detenzione domiciliare per il “reo folle”*, in *Giur. Cost.*, 2019, fasc. 2; *Id.*, *Sul problema dell’effettività della tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti*, *ivi*, 2012, p. 684 ss. A. MASSARO (a cura di), *La tutela della salute nei luoghi di detenzione*, Roma TrE-Press, 2017; A. DELLA BELLA, *Riforma dell’ordinamento penitenziario: le novità in materia di assistenza sanitaria, vita detentiva e lavoro penitenziario*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

eluse le esigenze di sicurezza pubblica<sup>39</sup>. Il provvedimento decisorio reso dalla Consulta, in linea con l'ampia trattazione operata nella parte motiva, si è orientato verso la declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 47-ter, comma 1-ter, della legge 26 luglio 1975, n. 354, nella parte in cui non prevedeva che, nell'ipotesi di grave infermità psichica sopravvenuta, il tribunale di sorveglianza potesse disporre l'applicazione al condannato della detenzione domiciliare anche in deroga ai limitidi cui al comma 1 del medesimo art. 47-ter.

## **5. I recenti rilievi critici della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo in termini di "celerità" e "ragionevole diligenza".**

Le recenti condanne pronunciate dalla Corte di Strasburgo nei confronti dell'Italia correlate agli episodi, sempre più ricorrenti, di suicidi avvenuti in carcere, esigono una più rigorosa valutazione circa la tutela delle persone ristrette affette da disagio psichico. L'esigenza di porre maggior attenzione e cura alle problematiche del carcere e della vita detentiva è stata rimarcata – oltre all'auspicata riforma della materia – nelle più recenti sollecitazioni della giurisprudenza costituzionale<sup>40</sup>, con un severo richiamo ad un livello di diligenza più elevato del nostro Paese, nelle numerose pronunce di condanna della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.

<sup>39</sup> In conclusione, è opportuno sottolineare che, anche alla luce della più recente giurisprudenza di legittimità, la detenzione domiciliare "umanitaria" offre al giudice una possibilità da attivare quando le condizioni lo consentano, sulla base di una complessiva valutazione a cui non può rimanere estraneo il giudizio di pericolosità ostativa a trattamenti extra-murari, opportunamente rinnovato e aggiornato in parallelo alla evoluzione della condizione sanitaria e personale del detenuto (Cfr. Corte di cassazione, sezione prima penale, sentenza 28 novembre 2018-4 marzo 2019, n. 9410). Sul tema, si v. SICA G., CICCONE P.M., *Funzioni sanitarie e trattamentali nell'ambito delle istituzioni penitenziarie*, in *Principi fondamentali di Medicina Penitenziaria*, n.19, p.36; PANUNZIO S. P., Trattamenti sanitari obbligatori e Costituzione, in *Dir. soc.*, 1979, p. 875 ss.

<sup>40</sup> *Ex plurimis*, la sentenza Corte cost. n. 41 del 2018 (che ha sancito l'innalzamento a quattro anni del limite di pena che consente l'accesso al beneficio della sospensione dell'ordine di carcerazione); la n. 149 del 2018 (che ha dichiarato illegittima la previsione per cui il condannato all'ergastolo per il delitto di sequestro di persona a scopo di estorsione che abbia cagionato la morte del sequestrato non è ammesso ai benefici penitenziari se non abbia effettivamente espiato almeno ventisei anni di pena); la n. 174 del 2018 (che ha eliminato le preclusioni all'accesso al beneficio dell'assistenza all'esterno dei figli minori); la n. 187 del 2019 (che ha censurato la preclusione triennale all'accesso alla c.d. detenzione domiciliare "speciale" e ordinaria nei casi delle lett. a) e b) dell'art. 47-ter o.p., stabilita dai commi 1, 2 e 3 dell'art. 58-quater) e la n. 253 del 2019 (in tema di incompatibilità con la Costituzione della presunzione assoluta di pericolosità dei condannati per reati ostativi che non collaborano con la giustizia, pronuncia che ha consentito di superato parzialmente gli automatismi preclusivi posti dal c.d. "doppio binario penitenziario").

Nello specifico, le condotte sottoposte a censura dalla Corte EDU sono state quelle poste in essere dall'amministrazione penitenziaria, anche alla luce del livello medio di celerità e diligenza in Europa molto più elevato rispetto a quelli adottati nel nostro Stato nel caso di problematiche psichiche dei detenuti. Le recenti pronunce della Corte europea hanno fatto finalmente riemergere il tema della salute in ambito detentivo, evidenziando le gravi violazioni dei principi della Convenzione edu come il diritto alla vita (art. 2), la tutela della vita privata e familiare (art. 8) e il divieto di trattamenti detentivi inumani e degradanti (art.3).

Come è accaduto nelle pronunce più apprezzate della Consulta, è la dignità ad essere l'elemento valoriale che necessita di un livello di protezione prioritario e la Corte europea ha stigmatizzato le condotte degli Stati che hanno generato situazioni in cui la malattia del detenuto non sia stata adeguatamente curata in carcere, così da arrecare alla persona ristretta un trattamento contrario al senso di umanità lesivo della dignità, oltre alla sofferenza psicologica già procurata dallo stato detentivo.

Tra le accennate decisioni rese dalla Cedu, merita particolare cenno la sentenza del 4 giugno 2020 concernente una vicenda di suicidio in carcere molto tortuosa e complessa<sup>41</sup>, in ordine alla quale lo Stato italiano è stato condannato a seguito di un ricorso alla Corte di Strasburgo da parte dei genitori di un giovane detenuto suicida, per dedotta violazione degli artt. 2 e 3 della Convenzione EDU. In particolare, i ricorrenti avevano reclamato la violazione del diritto alla vita sotto i profili, sia materiale (per aver cagionato la morte del figlio, non impedendola), sia procedurale, per non aver condotto un'inchiesta efficace, invocando l'applicazione dell'accennato art. 3 che sanziona le ipotesi di condotte che si configurano come trattamenti inumani e degradanti.

In punto di diritto, la Corte di Strasburgo ha inquadrato la questione sotto l'aspetto degli obblighi positivi di protezione e procedurali (tutela di persona vulnerabile ed effettività dell'inchiesta sulla morte del detenuto) e non già sotto il profilo materiale diretto, rammentando la responsabilità dello Stato italiano, secondo l'art. 2 della Convenzione, disposizione che obbliga lo Stato non soltanto ad astenersi dal provocare la morte in maniera volontaria e irregolare, ma anche ad adottare le

---

<sup>41</sup> Si tratta della sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo del 4 giugno 2020 - Ricorso n. 50988/13 - Causa Citraro e Molino contro l'Italia.

misure necessarie per la protezione della vita delle persone sottoposte alla sua giurisdizione. Era obbligo delle autorità preposte di proteggere la vita di una persona detenuta, sapendo che vi era un rischio reale e immediato che la persona interessata attentasse alla propria vita. Le autorità, dunque, avrebbero omesso di adottare, nell'ambito dei loro poteri, le misure che, da un punto di vista ragionevole, avrebbero senza dubbio protetto l'interessato da tale rischio. La Corte di Strasburgo ha osservato, inoltre, che vi erano plurimi elementi che indicavano che il pericolo di suicidio fosse reale e immediato, in considerazione delle vicissitudini e della fragilità del detenuto (ampiamente note alle autorità del carcere), sicché le autorità nazionali non avrebbero adottato le cautele necessarie per evitare l'evento, così violando l'art. 2, sotto il profilo materiale. Al contrario, la Corte ha riconosciuto che il procedimento penale nel suo complesso era stato effettivo, così escludendo, sotto il profilo procedurale, violazione dell'art. 2. Sulla base delle considerazioni in sintesi indicate, la Corte ha concluso affermando che le autorità nazionali si sono sottratte al loro obbligo positivo di proteggere il diritto alla vita in danno del detenuto suicida.

Si è trattata dell'ennesima occasione per la Corte di Strasburgo per evidenziare l'obbligo che le compete di tutelare ogni individuo sottoposto a restrizione dall'abuso dei poteri pubblici e di vigilare sull'osservanza delle libertà fondamentali sancite nella Convenzione EDU e sull'impegno ad uniformare, tutti gli Stati membri, ad un generico obbligo di astensione di segno negativo, ma soprattutto all'adozione di strumenti positivi, atti a conformare le singole e differenti legislazioni interne alla giurisprudenza europea.

Gli ultimi segnali non confortano. La Corte europea dei diritti dell'uomo ha adottato, di recente, una particolare misura provvisoria urgente, ordinando all'Italia di assicurare ad un detenuto che ha tentato più volte suicidio in un anno, la necessaria sorveglianza e trattamento psichiatrico<sup>42</sup>. L'accoglimento della richiesta di

---

<sup>42</sup> La "procedura 39" è straordinaria e viene attivata allo scopo di ottenere una misura provvisoria ed urgente in casi particolari ove è a rischio la vita delle persone ristrette. La norma così recita: Art. 39 Misure cautelari 1. La Camera o, se del caso, il presidente della Sezione o un giudice di turno designato conformemente al paragrafo 4 del presente articolo può, su istanza di parte o dei terzi interessati oppure d'ufficio, indicare alle parti le misure cautelari che ritiene debbano essere adottate nell'interesse delle parti o della corretta conduzione del procedimento. 2. Se del caso, il Comitato dei Ministri è immediatamente informato delle misure adottate nell'ambito di una causa. 3. La Camera o, se del caso, il presidente della Sezione o un giudice di turno designato conformemente al paragrafo 4 del presente articolo può invitare le parti a informarla di ogni questione relativa

attivazione di una procedura urgente, fondato sull'attualità, sull'imminenza (è necessario che la potenziale violazione sia incombente) e sull'irreparabilità (è necessario che la potenziale violazione sia irrimediabile e, quindi, insanabile) ha consentito alla Corte Europea di vagliare un'istanza di detenzione domiciliare in deroga, per l'evidente pericolo di vita in cui si trova il detenuto. La Corte ha accolto la richiesta, sospendendo, però, la decisione in attesa che il governo italiano relazioni sulle attuali condizioni psichiatriche del recluso, sui rischi di suicidio e sulle misure adottate dalle autorità nazionali per fornire al detenuto il trattamento psichiatrico richiesto.

Diventa, di fatto, sempre più difficile accettare provvedimenti di diniego da parte dei tribunali di sorveglianza alle istanze di concessione della detenzione domiciliare "in deroga", proprio in considerazione del recente approdo della Consulta che ha equiparato la salute mentale con quella fisica. Ed è il pregio e senso di civiltà espresso nell'annotata pronuncia n.99 del 2019.

## **6. Riflessioni conclusive.**

L'approdo compiuto dalla Corte costituzionale con la decisione in esame rafforza la convinzione che la malattia psichica è fonte di sofferenze non meno della malattia fisica e che il riconoscimento costituzionale del diritto fondamentale alla salute, deve intendersi come estensibile non solo alla salute fisica, ma anche a quella psichica, cui l'ordinamento è tenuto ad apprestare identico grado di tutela. La persona è unione inscindibile di corpo e spirito e ogni situazione di estrema costrizione fisica, di mancanza di una tutela effettiva e del riconoscimento di beni essenziali, determina una grave lesione della dignità umana che genera, nel soggetto che la patisce, sentimenti di rivalsa e di disprezzo verso la società, così infrangendo il principio del fine rieducativo della pena e inficiando il necessario processo di reinserimento sociale. È ormai dimostrato che le patologie psichiche possono anche subire aggravamenti proprio a causa dello stato detentivo sino a generare profili di

---

all'attuazione delle misure cautelari da essa indicate. 4. Il presidente della Corte può designare dei vicepresidenti di Sezione in qualità di giudici di turno per decidere sulle richieste di misure cautelari.

incompatibilità tra la detenzione carceraria e disturbo mentale. In tal senso, il dato emerso dal numero di suicidi e dai reiterati tentativi di suicidio deve indurre ad avviare una seria ed urgente riflessione che coinvolga tutte le varie componenti delle istituzioni interessate, atteso che la misura alternativa della detenzione domiciliare umanitaria o in deroga, allo stato attuale, non può essere sufficiente a colmare le carenze sopra evidenziate.

Dalla sentenza giunge indirettamente un monito a migliorare le condizioni di detenzione e l'intera offerta di salute all'interno delle carceri, essendoci un legame molto stretto fra la qualità della vita negli istituti e l'insorgenza di sofferenza psichica, sol che si consideri l'enorme uso di psicofarmaci che si registra in carcere, ove tantissimi detenuti convivono con una malattia psichica certificata pur potendo essere curati in modo adeguato, fuori da un ambiente a così alto rischio per la salute psico-fisica<sup>43</sup>. La decisione costituisce, però, solo un proficuo punto di partenza, permanendo alcune criticità che generano disparità di trattamento e altre violazioni dei precetti costituzionali e alimentano l'interrogativo se sia legittimo e ragionevole operare un bilanciamento tra diritto alla salute e altri diritti fondamentali pur meritevoli di tutela e se si possa pervenire a soluzioni tali da determinare addirittura il sacrificio del primo rispetto agli altri<sup>44</sup>. Ad esempio, l'obiettivo di elidere l'ingiustificata disparità di trattamento tra il detenuto con malattia fisica sopravvenuta e quello affetto dall'insorgenza di una malattia psichica, non appare definitivamente conseguito, se si pensa che, anche all'esito della pronuncia in esame, il giudice che si trovi in presenza di un detenuto con sopravvenuta malattia fisica potrà scegliere se disporre il rinvio della pena ai sensi dell'art. 147 c.p. oppure applicare nei suoi confronti la detenzione domiciliare, mentre non avrà una analoga

---

<sup>43</sup> Sul punto, cfr. M. RUOTOLO, *Dignità e carcere*, op.cit., p. 109 ss. L'Autore evidenzia la necessità di trasformare il carcere in un ambiente carcerario più salubre e umanizzato, in cui "possano esercitarsi tutti i diritti riconosciuti e garantiti all'uomo in quanto tale che non si rivelino incompatibili con le esigenze della vita carceraria", così da facilitare il recupero sociale del detenuto e di riflesso la sicurezza di tutta la collettività.

<sup>44</sup> Un'analisi accurata sul criterio di ragionevolezza, in A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Giuffrè, Milano, 2001; A. RUGGERI, *Interpretazione costituzionale e ragionevolezza*, in *Poteri, garanzie e diritti a sessanta anni dalla Costituzione*, Scritti per G. Grottanelli De' Santi, a cura di A. PISANESCHI -L. VIOLINI, Giuffrè, Milano, 2007.

facoltà di scelta qualora si tratti di condannato affetto da patologia psichica sopravvenuta, per il quale potrà eventualmente disporre soltanto il secondo istituto<sup>45</sup>.

Un primo passo, dunque, certamente importante ma non ancora risolutivo per la tutela dei diritti fondamentali dei detenuti con disagio psichico e, più in generale, per una effettiva ed efficace tutela del diritto alla salute.

Non si può rimanere inerti dinanzi ad una compressione della dignità della persona, valore che nello Stato costituzionale contemporaneo costituisce ancora il “punto archimedeo” di tutto il sistema costituzionale dei diritti e dei poteri<sup>46</sup>; nel delicato compito dello Stato “di rimuovere gli ostacoli”, rientra senza ombra di dubbio quello di preservare, nella dignità, “quel ruolo di metadiritto e stella polare che guida al riconoscimento dei nuovi diritti fondamentali”<sup>47</sup>.

<sup>45</sup> Sul punto, cfr. G. SPINELLI, L'inderogabilità e la tutela del diritto alla salute (anche) mentale del soggetto detenuto: la sentenza Corte cost. n. 99/2019, in *Osservatorio AIC*, n.4/2019. L'A. evidenzia l'ambiguità della motivazione ove si afferma che il giudice non potrà comunque indirizzare il condannato malato psichico ad un luogo esterno di cura qualora ritenga prevalenti, nel caso singolo, le esigenze della sicurezza pubblica. Sicché, in questi casi, “laddove la soluzione della detenzione domiciliare non sia sufficientemente adeguata a contenere la pericolosità del detenuto, non sussistendo nell'ordinamento altre soluzioni, la conclusione della Corte sembrerebbe quella di rassegnarsi a mantenere il soggetto in carcere, così ammettendo la bilanciabilità del diritto alla salute in presenza di altri interessi meritevoli di tutela”.

<sup>46</sup> L'espressione è di G. SILVESTRI, *La dignità umana dentro le mura del carcere*, op. cit., p. 1. Si è discusso sull'assenza della dignità umana dalla Costituzione italiana, nei termini di una assenza solo apparente, posto che la dignità, “cuore pulsante del principio personalistico” e “dell'antiorità del singolo rispetto allo Stato”, rappresenta “il necessario presupposto assiologico dei diritti fondamentali”, finendo con il regolarne i rapporti reciproci. Cfr., inoltre, M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti*, in M. Floris (a cura di), *Diritti umani. Cultura dei diritti e dignità della persona nell'epoca della globalizzazione*, Dizionario, Utet, Torino, 2007, vol. I, p. 331 ss.; *Id.* *Dignità e carcere*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014; G. ZAGREBELSKY, *Il tempo e lo spazio del 'capro espiatorio'. Del paradosso della dignità in carcere*, in *Diritto e società*, n.1/2015, p. 1 ss.

<sup>47</sup> La definizione è di A. RUGGERI, *La dignità dell'uomo e il diritto ad avere diritti (profili problematici e ricostruttivi)*, op. cit. p. 1 ss. *Id.* *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, op. cit. La dignità implica che l'identità specifica di ciascun individuo venga preservata e considerata (sentenza Corte cost., n. 13 del 1994) “un bene in sé medesima, indipendentemente dalla condizione personale e sociale, dai pregi e dai difetti del soggetto, di guisa che a ciascuno è riconosciuto il diritto a che la sua individualità sia preservata”. Essa non appartiene a chi se la merita, secondo criteri di valutazione assunti dalle leggi dello Stato o risultanti dalla cultura dominante, ma a tutte le persone, qualunque sia o sia stato il loro comportamento. Non è soltanto una “dote” dell'essere umano, ma si identifica con la persona, per il semplice motivo che “un individuo privato della sua dignità soffre della negazione della sua stessa umanità”.

## DAL RIUSO DELLE FONTI PUBBLICHE ALLA "EUROPEAN STRATEGY OF DATA"

**Claudia De Simone**

**ABSTRACT** [ITA]: Il 26 giugno 2019, sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea è stata pubblicata la Direttiva (UE) 2019/1024 del Parlamento Europeo e del Consiglio Europeo datata 20 giugno 2019, in vigore dal 16 luglio 2019, concernente l'apertura dei dati e il relativo riutilizzo nel settore pubblico. Tale direttiva sostituirà la precedente 2003/98/CE (e le successive modifiche) a partire dal 17 luglio 2021 e dovrà diventare diritto nazionale negli Stati membri a partire dalla stessa data. Il recepimento, quantomai prossimo, costituisce una significativa opportunità per l'Italia. È attribuita al legislatore nazionale la missione volta allo scioglimento, in sede di trasposizione della direttiva, di rilevanti e significative criticità e problemi applicativi.

**ABSTRACT** [ENG]: On 26 June 2019, Directive (EU) 2019/1024 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 on the opening of data and the reuse of public sector information was published in the Official Journal of the European Union, which has been in force since July 16, 2019. Directive (EU) 2019/1024 replaces Directive 2003/98 / EC (and subsequent amendments) starting from July 17, 2021 and must become national law in the Member States starting from it date. The approach of the fateful date by which there is the obligation to transpose constitutes a significant opportunity for Italy. The national legislator is assigned the mission aimed at dissolving, in the transposition of the directive, relevant and significant intertwining and application problems.

**SOMMARIO:** **1.** La disciplina nazionale sul "riuso" dei dati: il d.lgs. 33/2013 alla luce della sentenza n. 20/2019 della Consulta – **2.** Europa e riutilizzo delle fonti pubbliche: l'evoluzione della disciplina – **3.** La nuova disciplina europea: il subentro della Direttiva PSI 2019/1024 in sostituzione della Direttiva 2003/98/CEE – **4.** Verso l'attuazione del 17 luglio 2021: opportunità da cogliere e aspetti da analizzare – **5.** Lo scenario attuale e la "sovranità tecnologica europea" – **6.** Conclusioni.

## 1. La disciplina nazionale sul “riuso” dei dati: il d.lgs. 33/2013 alla luce della sentenza n. 20/2019 della Consulta

All'interno dell'art. 1 del d.lgs. n. 33/2013 il legislatore definisce il principio generale della trasparenza come *“accessibilità totale ai dati e documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, finalizzata a tutelare i diritti di cittadini, a promuovere la partecipazione degli interessati all'attività amministrativa e a favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche”*. Continuando, l'art. 3 del medesimo decreto, intitolato *“pubblicità e diritto alla conoscibilità”* prevede al comma 1 che *“tutti i documenti, le informazioni e i dati oggetto di accesso civico, ivi compresi quelli oggetto di pubblicazione obbligatoria ai sensi della normativa vigente sono pubblici e chiunque ha diritto di conoscerli, fruirli gratuitamente, e di utilizzarli e riutilizzarli ai sensi dell'art. 7”*. Pertanto, il d.lgs. n. 33/2013 disciplina la pubblicità e la conoscibilità dei dati della P.A., oltre che per fini di trasparenza, anche per fini di conoscenza, utilizzo e riutilizzo.<sup>1</sup>

A tal proposito, si rileva che la disposizione che costituisce il nucleo del riutilizzo dei dati è l'art. 7-bis, il quale è stato introdotto nel d.lgs. n. 33/2013 dal d.lgs. n. 97/2016. L'art. 7-bis recita quanto segue: *“Gli obblighi di pubblicazione dei dati personali diversi dai dati sensibili e dai dati giudiziari, di cui all'articolo 4, comma 1, lettere d) ed e), del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, comportano la possibilità di una diffusione dei dati medesimi attraverso siti istituzionali, nonché il loro trattamento secondo modalità che ne consentono la indicizzazione e la rintracciabilità tramite i motori di ricerca web ed il loro riutilizzo ai sensi dell'articolo 7 nel rispetto dei principi sul trattamento dei dati personali.”*

Il presente articolo, intitolato *“riutilizzo dei dati pubblicati”*, è strettamente connesso all'art. 7, intitolato similmente: *“dati aperti e riutilizzo”*, ai sensi del quale *“i documenti, le informazioni e i dati oggetto di pubblicazione obbligatoria ai sensi della normativa vigente, resi disponibili anche a seguito di accesso civico ai sensi dell'art. 5, sono pubblicati a formato aperto ai sensi dell'art. 68 del codice dell'amministrazione digitale e sono riutilizzabili ai sensi del decreto legislativo 24 gennaio 2006 n. 36, del decreto legislativo 7 marzo 2005 n. 82 e del*

---

<sup>1</sup> O. POLLICINO - F. RESTA, *Trasparenza amministrativa e riservatezza*, in *Agenda digitale*, 25 febbraio 2019.

*decreto legislativo 30 giugno 2003 n. 196, senza ulteriori restrizioni diverse dall'obbligo di citare la fonte e di rispettarne l'integrità".*

Proprio l'art. 7 costituisce la disposizione di rinvio alla legislazione vigente in materia di riutilizzo dei dati: decreto legislativo n. 36 del 2006; decreto legislativo n. 196 del 2003, recentemente modificato con il decreto legislativo n. 101/2018.<sup>2</sup>

È doveroso, dunque, distinguere i fini di riutilizzo dai fini di trasparenza, infatti *"non si può immaginare che la finalità di riutilizzo coincida con quella della trasparenza, anche perché il riutilizzo dei dati e dei documenti è finalizzato allo sfruttamento economico delle informazioni a disposizione della P.A. e non a finalità di controllo e partecipazione democratica"*.<sup>3</sup>

La differenza è, inoltre, insita nella definizione stessa di riutilizzo e di trasparenza, quest'ultima contenuta nell'art. 1 del d.lgs. n. 33/2013: *"accessibilità totale delle informazioni concernenti l'organizzazione e l'attività delle pubbliche amministrazioni, allo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche"*.

Con il termine "riutilizzo" dell'informazione pubblica, invece, si intende la possibilità di rielaborare (cioè modificare, combinare e/o trasformare) i dati originariamente raccolti dalla Pubblica Amministrazione per scopi diversi al fine di renderli più utili ed interessanti.

Il riutilizzo o riutilizzo si ha, quindi, quando vi è l'uso di documenti in possesso di enti pubblici da parte di persone fisiche o giuridiche a fini commerciali o non commerciali, diversi dallo scopo iniziale - riassumibile nella supervisione della gestione della cosa pubblica - per i quali i documenti sono stati prodotti.<sup>4</sup>

---

<sup>2</sup> Cfr. A. RUGGERI, *La consulta rimette a punto i rapporti tra diritto euro unitario e diritto interno con una pronuncia in chiaroscuro (A prima lettura di Corte Cost. Sent. N. 20 del 2019)*, Consulta Online, 25 Febbraio 2019.

<sup>3</sup> Si veda F. PIZZETTI, *Sentenza n. 20/2019 della Consulta e riordino degli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione delle informazioni della PA: il legislatore non trascuri il "riutilizzo" delle fonti pubbliche*, in *mediaLaws.eu*, 2, 2019.

<sup>4</sup> Definizione ai sensi della Direttiva 2003/98/CEE. Ai sensi dell'art. 2 punto 11) Direttiva 2019/1024/UE: "riutilizzo", l'uso, da parte di persone fisiche o giuridiche, di documenti in possesso di: a) enti pubblici a fini commerciali o non commerciali diversi dallo scopo iniziale nell'ambito dei compiti di servizio pubblico per i quali i documenti sono stati prodotti, fatta eccezione per lo scambio di documenti tra enti pubblici esclusivamente in adempimento dei loro compiti di servizio pubblico; b) imprese pubbliche a fini commerciali o non commerciali diversi dallo scopo iniziale di fornire i servizi di interesse generale per i quali i documenti sono stati prodotti, fatta eccezione per lo scambio di documenti tra imprese pubbliche ed enti pubblici esclusivamente in adempimento dei compiti di servizio pubblico degli enti pubblici".

Il riuso implica quindi un'attività da parte di singoli sviluppatori, aziende, società civile altre Amministrazioni, volta a sfruttare il valore del patrimonio informativo pubblico, anche a scopo commerciale.

Merita a tal proposito precisare che la vaga definizione dei due termini in questione ha teso ad una certa equivocità interpretativa relativamente al d.lgs. n. 33/2013.

Le due finalità, "trasparenza" e "riuso", sono da considerarsi, sotto diversi profili, addirittura antistanti, poiché una cosa è la finalità di trasparenza come partecipazione e controllo dell'attività pubblica, altra cosa è la finalità di riuso legata allo sfruttamento economico dei dati e delle informazioni delle P.A.<sup>5</sup>

È quindi da condannare, avuto riguardo delle loro contrarie finalità e della loro diversa portata, la semplicistica interpretazione della normativa in esame secondo cui riuso e trasparenza possono essere assimilati.

Altra norma di estrema importanza contenuta nel d.lgs n. 33/2013 è l'art. 9, intitolato "*accesso alle informazioni pubbliche dei siti*", cui si è fatto rapido cenno citato nelle righe precedenti. Tale articolo impedisce alle amministrazioni pubbliche di frapporre alcun filtro o altro impedimento tecnico che ostacoli o limiti l'accesso dei motori di ricerca sul web ai loro siti dedicati e alle informazioni, dati e documenti in essi contenuti.<sup>6</sup>

È bene precisare che il divieto di apposizione di filtri, è volto ad impedire di indicizzare ed effettuare ricerche all'interno dell'apposita sezione "amministrazione trasparente". Infatti, i dati pubblicati nelle modalità indicate dal presente articolo del d.lgs. 33/2013 - che non chiarisce affatto quale deve essere il giusto bilanciamento tra pubblicazione e utilizzo dei dati delle P.A. per finalità di trasparenza o per fini di riuso - comportano innanzitutto un accesso illimitato ad una indefinita platea di utenti, di conseguenza uno scavalco delle finalità di trasparenza (controllo, partecipazione e repressione del fenomeno corruttivo) per concretizzarsi, infine, in una profilazione dei soggetti interessati titolari dei dati pubblicati.

---

<sup>5</sup> Sul punto, F. SCIACCHITANO, *Disciplina e utilizzo degli Open Data in Italia*, in *MediaLaws.eu*, 1, 2018;

<sup>6</sup> Si veda F. MARTINES, *La digitalizzazione della pubblica amministrazione*, in *MediaLaws.eu*, 2, 2018, 146 ss; E. BELISARIO – G. COGO – S. EPIFAN – C. FORGHIERI (a cura di), *Come si fa Open data? Istruzioni per l'uso per enti e amministrazioni pubbliche (versione 2.0)*, in *egonews.it*, 2012.

La Consulta, a tal proposito, attraverso la recente sentenza n. 20 del 2019 ha dichiarato che *“Le stesse modalità di diffusione dei dati reddituali e patrimoniali (relativi ai dirigenti, ai coniugi e ai parenti entro il secondo grado, ove essi acconsentano, e salva la menzione dell’eventuale mancato consenso), desunti dalla dichiarazione dei redditi, non supererebbero il test di proporzionalità. Infatti, ai sensi degli artt. 7-bis e 9 del d.lgs. n. 33 del 2013, le amministrazioni cui compete la pubblicazione on line dei dati non possono disporre filtri e altre soluzioni tecniche atte ad impedire ai motori di ricerca web di indicizzarli o di renderli non consultabili. Tali modalità di pubblicazione renderebbero quest’ultima indubbiamente foriera di usi da parte del pubblico che possono trasmodare dalla finalità della trasparenza, sino a giungere alla messa a rischio della sicurezza degli interessati”*.<sup>7</sup>

Ci si chiede, dunque, se il legislatore abbia approfonditamente riflettuto, al momento della redazione della disciplina in esame, sulla sostanziale differenza che intercorre tra finalità di trasparenza e conoscibilità a fini di riuso dei dati.

L’art. 9, infatti, non sancendo alcuna differenziazione a riguardo, potrebbe provocare una violazione dei principi fondamentali di tutela dei dati personali ed una violazione dell’art. 3 della Costituzione, dunque una lesione del principio di eguaglianza a causa dell’irragionevolezza della norma, la quale disciplina situazioni totalmente differenti in maniera uniforme ed identica.<sup>8</sup>

Si ritiene che la disciplina dettata dall’art. 9 del d.lgs. n. 33/2013 sia tendente a creare un travisamento della realtà giuridica sia con riguardo alla “trasparenza” sia per il fine del “riuso”.<sup>9</sup>

Pertanto, in merito alla “trasparenza” la norma consente forme di partecipazione e di controllo eccessivamente estese. È infatti ammesso partecipare e controllare anche chi, non essendo cittadino italiano o non essendo residente nel territorio italiano, può

---

<sup>7</sup> Cfr. A. RUGGERI, *La consulta rimette a punto i rapporti tra diritto euro unitario e diritto interno con una pronuncia in chiaroscuro (A prima lettura di Corte Cost. Sent. N. 20 del 2019)*, in Consulta Online, 25 Febbraio 2019.

<sup>8</sup> Sul punto G. FAMIGLIETTI, *Il diritto alla riservatezza o la riservatezza come diritto. Appunti in tema di riservatezza ed intimididad sulla scorta della giurisprudenza della Corte Costituzionale e del Tribunal Constitucional*, 2005.

<sup>9</sup> Si veda *Parere del Garante su uno schema di decreto legislativo concernente il riordino della disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte della PA*, 7 Febbraio 2013 (2243168) e *Parere del Garante su uno schema di decreto legislativo concernente la revisione e semplificazione delle disposizioni di prevenzione della corruzione, pubblicità e trasparenza*, 6 Marzo 2016 (4772830).

allo stesso modo e uniformemente ai soggetti cittadini italiani o residenti nel territorio dello Stato venire a conoscenza di informazioni e dati destinati ad essere presenti sul *web* senza limiti temporali.<sup>10</sup>

Il medesimo travisamento avviene anche per la disciplina in materia di riuso dei dati. Il testo della norma, infatti, è incline a favorire la possibilità per gli operatori economici di profilare gli interessati attraverso l'utilizzo di un comune motore di ricerca e, per di più, di venire a conoscenza, in maniera molto agevole, dei molteplici siti in cui sono reperibili gli stessi documenti e scegliere liberamente verso quali pubbliche amministrazioni esercitare il diritto di accesso. Un ruolo centrale nella società giuridica è attribuito alla volontà di attuare e soprattutto mantenere il bilanciamento necessario tra la disciplina europea in materia di protezione dei dati personali e la normativa sulla "trasparenza". È all'uopo indispensabile costruire un fermo bilanciamento tra la disciplina che tutela i diritti e le libertà della persona e l'attività di "riuso" dei dati per finalità commerciali, economiche e di sviluppo dell'economia digitale.

Diverse Direttive Europee, di cui tratteremo approfonditamente nel paragrafo successivo, hanno ad oggetto la disciplina in materia di uso e riuso delle fonti pubbliche.

## **2. Europa e riuso delle fonti pubbliche: l'evoluzione della disciplina.**

Il Parlamento Europeo e il Consiglio nel Novembre del 2003 adottarono la cd. "*Direttiva PSI*"<sup>11</sup>. Si tratta della direttiva 2003/98/CE, relativa al riutilizzo dell'informazione del settore pubblico che ha tolto agli stati membri la prerogativa sulla regolamentazione dell'utilizzo dei dati e che per lungo tempo ha fornito un quadro normativo comune per tutti gli stati membri e costituisce il primo passo in tema di riutilizzo dell'informazione del settore pubblico.

---

<sup>10</sup>In proposito F. PIZZETTI, *Sentenza n. 20/2019 della Consulta e riordino degli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione delle informazioni della PA: il legislatore non trascuri il "riuso" delle fonti pubbliche*, in *MediaLaws.eu*, 2, 2019.

<sup>11</sup> PSI: *Public Sector Information*

L'applicazione italiana della direttiva comunitaria è avvenuta con il Decreto legislativo 24 gennaio 2006, n. 36, pubblicato nella G.U. del 14 febbraio 2006, n. 37 e successivamente modificato dalla L. 96/2010.

Detta direttiva rispondeva all'imminente esigenza del 2003 di disciplinare il settore pubblico il quale raccoglieva, produceva, riproduceva e diffondeva un'ampia gamma di informazioni in molti settori di attività, quali ad esempio informazioni di tipo sociale, economico, geografico, climatico, turistico ecc.<sup>12</sup>

Pertanto, anche dai considerando della Direttiva stessa, risulta evidente come già da tempo, secondo il legislatore europeo, l'armonizzazione delle normative e delle prassi seguite negli Stati membri in relazione allo sfruttamento delle informazioni del settore pubblico contribuisce al conseguimento di diversi obiettivi: l'instaurazione di un mercato interno e l'istituzione di un regime inteso a garantire l'assenza di distorsioni della concorrenza sul mercato interno.<sup>13</sup>

*“Uno degli obiettivi principali della realizzazione del mercato interno è la creazione di condizioni propizie allo sviluppo di servizi su scala comunitaria. Le informazioni del settore pubblico sono un'importante materia prima per i prodotti e i servizi imperniati sui contenuti digitali. Esse diventeranno una risorsa contenutistica ancora più importante con lo sviluppo dei servizi di contenuti via comunicazioni mobili. In tale contesto sarà fondamentale anche un'ampia copertura geografica oltre i confini nazionali. Più ampie possibilità di riutilizzo delle informazioni del settore pubblico dovrebbero, tra l'altro, consentire alle imprese europee di sfruttarne il potenziale e contribuire alla crescita economica e alla creazione di posti di lavoro”.*<sup>14</sup>

Prima dell'entrata in vigore della Direttiva 2003/98/CEE le normative e le prassi seguite negli Stati membri in relazione allo sfruttamento delle risorse di informazione del settore pubblico erano caratterizzate da notevoli differenze, costituenti vere barriere che impedivano a queste risorse essenziali di esprimere appieno il proprio

<sup>12</sup> M.E. STUCKE – A.P. GRUNES, *Big data and competition policy*, Oxford, 2016; M. MAGGIOLINO, *I big data e il diritto antitrust*, Milano, 2018.

<sup>13</sup> Autorité de la concurrence, AMF, Arafar, Arcep, CNIL, CRE, CSA, *Nouvelles modalités de régulation – la régulation par la donnée*, 8 Juillet 2019.

<sup>14</sup> Considerando 5 della Direttiva 2003/98

potenziale economico.<sup>15</sup> Le tradizioni degli enti pubblici in materia di utilizzazione delle informazioni del settore pubblico si svilupparono in direzioni molto diverse.

Fu, dunque, opportuno avviare un'armonizzazione minima delle normative e delle prassi nazionali relative al riutilizzo dei documenti del settore pubblico, nei casi in cui le differenze tra dette normative e prassi nazionali o la mancanza di chiarezza fungevano da ostacolo al buon funzionamento del mercato interno e all'adeguato sviluppo della società dell'informazione nella Comunità.

Sempre secondo quanto affermato all'interno del testo iniziale della direttiva, nello specifico dal considerando 8, *“Affinché il riutilizzo dei documenti del settore pubblico avvenga in condizioni eque, adeguate e non discriminatorie, le modalità di tale riutilizzo devono essere soggette ad una disciplina generale. Gli enti pubblici raccolgono, producono, riproducono e diffondono documenti in adempimento dei loro compiti di servizio pubblico. L'uso di tali documenti per altri motivi costituisce riutilizzo. Le politiche degli Stati membri possono spingersi oltre le norme minime stabilite dalla presente direttiva, consentendo un più ampio riutilizzo”*.

La presente direttiva fu, come già accennato, attuata dal legislatore italiano attraverso il d.lgs. n. 36/2006, richiamato dall'art. 7 del d.lgs. n. 33/2013 in relazione alle norme da rispettare per il riuso delle informazioni pubbliche delle P.A..

Successivamente, nel 2013 la direttiva 2013/37/UE intervenne in materia di riutilizzo dell'informazione nel settore pubblico, con la modifica della direttiva 2003/98/CE, la c.d. direttiva PSI (*Public Sector Information*). Detto aggiornamento era finalizzato a favorire il riutilizzo dei dati delle pubbliche amministrazioni dell'Unione europea.

La nuova direttiva PSI, salvo eccezioni specifiche, considerava obbligatorio per gli enti pubblici rendere riutilizzabili tutte le informazioni in loro possesso, per scopi commerciali e non commerciali, a condizione che le informazioni non fossero escluse dal diritto di accesso secondo del diritto nazionale e in conformità alla normativa

---

<sup>15</sup> In argomento, A. DE MAURO – M. GRECO – M. GRIMALDI, *A formal definition of big data based on its essential features*, in *Library Review*, 65(3), 2016; Organization for economic co-operation and development (OECD), *Big data: ringing competition policy to the digital area*, DAF/COMP(2016)14, 29-30 novembre 2016.

sulla protezione dei dati.<sup>16</sup> Fu, inoltre, esteso l'ambito di applicazione della direttiva anche alle istituzioni culturali (biblioteche, comprese quelle universitarie, ai musei e agli archivi) in precedenza escluse.

La direttiva 2013/37/UE realizzava dunque una delle misure dell'Agenda digitale europea adottata nel maggio 2010 dalla Commissione europea nel quadro della strategia Europa 2020, che fissava obiettivi per la crescita nell'Unione europea da raggiungere entro il 2020, fra i quali sfruttare al meglio il potenziale delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione per favorire l'innovazione, la crescita economica e il progresso.

Pertanto, da quando è stato adottato il primo insieme di norme sul riutilizzo dell'informazione del settore pubblico nel 2003 con la direttiva 2003/98/CEE si è assistito ad una crescita esponenziale della quantità di dati, anche pubblici, nel mondo, e alla relativa raccolta, che nel tempo è stata sottoposta a costante evoluzione in termini di tecnologie per l'analisi, lo sfruttamento e l'elaborazione dei dati.

Questa rapida evoluzione tecnologica permette di creare nuovi servizi e nuove applicazioni basate sull'uso, sull'aggregazione o sulla combinazione di dati. La modifica avvenuta con la direttiva 2013/37/UE fonda le proprie radici nella convinzione che le norme adottate nel 2003 non rispecchiano più questi rapidi mutamenti e di conseguenza si rischia di non poter cogliere le opportunità economiche e sociali offerte dal riutilizzo di dati pubblici.

L'attuazione di tale direttiva vi fu attraverso il decreto legislativo 18 maggio 2015, n. 102. Nonostante l'esigua età della direttiva in materia di riutilizzo dell'informazione nel settore pubblico, con la modifica della direttiva 2003/98/CE, ossia la c.d. direttiva PSI (*Public Sector Information*), la Commissione è tornata di recente su questo tema con la Comunicazione del 25 aprile 2017 "*Verso uno spazio comune europeo dei dati*", definita anche "*nuovo pacchetto dati*", con la quale ha inteso tracciare anche una *road map* per il completamento del *Digital Single Market*<sup>17</sup> e

---

<sup>16</sup> Sul punto M. BISOGNO – S. SANTIS – G. VAIA – G. COGO, *Toward a Quality Open Government Data Ecosystem: Actors and practices*, 2020 in *opendataveneto.regione.veneto.it*.

<sup>17</sup> Il *Digital Single Market* in italiano "mercato unico digitale" è una politica dell'Unione Europea che fa parte del mercato europeo comune e che regola la pubblicità in rete, il commercio elettronico e le telecomunicazioni. Il mercato unico digitale è parte del programma Agenda digitale per l'Europa 2020.

proprio per questo ha allegato ad essa alcuni documenti, tra i quali una proposta di revisione della Direttiva n. 2013/37/UE. È prioritario concedere estrema attenzione al tema dell'intelligenza artificiale e alla sua futura evoluzione in ogni settore soprattutto in relazione al tema del riuso delle informazioni pubbliche e nell'ambito dello sviluppo dell'economia digitale.

Infatti, il tema oggetto di trattazione e analisi, viene considerato strategico dall'Unione Europea. Il riuso delle informazioni, dei documenti e dei dati pubblicati dalle pubbliche amministrazioni a seguito di obblighi imposti dalla legge è preso estremamente in considerazione nella politica economica dell'UE, che, anche a seguito delle *Opinions* del EDPS<sup>18</sup> Garante Europeo per la protezione dei dati, si è concentrata nuovamente sulla disciplina del riutilizzo dell'informazione nel settore pubblico. In particolare, è possibile citare l'*opinion* n. 5 del 2018 del EDPS che si concentra su raccomandazioni specifiche al fine di chiarire meglio la relazione e la coerenza della direttiva PSI con le eccezioni del *General Data Protection Regulation* e il riferimento alla normativa applicabile sulla protezione dei dati. Inoltre, sono fornite ulteriori raccomandazioni sull'anonimizzazione e la sua relazione con i costi e la protezione dei dati, concentrandosi anche su una valutazione dell'impatto sulla protezione dei dati, tenendo conto di una "politica di riutilizzo accettabile".

Il Garante Europeo inserisce all'interno dell'*Opinion* i seguenti suggerimenti: al punto 16) "Pertanto, il GEPD suggerisce di fornire una formulazione specifica sulla differenza tra "documenti" e "parti di documenti" a cui la direttiva PSI non sarebbe applicabile per motivi di protezione dei dati. Ciò chiarirebbe meglio la relazione e la coerenza della direttiva PSI con il GDPR. Inoltre, potrebbe specificamente e in modo più coerente fare riferimento a "regimi che contengono dati personali il cui riutilizzo" potrebbe compromettere il diritto fondamentale alla privacy e alla protezione dei dati personali."<sup>19</sup> Al punto 17) della stessa *Opinion* continua con "Come raccomandazione minore, il GEPD suggerisce di aggiungere un riferimento all'autorità di vigilanza

---

<sup>18</sup> EDPS: *European Data Protection Supervisor*

<sup>19</sup> "Therefore, the EDPS suggests to modify Article 1(2)(g) of the Proposal and to provide for specific wording on the difference between 'documents' and 'parts of documents' to which the PSI Directive would not be applicable on data protection grounds. This would better clarify the relationship and coherence of the PSI Directive with the GDPR. Moreover, it could specifically and more consistently refer to 'regimes which contain personal data the re-use of which' could undermine the fundamental right to privacy and the protection of personal data" *Opinion* n. 5/2018 EDPS

istituita dall'articolo 51 del GDPR ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 4 della proposta, per rafforzare ulteriormente il legame tra il riutilizzo delle informazioni del settore pubblico e la protezione dei dati personali".<sup>20</sup>

Dunque, il tema del bilanciamento e della compatibilità tra tutela del diritto alla protezione dei dati personali e riuso delle informazioni pubbliche è attualmente centralissimo per il corretto sviluppo e l'orientata evoluzione della società digitale in una Unione Europea che non intende rinunciare da un lato allo sviluppo dell'economia digitale e dei suoi benefici e, dall'altro, alla tutela dei diritti e delle libertà fondamentali delle persone.

L'Unione Europea è chiamata a confrontarsi ad ogni passo col tema della compatibilità delle nuove regolazioni in materie di sviluppo digitale con la regolazione a tutela dei dati personali.<sup>21</sup>

### **3. La nuova disciplina europea: il subentro della Direttiva PSI 2019/1024 in sostituzione della Direttiva 2003/98/CEE.**

È giunto alla fase conclusiva *l'iter* di approvazione, da parte del Parlamento europeo e del Consiglio, delle disposizioni di revisione, mediante rifusione, della Direttiva 2003/98/CE relativa al riutilizzo dell'informazione del settore pubblico («*Public Sector Information*», da cui l'acronimo PSI).

Il 26 giugno 2019, sulla Gazzetta ufficiale dell'Unione europea è stata pubblicata la Direttiva (UE) 2019/1024 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019, relativa all'apertura dei dati e al riutilizzo dell'informazione del settore pubblico, in vigore dal 16 luglio 2019. La Commissione ha valutato, previa consultazione dei pertinenti portatori di interessi, e riesaminato il funzionamento della direttiva 2003/98/CE nell'ambito del programma di controllo dell'adeguatezza e dell'efficacia della regolamentazione. La direttiva (UE) 2019/1024 rifonde e sostituisce la direttiva

---

<sup>20</sup> “As a minor recommendation, the EDPS suggests to add a reference to the Supervisory Authority set up by Article 51 of the GDPR under Article 4(4) of the Proposal, to further enhance the link between the re-use of public sector information and the protection of personal data”. Opinion n. 5/2018 EDPS

<sup>21</sup> Cfr. O.POLLICINO – T. FROSINI – E. APA – M. BASSINI (a cura di), *Diritti e libertà in Internet*, 2017.

2003/98/CE (e le successive modifiche) a partire dal 17 luglio 2021. Deve diventare diritto nazionale negli Stati membri a partire dalla stessa data.

In seguito alla consultazione dei portatori di interessi e alla luce dei risultati della valutazione d'impatto, la Commissione ha ritenuto che un'azione a livello dell'Unione fosse necessaria, da un lato, per affrontare i restanti ostacoli e le barriere emergenti che limitano un ampio riutilizzo dell'informazione del settore pubblico e dell'informazione finanziata con fondi pubblici e, dall'altro, per adeguare il quadro legislativo ai progressi delle tecnologie digitali, nonché per stimolare ulteriormente l'innovazione digitale, in particolare con riguardo all'intelligenza artificiale.

Le modifiche sostanziali introdotte al testo giuridico per poter sfruttare appieno il potenziale dell'informazione del settore pubblico a vantaggio dell'economia e della società europee sono incentrate in particolare sui seguenti aspetti: la concessione di un accesso in tempo reale a dati dinamici mediante mezzi tecnici adeguati; l'aumento dell'offerta di dati pubblici preziosi a fini di riutilizzo, anche provenienti da imprese pubbliche, organizzazioni che svolgono attività di ricerca e organizzazioni che finanziano la ricerca; il contrasto dell'emergere di nuove forme di accordi di esclusiva; il ricorso a deroghe al principio della tariffazione dei costi marginali; la relazione tra la presente direttiva e alcuni strumenti giuridici correlati, tra cui il regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio.

La recentissima Direttiva, all'interno dei considerando, cita, e di conseguenza collega, la disciplina sul "riuso" ai diritti fondamentali sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea affermando: *"L'accesso all'informazione è un diritto fondamentale. La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea stabilisce che ogni persona ha diritto alla libertà di espressione che include la libertà di opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza limiti di frontiera."*<sup>22</sup> Ancora, *"L'articolo 8 della Carta garantisce il diritto alla protezione dei dati di carattere personale e stabilisce che tali dati devono essere trattati secondo il principio di lealtà, per finalità determinate, in base al consenso della persona interessata o a un altro fondamento legittimo previsto dalla legge, e sotto il controllo di un'autorità indipendente"*.<sup>23</sup> In virtù della considerazione e dell'attenzione che

<sup>22</sup> Considerando 5, Direttiva 2019/1024/UE

<sup>23</sup> Considerando 6, Direttiva 2019/1024/UE

l'Unione Europea ha in materia di "riuso", è necessario osservare come l'informazione del settore pubblico rappresenta una fonte straordinaria di dati in grado di contribuire a migliorare il mercato interno e lo sviluppo di nuove applicazioni per i consumatori e le persone giuridiche. L'utilizzo intelligente dei dati, ivi compreso il loro trattamento attraverso applicazioni di intelligenza artificiale, può trasformare tutti i settori dell'economia.

Il settore pubblico degli Stati membri raccoglie, produce, riproduce e diffonde un'ampia gamma di informazioni in molti settori di attività, per esempio informazioni di tipo sociale, politico, economico, giuridico, geografico, ambientale, meteorologico, sismico, turistico, informazioni in materia di affari, di brevetti e di istruzione. I documenti prodotti dagli enti pubblici di natura esecutiva, legislativa o giudiziaria costituiscono un ampio bacino di risorse diversificato e prezioso in grado di favorire la società.

La fornitura di tali informazioni, che comprendono dati dinamici in un formato elettronico di uso comune, consente ai cittadini e alle persone giuridiche di individuare nuovi modi di utilizzarle e di creare prodotti e servizi nuovi e innovativi. Nel quadro degli sforzi da essi profusi per rendere i dati facilmente disponibili per il riutilizzo, gli Stati membri e gli enti pubblici hanno la possibilità di ottenere e ricevere adeguato sostegno finanziario a titolo dei pertinenti fondi e programmi dell'Unione, assicurando un ampio uso delle tecnologie digitali o la trasformazione digitale delle pubbliche amministrazioni e dei servizi pubblici.

La possibilità di riutilizzare i documenti detenuti da un ente pubblico conferisce un valore aggiunto per i ri-utilizzatori, gli utenti finali e la società in generale e, in molti casi, per lo stesso ente pubblico, grazie alla promozione della trasparenza e della responsabilizzazione e al ritorno di informazione fornito dai ri-utilizzatori e dagli utenti finali che permette all'ente pubblico in questione di migliorare la qualità dei dati che raccoglie e l'adempimento dei suoi compiti.

Analizzando la situazione attuale formatasi a seguito dell'attuazione delle precedenti Direttive Europee in materia di "riutilizzo" è agevole notare che gli Stati membri hanno messo in atto politiche per il riutilizzo dei dati in virtù della direttiva 2003/98/CE e alcuni di loro hanno adottato approcci ambiziosi in materia di apertura

dei dati<sup>24</sup>, per agevolare il riutilizzo da parte dei cittadini e delle persone giuridiche di dati pubblici accessibili, andando ben al di là del livello minimo fissato da tale direttiva. Esiste il rischio che norme divergenti nei vari Stati membri fungano da ostacolo all'offerta transfrontaliera di prodotti e servizi e impediscano che insiemi comparabili di dati pubblici siano riutilizzati per applicazioni basate su tali dati e utilizzate in tutta l'Unione. Di conseguenza, è necessaria un'armonizzazione minima per determinare quali dati pubblici sono disponibili per il riutilizzo sul mercato interno dell'informazione, sono coerenti con i pertinenti regimi di accesso, sia generali che settoriali, e non incidono su tali regimi di accesso. Le disposizioni del diritto dell'Unione e nazionale che superano queste prescrizioni minime, soprattutto nel caso della legislazione settoriale, dovrebbero continuare a essere applicate.

Infine, la direttiva prevede che *“Affinché il riutilizzo dei documenti del settore pubblico avvenga in condizioni eque, adeguate e non discriminatorie, le modalità di tale riutilizzo devono essere soggette a una disciplina generale. Gli enti pubblici raccolgono, producono, riproducono e diffondono documenti in adempimento dei loro compiti di servizio pubblico. Gli enti pubblici raccolgono, producono, riproducono e diffondono documenti allo scopo di fornire i servizi di interesse generale. L'uso di tali documenti per altri motivi costituisce riutilizzo. Le politiche degli Stati membri possono spingersi oltre le norme minime stabilite dalla presente direttiva, consentendo un più ampio riutilizzo. Nel recepire la presente direttiva, gli Stati membri possono utilizzare termini diversi da «documento», purché sia mantenuta l'intera*

---

<sup>24</sup> Direttiva 2019/1024/UE Considerando 16: “Il concetto di apertura dei dati si intende generalmente riferito a dati in formati aperti che possono essere utilizzati, riutilizzati e condivisi liberamente da chiunque e per qualsiasi finalità. Le politiche relative all'apertura dei dati, che incoraggiano un'ampia disponibilità e il riutilizzo dell'informazione del settore pubblico a fini privati o commerciali, con vincoli minimi o in assenza di ogni vincolo di natura legale, tecnica o finanziaria, e che favoriscono la circolazione di informazioni non solo per gli operatori economici ma principalmente per il pubblico, possono svolgere un ruolo importante nel promuovere l'impegno sociale nonché avviare e favorire lo sviluppo di nuovi servizi basati su modi innovativi di combinare tali informazioni tra loro e di usarle. Si incoraggiano pertanto gli Stati membri a promuovere la creazione di dati basati sul principio dell'«apertura fin dalla progettazione e per impostazione predefinita», con riferimento a tutti i documenti che rientrano nell'ambito di applicazione della presente direttiva. Nel farlo essi dovrebbero assicurare al contempo un livello coerente di tutela degli obiettivi di interesse pubblico, per esempio la sicurezza pubblica, anche laddove siano interessate informazioni sensibili relative alla protezione delle infrastrutture critiche. Dovrebbero altresì assicurare la protezione dei dati personali anche là dove le informazioni in un insieme di dati individuale possono non presentare un rischio di identificazione o di individuazione di una persona fisica, ma possono, se associate ad altre informazioni disponibili, comportare un siffatto rischio.”

portata di quanto contemplato dalla definizione del termine «documento» di cui alla presente direttiva”.<sup>25</sup>

A parere del Consiglio Europeo l'intera Unione Europea, attraverso la disciplina in esame “stimola l'innovazione digitale aumentando la disponibilità di dati finanziati con fondi pubblici”.

L'UE sta rendendo più facilmente disponibili per il riutilizzo una grande quantità di dati detenuti dal settore pubblico come materia prima per l'intelligenza artificiale, la *blockchain*<sup>26</sup> e altre tecnologie digitali avanzate. Ciò rafforzerà l'economia dei dati dell'UE, contribuirà allo sviluppo di una società basata sui dati e stimolerà la crescita e la creazione di posti di lavoro in tutti i settori dell'economia.”<sup>27</sup>

Alexandru Petrescu, Ministro delle comunicazioni e società dell'informazione della Romania, Presidente del Consiglio ha riconosciuto e dichiarato che “queste regole sono un vero stimolo per l'intelligenza artificiale e aiuteranno l'Europa a diventare un leader mondiale in questa area cruciale. Rafforzeranno l'industria digitale dell'UE, in particolare le piccole imprese e le start-up, che altrimenti non avrebbero accesso a tutti i dati di cui hanno bisogno per innovare ed espandersi”.<sup>28</sup>

Analizzando la direttiva dal punto di vista contenutistico, tra le principali novità derivanti dalla revisione della Direttiva PSI si evidenzia innanzitutto il principio generale secondo il quale tutti i contenuti del settore pubblico accessibili ai sensi delle norme nazionali siano resi disponibili gratuitamente per il riutilizzo. Gli enti pubblici non potranno, infatti, imporre tariffe superiori ai costi marginali per il riutilizzo dei loro dati, tranne che in casi eccezionali. Come affermato dall'art. 6 della

<sup>25</sup> Considerando 20, Direttiva 2019/1024/UE

<sup>26</sup> La *blockchain* (letteralmente “catena di blocchi”) è una scrittura dati condivisa e *immutabile*. È definita come un registro digitale le cui voci sono raggruppate in “pagine” (dette *blocchi*), concatenate in ordine cronologico, e la cui integrità è garantita dall'uso di primitive crittografiche. Sebbene la sua dimensione sia destinata a crescere nel tempo, è immutabile in quanto, di norma, il suo contenuto una volta scritto non è più né modificabile né eliminabile, a meno di non invalidare l'intera struttura.

<sup>27</sup> Council of the EU, *EU stimulates digital innovation by increasing the availability of publicly funded data*. 6 giugno 2019. “The EU is making a wealth of data held by the public sector more easily available for reuse as raw material for artificial intelligence, blockchain and other advanced digital technologies. The Council today adopted new rules on open data and the reuse of public-sector data. This will boost the EU data economy, contribute to the development of a data-based society and stimulate growth and the creation of jobs in all sectors of the economy.”

<sup>28</sup> “These rules are a real enabler for artificial intelligence and will help Europe to become a world leader in this crucial area. They will bolster the EU digital industry, especially smaller companies and start-ups, which would not otherwise have access to all the data they need to innovate and expand”.

direttiva, il riutilizzo di documenti è gratuito. Tuttavia, può essere autorizzato il recupero dei costi marginali sostenuti per la riproduzione, messa a disposizione e divulgazione dei documenti, nonché per l'anonimizzazione di dati personali o per le misure adottate per proteggere le informazioni commerciali a carattere riservato. Tuttavia, quanto appena affermato non si applica in via eccezionale a enti pubblici che devono generare proventi per coprire una parte sostanziale dei costi inerenti allo svolgimento dei propri compiti di servizio pubblico, a biblioteche, comprese le biblioteche universitarie, musei e archivi e alle imprese pubbliche.

Inoltre, tra le novità fondamentali della norma vi è la particolare rilevanza attribuita ad alcune tipologie di dati, definiti come dataset ad alto valore, quali le statistiche o i dati geospaziali, che hanno un notevole potenziale commerciale e possono accelerare lo sviluppo di un'ampia gamma di prodotti e servizi di informazione a valore aggiunto.

La recente direttiva introduce anche il concetto di set di dati di alto valore che devono essere resi disponibili gratuitamente tramite un'interfaccia di programmazione dell'applicazione (API).<sup>29</sup> Il testo della norma definisce sei ampie categorie di set di dati di alto valore quali: geospaziale, osservazione della terra e ambiente, meteorologico, statistica, società e proprietà aziendale e mobilità. L'elenco sarà successivamente aggiornato attraverso la legislazione secondaria degli Stati membri UE.

L'art. 14 intitolato *“serie specifiche di dati di elevato valore e modalità di pubblicazione e riutilizzo”* della direttiva sancisce a riguardo che: *“Tali specifiche serie di dati di elevato valore sono: a) disponibili gratuitamente, fatti salvi i paragrafi 3, 4 e 5; b) leggibili meccanicamente; c) fornite mediante API; e d) fornite come download in blocco, se del caso.”* Inoltre, *“L'individuazione delle specifiche serie di dati di elevato valore si basa sulla valutazione delle loro potenzialità: a) nell'apportare importanti benefici socioeconomici o ambientali e servizi innovativi; b) nel beneficiare un numero elevato di utilizzatori, in*

---

<sup>29</sup> API: *Application Programming Interface*, è un set di strumenti, definizioni e protocolli per integrare software e servizi applicativi. Serve per far comunicare i tuoi prodotti e servizi con altri prodotti e servizi, eliminando la necessità di creare ogni volta nuove infrastrutture di connessione. Le API possono essere private, destinate solo all'uso interno, oppure condivise con partner specifici, per incrementare i flussi di reddito, o infine pubbliche, per consentire a terzi di sviluppare applicazioni in grado di interagire con le API aziendali e di promuovere quindi l'innovazione.

*particolare PMI; c) nel contribuire a generare proventi; e d) nell'essere combinata con altre serie di dati.*"<sup>30</sup>

Ugualmente interessante è la novità riguardante l'estensione dell'ambito di applicazione della direttiva alle imprese di servizio pubblico nel settore dei trasporti e dei servizi di pubblica utilità. Nel merito, la decisione sulla possibilità di rendere questi dati disponibili deve essere presa in base alle diverse normative nazionali o europee, ma, una volta resi disponibili per il riutilizzo, tali dati rientrano nell'ambito di applicazione della Direttiva PSI. Questo comporterà ovviamente che le imprese dovranno rispettare i principi della Direttiva e garantire l'uso di formati per i dati e di metodi di diffusione appropriati.

Ulteriore aggiunta nella norma revisionata riguarda l'adozione di misure di salvaguardia per rafforzare la trasparenza e limitare la conclusione di accordi che potrebbero portare a un riutilizzo esclusivo dei dati del settore pubblico da parte dei partner privati. Infatti, i documenti possono essere riutilizzati da tutti gli operatori potenziali sul mercato, anche qualora uno o più operatori stiano già procedendo allo sfruttamento di prodotti a valore aggiunto basati su tali documenti. Dunque, i contratti o gli altri accordi tra gli enti pubblici o le imprese pubbliche in possesso dei documenti e terzi non stabiliscono diritti esclusivi. Gli accordi tra i titolari dei dati e i riutilizzatori dei dati che non concedono espressamente diritti esclusivi, ma che lasciano ragionevolmente prevedere una possibile limitazione della disponibilità dei documenti per il riutilizzo, dovrebbero essere soggetti a un controllo pubblico ulteriore. Gli aspetti essenziali di tali accordi dovrebbero pertanto essere pubblicati online almeno due mesi prima dell'entrata in vigore, vale a dire due mesi prima della data in cui è previsto che le parti inizino ad adempiere i loro obblighi. La pubblicazione dovrebbe dare alle parti interessate l'opportunità di chiedere il riutilizzo dei documenti oggetto di tale accordo e di prevenire il rischio di limitare la gamma dei potenziali ri-utilizzatori. In ogni caso, gli elementi essenziali di tali accordi nella loro forma definitiva concordata dalle parti dovrebbero anch'essi essere resi pubblici online senza indebito ritardo dopo la loro conclusione.<sup>31</sup>

---

<sup>30</sup> Cfr. S. GOBBATO, *Verso l'attuazione della direttiva (UE) 2019/1024 sul riutilizzo degli open data della PA: nuove opportunità per le imprese*, in *MediaLaws.eu*, 247 ss., 15 luglio 2020.

<sup>31</sup> Commissione Europea, *Open data maturity report 2019*, in *europaandataportal.eu*.

La presente direttiva mira, inoltre, a ridurre al minimo il rischio di un vantaggio eccessivo del primo utilizzatore, che potrebbe limitare il numero di potenziali riutilizzatori dei dati. Qualora gli accordi contrattuali possano, in aggiunta agli obblighi di concessione dei documenti fissati per uno Stato membro a norma della presente direttiva, implicare un trasferimento delle risorse di tale Stato membro ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 1, TFUE, la presente direttiva dovrebbe lasciare impregiudicata l'applicazione delle norme in materia di concorrenza e sugli aiuti di Stato di cui agli articoli da 101 a 109 TFUE. Dalle norme sugli aiuti di Stato di cui agli articoli 107, 108 e 109 TFUE risulta che uno Stato membro deve verificare ex ante la presenza di condotte di tal genere, garantendo il rispetto della normativa in materia. A seguito della revisione della direttiva PSI si ha, tra i diversi vantaggi, anche la maggiore disponibilità di dati in tempo reale mediante l'uso di interfacce API (*Application Programming Interfaces*) al fine di favorire lo sviluppo di prodotti e servizi innovativi (ad esempio applicazioni per la mobilità) da parte delle imprese e, soprattutto, delle start up. Infine, si gode di un'estensione dell'ambito di applicazione della direttiva anche ai dati della ricerca finanziata con fondi pubblici: gli Stati membri saranno tenuti a elaborare politiche per l'accesso aperto ai dati della ricerca finanziata con fondi pubblici, mentre a tutti i dati di tale natura, resi accessibili tramite archivi, saranno applicate norme armonizzate in materia di riutilizzo. Il legislatore Europeo ritiene che uno degli obiettivi principali della realizzazione del mercato interno è la creazione di condizioni propizie allo sviluppo di alcuni servizi e prodotti all'interno dell'Unione e degli Stati membri. L'informazione del settore pubblico o le informazioni raccolte, prodotte, riprodotte e diffuse nell'ambito di un compito di servizio pubblico o di un servizio di interesse generale sono un'importante materia prima per i prodotti e i servizi imperniati sui contenuti digitali e diventeranno una risorsa contenutistica ancora più importante con lo sviluppo di tecnologie digitali avanzate, tra cui l'intelligenza artificiale, le tecnologie di registro distribuito e l'Internet delle cose.<sup>32</sup>

---

<sup>32</sup> In argomento M. PALMIRANDI – D. GIRARDI – M. MARTONI – M. ROSSI – M. RAGONE – F. FAINI, *Le licenze per il rilascio degli open data della Pubblica Amministrazioni. Prime riflessioni alla luce della direttiva UE 2019/1024*, in *Diritto Mercato e Tecnologia*, 14 novembre 2018.

In tale contesto sarà fondamentale anche un'ampia copertura geografica oltre i confini nazionali. Si prevede che maggiori possibilità di riutilizzo di tali informazioni consentano, tra l'altro, a tutte le imprese dell'Unione, incluse le microimprese e le PMI, come pure alla società civile, di sfruttarne il potenziale e contribuire. Dunque, abbiamo assistito ad un ulteriore rilancio della Direttiva PSI che tiene ovviamente conto dei profondi cambiamenti tecnologici e sociali avvenuti negli ultimi cinque anni, contemplando insieme la normativa di riferimento sulla gestione dei dati quale il Regolamento europeo per la protezione dei dati personali. Infatti, secondo un recente studio della Commissione Europea sull'impatto del riuso degli *open data*, il valore complessivo derivante dal riutilizzo delle informazioni del settore pubblico potrebbe crescere dai 58 miliardi del 2018 a 194 miliardi nel 2030. Numeri che hanno spinto l'UE ad avviare un percorso di revisione della normativa comunitaria di riferimento per poter sfruttare appieno il potenziale d'informazione del settore pubblico per l'economia e la società europee, eliminando le barriere esistenti nei diversi contesti nazionali. In conclusione, poiché gli obiettivi della presente direttiva, vale a dire agevolare la creazione di prodotti e servizi a contenuto informativo estesi all'intera Unione basati su documenti del settore pubblico e promuovere l'effettivo uso, oltre i confini nazionali, dei documenti del settore pubblico, da un lato, da parte delle imprese private, in particolare delle PMI, per ricavarne prodotti e servizi a contenuto informativo a valore aggiunto e, dall'altro, da parte dei cittadini per facilitare la comunicazione e la libera circolazione delle informazioni, non possono essere conseguiti in misura sufficiente dagli Stati membri ma possono piuttosto, a motivo delle dimensioni e degli effetti pan-unionali intrinseci dell'azione proposta, essere conseguiti meglio a livello dell'Unione, quest'ultima può intervenire in base al principio di sussidiarietà sancito dall'articolo 5 del trattato sull'Unione europea. La presente direttiva si limita a quanto è necessario per conseguire tali obiettivi, in ottemperanza al principio di proporzionalità enunciato nello stesso articolo; rispetta i diritti fondamentali e osserva i principi riconosciuti in particolare dalla Carta, compresi il diritto al rispetto della vita privata, il diritto alla protezione dei dati di carattere personale, il diritto di proprietà e il diritto all'inserimento delle persone con disabilità. Nessuna disposizione provvedimento normativo in questione dovrebbe essere interpretata o applicata in modo incompatibile con la Convenzione del

Consiglio d'Europa per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.<sup>33</sup>

#### **4. Verso l'attuazione del 17 luglio 2021: opportunità da cogliere e aspetti da analizzare**

Entro il 17 luglio 2021 gli stati membri dell'Unione Europea devono attuare la direttiva (UE) 2019/1024, apportando considerevoli novità in materia di riutilizzo dei dati aperti detenuti dalle pubbliche amministrazioni.<sup>34</sup> L'arrivo della fatidica data entro la quale vi è l'obbligo di recepimento costituisce una significativa opportunità per l'Italia. La suddetta direttiva tende ad incrementare la rilevanza economica del riutilizzo degli open data espandendo il proprio campo di applicazione alle attività di interesse economico generale, ai dati dinamici e ai dati di elevato valore. E' attribuita, però, al legislatore nazionale la missione volta allo scioglimento, in sede di trasposizione della direttiva, di rilevanti e significativi intrecci e problemi applicativi. E' compito del nostro legislatore consentire agli operatori economici lo sfruttamento di questo *asset* strategico per creare servizi e prodotti innovativi. Tuttavia, emerge da indici periodicamente elaborati che l'Italia non estrinseca completamente il proprio potenziale, poiché non riesce a far convergere la domanda di dati aperti da parte di determinati soggetti che potrebbero trarne un cospicuo beneficio, ossia le piccole e medie imprese, con l'offerta. Purtroppo, la discrepanza tra domanda ed offerta a livello nazionale consegue dalla mancanza di conoscenza e dalla scarsa esperienza. Pertanto, per condurre l'Italia a raccogliere del tutto i frutti che conseguiranno dalle novità oggetto di attuazione e concretizzazione entro quest'anno, è necessario richiamare l'attenzione degli operatori economici sul procedimento di recepimento della nuova direttiva PSI.

<sup>33</sup> In argomento, G. PITRUZZELLA, L'Europa cerca spazio nell'economia dei dati, in *Corriere della sera*.

<sup>34</sup> Sul punto S. GOBBATO, *Verso l'attuazione della direttiva (UE) 2019/1024 sul riutilizzo degli open data della PA: Nuove opportunità per le imprese*, in *MediaLaws.eu*, 247 ss., 15 luglio 2015.

La direttiva 2019/1024 non ha alterato la c.d. clausola di salvaguardia” ai sensi della quale le disposizioni armonizzate sul riuso dei dati non pregiudicano i regimi di accesso vigenti nei paesi membri dell’Unione Europea<sup>35</sup>.

Si sancisce così che non saranno oggetto di riutilizzo i documenti, le informazioni ed i dati della PA sottratti al diritto di accesso in base alle disposizioni applicabili in ciascuno Stato Membro<sup>36</sup>.

A tal riguardo va comunque considerato che la sopra citata clausola di salvaguardia ha creato, in passato, molteplici tensioni in occasione della messa in pratica del riuso a livello nazionale, con riferimento ad alcuni istituti presenti nel nostro ordinamento, nello specifico trasparenza e accesso. Ed è anche e soprattutto per scongiurare tali situazioni che il recepimento della nuova direttiva PSI potrebbe costituire l’occasione per far luce ed esemplificare il rapporto nonché la connessione sussistente tra l’accesso ai dati ed il loro riutilizzo.

L’impatto economico potenziale del riutilizzo dei dati aperti è destinato a svilupparsi e ad accrescersi a seguito della direttiva (UE) 2019/1024, soprattutto a seguito della sua estensione ai c.d. dati dinamici.<sup>37</sup> Tali dati sono “i documenti in formato digitale, soggetti ad aggiornamenti frequenti o in tempo reale, in particolare a causa della loro volatilità o rapida obsolescenza”<sup>38</sup>. E’, pertanto, stato affidato alla Commissione Europea, il compito di chiarire e definire le categorie di dati oggetto di riutilizzo per mezzo di un atto di esecuzione di futura adozione. Ed è proprio all’interno della *europa strategy of data*, di cui tratteremo nel prossimo paragrafo, che si precisa, riguardo la procedura per l’individuazione dei dati di elevato valore, che questa dovrebbe essere svolta nel primo trimestre del 2021.

---

<sup>35</sup> Cfr. S. GOBBATO, *Verso l’attuazione della direttiva (UE) 2019/1024 sul riutilizzo degli open data della PA: Nuove opportunità per le imprese*, in *medialaws.eu*, 247 ss.

<sup>36</sup> R. SANNA, *Dalla trasparenza amministrativa ai dati aperti. Opportunità e rischi delle autostrade informatiche*, Torino, 2018.

<sup>37</sup> Si veda, J. BERTSCHEK OHNEMUS, *Europe’s digital future: Focus on Key Priorities*, ZEW policy brief, 2, 2016.

<sup>38</sup> V. art 2, n. 8 direttiva (UE) 2019/1024.

In conclusione, tali dati di elevato valore dovranno essere resi disponibili mediante API<sup>39</sup> in forma gratuita<sup>40</sup>, fatta eccezione per alcuni casi specifici in cui sarà possibile applicare una tariffa.<sup>41</sup>

## 5. Lo scenario attuale e la "sovranità tecnologica europea".

Il 19 febbraio 2020 la nuova Commissione europea ha pubblicato una comunicazione relativa alla sua strategia digitale quinquennale denominata "*A European strategy of data*", una strategia di respiro europeo per la gestione dei dati. Nello specifico, la Commissione espone una visione dell'Unione Europea fondata su soluzioni digitali estremamente radicate nei valori e nei diritti fondamentali dell'UE, sottolineando la volontà di fortificare la "sovranità tecnologica europea". La comunicazione sulla strategia europea in materia di dati esprime l'intenzione dell'Unione Europea di diventare il modello di una società fondata su dati qualificato per prendere decisioni e scelte migliori. La Commissione tenta di pianificare il futuro digitale dell'Europa poiché, negli ultimi anni, le tecnologie digitali hanno mutato l'economia e la società, toccando ogni settore, ogni attività e la vita quotidiana della maggior parte degli europei e, ovviamente, i dati sono il punto centrale di questa trasformazione. Nell'intento di soddisfare questa ambizione, l'Unione Europea può contare su un solidissimo quadro giuridico in materia di protezione dei dati, diritti fondamentali e sicurezza. A tal proposito, preme rilevare come l'UE sia munita di tutto ciò che serve per diventare una leader in questa nuova economia dei dati, possedendo le competenze, le tecnologie necessarie e una robusta base industriale che si fonda su un folto novero di imprese di piccole e medie dimensioni. Essendo la quantità dei dati generati dagli operatori economici privati e dagli organismi pubblici

---

<sup>39</sup> V. considerando 32 (ove si precisa che "per API si intende un insieme di funzioni, procedure, definizioni e protocolli per la comunicazione da macchina a macchina e lo scambio ininterrotto di dati") e art. 5 par. 6 della direttiva (UE) 2019/1024.

<sup>40</sup> La gratuità è uno dei requisiti essenziali dell'accesso aperto. L'introduzione di tariffe per il riutilizzo dei dati costituirebbe un'importante barriera all'ingresso nel mercato delle PMI, tale da disincentivare dal riutilizzo proprio i soggetti che più potrebbero trarre vantaggio dalla disponibilità dei dati aperti.

<sup>41</sup> In proposito M. PALMIRANDI – D. GIRARDI – M. MARTONI – M. ROSSI – M. RAGONE – F. FAINI, *Le licenze per il rilascio degli open data della Pubblica Amministrazioni. Prime riflessioni alla luce della direttiva UE 2019/1024*, in *Diritto Mercato e Tecnologia*, 14 novembre 2018.

in costante aumento è opportuno ritenere che la prossima ondata di dati trasformerà profondamente il modo in cui i cittadini europei producono, consumano e vivono. I cittadini dovrebbero avere il potere di prendere decisioni migliori sulla base di approfondimenti ricavati da dati non personali. Quei dati dovrebbero essere dunque disponibili a tutti. Ciò aiuterà la società a ottenere il massimo dall'innovazione e dalla concorrenza. Dunque, la strategia mira a creare uno spazio unico europeo dei dati, in altre parole un vero e proprio mercato unico in cui i dati personali e non personali, provenienti anche da Paesi extracomunitari, possano considerarsi al sicuro. Ulteriore scopo fondamentale è il facile accesso ad una quantità enorme di dati di alta qualità al fine di promuovere la crescita di molteplici settori strategici dell'Unione. Vi saranno specifiche aree di cui sicuramente una per i dati delle pubbliche amministrazioni degli Stati membri volti a innalzare la trasparenza, a ridurre la corruzione e a migliorare la responsabilità della spesa pubblica. Infatti, le pubbliche amministrazioni producono enormi quantità di dati in molteplici aree di interesse pubblico che si considerano particolarmente utili per mantenere e migliorare l'applicazione della legge negli Stati membri in linea con il diritto comunitario.<sup>42</sup>

Questa Europa digitale dovrebbe riflettere il meglio dell'Europa: aperta, equa, diversificata, democratica e sicura di sé. "Vogliamo che tutti i cittadini, tutti i dipendenti, tutte le aziende abbiano la possibilità di trarre vantaggio dalla digitalizzazione" sottolinea Margrethe Vestager, Vicepresidente esecutivo di "A Europe Fit for the Digital Age". Il contenuto della strategia europea denota un chiaro approccio globale all'economia dei dati che tende ad aumentare l'uso e la domanda di prodotti e servizi abilitati ai dati in tutto il mercato unico. Pertanto, l'Unione Europea mira a catturare i benefici e le opportunità di un migliore impiego dei dati, al fine di garantirsi efficientamento e sviluppo in settori quali la salute, il benessere, l'ambiente, *governance* trasparente e servizi pubblici. L'intento è proprio quello di favorire, mediante questo spazio unico di dati, un ecosistema composto da società, privati e pubbliche amministrazioni volto a creare nuovi prodotti e servizi innovativi basati su dati più accessibili. Purtroppo, attualmente, i nostri giorni sono segnati dalla sgradita presenza dell'ormai noto Covid-19. La diffusione estremamente rapida

---

<sup>42</sup> Cfr. L. PEETS -M. HANSEN-S. JUNGYUN CHOI -N. SHEPERED, *European Commission's plans on data and Europe's digital future* (part 3 of 4), 28 febbraio 2020.

di questo virus spietato ha messo in ginocchio intere popolazioni, europee ed extra europee, incidendo profondamente nell'economia mondiale e mettendo in seria difficoltà la tenuta di molteplici mercati dall'estremo Oriente all'Occidente.<sup>43</sup> È da sottolineare come l'emergenza Covid-19 avrà sicuramente un impatto importante sulle tempistiche e sulle riforme orientate al raggiungimento degli obiettivi delineati dalla Commissione, infatti la crisi che colpirà diversi Stati membri potrebbe ulteriormente accelerare i tempi della legislazione europea in materia di dati ed influenzare alcuni aspetti di dettaglio. L'Europarlamentare maltese Alex Agius Saliba ha sottolineato come la pandemia abbia riportato alla luce problematiche connesse a *fake news* e sicurezza dei servizi online. Allo stesso tempo, la Commissione Europea e la vicepresidente Vestager hanno insistito per la *Digital Service Act* - la legge sui servizi digitali - definendola "più urgente che mai" poiché faciliterebbe la realizzazione di un mercato unico digitale aperto, competitivo ed innovativo, il quale, nella situazione attuale, costituirebbe un valore aggiunto alle capacità europee di recuperare in tempi brevi ed uscire dalla crisi. Anche le più autorevoli voci della dottrina italiana ritengono, a riguardo, che i dati hanno un grande valore economico e una forte utilità per la società, inoltre c'è l'esigenza che le imprese e le società europee traggano vantaggio dai dati prodotti in Europa e che questi siano trattati in maniera tale da garantire i valori costituzionali comuni ai popoli europei. Autorevole voce della dottrina si esprime così: "Si tratta di costruire, sulla base di una scelta politica precisa, un mercato europeo dei dati, aperto ai dati provenienti da tutto il mondo, che contemperi l'ampiezza dei flussi e degli usi dei dati con la tutela della loro sicurezza, della privacy, del rispetto di fondamentali standard etici, ed anche con la garanzia del consumatore e di una concorrenza effettiva". Nella convinzione che la dimensione per affrontare la sfida digitale creando un'alternativa ai modelli della Cina e degli Stati Uniti sia inevitabilmente quella continentale, il Professor Francesco Maria Pizzetti, già presidente dell'Autorità Garante per la Privacy, ritiene necessario completare ufficialmente il mercato unico europeo dei dati così da consentire all'UE

---

<sup>43</sup> In argomento, J. ZILLER, Europa, coronavirus e Italia, in *federalismi.it*, 13 marzo 2020; L. CUOCOLO, I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata, in *federalismi.it*, 13 marzo 2020.

di poter sedere al tavolo dei grandi attori globali come Cina e USA, nella corsa allo sviluppo dell'intelligenza artificiale, dell'*Internet of things*, degli scambi e della produzione di beni e servizi nella età del digitale.

## 6. Conclusioni.

La strategia per i dati ha un approccio di carattere internazionale e non solo europeo, infatti quanto in essa descritto e da essa richiesto comporta una visione aperta ma anche molto determinata verso i flussi internazionali di dati. Questi ultimi sono vitali per le aziende europee e indispensabili per la loro competitività, per tale ragione l'Unione Europea ha anche e soprattutto interesse a guidare e sostenere la cooperazione internazionale in materia di dati.<sup>44</sup> Ovviamente sarà necessario modellare gli standard globali secondo il rispetto delle normative e dei valori dell'UE.

Pertanto, la cooperazione internazionale deve basarsi su un approccio che promuove i valori fondamentali europei e che garantisce ad ogni cittadino e impresa che qualsiasi accesso ai propri dati personali e ai dati commerciali sia conforme al quadro legislativo europeo. Nel contesto appena delineato potranno essere incentivati e favoriti gli scambi e la condivisione dei dati tra i Paesi del mondo rispettosi delle normative UE. Infatti, il flusso di dati, libero ed allo stesso tempo tutelato dalle leggi comunitarie, deve essere garantito con i Paesi terzi affinché l'Unione Europea diventi leader nella *data economy*. Di estrema importanza per l'UE è la possibilità di riuscire a trarre vantaggio dal suo efficace quadro normativo e politico per ottenere la facoltà di conservare ed elaborare dati provenienti da altri Paesi. Pertanto, le aziende di tutto il mondo potranno avvalersi dello spazio europeo per i dati, soggetto al rispetto delle normative comunitarie.<sup>45</sup>

---

<sup>44</sup> Si veda G. BRUZZONE, *Data economy "made in Europe", ecco la strategia per il rilancio*, *Agenda Digitale*, 19 Giugno 2019.

<sup>45</sup> M. FIORDALISI, *La Commissione europea sveglia gli step che puntano a favorire gli investimenti delle imprese e a tutelare ulteriormente i cittadini. Collaborazioni pubblico-privato chiave di volta. E si mira a sostenere lo sviluppo di infrastrutture e sistemi cloud d'avanguardia. Focus sulle competenze e sulla ricerca*, *Network digital 360*, 19 febbraio 2020.

Vi è la speranza che l'Unione Europea, in un futuro abbastanza prossimo, riesca a costruire importanti alleanze con partner mondiali facendo uso della diplomazia e del proprio quadro e potere normativo. Queste priorità sono rese ancora di più attuali dalla crisi e dalla recessione che stanno vivendo molti Paesi europei ed extra europei a causa del Covid-19. Per fronteggiare la crisi derivante dalla diffusione del Covid-19, inoltre, è necessaria sicuramente la tutela e l'integrità del mercato unico e la garanzia di un altissimo livello di protezione dei diritti fondamentali e libertà individuali, in particolare la protezione dei dati personali. In conclusione, nell'attesa della piena attuazione della *European strategy of data*, spetta al legislatore italiano perseguire il risultato richiesto dalla direttiva PSI – 2009/1024 attraverso i molteplici mezzi che esso ha a disposizione e nella più totale discrezionalità nella scelta di questi ultimi. Attenderemo quindi la disciplina del legislatore interno, il quale dovrà prestare adeguata attenzione durante la scrittura della nuova norma, andando oltre la mera trasposizione della norma, per evitare violazioni delle disposizioni fondamentali e cercare di attuare al meglio l'equo bilanciamento tra le differenti esigenze e i diversi diritti che devono essere garantiti alla collettività.

# SITI CONTAMINATI. UN'ANALISI DEL PROCEDIMENTO DI CARATTERIZZAZIONE E BONIFICA ALLA LUCE DEL DECRETO LEGGE 16 LUGLIO 2020, N. 76

Giovanni Savarese\*

**ABSTRACT** [ITA]: Sono trascorsi oltre due decenni da quando l'ordinamento italiano si è dotato di uno strumento per affrontare il problema dei siti contaminati, rappresentato dal Decreto n. 471 del 1999 del Ministero dell'Ambiente. Con il trascorrere del tempo, grazie ad una maggiore sensibilità in materia di tutela dell'ambiente raccordata a livello di diritto europeo ma anche per il crescere dell'esperienza sviluppatasi attorno al decreto del secolo scorso, l'evoluzione normativa è stata segnata da un primo significativo balzo in avanti nel 2006 con il Decreto Legislativo n. 152. Questo ha cercato di uniformare le procedure tecniche, consolidato quelle amministrative e sviluppato un approccio di soluzione del problema "contaminazione" fondato sul principio comunitario "*chi inquina paga*" ed anche sulla valutazione sito specifica del rischio derivante per l'ambiente e la salute umana. Di qui sono stati compiuti necessari passi importanti verso una normativa sempre più dettagliata e, in auspicio, aderente alle fattispecie di applicazione; questi passi, che hanno avuto carattere incrementale, hanno lasciato sostanzialmente invariata la struttura portante del 2006. Ad oggi si possono annoverare almeno sei principali diverse procedure di conduzione del c.d. "*procedimento di caratterizzazione e bonifica*". Le novità normative introdotte dal Decreto Legge 16 luglio 2020, n. 76 sono solo le ultime in ordine cronologico e in virtù di queste sono attualmente 5 le fonti normative che concorrono a definire il contenuto del d.lgs. 152/2006 in materia. Scopo del presente contributo è illustrare gli aspetti di quest'ultimo aggiornamento, discuterne alcuni contenuti e gli impatti sul quadro complessivo relativo alla materia evidenziando punti di forza e criticità.

---

\* Geologo con esperienza decennale in tema di bonifiche di siti contaminati maturata in primarie società di consulenza in ingegneria ambientale oggi opera presso il Servizio Suolo e Bonifiche dell'Agenzia Regionale di Protezione Ambientale del Lazio. Già Consigliere dell'Ordine dei Geologi del Lazio e coordinatore della Commissione Ambiente ne è membro promotore di attività formative. *Project Manager* certificato PMP® presso il Project Management Institute americano e *Animatore Laudato Sì* per la diffusione del messaggio dell'enciclica papale.

**Parole chiave:** ambiente, indagine preliminare, sito di interesse nazionale, punti vendita carburante, procedure amministrative.

**ABSTRACT** [ENG]: *More than two decades have passed since the Italian legal system has equipped itself with a tool to address the problem of contaminated sites, represented by Decree no. 471 of 1999 of the Ministry of the Environment. With the passage of time, thanks to a greater sensitivity to environmental protection linked to the level of European law but also to the growth of the experience developed around the decree of the last century, the regulatory evolution has been marked by a first significant leap forward in 2006 with Legislative Decree no. 152. This has tried to standardize the technical procedures, consolidated the administrative ones and developed a solution approach to the "contamination" problem based on the Community principle "polluter pays" and also on the site-specific assessment of the risk arising for the environment and human health. Hence, important steps have been taken towards increasingly detailed legislation and, hopefully, adhering to the specific cases of application; these steps, which have had an incremental nature, have left the supporting structure of 2006 substantially unchanged. To date, at least six main different procedures for the management of the so-called "Characterization and remediation process" can be considered. The regulatory changes introduced by the Law Decree of 16 June 2020, n. 76 are only the latest in chronological order and by virtue of these there are currently 5 legislative sources that contribute to defining the content of the legislative decree 152/2006 on the subject. The purpose of this contribution is to illustrate the aspects of this latest update, discuss some of its contents and the impacts on the overall picture relating to the subject, highlighting its strengths and criticalities.*

**Key word:** *environment, preliminary characterization, site of national interest, oil station, administrative procedures.*

**SOMMARIO:** – **1.** Introduzione. – **2.** Il D.L. 16 luglio 2020, n. 76 e il procedimento di bonifica. – **2.1** Interventi e opere nei siti oggetto di bonifica. – **2.2** Siti di Interesse Nazionale. – **2.3** Procedure semplificate per la dismissione dei punti vendita carburante. – **3.** Analisi critica del D.L. Semplificazioni in materia di procedure di caratterizzazione e bonifica. – **3.1** Le modifiche alle procedure del Titolo V alla Parte IV del d.lgs. 152/2006. – **3.2** La nuova semplificazione per i punti vendita carburante. – **4.** L'attuale quadro generale dei procedimenti di bonifica. – **5.** Conclusioni.

## 1. Introduzione.

Il Titolo V alla Parte IV del d.lgs. 3 aprile 2006 n. 152 (c.d. Codice o Testo Unico dell’Ambiente<sup>1</sup>) disciplina la tematica “*Bonifica dei siti contaminati*”. Tra i molti aspetti affrontati un posto di rilievo è da riconoscere a quelle che possono essere definite vere e proprie “*procedure*” con connotati tanto amministrativi quanto tecnici. In tale ottica, la norma prevede che la materia possa essere affrontata riconducendola a “*situazioni tipo*”. Se la prima emanazione vedeva sostanzialmente la presenza di procedure ordinarie *ex art. 242* e procedure per aree contaminate di ridotte dimensioni *ex art. 249* sono state introdotte nel tempo nuove fattispecie. In particolare, sono subentrate quelle *ex art. 241-bis* che disciplinano gli interventi «*nelle aree destinate ad uso esclusivo delle Forze Armate*»<sup>2</sup>, quelle *ex art. 242-bis* «*di bonifica del suolo con riduzione della contaminazione ai valori di concentrazione soglia di contaminazione*»<sup>3</sup>, quelle *ex art. 252* «*relative alla rete di distribuzione carburanti*»<sup>4</sup> e da ultimo le procedure *ex art. 241* «*aree destinate alla produzione agricola e all’allevamento*»<sup>5</sup>. Tra gli altri aspetti, ve ne è uno comune: come ha affermato il giudice amministrativo di primo grado «*il procedimento di “bonifica” dei siti si sviluppa secondo una logica di accertamento progressivo della situazione di contaminazione e si articola in un iter più o meno “complesso” a seconda della fase*»<sup>6</sup>. Anche con tali presupposti vanno intesi gli aggiornamenti, risultanti dalla necessità di adeguare la normativa sulla base dell’esperienza acquisita sia in ordine alla gestione procedurale sia in ordine alle fattispecie ambientalmente rilevanti nel tempo venutesi a identificare; l’intento di “*semplificatore procedimentale*” è sempre stato alla base di questi interventi.

L’ultimo aggiornamento, in ordine cronologico, è quello del Decreto Legge 16 luglio 2020, n. 76. Il lavoro non tratterà di tutti gli impatti apportati dal D.L. 76/2020 in materia di “*siti contaminati*” (alcuni notevoli come quelli che hanno permesso lo sblocco di ingenti risorse economiche da destinare ai c.d. “*siti orfani*”, cioè rimasti

<sup>1</sup> Definizione divisiva, agli albori si veda F. Giampietro, *Né Testo Unico Ambientale né Codice dell’ambiente ... Ma un unico contenitore per discipline differenziate*, Rivista Ambiente e Sviluppo – IPSOA, 2006, per una valutazione più recente M. Vanini, *Il proprietario “incolpevole” nei procedimenti di bonifica*, Dottorato di ricerca in Diritto e Scienze Umane XXIX Ciclo, Università degli Studi dell’Insubria, 2015-2016, nota 31.

<sup>2</sup> Introdotto dall’art. 13, comma 1 del D.L. 91/2014

<sup>3</sup> *Ibidem*

<sup>4</sup> Introdotto dall’art. 36 del D.L. 83/2012 e che hanno trovato concreta definizione nel Decreto del Ministero dell’Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare 12/02/2015, n. 31

<sup>5</sup> Che hanno trovato concreta definizione nel Decreto dello stesso ministero 1/03/2019, n. 46

<sup>6</sup> TAR Calabria, Sez. I, 19 febbraio 2018, n. 455

senza attribuzione di un responsabile), ma si occuperà di quelle ricadute più o meno dirette sugli aspetti procedurali. In tale ottica, dopo una disamina dei contenuti del D.L. in analisi e una valutazione critica degli stessi si affronterà una sintetica discussione sinottica sul c.d. “*procedimento di caratterizzazione e bonifica*” per divenire poi alle conclusioni con alcuni spunti di riflessione e proposte puntuali. Il carattere di novità del testo esaminato e la specificità degli argomenti in esso trattati hanno concorso a rendere estremamente rarefatta la possibilità di attingere e far ricorso ad elementi di dottrina e giurisprudenza circoscritti.

## 2. Il D. L. 16 luglio 2020, n. 76 e il procedimento di bonifica.

Il 14 settembre 2020 è stato pubblicato in Gazzetta Ufficiale, il testo del D.L. n. 76/2020 convertito nella Legge n. 120/2020. Il testo, recante «*Misure urgenti per la semplificazione e l’innovazione digitale*», affronta al Capo II «*Semplificazione in materia ambientale*». Dei nove articoli che compongono il Capo, due di questi (il 52 ed il 53) influenzano direttamente la gestione del c.d. “*procedimento di caratterizzazione e bonifica*” intervenendo sulla composizione del T.U.A mentre un terzo (il 52 bis) affronta aspetti ambientali connessi alla dismissione degli impianti di distribuzione carburante di cui alla Legge 4 agosto 2017, n. 124<sup>7</sup>, come illustrato nella tabella seguente. Gli effetti dell’aggiornamento normativo sono trattati nei seguenti paragrafi.

D.L. n. 76/2020	art. 52 →	d.lgs. n. 152/2006	art. 242-ter	Interventi e opere nei siti oggetto di bonifica
			comma 4-bis art. 252	Accertamento ambientale tramite Piano di indagini preliminari
	art. 53 →		comma 4-ter art. 252	Presentazione degli esiti del processo di caratterizzazione unitamente agli esiti dell’analisi di rischio
			comma 4- quater art. 252	Certificazione di avvenuta bonifica per il terreno in stralcio rispetto alla complessità degli interventi previsti

<sup>7</sup> Legge annuale per il mercato e la concorrenza

art. 52 bis →	Legge 124/2017	comma 115 all'art. 1	Prolungamento dell'applicazione di procedure semplificate alla dismissione dei punti vendita carburante
------------------	-------------------	-------------------------	--

Tabella 1 Quadro d'insieme degli impatti del D.L. 76/2020 in tema di procedimento di caratterizzazione e bonifica

## 2.1. Interventi e opere nei siti oggetto di bonifica.

L'art. 52 del testo in esame introduce al Codice dell'Ambiente l'art. 242-ter «Interventi e opere nei siti oggetto di bonifica». Questo disciplina l'esecuzione di interventi di vario tipo: richiesti dalla normativa sulla sicurezza dei luoghi di lavoro, di manutenzione, di adeguamento alle prescrizioni autorizzative, opere di sistemazione idraulica, ed altri. È determinante che le modalità di esecuzione di tali opere «non pregiudichino né interferiscano con l'esecuzione e il completamento della bonifica» e tale condizione dovrà essere specificatamente valutata dall'Autorità competente ai sensi del Titolo V Parte IV del d.lgs. 152/2006 o nell'ambito dei procedimenti di approvazione e autorizzazione degli interventi da attuare, siano anch'essi di valutazione di impatto ambientale. A proposito di opere ed interventi, il comma 3 prevede che il Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare (per le aree ricomprese nei siti di interesse nazionale) e le Regioni (per le restanti aree) provvedano ad individuare sia categorie di interventi che non necessitano di preventiva autorizzazione sia procedure per valutare e controllare l'assenza di pregiudizi ed interferenze nell'ottica suddetta.

Nelle more dell'attuazione di queste procedure, sono valide le indicazioni di cui al comma 4:

1. caso in cui non sia stata ancora realizzata la caratterizzazione: è necessario accertare lo stato di potenziale contaminazione del sito mediante un Piano di indagini preliminari, concordato con l'Agenzia di Protezione Ambientale territorialmente competente (ARPA o APPA) che deve pronunciarsi entro e non oltre trenta giorni. In caso di mancata pronuncia nei termini da parte dell'Agenzia, il Piano è concordato con l'Istituto Superiore per la Ricerca e la Protezione Ambientale (ISPRA). Il piano è quindi inviato agli enti interessati con un anticipo di almeno 30 giorni prima dell'avvio delle attività. Nel caso di accertato superamento delle

Concentrazione Soglia di Contaminazione<sup>8</sup> (CSC) il proponente ne dà comunicazione con le forme e le modalità di cui all'art. 245 del T.U.A. Nell'eventualità in cui l'indagine preliminare dimostri il non superamento delle CSC, per i "siti di interesse nazionale" il procedimento si conclude secondo le modalità previste dal comma 4-bis dell'art. 252 del T.U.A. (introdotto specificatamente dall'art. 53 del testo in esame, e successivamente commentato) ossia con autocertificazione resa dal proponente entro 90 giorni dall'inizio delle attività di indagine, mentre per i siti al di fuori della perimetrazione di interesse nazionale si procede nel rispetto di quanto previsto dal comma 2 dell'art. 242 del T.U.A.

2. caso in cui siano in essere attività di messa in sicurezza operativa: gli interventi possono essere eseguiti previa comunicazione all'Agenzia di Protezione Ambientale territorialmente competente, da presentare con un anticipo di almeno 15 giorni.

Infine, con il comma 2 dell'art. 52 del testo in esame sono abrogati i commi 7, 8, 9 e 10 all'art. 34 del Decreto Legge 12 settembre 2014, n. 133<sup>9</sup> (c.d. Sblocca Italia), che prevedevano disposizioni sostanzialmente analoghe ma inserite in un diverso settore dell'ordinamento<sup>10</sup>.

## 2.2. Siti di Interesse Nazionale

Rimanendo agli articoli che hanno un impatto sul codice, l'art. 53 del testo in esame riguarda le procedure da adottarsi nei "siti di interesse nazionale". L'introdotta **comma 4-bis all'art. 252**, prevede l'accertamento dello stato di potenziale contaminazione tramite l'esecuzione di un Piano di indagini preliminari da presentarsi e svolgersi con modalità analoghe a quelle già descritte in precedenza. Laddove si constati l'assenza di superamenti delle CSC il procedimento si conclude con autocertificazione resa entro 90 giorni dall'inizio delle attività di indagine. Nel caso di accertato superamento delle CSC, invece, il procedimento verrà condotto ai sensi dell'art. 242 (e 245) del Cod. Ambiente.

Le procedure di cui all'art. 242 possono tuttavia essere sostituite da quelle introdotte a tale scopo dal **comma 4-ter all' art. 252** cioè proseguire con la

---

<sup>8</sup> Tabella 1 (per il terreno) o Tabella 2 (per le acque sotterranee) di cui all'Allegato 5 al Titolo V alla Parte IV

<sup>9</sup> Convertito nella Legge 11 novembre 2014, n. 164

<sup>10</sup> Nell'ambito di *Modifiche al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture* quindi non specificatamente ambientale

presentazione di un unico documento contenente gli esiti della caratterizzazione, dell'Analisi di Rischio sanitario-ambientale sito specifica e dell'applicazione a scala pilota delle tecnologie di bonifica ritenute idonee. Qualora gli esiti dell'Analisi di Rischio accertino il superamento delle Concentrazioni Soglia di Rischio (CSR), entro 90 giorni, il Ministero dell'Ambiente (salvo motivate richieste di revisione) approva e fornisce le indicazioni per l'approvazione del Progetto Operativo di Bonifica. Questo è presentato nei successivi 60 giorni ed approvato (salva l'espressione dell'autorità competente in merito ad eventuale sottoposizione a verifica di assoggettabilità o a valutazione di impatto ambientale). In caso invece di attestato non superamento delle CSR, benché non specificato, deve assumersi che il procedimento si concluda secondo il comma 5 art. 242. Il comma 2 dell'art. 53 specifica che le disposizioni di cui al comma 4-ter «sono applicabili anche ai procedimenti in corso» (fatto salvo quanto già autorizzato) su richiesta da presentare entro il 13 marzo 2021 (180 giorni dall'entrata in vigore del testo).

Ulteriori novità si trovano nel **comma 4-quater all'art. 252**: questo prevede che sia possibile ottenere la certificazione di avvenuta bonifica ai sensi dell'art. 248 per la matrice insatura qualora per questa sia attestato il raggiungimento degli obiettivi di bonifica anticipatamente rispetto a quelli definiti per la matrice acque sotterranee. Per quest'ultima, tuttavia, sarà necessario accertare tramite l'Analisi di Rischio che i contaminati ancora presenti «fino alla loro completa rimozione» non comportino rischio («per i fruitori del sito e per le altre matrici ambientali secondo le specifiche destinazioni d'uso») e dovrà inoltre essere garantito il raggiungimento degli obiettivi di bonifica. Le garanzie finanziarie prestate per gli interventi nel loro complesso (suolo insaturo ed acque sotterranee), saranno svincolate solo al completo raggiungimento di tutti gli obiettivi previsti dal Progetto Operativo di Bonifica<sup>11</sup>.

### **2.3. Procedure semplificate per la dismissione dei punti vendita carburante**

Come richiamato in precedenza le disposizioni introdotte dal Capo II del D.L. in esame non hanno ricadute dirette unicamente sul Codice dell'Ambiente. Infatti, l'**art. 52 bis** riporta «Misure a sostegno della razionalizzazione della rete di distribuzione dei carburanti» e il suo unico comma sostituisce le parole «tre anni dalla data di entrata in

---

<sup>11</sup> Nel testo del Decreto Legge prima della conversione era prevista la possibilità di svincolare le garanzie prestate per la componente terreno oggetto di certificazione anticipata

vigore della presente legge» con «il 31 dicembre 2023» nel comma 115 dell'art. 1 della Legge 124/2017. Da analizzare nel dettaglio come ciò abbia impatto sulla «Semplificazione in campo ambientale» a proposito del Capo II. Il comma 115 della citata Legge 124 riporta la possibilità, per i distributori carburante che cessano l'attività di vendita, di applicare procedure di dismissione semplificate secondo il comma 117 «finalizzate a prevenire l'insorgenza di pericoli nei riguardi della sicurezza, dell'ambiente e delle condizioni igienico-sanitarie». L'accesso a tali procedure, prima dell'entrata in vigore del testo in esame, era riservato alle chiusure che si sarebbero verificate nel triennio 2017-2020; in forza dell'art. 52 bis tale possibilità è estesa fino a tutto l'anno 2023.

Le attività di dismissione (semplificate) consistono secondo il comma 117 «*nello smantellamento delle attrezzature fuori terra, nella rimozione dei fondami e degli eventuali prodotti residui presenti nei serbatoi, nella messa in sicurezza delle strutture interrato*». Si procederà all'esecuzione di «*indagini ambientali di cui ... al decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare 12 febbraio 2015, n. 31*» solo «*ove si renda necessario a seguito dell'individuazione di una contaminazione*». Laddove invece sia previsto il «*riutilizzo dell'area*» «*i titolari di impianti di distribuzione dei carburanti procedono alla rimozione delle strutture interrato e, in ogni caso, alla bonifica del sito in caso di accertata contaminazione.*»

### **3. Analisi critica del D.L. Semplificazioni in materia di procedure di caratterizzazione e bonifica**

#### **3.1. Le modifiche alle procedure del Titolo V alla Parte IV del d.lgs. 152/2006**

In generale le disposizioni introdotte dall'art. 242-ter vanno a colmare una lacuna inerente alla regolamentazione coordinata relativa alla realizzazione di opere nei siti oggetto di «*procedimento di caratterizzazione e bonifica*». Non sono molte le fonti che hanno trattato del tema e il dibattito è concentrato prevalentemente al rapporto tra la caratteristica di «*sito (potenzialmente) contaminato*» e la possibilità di sviluppi edilizi e/o urbanistici di varia natura: ritengono gli autori che «*l'Amministrazione ... non può inibire l'utilizzo dell'area oggetto di bonifica (inibizione giustificata esclusivamente dall'onere*

reale)»<sup>12</sup> e che «la quasi totalità degli interpreti esclude che dall'onere reale derivino obblighi di non facere»<sup>13</sup>. Tuttavia, il fatto che il legislatore abbia in più occasioni ritenuto necessario individuare procedure specifiche per la realizzazione di talune opere o interventi in siti contaminati ha condotto ad una interpretazione che vorrebbe escludere la realizzazione di opere non espressamente richiamate<sup>14</sup>.

Quanto nel merito delle procedure di indagine preliminare propedeutiche all'esecuzione di interventi e opere di cui al comma 4 art. 242-ter è da evidenziare un parziale scollamento tra la disposizione e quanto già previsto dal codice e segnatamente in quei casi in cui gli esiti del piano di indagine, condotto su un sito non perimetrato di interesse nazionale, mostrino il non superamento delle CSC. Il 242-ter prevede che in questi casi debbano essere seguite le disposizioni dell'art. 242 comma 2 in materia di autocertificazione di non necessità di intervento; tuttavia, sembra irraggiungibile la possibilità che ciò possa accadere. Le disposizioni del comma 2 appena richiamato indicano inequivocabilmente e peraltro come unica condizione vincolante (oltre al presupposto non superamento delle CSC) che l'autocertificazione debba essere resa «entro quarantotto ore dalla comunicazione (di cui al comma 1, n.d.r.)»<sup>15</sup>. Il caso novellato dall'art. 242-ter presuppone un iter già avviato di «*caratterizzazione e bonifica*» (una comunicazione per evento di «*potenziale contaminazione*» già trasmessa dal soggetto agli Enti competenti) e prevede l'attuazione di un piano di indagine che, anche nella migliore delle ipotesi, non può essere svolto prima di 30 giorni che evidentemente trascorrono almeno dalla data di

<sup>12</sup> L. Prati, *La giurisprudenza in tema di bonifiche dei siti di interesse nazionale dopo il D. Lgs. 152/2006 – AmbienteDiritto - Editore Tortorici, 2007 a commento di TAR Lombardia, Sez. II, 27 giugno 2007, n. 5288*

<sup>13</sup> S. Bigatti, *Rifiuti. disciplina dell'onere reale nella normativa sui siti contaminati*, Lexambiente – Editore Ramacci, 2020

<sup>14</sup> F. Vanetti, *Coordinamento tra attività di bonifica e interventi edilizi: è possibile?*, Rivista Giuridica dell'Ambiente – RGAONLINE, 2019

<sup>15</sup> Anche se a fronte di questa interpretazione letterale può essere preferibile una interpretazione estensiva, ritenendosi preminente la discriminante relativa al superamento o meno delle CSC, come ricostruito dal TAR Lombardia, Sez. I, 30 agosto 2016, n. 1165 (che entra nel merito sulle modalità di prosecuzione del procedimento in caso di non contaminazione). Se sembra condivisibile il fatto che la prosecuzione dell'iter di cui all'art. 242 non abbia ragione d'essere in caso di non superamento delle CSC, d'altro canto non ci sono elementi che indichino come tale iter debba concludersi se fosse superato il termine proprio dell'autocertificazione. Ed invero, rilevare la discriminante unicamente sul fattore «superamento/non superamento» delle CSC potrebbe essere in alcuni casi non esaustivo. Il TAR Lazio, Sez. I-Ter, 15 luglio 2013, n. 7001 ha considerato come elemento valutativo anche la natura degli interventi attuati a valle della comunicazione di «*evento potenzialmente in grado di contaminare*»: in questo caso il giudice ha ritenuto non ammissibile l'istanza di autocertificazione in procedura semplificata ex art. 249 benché presentata entro i termini, rilevando come il risultato di «*non superamento delle CSC*» fosse stato raggiunto a seguito di interventi di messa in sicurezza d'urgenza (e non di prevenzione o d'emergenza) tali da richiedere la verifica dell'efficacia degli stessi da parte della Provincia e pertanto ritenendo necessaria la prosecuzione dell'iter.

comunicazione. Di fatto il procedimento non può concludersi per superato limite dei termini temporali, anche in assenza di superamenti delle CSC.

Bisogna riconoscere che questo scollamento avrebbe effetti più che altro in un caso teorico, dovendosi trovare in una circostanza di sito “*notificato di potenziale contaminazione*” con procedimento non concluso in autocertificazione e senza caratterizzazione ambientale (dunque con superamento delle CSC ritenuto certo a priori o con mancata verifica di non necessità di intervento per disinteresse, ignoranza o altre motivazioni) per il quale venga successivamente realizzato un piano di indagini i cui esiti mostrino, inaspettatamente, il rispetto delle CSC. Tuttavia, questa dissonanza si ritiene non possa essere taciuta. Ma non è questa la questione maggiore. Avrebbe fatto una notevole differenza se il testo avesse richiamato “*tutte*” le procedure di autocertificazione.

La problematica di fondo è intrinseca nell’art. 242 che prevede un lasso di tempo così ridotto da aver già condotto in passato il legislatore a prevedere termini diversi: sia in sede di emanazione del d.lgs. 152/06 con l’art. 249 (*siti di ridotte dimensioni*) che concede un termine di 30 giorni per attestare il mancato superamento delle CSC sia con l’emanazione del d.m. 12 maggio 2015, n. 31 che per i punti vendita carburante porta a 60 giorni il medesimo termine ed ancora estendendolo a 90 giorni per le aree agricole di cui al d.m. 1 marzo 2019, n. 46. Il richiamo alle sole procedure del comma 2 art. 242 non solo è irrealistico sul piano cronologico degli eventi ma sembrerebbe escludere i termini più ampi delle altre procedure.

Discorso a parte deve essere fatto per l’evidente semplificazione introdotta “solo” per i “*siti di interesse nazionale*” per i quali si attuano le disposizioni di cui al **comma 4bis all’art. 252** nel quale si prevede che i termini per la presentazione dell’autocertificazione di non superamento delle CSC scadano decorsi 90 giorni dall’inizio delle attività di indagine, superando le «*quarantotto ore*» di cui all’art. 242. Sarebbe stata una piena semplificazione applicare gli stessi termini di autocertificazione a tutti i siti oggetto di procedimento ambientale, almeno in forza della condivisione del Piano di Indagini con l’Agenzia di Protezione Ambientale/ISPRA.

Ancora a proposito delle procedure introdotte dall’**art. 242-ter** queste prevedono nel caso di accertato superamento delle CSC che ne sia data comunicazione «*con le forme e le modalità di cui all’art. 245*». Si rammenta che le disposizioni previste dall’art. 245 del Codice dell’Ambiente, che si applicano in alternativa a quelle di cui all’art. 242 dello stesso, riportano “*Obblighi di intervento e di notifica da parte dei soggetti non*

*responsabili della potenziale contaminazione*” e in sostanza disciplinano gli interventi che il soggetto non responsabile dalla contaminazione è tenuto ad attuare (tra le quali la comunicazione informativa) e dà mandato alla provincia di individuare il responsabile della contaminazione. Si deve evincere dunque che nelle procedure previste dall’art. 242-ter (che si applicano per gli interventi da attuare in tutti i siti oggetto di procedimento ambientale) il legislatore riconosca la non responsabilità, di partenza, del soggetto rimandando alla provincia l’individuazione del responsabile della contaminazione. Tale presunzione potrebbe aver avuto un fondamento nell’ambito delle perimetrazioni dei siti di interesse nazionale, ritenendosi la contaminazione diffusa e potenzialmente non riconducibile all’attività svolta dal sito il cui proprietario/gestore avvii le procedure e dove il procedimento ambientale è di fatto già attivo. Ed invece poi, la stessa presunzione non si ritrova al **comma 4bis art. 252** (per i siti di interesse nazionale) che, in caso di superamento delle CSC, prevede «*si applica la procedura di cui agli articoli 242 e 245*».

È da sottolineare peraltro che, sia con il **242-ter** che con il **comma 4bis art. 252**, viene introdotto nel Titolo V il «*soggettoproponente*» in luogo del consolidato “*soggetto responsabile*” che si contrappone sotto il profilo delle responsabilità a “*proprietario*” e a “*gestore dell’area*”, rispetto ai quali sia dottrina che giurisprudenza sono fecondi di valutazioni di merito. L’elemento di rilievo è che il primo profilo (soggetto responsabile) è direttamente associato alla responsabilità dell’inquinamento con i relativi oneri (di bonifica *in primis*) mentre i successivi non lo sono allo stesso piano<sup>16</sup> dovendo essi farsi carico, secondo quanto previsto dall’art. 245 del d.lgs. 152/06, degli interventi di prevenzione benché si noti che gli orientamenti della giurisprudenza più recenti sono indirizzati a comprendere tra le attività che possono essere imposte al soggetto non responsabile anche quelle di messa in sicurezza d’emergenza<sup>17</sup>. Il profilo di “*proponente*”, che diviene titolare di accertare lo stato di contaminazione e di dare comunicazione di superamento delle CSC, può forse giustificare il

<sup>16</sup> TAR Lombardia, Sez. 1<sup>^</sup>, 9 ottobre 2018, n. 964 «*non sussiste (in via automatica, come responsabilità oggettiva o per fatto altrui) una responsabilità in capo al proprietario dell’area inquinata e da bonificare per il sol fatto di tal sua qualità*». Ed anche Cons. di Stato, Sez. IV, 7 settembre 2020, n. 5372 «*resta fermo che il proprietario del terreno sul quale sono depositate sostanze inquinanti, che non sia responsabile dell’inquinamento (c.d. proprietario incolpevole) e che non sia stato negligente nell’attivarsi con le segnalazioni e le denunce imposte dalla legge, è tenuto solo ad adottare le misure di prevenzione, mentre gli interventi di riparazione, messa in sicurezza, bonifica e ripristino gravano sul responsabile della contaminazione, ossia su colui al quale – per una sua condotta commissiva od omissiva - sia imputabile l’inquinamento*».

<sup>17</sup> TAR Marche, Sez. I, 8 febbraio 2021, n. 102 «*La messa in sicurezza del sito inquinato costituisce una misura di correzione dei danni e rientra pertanto nel genus delle precauzioni: non avendo finalità sanzionatoria o ripristinatoria e tale misura non presuppone affatto l’individuazione dell’eventuale responsabile.*»

riferimento alle procedure di cui all'art. 245 su esposte. Sta di fatto che l'introduzione di una tale novità avrebbe dovuto essere accompagnata da maggiori precisazioni, anche se si traggono gli aspetti attinenti alle ricadute in termini di responsabilità penali collegati anche al profilo di "danno ambientale"<sup>18</sup>.

Sempre in tema di "nuove definizioni" nel combinato disposto, si noti come l'art 242-ter si riferisca a "siti oggetto di bonifica". Sino all'entrata in vigore del D.L. 76/2020 le procedure del Titolo V potevano condurre il sito ad assumere la caratteristica di "potenzialmente contaminato", "contaminato" o "non contaminato" (definizioni lettere d), e) ed f) comma 1 art. 240). Orbene la formula introdotta appare piuttosto indefinita (un timido richiamo è presente nell'art. 239 ma palesemente legato ai SIN). Dal punto di vista squisitamente tecnico e utilizzando la definizione di "bonifica" di cui alla lettera p), comma 1 art. 240 un tale sito sarebbe quello dove sono in corso (ed eventualmente anche conclusi) interventi atti a ricondurre le concentrazioni delle sostanze inquinanti entro il limite delle CSR. È ragionevole ritenere che l'intento del legislatore non fosse quello di considerare un ambito così ristretto. Ammesso che sia metodologicamente consentito, si potrebbe trarre la definizione di "sito oggetto di bonifica" dal Decreto del Presidente della Repubblica 13 giugno 2017, n. 120<sup>19</sup>. Il D.P.R. lo identifica all'art. 2 comma 1 lettera z) quale «sito nel quale sono state attivate le procedure di cui al Titolo V, della Parte IV, del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152»; con questa definizione l'ambito di intervento dell'art. 242-ter sarebbe molto più vasto, forse eccessivo visto che riguarderebbe anche il caso di procedure concluse per non necessità di intervento, ad esempio, e per le quali sembrerebbe improprio valutare la "non interferenza" della realizzazione di opere.

Infine, si rimane in attesa che il «Ministero dell'Ambiente ... (per le aree ricomprese nei siti di interesse nazionale) e le Regioni (per le restanti aree) provvedano ad individuare categorie di interventi che non necessitano di preventiva autorizzazione da parte dell'Autorità competente ai sensi del Titolo V – Parte IV del d.lgs. 152/06» e che vengano definite le procedure per la valutazione e le modalità di controllo da parte dell'Autorità competente ai sensi del Titolo V – Parte IV del d.lgs. 152/06 di verifica del rispetto delle condizioni «non pregiudichino né interferiscono» con le attività di bonifica.

<sup>18</sup> A questo proposito si suggerisce A. Di Landro, *Bonifiche: il labirinto della legislazione ambientale dove le responsabilità penali "si perdono"*, Diritto Penale Contemporaneo – Associazione "Diritto penale contemporaneo", 2014 Cap. 2 p. 9-13

<sup>19</sup> Regolamento recante la disciplina semplificata della gestione delle terre e rocce da scavo, ai sensi dell'articolo 8 del decreto-legge 12 settembre 2014, n. 133, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 novembre 2014, n. 164

Rispetto al comma **4-quater** all'art. 252, è rilevante aver condizionato il rilascio della certificazione di avvenuta bonifica della matrice insatura in stralcio rispetto al quadro complessivo di contaminazione (per raggiungimento degli obiettivi avvenuto anticipatamente rispetto alle acque sotterranee) ad una verifica tramite l'Analisi di Rischio di condizioni di rischio per i fruitori del sito e le altre matrici ambientali. Ciò non comporterà probabilmente un motivo ostativo per tutte quelle aree dove si assiste ad una contaminazione delle acque sotterranee riconducibile alla cosiddetta "*coda di contaminazione*" ovvero fenomeni residuali (sebbene complessi e non trascurabili) che testimoniano un esaurimento sostanziale delle sorgenti secondarie di contaminazione (anche per la storicità degli eventi) con concentrazioni disciolte prossime, con tendenza asintotica, agli obiettivi di bonifica. Sarà invece cruciale ed è garanzia cautelativa per le aree dove la contaminazione è maggiormente persistente. In ogni caso la procedura si applica solo ai siti di interesse nazionale.

### **3.2. La nuova semplificazione per i punti vendita carburante**

Con tale dettame (l'articolo 52-bis è stato introdotto nel processo di conversione in legge) è prolungato di tre anni il regime semplificato di dismissione dei punti vendita carburante ai sensi del comma 115 dell'art. 1 della Legge 124/2017, proceduralmente indicato dal comma 117. Questo prevede la non obbligatorietà alla rimozione delle strutture interrate a servizio dell'attività di vendita dei prodotti petroliferi (salvo il caso di riutilizzo dell'area). Con questa disposizione si supererebbe l'applicabilità della disciplina dei rifiuti di cui alla Parte III del d.lgs. 152/06 ed in particolare la fattispecie di "*abbandono di rifiuto*"<sup>20</sup>.

Le procedure di dismissione cui al comma 115 si inseriscono nella più ampia opera di "*razionalizzazione della rete distribuzione punti vendita carburante*" che identifica gli impianti "*incompatibili*" perché aventi caratteristiche non congrue per lo svolgimento in sicurezza delle attività. Stando anche all'esame della documentazione relativa alla discussione del disegno di legge e con particolare attenzione a quanto evidenziato da una parte della rappresentanza industriale del comparto relativo alla commercializzazione dei prodotti petroliferi costituisce elemento dirimente per dare avvio ad una profonda ed efficace razionalizzazione della rete «*la revisione delle barriere all'uscita rappresentate dalle procedure di dismissione/bonifica, oggi eccessivamente*

---

<sup>20</sup> Si veda nel merito Cass., Sez. III, 27 aprile 2017, n. 19969

*farraginose e onerose»<sup>21</sup>. Come illustrato, le procedure semplificate (le terze in ordine cronologico previste per i punti vendita carburante) sono introdotte dal comma 117 che (salvo casi di riutilizzo dell'area) prevedono, la rimozione delle sole strutture interrato e l'esecuzione di indagini ambientali «ove si renda necessario a seguito dell'individuazione di una contaminazione».*

È evidente che tale disposizione renda la possibilità di avere contezza dei fenomeni di perdita dalle strutture meno immediata (a meno di evidenti e/o conclamati fenomeni in superficie). Peraltro, nessun riferimento è fatto circa i profili di responsabilità legata a fenomeni di contaminazione che si dovessero evidenziare nel caso di un riutilizzo del sito in tempi successivi. Assume particolare rilievo il richiamo presente al comma 115 che riporta la possibilità di applicare le procedure semplificate «salvi i casi in cui per le stesse aree esistano o vengano sottoscritti specifici accordi o atti della pubblica amministrazione in merito al loro ripristino».

#### **4. L'attuale quadro generale dei procedimenti di bonifica**

L'aggiornamento del Titolo V alla Parte IV del d.lgs. 152/2006 riconducibile al D.L. 16 luglio 2020, n. 76, come già ricordato, non è certamente il primo intervento che il legislatore mette in atto. Ad oggi, il testo coordinato (quindi effettivo) è il risultato degli interventi legati alle seguenti emanazioni:

3. Decreto Legge 25 gennaio 2012, n. 2, *“Misure straordinarie e urgenti in materia ambientale”*, convertito dalla Legge 24 marzo 2012, n. 28.
4. Decreto Legge 4 giugno 2013, n. 61 *“Nuove disposizioni urgenti a tutela dell'ambiente, della salute e del lavoro nell'esercizio di imprese di interesse strategico nazionale”*.
5. Decreto Legge 12 settembre 2014, n. 133, *“Misure urgenti per l'apertura dei cantieri, la realizzazione delle opere pubbliche, la digitalizzazione del Paese, la semplificazione burocratica, l'emergenza del dissesto idrogeologico e per la ripresa delle attività produttive”* convertito dalla Legge 11 novembre 2014, n. 164.
6. Decreto Legge 5 gennaio 2015, n. 1 *“Disposizioni urgenti per l'esercizio di imprese di interesse strategico nazionale in crisi e per lo sviluppo della città e dell'area di Taranto”* convertito dalla Legge 4 marzo 2015, n. 20.

---

<sup>21</sup> Comunicazione nella Seduta n. 181 del 28 ottobre 2015, Audizione Assopetroli-Assoenergia del 10/11/2015 su Disegno di Legge 2085

7. Legge 27 dicembre 2017, n. 205 *Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2018 e bilancio pluriennale per il triennio 2018-2020*.

L'elenco rappresenterebbe un numero molto maggiore se si comprendessero tutti gli aggiornamenti, le modifiche e le integrazioni succedutesi nel tempo a loro volta modificate dalle fonti su elencate. Inoltre, sono state disciplinate fattispecie con appositi Decreti quali:

8. Decreto 12 febbraio 2015, n. 31 *Regolamento recante criteri semplificati per la caratterizzazione, messa in sicurezza e bonifica dei punti vendita carburanti, ai sensi dell'articolo 252, comma 4, del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152*.

9. Decreto 1 marzo 2019, n. 46 *Regolamento relativo agli interventi di bonifica, di ripristino ambientale e di messa in sicurezza, d'emergenza, operativa e permanente, delle aree destinate alla produzione agricola e all'allevamento, ai sensi dell'articolo 241 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152*.

A queste fonti si devono poi aggiungere tutti i documenti, di natura tecnica e specialistica, emessi sotto forma di circolare/nota/procedura tecnica/linee guida da parte di istituzioni pubbliche quali Ministero dell'Ambiente, Istituto Superiore per la Ricerca e la Protezione dell'Ambiente (ISPRA), Sistema Nazionale a Rete per la Protezione dell'Ambiente (SNPA), Istituto Superiore di Sanità (ISS), Istituto Nazionale Assicurazione Infortuni sul Lavoro (INAIL) solo per citare i più rilevanti<sup>22</sup>.

Inoltre, sebbene la Legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3 «*Modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione*» abbia conferito esclusività legislativa in tema di "tutela dell'ambiente" allo Stato, le disposizioni centrali si intrecciano con quelle periferiche e la complessità nell'affrontare tale disciplina può richiedere ancora maggiore attenzione. Se per le aree ricadenti nella perimetrazione dei siti di interesse nazionale il titolare della funzione amministrativa attiva (organo deputato al rilascio delle autorizzazioni all'intervento) è il Ministero dell'Ambiente, per gli altri siti il titolare va ricercato nella regione territorialmente competente; tuttavia, fatti salvi i casi di "siti di interesse regionale", in più del 65% dei casi le amministrazioni regionali hanno delegato tale onere ai comuni (ricerca dell'Autore).

Il procedimento di "caratterizzazione e bonifica" non ha tuttavia solo i risvolti amministrativi fin qui riepilogati; si possono menzionare le procedure di

<sup>22</sup> A proposito del dibattuto tema riguardante la cogenza di tali documenti, si veda l'interessante analisi prodotta da C. Ingenito, *Il Ruolo delle Linee Guida in Materia Ambientale*, AmbienteDiritto - Editore Tortorici, 2019 che afferma «dalla concreta osservazione ed analisi delle linee guida si evince come esse fungano da vera e propria normativa primaria poiché prescrivono condotte ed impongono obblighi in via di fatto che diversamente non avrebbero alcuna disciplina producendo così evidenti vuoti di tutela.»

“identificazione del responsabile” (art. 245) e di “certificazione degli interventi” che sono in capo alle Province o Città Metropolitane come lo è il processo di “verifica degli interventi” (comma 12 e 13 art. 242) svolto avvalendosi della competenza tecnica delle Agenzie di Protezione Ambientale territoriali che invece certificano direttamente la bontà degli interventi nelle procedure semplificate (art. 242-bis). A ciò devono aggiungersi tutti gli atti autorizzativi necessari per l’esecuzione degli interventi; per quanto il comma 7 all’art. 242 preveda espressamente che l’autorizzazione del progetto di bonifica «*sostituisce a tutti gli effetti le autorizzazioni, le concessioni, i concerti, le intese, i nulla osta, i pareri e gli assensi previsti dalla legislazione vigente compresi, in particolare, quelli relativi alla valutazione di impatto ambientale, ove necessaria, alla gestione delle terre e rocce da scavo all’interno dell’area oggetto dell’intervento ed allo scarico delle acque emunte dalle falde*», tale disposizione ha sovente trovato ostacoli ora per l’assenza dei soggetti deputati alle specifiche autorizzazioni in ambito di conferenza dei servizi ora per un’inerzia del sistema. Peraltro, tale disposizione non risulta valida per tutte le attività da espletare precedentemente l’attuazione degli interventi, quali, ad esempio, le attività di indagine (per le quali possono rendersi necessarie autorizzazioni ad operare su suolo pubblico) e/o quelle di messa in sicurezza (che possono comportare la necessità di immettere nella pubblica fognatura, generalmente previo trattamento, liquidi emunti dal sottosuolo) e per le quali si mantiene il regime autorizzativo proprio delle situazioni ordinarie<sup>23</sup>.

Infine, è doveroso almeno accennare che ha spesso ricadute notevoli su quanto previsto dal Titolo V alla Parte IV anche la disciplina in materia di gestione dei rifiuti di cui alla Parte III del d.lgs. 152/2006 anch’essa oggetto nel tempo di importanti revisioni e sviluppi di decreti ministeriali/regolamenti/circolari, per la cui discussione sarebbe necessario un lavoro specifico. Nella seguente tabella sono riepilogate le procedure e i casi di applicazione in tema di “*siti contaminati*”.

Procedura	Fattispecie
Art. 241 e d.m. 46/2019	Aree Agricole
Art. 241-bis	Aree Militari
Art. 242	Procedure Ordinarie
Art. 242-bis	Bonifica a CSC del suolo insaturo

---

<sup>23</sup> Ministero dell’Ambiente circolare Prot.0014464 del 28/07/2016, a proposito di iter autorizzativo allo scarico in fognatura di acque reflue derivanti da attività di messa in sicurezza di emergenza in siti contaminati

Art. 242-ter	Interventi ed opere nei siti contaminati
Art. 249	Siti di Ridotte Dimensioni
Art. 252 e d.m. 31/2015	Punti Vendita Carburante
Art. 252	Siti di Interesse Nazionale (SIN)
Art. 252 comma 4-bis	Piano di indagine preliminare nei SIN
Art. 252 comma 4-ter	Presentazione esiti caratterizzazione e Analisi di Rischio nei SIN

*Tabella 2 Riepilogo delle procedure di conduzione del procedimento ambientale secondo il Titolo V Parte IV d.lgs. 152/2006*

## 5. Conclusioni

La tematica delle bonifiche dei siti contaminati è tecnicamente molto complessa; è naturale che tale complessità si rifletta sull'ordinamento giuridico strutturatosi nel tempo. In Italia il sistema normativo ha rivolto la sua attenzione alla tematica già con la Legge 29 ottobre 1987, n. 441 «Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 31 agosto 1987, n. 361, recante disposizioni urgenti in materia di smaltimento dei rifiuti» ma la prima regolamentazione organica della gestione delle procedure tecniche ed amministrative si ha nel 1999 con il Decreto Ministeriale 25 ottobre, n. 471 (scaturito dal Decreto legislativo 5 febbraio 1997, n. 22 recante «Attuazione delle direttive 91/56/CEE sui rifiuti, 91/698/CEE sui rifiuti pericolosi e 94/62/CE sugli imballaggi e sui rifiuti di imballaggio») che introduce «valori di concentrazione limite accettabili», procedure amministrative da svolgersi tramite conferenza dei servizi e primi standard tecnici. L'impianto normativo assume le forme moderne ed attuali con l'entrata in vigore del d.lgs. 152/2006, che, abrogando totalmente il d.lgs. 22/1997, assume il ruolo di Testo Unico o Codice dell'Ambiente. La disciplina del Titolo V alla Parte IV conferma l'approccio tabellare di verifica della conformità delle matrici ambientali (Concentrazioni Soglia di Contaminazione) ma aggiunge l'importante ed innovativa, per l'epoca, possibilità di verificare l'assenza di rischio per la salute umana e per l'ambiente anche a fronte di concentrazioni superiori alle CSC ovvero definire Concentrazioni Soglia di Rischio: la logica della procedura amministrativa fondante (dalla comunicazione di potenziale evento contaminante alla certificazione degli interventi, tramite una serie di passaggi, cronologicamente distinti e

progressivi, verificativi e approvativi di una platea di soggetti pubblici) è sostanzialmente confermata: innovativa è stata definita sin dall'inizio la previsione di una procedura semplificata per i siti di ridotte dimensioni<sup>24</sup>. Questa prima semplificazione ha trovato poi ulteriori sbocchi, come analizzato nel testo.

Se la prima emanazione prevedeva, immediatamente attuabili, due procedure (tecniche ed amministrative), oggi queste sono triplicate. Non sembrerebbe proprio colto il suggerimento del principio metodologico «*Entia non sunt multiplicanda praeter necessitatem*» di Guglielmo di Occam al quale si fa riferimento nella pregevole e calzante opera di Ainis<sup>25</sup>. Se è vero che ogni procedura sopraggiunta si rivolge ad una fattispecie definita (aree agricole, aree militari, bonifica del suolo insaturo, punti vendita carburante, realizzazione opere in siti contaminati, siti di interesse nazionale), è altrettanto vero che queste si intrecciano con il dettame normativo di base; come evidenziato, sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza senza la pretesa di essere esaustivi, si registrano dissonanze e raccordi non sempre corretti e mancanza di uniformità su aspetti paragonabili. A questo si è poi aggiunto un fitto elenco di linee guida/procedure tecniche/circolari/pareri ed altre forme di specificazioni legato ai vari organi pubblici interessati, più o meno direttamente, dalla materia; va riconosciuto il merito di aver fornito indicazioni puntuali in grado di superare *impasse* procedurali e di uniformare e migliorare le metodologie di lavoro.

Agli articoli del D.L. esaminati va accreditato l'inserimento di ulteriori disposizioni e procedure specifiche che risulteranno sicuramente utili per i casi cui verranno applicate.

Vista l'introduzione di nuove ed ulteriori modalità di autocertificare la non necessità di intervento (art. 252 comma 4 bis), sarebbe stato auspicabile considerare la possibilità di uniformare definitivamente tale circostanza, per tutte le procedure tanto rispetto ai termini massimi quanto al momento cui fare riferimento<sup>26</sup>. Ciò non solo in ordine alla differenziazione tra le procedure ma anche per far fronte ai casi nei quali non sia tecnicamente possibile (o sia estremamente complesso) accertare con sufficiente accuratezza nell'arco di 48 ore il mancato superamento delle CSC (Art. 242

---

<sup>24</sup> F. Vanetti, *La bonifica delle aree di ridotte dimensioni D.lgs. n. 152/06 - Testo Unico Ambientale*, Rivista Giuridica dell'Ambiente – RGAONLINE, 2006

<sup>25</sup> M. Ainis, *La semplificazione complicante*, Federalismi.it – Società editoriale federalismi, 2014

<sup>26</sup> Considerando che, dalla data di comunicazione evento, le procedure *ex art. 249* prevedono 30 giorni, quelle *ex d.m. 31/2015* ne prevedono 60, quelle *ex d.m. 46/2019* 90 mentre le sopraggiunte procedure *ex art. 252 comma 4 bis* estendono per i siti di interesse nazionale a 90 giorni addirittura dalla data di avvio delle indagini

Procedure ordinarie) con il risultato che il soggetto interessato si trovi nella condizione di “falso allarme” ma oltre il termine di autocertificazione e sia costretto (e con lui tutta la struttura amministrativa e tecnica pubblica deputata) a proseguire un iter procedurale, non definito, per giungere alla chiusura del procedimento con oneri che nulla hanno a che fare con il principio di proporzionalità del diritto né con il principio “chi inquina paga”. Non è da escludere, per contro, che sia stata esplicita volontà del legislatore snellire questo aspetto anche per i siti di interesse nazionale mantenendo allo stesso tempo una procedura, *ex art. 242*, particolarmente stringente per tutte le altre fattispecie (a questo punto “residuali” più che “ordinarie”). Sarebbe stato possibile in alternativa prevedere procedure da attuare in caso di non superamento delle CSC attestato oltre i termini di autocertificazione, formalizzando la possibilità di presentare un piano di indagine validato all’Agenzia di Protezione Ambientale territorialmente competente i cui risultati positivi permetterebbero all’Autorità competente la chiusura del procedimento amministrativo.

Non è facile, dal punto di vista della tutela dell’ambiente e della salute, ritenere invece un risultato pienamente positivo l’estensione di altri tre anni alla possibilità di fruire di una ulteriore disciplina semplificata per i punti vendita carburante che cessano definitivamente l’attività.

La difficoltà che l’Autore e il Lettore, anche più avveduto, hanno condiviso nell’espone l’uno e nel recepire l’altro la logica, l’ordine, la sequenza e i rapporti reciproci delle procedure previste sono una testimonianza della complessità cui è caratterizzato l’argomento. Elementi potenzialmente in grado di generare ulteriore confusione sono l’introduzione del concetto di “*sito oggetto di bonifica*” in assenza di adeguata precisazione su quali siano le caratteristiche e del “*soggetto proponente*” non definito al Titolo V e al quale corrispondono solo alcune titolarità specifiche; quest’ultima appare una posizione svincolata da molte importanti responsabilità.

In generale è auspicabile che il combinato disposto fin qui strutturato, così complesso ma anche così puntuale, possa essere ritenuto idoneo per essere trasformato in una vera e propria riforma del Titolo V<sup>27</sup> (con annessi allegati tecnici di cui nel lavoro non si è potuto trattare<sup>28</sup>) con le opportune revisioni ed aggiungendo tutte le limature necessarie, per divenire ad un testo unitario, che aiuti tutti i soggetti

---

<sup>27</sup> È ben nota la diffusione di una proposta di disegno di legge denominata “*Green New Deal e transizione ecologica del Paese*” (*Collegato Ambientale 2020*) tramite il quale divenire ad una legge delega che conduca alla riforma, tra altri aspetti, proprio del Titolo V Parte IV del d.lgs. 152/2006

<sup>28</sup> Tavoli di Confronto SNPA – Remtech Expo, *Gruppi di Lavoro ed Instant Report, Tavolo 1 Bonifiche e Siti Contaminati*, 18-20 Settembre 2019 Ferrara

coinvolti, senza dimenticare il ruolo l’Autorità titolare del procedimento amministrativo, a divenire verso una gestione più efficace e per alcuni versi anche più sostenibile del “*procedimento di caratterizzazione e bonifica dei siti contaminati*”.

# GLI ASSENSI AMBIENTALI E IL CONTAGIO DA VIRUS SEMPLIFICATORIO: RIFLESSIONI CRITICHE

**Annamaria Bonomo**

*Professore Associato di Diritto Amministrativo*

**ABSTRACT** [ITA]: Il virus semplificatorio da cui la nostra pubblica amministrazione è affetta da tempo, sembra aver "contagiato" anche il settore ambientale, ambito tradizionalmente sottratto alle logiche dell'alta velocità. Rimane tuttavia da verificare se tale tendenza possa essere intesa come significativa di una scelta più generale dell'ordinamento a favore della dequotazione della specialità degli interessi ambientali, oppure se si tratti soltanto di un espediente per non affrontare una questione più complessa e gravosa: quella dell'inefficienza dell'organizzazione amministrativa.

**ABSTRACT** [ENG]: *The simplification virus, from which our public administration has been suffering long since, seems to have also "infected" the environmental sector, an area traditionally excluded from the logic of high speed. Though, it remains to verify whether this trend can be understood as significant of a more general choice of the legal system towards the de-quoting of the specialty of environmental interests or if it is just an expedient to avoid addressing a more complex and burdensome issue: that of the inefficiency of administrative organization.*

**SOMMARIO:** **1.** Semplificazione ed interessi ambientali: un antico conflitto; – **2.** Interessi ambientali e procedimento amministrativo; – **3.** Il ridimensionamento del regime speciale per gli assensi ambientali nella disciplina del procedimento. – **3.1.** Gli assensi ambientali necessariamente espressi ovvero quelli che resistono alla semplificazione. – **3.2.** I silenzi assensi in materia ambientale. – **4.** Il rafforzamento della governance ambientale come alternativa alla dequotazione degli interessi ambientali nel procedimento.

## 1. Semplificazione ed interessi ambientali: un antico conflitto.

Quello del rapporto fra semplificazione amministrativa ed interessi ambientali è un tema risalente, tuttavia esso appare ancora caratterizzato da una persistente conflittualità e lontano da una composizione<sup>1</sup>.

Gli ultimi interventi riformatori<sup>2</sup>, nel solco di quello che è divenuto un “mantra” di tutte le normative di riforma della pubblica amministrazione, ovvero la semplificazione delle procedure amministrative<sup>3</sup>, hanno “contagiato” anche il settore ambientale, ambito tradizionalmente sottratto alle logiche dell’alta velocità<sup>4</sup>. Tali interventi, nell’idea di poter comporre l’annosa antinomia strutturale tra ragioni dell’economia e ragioni dell’ecologia<sup>5</sup>, sembrano porsi nella direzione di un

<sup>1</sup> Tra le diverse tipologie di semplificazione amministrativa ci si riferisce alla semplificazione procedimentale che è quella che ha ad oggetto la razionalizzazione dell’iter procedimentale. In generale, sulle semplificazioni amministrative ex multis: S. Cassese, *La semplificazione amministrativa e l’orologio di Taylor*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, p. 699 ss.; M.P. Chiti, *Semplificazione delle regole e semplificazione dei procedimenti: alleati o avversari?*, in *Foro amm. - Cons. St.*, 2006, p. 1057 ss.; G. Vesperini, *Semplificazione amministrativa*, in *Diz. dir. pubbl.*, a cura di S. Cassese, VI, Milano, Giuffrè, 2006, p. 5479 ss.; M. A. Sandulli, *Il procedimento amministrativo e la semplificazione*, in *Ius-Publicum*, 2013.

<sup>2</sup> Ci si riferisce al c.d. “Decreto Semplificazioni”, 16 luglio 2020, n. 76, recante “Misure urgenti per la semplificazione e l’innovazione digitale”, convertito, con modificazioni, dalla Legge 11 settembre 2020, n. 120. Sui limiti degli ultimi interventi normativi sulla semplificazione amministrativa cfr. M. Occhiena, *Il coraggio di semplificare*, in *Il diritto dell’economia*, n. 2/2020 che evidenzia la necessità di prendere sul serio la semplificazione «progettando in modo articolato un nuovo impianto di interventi normativi che, complessivamente e in modo coordinato, realizzino il duplice obiettivo di accelerare i processi decisionali pubblici e di ridurre gli oneri burocratici che oggi gravano sui privati per lo svolgimento di attività (in specie) nei settori economicamente rilevanti». Sulle novità normative introdotte dal c.d. “decreto Semplificazioni” cfr. F. Fracchia, *La fatica di semplificare: procedimenti a geometria variabile, amministrazione difensiva, contratti pubblici ed esigenze di collaborazione del privato “responsabilizzato”*, in *Federalismi*, n. 36/2020, p. 33, 35, che osserva come esse «rivelano una sorta di ossessione per il tema del tempo o, comunque, dimostrano la consapevolezza, acquisita dal legislatore, dei problemi che genera in Italia l’indolenza dell’amministrazione»; per una disamina degli interventi normativi in tema di semplificazione cfr. L. A. Mazzaroli, *Considerazioni generali sul «semplificare» ... ma all’italiana*, in *AmbienteDiritto*, n. 4/2020.

<sup>3</sup> Sull’evoluzione del principio di semplificazione relativo al procedimento amministrativo cfr. ex multis M.A. Sandulli (a cura di), *Codificazione, semplificazione e qualità delle regole*, Milano, 2005; Id., *Il procedimento amministrativo e la semplificazione*, cit.; M. Bombardelli, *La semplificazione amministrativa: problemi e prospettive*, in *Scritti in onore di Giuseppe Palma*, III, Torino, 2012, 1827; G. Vesperini (a cura di), *Che fine ha fatto la semplificazione amministrativa?*, Milano 2006, 41.

<sup>4</sup> Cfr. M. Bombardelli, *Il silenzio assenso e il rischio di eccesso di velocità*, cit., p. 760 che osserva come «l’accelerazione procedimentale operata con il silenzio assenso presenta i rischi tipici dell’eccesso di velocità nella guida dei veicoli, che crescono in modo proporzionato alla potenza del mezzo e alla mancanza di prudenza di chi sta al volante» Cfr. anche D. Mastrangelo (a cura di), *L’alta velocità nell’amministrazione*, Roma, Aracne, 2009, *passim*;

<sup>5</sup> R. Ferrara, *Etica, ambiente e diritto*, in R. Ferrara, M.A. Sandulli (a cura di), *Trattato di diritto dell’ambiente*, Milano, 2014, I, 19; Id., *Politiche ambientali e sistema delle semplificazioni amministrative: verso quali scenari?*, in *Il Piemonte delle Autonomie*, n.2/2014, p.2, il quale evidenzia come il diritto dell’ambiente sia un

progressivo ridimensionamento di quella tutela “rafforzata” tradizionalmente riconosciuta agli interessi ambientali.

Com'è noto, la c.d. “specialità” dell'interesse ambientale ha, fin dalla prima versione della legge sul procedimento<sup>6</sup>, giustificato la previsione di regole derogatorie rispetto a quelle previste per gli altri interessi rimessi alla cura dell'amministrazione<sup>7</sup>, in ragione della sua natura di interesse pubblico di rango primario<sup>8</sup> e della peculiare tecnicità della materia, che rendono irrinunciabile l'apporto istruttorio e decisionale dell'amministrazione ed inevitabile l'esplicita e adeguata ponderazione degli interessi ambientali interessati dall'esercizio dell'attività amministrativa<sup>9</sup>.

---

diritto di conciliazione grazie al quale si afferma l'inevitabile compromesso tra il mondo dell'impresa e le politiche pubbliche di protezione ambientale.

<sup>6</sup> Il regime speciale riservato ai cd. interessi sensibili non fu, sin dai primi commenti alla l. n. 241/90, accolto in maniera univoca dalla dottrina cfr. in argomento G. Morbidelli, *Il regime amministrativo speciale dell'ambiente*, in *Scritti per A. Predieri*, Milano, 1996, II, p. 1121 ss.; a favore di una uniformità di trattamento degli interessi coinvolti dalle decisioni amministrative cfr. G. Corso, *Il responsabile del procedimento*, in F. Trimarchi (a cura di), *Il procedimento amministrativo fra riforme legislative e trasformazioni dell'amministrazione*, Milano Giuffrè, 1990, 68 che sottolineava come «per il suo carattere pluralistico la Costituzione non conosce una gerarchia preconstituita di valori e interessi»; G. Vesperini, *Le norme generali sulla semplificazione*, in *Gior. dir. amm.*, n. 5/2015, 63 che evidenzia «la dubbia legittimità costituzionale del trattamento (di favore) riservato a questi interessi rispetto ad altri valori costituzionali». Sicuramente prevalente tuttavia è l'orientamento a favore della necessità di un trattamento differenziato degli interessi sensibili, cfr. F. de Leonardis, *Il silenzio assenso in materia ambientale: considerazioni critiche sull'art. 17bis introdotto dalla cd. riforma Madia*, in *Federalismi*, n. 20/2015; M. Bombardelli, *Il silenzio assenso tra amministrazioni e il rischio di eccesso di velocità nelle accelerazioni procedimentali*, in *Urb.App.*, 2016, p. 758; G. Sciullo, “*Interessi differenziati*” e *procedimento amministrativo*, in *Giustamm* n. 5/2016,

<sup>7</sup> Quattro le tipologie di disposizioni derogatorie relative agli interessi ambientali contenute nella l. n. 241/90: 1) l'ampliamento dei tempi del procedimento; 2) l'esclusione dall'applicazione di regole di semplificazione (silenzio-assenso procedimentale, pareri, valutazioni tecniche, silenzio assenso provvedimentale (art. 20, co. 4); 3) la sospensione degli effetti della determinazione conclusiva della conferenza di servizi; 4) la possibilità di riesame di detta determinazione o dello spostamento del potere decisionale all'organo politico. Cfr. G. Sciullo, “*Interessi differenziati*” e *procedimento amministrativo*, cit., p. 6.

<sup>8</sup> Il lungo cammino della giurisprudenza costituzionale sulla nozione di ambiente ha portato all'affermazione della sua primari età. A partire dalla sentenza 28 maggio 1987, n. 210 in cui ha configurato per la prima volta il diritto all'ambiente salubre come diritto della persona e quale interesse di una collettività fino alla sua configurazione come valore costituzionale primario (ex multis Corte cost. sentenza n. 247/1974 e Corte cost., sentenza 16 maggio 2019, n. 19). Sull'unità della nozione di ambiente si vedano C. Postiglione, *Ambiente: suo significato giuridico unitario*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1985, 32 ss; M. Calabrò, *Potere amministrativo e partecipazione procedimentale. Il caso ambiente*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2004, p. 169 ss. In argomento sul riconoscimento all'ambiente del rango di valore costituzionale primario cfr. anche M.G. Nacci, *Ambiente, salute ed emergenza pandemica*, in questo Volume.

<sup>9</sup> Sulla previsione di un “regime amministrativo speciale”, con riferimento agli interessi sensibili ed in particolare a quelli ambientali, “tendenzialmente insensibile ai fenomeni di semplificazione e destrutturazione dei processi decisionali” cfr. A. Moliterni, *Semplificazione amministrativa e tutela degli interessi sensibili*, in *Dir. Amm.*, 4/2017, p. 699, 704.

La codificazione degli ultimi anni, a partire dalla legge Madia fino al recente decreto semplificazioni, tuttavia, ha esteso l'applicazione di alcuni istituti di semplificazione procedimentale anche alle amministrazioni ambientali tradizionalmente immuni dal virus semplificatorio, in base all'esigenza di maggiore protezione degli interessi coinvolti<sup>10</sup>. Nel conflitto tra i due interessi, quello alla protezione "rafforzata" dell'ambiente all'interno del procedimento e quello dell'accelerazione, attraverso lo snellimento delle dinamiche procedurali, sembra invece che gradualmente il legislatore, sulla spinta delle pressioni provenienti dal mondo delle imprese<sup>11</sup>, stia optando a favore del secondo<sup>12</sup>.

Da principio, la soluzione a questo conflitto era stata ritrovata nella previsione di un regime di specialità per gli interessi ambientali che si traduceva, sia in un'attività istruttoria più approfondita, mediante il più ampio coinvolgimento di soggetti pubblici (in funzione consultiva) e di soggetti privati (in funzione collaborativa o difensiva)<sup>13</sup>, sia nella sottrazione delle amministrazioni preposte alla cura degli interessi in questione alle norme di semplificazione previste per le altre amministrazioni<sup>14</sup>. Invero, l'esigenza di differenziare la categoria degli interessi pubblici di tipo "sensibile", tra i quali quello ambientale, è stata avvertita proprio nel momento in cui l'ordinamento ha introdotto una disciplina generale volta a

<sup>10</sup> Come osservava E. Casetta, *La difficoltà di semplificare*, in *Dir. Amm.*, 1998, p. 335, «non tutti gli interessi tollerano una disciplina procedimentale che comporti una semplificazione in grado di sacrificare la corretta ponderazione di alcuni valori».

<sup>11</sup> Come osserva A. Orofino, *La semplificazione digitale*, in *Il diritto dell'economia*, n.3/2019, p. 87, 89, «la celerità e prevedibilità delle decisioni amministrative, per un'impresoria abituata alla programmazione delle proprie attività ed al rispetto di tempi stringenti (...), finiscono per assumere rilievo condizionante delle scelte tese alla individuazione delle aree verso le quali indirizzare nuovi investimenti».

<sup>12</sup> Orientamento che emerge a livello normativo a partire dalla legge 7 agosto 2015, n. 124. c.d. legge Madia fino all'ultimo decreto "Semplificazioni" (d.l. n. 76/2020) e che trova conforto in alcuni pareri del Consiglio di Stato, cfr. Cons. St., comm. spec., 15 aprile 2016, parere n. 929; Cons. St., Comm. speciale, 23 giugno 2016, parere n. 1640 dai quali emerge una posizione fortemente in crescita che valorizza una "dimensione economica" del diritto amministrativo. Sul punto M. Bombardelli, *Il silenzio assenso*, cit., p. 760.

<sup>13</sup> La partecipazione ambientale ha una storia risalente che presenta livelli più avanzati rispetto alla tradizionale partecipazione procedimentale. A partire dalla nota Convenzione di Aarhus del 1999 sull'«Accesso all'informazione, la partecipazione pubblica alle decisioni e l'accesso alla giustizia in materia ambientale», ratificata in Italia con legge 16 marzo 2001, n. 108, ma formalmente approvata dalla Comunità con la decisione del Consiglio 2005/370/CE del 17 febbraio 2005 in GUCE L 124 del 17 aprile 2005, in argomento E. Lohse, M. Poto (eds), *Participatory Rights in the Environmental Decision making process and the Implementation of the Aarhus Convention: a Comparative Perspective*, Berlin, 2015. Sulla partecipazione nei processi decisionali in materia ambientale G. Manfredi, S. Nespore, *Ambiente e democrazia: un dibattito*, in *Riv.Giur.Amb.*, 2010, p. 293 ss.; R. Ferrara, *La protezione dell'ambiente ed il procedimento amministrativo nella «società del rischio»*, in *Dir.Soc.*, 2006, p. 507; G. Pepe, *La democrazia partecipativa ambientale tra ordinamenti sovranazionali ed ordinamento italiano*, in *Federalismi.it*, 2020; S. Meggiato, *La partecipazione nei procedimenti amministrativi ambientali: il dibattito pubblico*, in questo Volume ove ulteriori riferimenti.

<sup>14</sup> G. Vesperini, *Le norme generali sulla semplificazione*, cit., p. 630.

semplificare la struttura delle decisioni e dei procedimenti amministrativi. L'affermazione teorica di tali interessi pubblici<sup>15</sup> nasce, quindi, proprio come esigenza di porre un limite all'applicazione degli istituti di semplificazione, allo scopo di difenderli da una valutazione poco ponderata o peggio dall'assenza di una valutazione<sup>16</sup>.

Di qui anche la qualificazione di tali interessi come 'differenziati'<sup>17</sup>, in quanto tradizionalmente sottoposti ad un trattamento *ad hoc* nella disciplina generale del procedimento<sup>18</sup>, il cui comune denominatore, che li rendeva "speciali", "forti" "sensibili", era quello di non poter prescindere da un'attenzione particolare da parte dell'amministrazione in termini di maggiori garanzie partecipative e di una più accurata ponderazione<sup>19</sup>. Si è venuta dunque a delineare una categoria di interessi pubblici "più pubblici di altri", la cui presenza imponeva all'amministrazione di osservare regole precise di esercizio del potere che, tra le altre, tendenzialmente escludevano l'applicazione degli istituti di semplificazione.

La descritta relazione conflittuale intercorrente tra interesse ambientale e semplificazione amministrativa assume interesse nella misura in cui rappresenta un significativo "banco di prova"<sup>20</sup> per valutare il nuovo paradigma dell'"amministrazione semplificata", individuabile nella scelta del legislatore di estendere i meccanismi di semplificazione anche in un settore, come quello ambientale, caratterizzato da una doverosa, ma elevata, complessità dei procedimenti, nonché da una particolare "sensibilità" degli interessi coinvolti. Diventa dunque interessante osservare se, in virtù di questo processo, stia mutando la stessa concezione della semplificazione, se, in altri termini, essa da mero valore

---

<sup>15</sup> Si tratta dei noti interessi pubblici "critici" quali il patrimonio culturale e paesaggistico, l'ambiente, la difesa nazionale, la pubblica sicurezza, l'immigrazione, l'asilo e la cittadinanza, la salute e la pubblica incolumità, che la legge sul procedimento ritiene meritevoli di particolare tutela.

<sup>16</sup> Evidenzia questa coincidenza A. Moliterni, *Semplificazione amministrativa*, cit., p. 704.

<sup>17</sup> In realtà nel procedimento amministrativo esistono due tipologie di interessi differenziati che, come tali, ricevono un trattamento derogatorio rispetto a quello accordato alla generalità degli interessi pubblici e sono quelli di cui sono portatrici le Regioni e le Province autonome nelle "materie di loro competenza" (art. 14-quater, comma 3, l. n. 241/1990) e gli interessi c.d. "sensibili" in ragione della particolare natura dell'interesse che viene in rilievo. G. Scialoja, *"Interessi differenziati"*, cit., p. 5.

<sup>18</sup> Sul punto cfr. M. Renna, *Semplificazione e ambiente*, in *Riv. giur. edil.*, 2008, I, p. 37 ss.; G. Mari, *Primarietà degli interessi sensibili e relativa garanzia nel silenzio assenso tra PPAA. e nella conferenza di servizi*, in *Riv. giur. edil.*, 2017, 5, p. 306.

<sup>19</sup> Sulle diverse tipologie di interessi si veda V. Parisio, *Interessi «forti» e interessi «deboli»: la natura degli interessi come limite alla semplificazione del procedimento amministrativo nella legge 7 agosto 1990 n. 241*, in *Dir. e proc. amm.*, 2014, pp. 839 ss.

<sup>20</sup> Cfr. M. Cocconi, *Il giusto procedimento come banco di prova di un'integrazione delle garanzie procedurali a livello europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2010, 4, p.1127.

strumentale, finalizzato al miglioramento dell'efficienza amministrativa e alla garanzia di una più agevole soddisfazione delle esigenze e delle pretese del cittadino, sia divenuta valore finale<sup>21</sup> che entra in gioco nel bilanciamento degli interessi<sup>22</sup> al pari di altri valori di rango costituzionale<sup>23</sup>. Nel momento in cui il legislatore sembra gradualmente accettare che nella ponderazione tra l'interesse dell'istante (e del mercato) alla celerità e quello alla protezione dell'ambiente prevalga il primo, il sospetto è che l'esigenza di semplificazione possa rappresentare solo un modo per mascherare la preferenza nei confronti del valore connesso allo sviluppo e alla crescita economica<sup>24</sup>, rendendo l'accelerazione dei procedimenti amministrativi un vero e proprio interesse pubblico autonomo<sup>25</sup>. Resta tuttavia da verificare se i segnali

---

<sup>21</sup> Anche alla luce del riconoscimento di 'valore ordinamentale fondamentale' al fattore tempo ad opera del Parere del Consiglio di Stato (Cons. Stato, Comm. Spec., 15 aprile 2016, n. 929) che, richiamando il parere dell'A.G. n. 141 del 1991, lo definisce "componente determinante per la vita e l'attività dei cittadini e delle imprese, per i quali l'incertezza o la lunghezza dei tempi amministrativi può costituire un costo che incide sulla libertà di iniziativa privata ex art. 41 Cost.; cfr. anche Corte cost. 26 luglio 2002, n. 407, p. 33.2, nella quale l'ambiente viene considerato non tanto come una *materia* in senso tecnico, quanto piuttosto come "valore" costituzionalmente protetto, che, in quanto tale, delinea una sorta di materia "trasversale". In argomento G. Mari, *Primarietà degli interessi sensibili*, cit., pp. 306 ss.; D. D'orsogna, *Semplificazione e conferenza di servizi*, Relazione al Convegno AIPDA *Antidoti alla cattiva amministrazione: una sfida per le riforme*, Roma, 7/8 ottobre 2016.

<sup>22</sup> Cfr. L. Bisoffi, *Semplificazione del procedimento amministrativo e tutela degli interessi sensibili: alla ricerca di un equilibrio*, in *Federalismi*, n. 1/2019, p. 16 che rileva come il fattore tempo sia ormai strategico, in un contesto di concorrenza tra ordinamenti giuridici, perché le imprese prediligono quegli ordinamenti ove è minore, o comunque calcolabile, il cd. "rischio amministrativo". Cfr. anche F. Merusi, *Sentieri interrotti della legalità*, Bologna, 2007, 44, che osservava «lo Stato del mercato [...] ha proprio nel fattore tempo uno dei suoi elementi caratterizzanti».

<sup>23</sup> Com'è noto la Corte costituzionale ormai non riconosce l'esistenza di una scala gerarchica di valori costituzionali tale da assicurarne l'intangibilità in via assoluta. Pertanto, nessun interesse ad avviso del giudice delle leggi si sottrae, in occasione delle scelte da compiersi da parte del legislatore e dell'amministratore, al meccanismo del bilanciamento i cui esiti non sono predeterminati a priori, ma dipendono dal peso in concreto rivestito da ciascun interesse. Così Corte cost. 27 giugno 1986, n. 151; Corte cost. 24 giugno 2004, n. 196 con commento di D. Sorace, S. Torricelli, *Dal condono selvaggio al condono sostenibile*, in *Le Regioni*, 2004, p. 1359 ss. e come confermato dalla Corte nella nota sentenza Ilva, con riferimento proprio al bene ambiente, sentenza 9 maggio 2013, n. 85 a commento cfr. M. Boni, *La politiche pubbliche dell'emergenza tra bilanciamento e «ragionevole» compressione dei diritti: brevi riflessioni a margine della sentenza della Corte costituzionale sul caso Ilva (n. 85/2013)*, in *Federalismi*, n. 3/2014; E. Verdolini, *Il caso ILVA Taranto e il fil rouge degli interessi costituzionali: commento alla sentenza 182 del 2017 della Corte Costituzionale*, in *Forum di quaderni costituzionali - Rassegna*, n. 2/2018.

<sup>24</sup> Sul primato dell'interesse finanziario e sulla dequotazione a variabile dipendente di ogni altro interesse di rilevanza pubblica si veda R. Ursi, *Le stagioni dell'efficienza. I paradigmi giuridici della buona amministrazione*, Maggioli, Rimini, 2016; M.A. Sandulli, *Gli effetti diretti della legge 7 agosto 2015, n.124 sulle attività economiche: le novità in materia di s.c.i.a., silenzio assenso e autotutela*, in *Federalismi*, 2015.

<sup>25</sup> Cfr. in tal senso M. Bombardelli, *Il silenzio assenso tra amministrazioni*, cit., p. 766, il quale osserva, con riferimento alla riforma operata dalla legge Madia, come, attribuendo al fattore tempo e alla velocità delle decisioni amministrative nelle materie che interferiscono con l'esercizio di attività economiche il rilievo di valori fondamentali dell'ordinamento, l'accelerazione dei procedimenti amministrativi diventi un vero e proprio

desumibili dagli interventi normativi degli ultimi anni, possano essere intesi come significativi di una scelta più generale dell'ordinamento a favore della dequotazione della specialità degli interessi ambientali i quali, in nome delle ragioni dell'economia e dell'efficienza, possano, al pari degli altri interessi pubblici, essere sacrificati sull'altare della semplificazione<sup>26</sup>, oppure se si tratti soltanto di un escamotage per non affrontare una questione più complessa e gravosa: quella dell'inefficienza dell'organizzazione amministrativa.

## 2. Interessi ambientali e procedimento amministrativo.

È opinione condivisa in tutti i sistemi amministrativi contemporanei<sup>27</sup> che la sede naturale e principale per favorire l'integrazione degli interessi ambientali nell'esercizio dell'attività amministrativa sia rappresentata dal procedimento, luogo per antonomasia di confronto e di composizione tra gli interessi coinvolti nella decisione amministrativa<sup>28</sup>.

Com'è noto, l'art. 3 *quater*, c. 2, del Codice dell'ambiente, dispone che «anche l'attività della pubblica amministrazione deve essere finalizzata a consentire la migliore attuazione possibile del principio dello sviluppo sostenibile, per cui nell'ambito della scelta comparativa di interessi pubblici e privati connotata da discrezionalità gli interessi alla tutela dell'ambiente e del patrimonio culturale devono essere oggetto di prioritaria considerazione»<sup>29</sup>. Se dunque il legislatore afferma la necessità di considerare in via prioritaria l'interesse ambientale e che tale

---

interesse pubblico, «interesse autonomo che di per sé si contrappone agli interessi curati dalle amministrazioni competenti» così finendo per appiattare la semplificazione su uno solo degli interessi in gioco e cioè quello di chi ha richiesto il provvedimento all'amministrazione.

<sup>26</sup> Cfr. F. Risso, *Semplificare e accelerare l'azione amministrativa: SCIA, SCIA Edilizia e silenzio assenso*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2017, p. 4; R. Leonardi, *La tutela dell'interesse ambientale, tra procedimenti, dissensi e silenzi*, Torino, Giappichelli, 2020, p. 172, il quale parla di progressivo indebolimento valoriale dell'ambiente «da interesse sensibile e differenziato a interesse ostacolo e indifferenziato».

<sup>27</sup> Cfr. A. Travi, *La semplificazione amministrativa*, cit., p. 3 ss., dove un'analisi delle diverse modalità di semplificazione amministrativa, anche quella procedimentale, in altri ordinamenti; in argomento si veda anche M. A. Sandulli (a cura di), *Il procedimento amministrativo fra semplificazione e partecipazione. Modelli europei a confronto*, Milano, Giuffrè, 2001; G. Napolitano, *Introduzione al diritto amministrativo comparato*, Bologna, Il Mulino, 2020.

<sup>28</sup> Sul procedimento amministrativo come luogo di incontro e di confronto tra interessi contrapposti cfr. per tutti A.M. Sandulli, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1940; F. Benvenuti, *Funzione amministrativa, procedimento e processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, p. 118 ss.; S. Cassese, *Le basi del diritto amministrativo*, Torino, 1989, p. 222.

<sup>29</sup> Decreto legislativo, 3 aprile 2006, n. 152. A commento cfr. M. Cafagno, *Commento all'art. 3 quater*, in V. Italia (a cura di), *Codice dell'ambiente*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 90.

opera di contemperamento deve essere eseguita dalla pubblica amministrazione, è proprio nel procedimento amministrativo, coerentemente alla tradizionale logica preventiva di tutela che caratterizza gli strumenti amministrativi di *command and control*<sup>30</sup>, che sarà effettuata la necessaria ponderazione tra quelli che sono i protagonisti del conflitto<sup>31</sup>, ovvero tra le ragioni di protezione dell'ambiente e quelle del mercato<sup>32</sup>.

La centralità del procedimento amministrativo nella protezione dell'interesse ambientale trova invero giustificazione in diversi ordini di fattori.

In primo luogo, l'assenza di un'ipotetica scala gerarchica di valori nella Costituzione<sup>33</sup>, non legittimando il riconoscimento di un primato assoluto all'interesse ambientale<sup>34</sup>, ma traducendosi, come sostenuto dalla Corte costituzionale, in un onere di adeguata rappresentazione e di esplicito bilanciamento con gli altri interessi coinvolti<sup>35</sup>, comporta che l'esito della decisione amministrativa

<sup>30</sup> Su tale modalità di intervento amministrativo in materia ambientale, caratterizzata da un approccio autoritativo che attribuisce all'amministrazione il potere di effettuare scelte d'imperio, si vedano M. Cafagno *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente: come sistema complesso, adattativo, comune*, Torino, 2007; R. Ferrara, *Modelli e tecniche della tutela dell'ambiente: il valore dei principi e la forza della prassi*, in *Foro amministrativo*, n. 6/2009, p. 1945 ss.; F. Fracchia, *I procedimenti amministrativi in materia ambientale*, in A. Crosetti A., R. Ferrara, F. Fracchia N. Olivetti Rason N., *Diritto dell'ambiente*, Bari-Roma, 2008, p. 45, 214 ss.

<sup>31</sup> Il ruolo di intermediazione dell'amministrazione, tuttavia, permane anche nell'ambito degli strumenti di mercato caratterizzati dalla valorizzazione premiante di comportamenti degli operatori, se pure attraverso modelli differenti di tutela, in argomento M. Cafagno, *Strumenti di mercato a tutela dell'ambiente*, in G. Rossi (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Torino, 2017, p. 192; F. Fracchia, *I procedimenti amministrativi in materia ambientale*, cit., p. 178.; M. Clarich, *La tutela dell'ambiente attraverso il mercato*, in *Dir. pubbl.*, 2007, p. 219; A. Bonomo, *Poteri autoritativi e strumenti di mercato nella tutela amministrativa dagli inquinamenti*, in D. Mastrangelo, *Appunti sulla tutela amministrativa dagli inquinamenti ambientali*, Roma, 2012, p.151 ss.; G. Mastrodonato, *Gli strumenti privatistici nella tutela amministrativa dell'ambiente*, in *Riv. Giur. Amb.*, 2017, pp. 707 ss

<sup>32</sup> R. Ferrara, *Politiche ambientali e sistema delle qualificazioni amministrative*, cit., p. 9, secondo il quale «il procedimento è la sede naturale nella quale economia ed ecologia possono incontrarsi e confrontarsi in una dimensione pur conflittuale, ma comunque con l'obiettivo di favorire il raggiungimento di risultati utili di positiva conciliazione». Sul diritto ad un procedimento amministrativo ambientale come espressione di una più generale preferenza sostanziale per il procedimento amministrativo si veda. R. Leonardi, *La tutela dell'interesse ambientale*, cit., p. 118

<sup>33</sup> Come confermato dalla Corte nella nota sentenza Ilva, sentenza 9 maggio 2013, n. 85; a commento cfr. M. Boni, *La politiche pubbliche dell'emergenza tra bilanciamento e «ragionevole» compressione dei diritti: brevi riflessioni a margine della sentenza della Corte costituzionale sul caso Ilva (n. 85/2013)*, in *Federalismi*, n. 3/2014; E. Verdolini, *Il caso ILVA Taranto e il fil rouge degli interessi costituzionali: commento alla sentenza 182 del 2017 della Corte Costituzionale*, in *Forum di quaderni costituzionali*, n. 2/2018.

<sup>34</sup> Sulla nozione giuridica del bene ambiente L.R. Perfetti, *Premesse alle nozioni giuridiche di ambiente e paesaggio. Cose, beni, diritti e simboli*, in *Riv. giur. amb.*, 2001, p. 1; S. Grassi, *Ambiente e costituzione*, in *Riv. Quadr. Dir. Amb.*, 2017, 3.

<sup>35</sup> Corte cost., n. 196/2004, p.23 ove sottolinea che gli interessi ambientali «richiedono la loro “compiuta ed esplicita rappresentazione” all'interno dei processi decisionali». In tal senso anche Corte cost., n. n. 151/1986, cit. nota n. 23. Cfr. F. Follieri, *Interessi cosiddetti sensibili e interessi allo sviluppo economico*, in *giustamm.it*, n.

dipenda dal peso di volta in volta attribuito a ciascun interesse nel processo decisionale.

Analogamente, l'ambiguità dei criteri previsti nelle fonti normative ordinarie, spesso poco coordinate tra loro<sup>36</sup> e comunque poco chiare nel definire un ordine di prevalenza tra gli interessi meritevoli di tutela<sup>37</sup>, inducono ad individuare nel procedimento amministrativo la sede privilegiata per consentire la ponderazione e il bilanciamento degli interessi costituzionalmente protetti che emergono nella fattispecie concreta<sup>38</sup>.

Inoltre, il peso degli interessi ambientali legati, da un lato alla complessità tecnica e alla continua evoluzione della scienza e, dall'altro alla pluralità degli interessi in gioco, spesso confliggenti tra loro proprio per la trasversalità della materia, rende tali interessi effettivamente incompatibili con modalità automatiche o implicite di produzione della decisione, che escludono la fase istruttoria, e dunque, indispensabile la conservazione del modulo tipico di esercizio del potere del procedimento amministrativo<sup>39</sup>.

Infine, la materia dell'ambiente, proprio per il suo carattere collettivo, è quella che maggiormente ha giustificato la previsione da parte del legislatore di modalità di

7/2016, che ricorda come la tutela costituzionale degli interessi sensibili non sia sufficiente a porli a riparo dalla loro possibile compromissione.

<sup>36</sup> Si pensi anche agli ultimi interventi in tema di semplificazione e al mancato coordinamento tra le norme previgenti che disciplinano gli stessi istituti o con le norme dell'ordinamento europeo tendenzialmente contrarie all'estensione della semplificazione ai procedimenti amministrativi ambientali. In argomento L. Bisoffi, *Semplificazione del procedimento*, cit., p. 4 ss.; R. Leonardi, *La tutela ambientale*, cit., pp. 261 ss.

<sup>37</sup> Cfr. Cons. St., comm. speciale, parere n. 890 del 2016 sullo "Schema di decreto legislativo recante norme per il riordino della disciplina in materia di conferenza dei servizi", punto p. 4.2. che reputa «una 'complessità fisiologica' tipica dei moderni sistemi amministrativi democratici quella di riconoscere una pluralità di interessi pubblici meritevoli di tutela, non necessariamente collocati dalla legge (e neppure, talora, dalla Costituzione) in un ordine gerarchico o di prevalenza, ma spesso anzi collocati in posizione di equiordinazione».

<sup>38</sup> Quello dell'indispensabilità dell'iter procedimentale nelle questioni che coinvolgono interessi ambientali è un principio accolto anche dall'ordinamento europeo che, pur avendo introdotto con la Direttiva Bolkestein (2006/123/CE recepita in Italia con il d.lgs. n. 59 del 2010), il principio della tacita autorizzazione, tuttavia nell'interpretazione pretoria ha tendenzialmente escluso la generalizzazione degli istituti di semplificazione, in particolare del silenzio assenso, alla materia ambientale cfr. Corte di Giustizia UE, 10 giugno 2004, in causa C-87/02, in *Dir. e Giust.*, 2005, 2, 84; Corte di Giustizia UE, 28 febbraio 1991, C-360/87, *Commissione c. Repubblica italiana*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1992, 900, nota di G. Vesperini, *Celerità dell'azione amministrativa, tutela di interessi ambientali e regole di utilizzazione del silenzio assenso: alcune osservazioni in margine a una recente decisione della Corte di giustizia delle Comunità europee*. In argomento cfr. R. Leonardi, *La tutela dell'interesse ambientale*, cit., p. 263 ss.

<sup>39</sup> Sulla centralità del procedimento amministrativo e dell'istruttoria nella materia ambientale cfr. R. Leonardi, *La tutela dell'interesse ambientale*, cit., p. 118 ss. che proprio in virtù di questa specificità auspica la previsione di un diritto al procedimento amministrativo ambientale, come «come preferenza sostanziale per il procedimento amministrativo, come riserva di funzione e di competenza discrezionale dell'amministrazione nella produzione di effetti giuridici funzionali alla tutela dell'interesse pubblico che le è stato attribuito».

partecipazione più avanzata<sup>40</sup>, al fine di garantire un controllo sociale diffuso, che si esplica proprio nei procedimenti in materia ambientale, sede naturale di confronto preventivo tra i soggetti coinvolti dall'azione amministrativa<sup>41</sup>.

Il risultato è che oggi, in ragione dell'esigenza di assicurare più intense garanzie partecipative per i soggetti interessati all'ambiente, nonché maggiormente specifici approfondimenti istruttori dovuti all'alto tasso di tecnicismo delle decisioni, l'azione dei pubblici poteri a tutela dell'ambiente si caratterizza per un elevato grado di procedimentalizzazione, peculiarità tuttavia opportuna perché, pur determinando un rallentamento dei tempi decisionali<sup>42</sup>, consente all'amministrazione di adottare la decisione ambientale in quella prospettiva dinamica e mutevole «che ne costituisce l'essenza e il valore»<sup>43</sup>.

### **3. Il ridimensionamento del regime speciale per gli assenti ambientali nella disciplina del procedimento.**

Se la prima versione della legge sul procedimento è stata caratterizzata dall'uniformità nel trattamento degli interessi ambientali, oggetto di una tutela rafforzata che escludeva l'operatività dei meccanismi di semplificazione ogni qual volta tali interessi fossero coinvolti dalla decisione amministrativa, nei successivi interventi di riforma, a partire dalla fine degli anni Novanta, si è assistito ad un cauto, ma graduale processo di "normalizzazione" degli interessi ambientali<sup>44</sup>. Tale processo, nella ricerca di un giusto temperamento tra l'istanza di efficienza e celerità dell'azione amministrativa e l'istanza di tutela del superiore interesse

---

<sup>40</sup> Sulla partecipazione nei processi decisionali in materia ambientale cfr. R. Caranta, *Interessi in cerca di soggetto: posizioni giuridiche e ambiente*, in R. Ferrara E I.M. Marino (curr.), *Gli organismi geneticamente modificati. Sicurezza alimentare e tutela dell'ambiente*, Padova, Cedam, 2003, p. 333 ss.; B.J. Richardson – J. Razzaque, *Public participation in Environmental decision-making*, in B.J. Richardson - S. Wood (a cura di), *Environmental Law for Sustainability*, Hart Publishing, 2006, p. 165 ss.; D. De Carolis, E. Ferrari, A. Police (a cura di), *Ambiente, attività amministrativa, codificazione*, Milano, 2006, *passim*; G. Pepe, *La democrazia partecipativa ambientale*, cit., p. 11 ss.

<sup>41</sup> Critico sull'adeguatezza dei tradizionali strumenti partecipativi, offerti dalla l. 241/90, cfr. R. Ferrara, *La partecipazione al procedimento amministrativo: un profilo critico*, in *Dir. amm.*, n. 2/2017, p. 232 ss.

<sup>42</sup> In argomento M. Brocca., *Interessi ambientali e decisioni amministrative*, Torino, 2018.

<sup>43</sup> Come osservava Feliciano Benvenuti, *Studi dedicati all'ambiente*, in *Arc. giur.*, 1982, 3-6, 255 "il tema dell'ambiente è semplicemente affascinante se si voglia studiare il diritto non nella sua staticità, ma in quella dinamicità che ne costituisce l'essenza e il valore".

<sup>44</sup> A. Moliterni, *Semplificazione amministrativa e tutela degli interessi sensibili*, cit., p. 711

ambientale, ha determinato un progressivo ridimensionamento delle ipotesi di inapplicabilità dei meccanismi di semplificazione agli interessi ambientali<sup>45</sup>.

Come sempre accade, il cambio di prospettiva non rappresenta uno sforzo isolato del legislatore, ma si colloca nel quadro più ampio di un processo che vede coinvolti altri soggetti dell'ordinamento. In primis la Corte costituzionale che, come precedentemente accennato, ha non solo affermato la necessità di un bilanciamento dell'interesse ambientale con gli altri interessi pubblici coinvolti nella decisione amministrativa<sup>46</sup>, ma ha anche riconosciuto che il principio di semplificazione riveste un ruolo primario in quanto «strumento necessario a garantire una tutela unitaria e non frazionata del bene ambiente»<sup>47</sup>, che può essere tutelato proprio attraverso «una migliore qualità ed efficienza dei procedimenti»<sup>48</sup>. Analoga linea interpretativa quella del Consiglio di Stato che, nel parere n. 1640 del 2016, ha affermato che «nella logica del 'primato dei diritti', i meccanismi di semplificazione dell'azione amministrativa non vanno visti come una forma di sacrificio dell'interesse pubblico, ma al contrario come strumenti funzionali ad assicurare una cura efficace, tempestiva e pronta dello stesso, con il minore onere possibile per la collettività e per i singoli privati. Essi trovano, quindi, un fondamento nel principio del buon andamento dell'azione amministrativa, che postula anche l'efficienza e la tempestività di quest'ultima»<sup>49</sup>.

Osservando il dato normativo, è tuttavia evidente che il processo di ridimensionamento del regime amministrativo speciale per gli interessi ambientali non abbia interessato la totalità degli istituti di semplificazione<sup>50</sup>, ma il fenomeno sia riscontrabile soprattutto nella disciplina degli assenti ambientali, vale a dire di quegli atti di consenso che a diverso titolo sono richiesti alle amministrazioni preposte alla

<sup>45</sup> Cfr. F. De Leonardis, *Il silenzio assenso in materia ambientale*, cit., p. 3, che la definisce «guerra di logoramento» degli interessi sensibili sempre più parificati a quelli ordinari.

<sup>46</sup> Corte cost. n. 85 del 2013.

<sup>47</sup> Corte cost., sentenza 19 giugno 2018, n. 198, punto 6.1 del considerato in diritto. Si tratta della nota sentenza con cui la Corte ha ritenuto infondate le impugnative regionali del d.lgs. n. 104 del 2017 che recependo la direttiva 2014/52/UE avrebbe invaso la competenza delle regioni. La Corte ha ritenuto che trattandosi di norme procedurali a carattere semplificatorio, dirette a migliorare la qualità della procedura di valutazione di impatto ambientale, allineandola ai principi della regolazione intelligente, e cioè della regolazione diretta a semplificare le procedure, esse costituiscono «livelli essenziali delle prestazioni» ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lett. m) Cost., in grado di vincolare i legislatori regionali. In argomento L. Bisoffi, *Semplificazione del procedimento amministrativo e tutela degli interessi sensibili*, cit., p. 16.

<sup>48</sup> Corte cost. n. 198/2018, cit., punto 17.2.2. del considerato in diritto.

<sup>49</sup> Consiglio di Stato, Comm. Spec., parere n. 1640/2016, cit., p. 3.3.2; su tale parere, si vedano G. Scialoja, *Gli 'interessi sensibili' nel parere n. 1640/2016 del Consiglio di Stato*, in *giustamm* n. 9/2016; C. Vitale, *Il silenzio assenso tra pubbliche amministrazioni: il parere del Consiglio di Stato*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, 1, p. 95 ss.

<sup>50</sup> Sulla mancanza di una logica coerente e di coordinamento tra i diversi meccanismi di semplificazione se osservati in una logica di insieme cfr. M. Bombardelli, *Il silenzio assenso tra amministrazioni*, cit., p. 762 ss.; A. Moliterni, *Semplificazione amministrativa*, cit., p. 714 ss.

cura degli interessi in questione nell'ambito dell'iter procedimentale che precede la decisione amministrativa. Com'è noto, in materia ambientale vige (o vigeva) il principio del dovere di assenso esplicito, principio che trova il suo fondamento nell'art. 20, co. 4 della legge 241/90, nonché in una consolidata giurisprudenza sia sovranazionale<sup>51</sup> che interna<sup>52</sup>, e che impone l'onere di esplicita ponderazione dell'interesse ambientale, la cui soddisfazione può trovare dimostrazione solo nel provvedimento di assenso amministrativo espresso o meglio nella sua motivazione. Del resto, l'esigenza della pronuncia esplicita si giustifica anche in ragione dell'efficacia conformativa che nella gran parte dei casi caratterizza tale tipologia di atti, chiamati sovente ad indicare criteri, limiti e presupposti in ordine alla conformità dell'attività oggetto della decisione con il rispetto dei criteri ambientali.

Esaminando la disciplina delle varie tipologie di assensi che le amministrazioni portatrici di interessi ambientali devono rendere nell'ambito dell'iter procedimentale, occorre, tuttavia, distinguere tra le diverse tipologie di assensi ambientali il cui mancato rilascio inciderà diversamente sulla decisione amministrativa finale<sup>53</sup>. Vi sono alcune fattispecie per le quali la presenza di interessi ambientali continua a rappresentare un ostacolo insuperabile all'applicazione dei meccanismi di semplificazione, altri nei quali invece l'esigenza di snellimento e celerità ha indotto il legislatore ad estendere la formazione *per silentium* anche agli assensi ambientali.

<sup>51</sup> Il Giudice europeo ha sempre escluso che un'autorizzazione ambientale formatasi *per silentium* possa ritenersi compatibile con il diritto comunitario, cfr. ex multis Corte di Giustizia CE 28 febbraio 1991, in C-360/87 *Commissione c. Repubblica italiana*; Corte di Giustizia CE 28 febbraio 1991, in C-131/88, *Commissione c. Germania*; Corte di Giustizia CE 19 settembre 2000, in C-287/98, *Linster*; Corte di Giustizia 19 giugno 2001, in C-200/00 *Commissione c/ Regno del Belgio*). In argomento M. Renna, *Le semplificazioni amministrative (nel decreto legislativo n. 152/2006)*, in *Riv. giur. ambiente*, 2009, p. 649; F. de Leonardis, *Silenzio assenso in materia ambientale*, cit., pp.6 ss.

<sup>52</sup> La Corte costituzionale – sin dalla sentenza n. 302 del 1988 (v. inoltre Corte cost., 27 aprile 1993, n. 194, nonché Corte cost., 1° luglio 1992, n. 307 e Corte cost., 13 novembre 1992, n. 437) – ha sottolineato la necessità di pronuncia esplicita da parte dell'ente preposto alla cura degli interessi ambientali, escludendo che il silenzio possa avere valore di assenso “proprio perché si impone la tutela della salute e dell'ambiente che sono beni costituzionalmente garantiti e protetti” (Corte cost., n. 307/1992, p. 2); va tuttavia anche ricordato la Corte costituzionale in diverse pronunce ha sottolineato come si tratti di un divieto suscettibile di deroga nell'ipotesi in cui lo strumento del silenzio assenso venga impiegato in quelle fattispecie in cui il tasso di discrezionalità delle valutazioni e il grado di complessità degli accertamenti demandati alle Autorità ambientali non sono particolarmente elevati Corte cost., 27 luglio 2005, n. 336; Corte cost., 18 luglio 2014 n. 209. Sull'ammissibilità del silenzio anche in materia ambientale, purché si tratti di valutazioni con tasso di discrezionalità bassa cfr. anche Cons. Stato, 2 ottobre 2018, n. 5667. In argomento P. Portaluri, *Tutela dell'ambiente e poteri amministrativi*, in *JusOnline*, 2016, fasc.1, pp. 49 ss.; L. Salvemini, *La P.A. tra silenzio e discrezionalità nella tutela degli interessi ambientali. La discrezionalità amministrativa: un parametro per valutare la legittimità del silenzio assenso?*, in *Dirittifondamentali*, n.2/2020, p. 731 ss

<sup>53</sup> In argomento P. Portaluri, *Tutela dell'ambiente e poteri amministrativi*, cit., p. 49 ss. che distingue due differenti tipologie di assensi ambientali.

Nell'ambito degli atti assenso che le amministrazioni ambientali sono a chiamate a rendere nel corso del procedimento amministrativo, distinguiamo le determinazioni che ineriscono alla fase istruttoria, quali quelle previste dagli artt. 16 e 17 della legge sul procedimento, da quelle che invece afferiscono alla fase decisoria, nell'ambito delle c.d. decisioni pluristrutturate, quali gli atti di consenso che devono essere rilasciati dalle amministrazioni ambientali in seno alla conferenza di servizi o nei confronti di schemi di provvedimenti di competenza di altre amministrazioni (ex art. 17 bis).

Ebbene, le ipotesi di assenso ambientale che, in virtù dell'estensione dei meccanismi di semplificazione, sono sottratte dal legislatore all'onere dell'assenso espresso sono soltanto quelle della seconda categoria. Il legislatore, infatti, non consente ancora di prescindere dall'apporto valutativo delle amministrazioni qualificate quando tale atto assume valore provvedimentoale, e dunque l'istituto di semplificazione del silenzio assenso in materia ambientale si configura esclusivamente come silenzio assenso endoprocedimentale, relativo cioè ad un atto interno all'iter procedurale di un'altra amministrazione<sup>54</sup>.

### **3.1. Gli assensi ambientali necessariamente espressi, ovvero quelle che resistono alla semplificazione.**

Anche in seguito all'ultima riforma, gli assensi ambientali che intervengono in procedimenti avviati ad istanza del privato destinatario finale dell'atto e in cui il potere decisionale è rimesso alla sola amministrazione ambientale, quella procedente, sono sottratti all'operatività dei meccanismi di semplificazione.

L'istituto del silenzio assenso provvedimentoale disciplinato dall'art. 20, che pur rappresenta l'istituto forse più rappresentativo della semplificazione procedimentale, continua a non essere applicabile agli interessi ambientali. L'art. 20, che com'è noto generalizza l'istituto del silenzio assenso nei procedimenti ad istanza di parte, al comma 4 introduce un'importante serie di eccezioni, tra le quali la materia

---

<sup>54</sup> È appena il caso di ricordare la distinzione tra 'silenzio assenso provvedimentoale' e 'silenzio assenso procedimentale', con il primo facendosi riferimento al silenzio assenso che attiene all'atto finale del procedimento, (ovvero al provvedimento che incide sulle posizioni giuridiche del privato), anche quando esso si concreti in un atto complesso, con il secondo al silenzio assenso che inerisce ad un atto interno della sequenza procedurale, indipendentemente dal fatto che intervenga nella fase istruttoria, di controllo o decisoria. Per questa distinzione *ex multis* cfr. M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1988, p. 642 ss. e p. 771, B.G. Mattarella, *Il provvedimento*, in S. Cassese, (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Tomo I, Milano, Giuffrè, 2003, p.897 s.; G. Scialoja, *Interessi differenziati*, cit., p. 5

ambientale. Nei rapporti 'verticali' fra privato e amministrazione, quando sono in gioco interessi ambientali, l'ordinamento continua a pretendere che la decisione venga adottata con il tradizionale modello provvedimentoale espresso, senza lasciare spazio a meccanismi decisionali automatici e non ponderati.

Analogamente continuano a resistere al virus semplificatorio, che anche nell'ultima legge n. 120/2020 ha contagiato ulteriori istituti, gli atti di assenso che le amministrazioni preposte alla cura degli interessi ambientali devono obbligatoriamente rendere nella fase consultiva, disciplinata negli artt. 16 e 17 della legge n. 241/90 volta a fornire valutazioni di opportunità o tecniche all'amministrazione richiedente<sup>55</sup>. Si tratta di determinazioni basate su cognizioni tecniche o giuridiche che svolgono una funzione ausiliaria rispetto all'attività provvedimentoale, ma che, pur non avendo carattere decisionale, rappresentano un'interlocuzione indispensabile nella redazione della complessa motivazione della decisione ambientale, sintesi di tutti i dati tecnici e conoscitivi raccolti nell'attività istruttoria<sup>56</sup>.

Per quanto concerne i pareri, l'art. 16 l. 241/90 pone un limite espresso alla possibilità di procedere in assenza del parere quando devono essere rilasciati da amministrazioni preposte alla tutela ambientale, per i quali è obbligatoria non solo la richiesta, ma anche il rilascio da parte degli organi consultivi<sup>57</sup>. In caso di decorrenza del termine senza che sia stato comunicato l'atto consultivo, l'amministrazione richiedente non può procedere indipendentemente dall'espressione del parere, così come invece previsto per le amministrazioni titolari di interessi non qualificati, ma dovrà necessariamente attenderne il rilascio<sup>58</sup>.

Coerentemente con questa impostazione, la recente riforma dell'art. 16 della l. 241, che ha esteso l'operatività del silenzio devolutivo, già prevista per i pareri facoltativi tardivi, anche a quelli obbligatori tardivi, ha comunque continuato escluderne l'operatività con riferimento ai pareri rilasciati da amministrazioni preposte alla tutela d'interessi sensibili<sup>59</sup>. Oggi le amministrazioni "non qualificate" non hanno più

<sup>55</sup> Sull'attività consultiva della pubblica amministrazione cfr. *ex multis* C. Barbati, *L'attività consultiva nelle trasformazioni amministrative*, Bologna, Il Mulino, 2002; L. Torchia, *Funzione consultiva e cultura amministrativa: un bilancio di fine legislatura*, in *Giorn. Dir. Amm.*, n. 2/2018, pp. 129.

<sup>56</sup> Sulla corrispondenza biunivoca tra istruttoria e motivazione in funzione della tutela dell'interesse ambientale e in relazione alla legittimità della funzione cfr. R. Leonardi, *La tutela dell'interesse ambientale*, cit., p. 150.

<sup>57</sup> Sulla disciplina dei pareri cfr. A. Travi, *Parere (nel diritto amministrativo)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, X, 1995, p. 615; M. Occhiena, N. Posteraro, *Pareri e attività consultiva della pubblica amministrazione: dalla decisione migliore alla decisione tempestiva*, in *Dir. dell'econ.*, n. 3/2019, p. 27 ss.

<sup>58</sup> In argomento si veda M. Poto, *Certezza dei tempi in caso di attività consultiva e valutazioni tecniche*, in F. Caringella, M. Protto (a cura di), *Il nuovo procedimento amministrativo*, Roma, Dike giuridica, 2009, p. 193 ss.

<sup>59</sup> Sulle recenti modifiche all'art. 16 si veda A. Mitrotti, *Gli effetti delle modifiche sulla disciplina dell'attività*

discrezionalità nel valutare se attendere o meno il parere obbligatorio tardivo, ma hanno il dovere di procedere, indipendentemente dall'espressione dell'atto richiesto. L'attività consultiva relativa agli interessi ambientali, invece, è rimasta indenne da tale logica semplificatrice e le amministrazioni ambientali continuano ad esercitare un potere di veto nei confronti dell'amministrazione richiedente<sup>60</sup>, che non ha alcuna facoltà di procedere, in mancanza o ritardo del parere ambientale richiesto<sup>61</sup>. Se dunque, nella logica del legislatore, l'attività consultiva relativa agli interessi pubblici non qualificati viene quasi "neutralizzata" in nome della tempestività della decisione, ciò non accade quando l'attività consultiva inerisca ad interessi ambientali per i quali l'esigenza semplificatoria cede il passo alla necessità di un controllo concreto ed efficace da parte delle amministrazioni originariamente preposte alla loro tutela.

Similmente, si sottraggono all'operatività dei meccanismi di semplificazione, le valutazioni tecniche, disciplinate dall'art. 17 della l. 241, quando esse devono essere rilasciate in via preventiva da parte di organi od enti (tecnici) preposti alla tutela dell'ambiente<sup>62</sup>. Com'è noto si tratta di determinazioni concesse da organi con competenze specifiche poste all'interno dell'istruttoria procedimentale e che, proprio in virtù della evidente pregnanza tecnico-scientifica delle misure che devono accompagnare le decisioni ambientali, il legislatore ritiene non rinunciabili. Esse costituiscono parte necessaria ed integrante del procedimento rispetto alla decisione finale che sarà adottata dall'amministrazione richiedente.

La rilevanza delle valutazioni tecniche trova conferma anche nell'art. 17, c. 2, che esclude per tali atti non solo l'applicabilità del meccanismo del silenzio assenso, ma anche quello della surrogabilità, ovvero della possibilità per l'amministrazione procedente di chiedere ad altri organi dell'amministrazione pubblica e ad altri enti pubblici, dotati di qualificazione e capacità tecnica equipollente, ovvero ad istituti

---

*consultiva nella legge sul procedimento amministrativo*, in *AmbienteDiritto*, n. 4/2020.

<sup>60</sup> Sul regime di privilegio conseguente all'inerzia-inattività di cui godevano le amministrazioni portatrici degli interessi ambientali, da ritenere incompatibile con un principio di uguaglianza soggettiva nell'organizzazione amministrativa cfr. S. Deiana, *La semplificazione dell'azione amministrativa e la tutela dell'interesse ambientale*, in *lexambiente.it*, 2019.

<sup>61</sup> Cfr. A. Mitrotti, *Gli effetti delle modifiche sulla disciplina dell'attività consultiva*, cit., p. 12 che evidenzia l'irragionevolezza della disciplina del legislatore per aver continuato a mantenere estranei ai (numerosi) processi di semplificazione il solo articolo 16, comma 3 e sottolinea l'incoerenza del legislatore a fronte della possibilità per le amministrazioni attive, precedenti, per evitare uno stallo derivante dai "pareri tardivi su interessi sensibili", di indire una Conferenza di Servizi decisoria asincrona.

<sup>62</sup> Sull'art. 17 l. 241/90, si vedano N. Aicardi, *Le valutazioni tecniche*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2017, p. 839 ss.; M. Delsignore, *La valutazione tecnica ed i suoi riflessi sul procedimento*, in *Foro amm. – CdS*, 2010, 5, p.1122 e dottrina e giurisprudenza *ivi* citata.

universitari, le determinazioni che devono essere rilasciate da amministrazioni preposte alla tutela dell'ambiente.

Pertanto, in entrambe le ipotesi disciplinate dagli articoli 16 e 17 della legge sul procedimento, l'assenso ambientale dovrà essere necessariamente espresso: la necessità della completezza dell'istruttoria e la tecnicità ed infungibilità delle valutazioni configurano correttamente una riserva di valutazione tecnica in capo ai soggetti preposti alla tutela degli interessi ambientali<sup>63</sup>, assolutamente incompatibile con qualsiasi automatismo legato al decorso del termine.

### 3.2. I silenzi assenti in materia ambientale.

Le prime ipotesi nelle quali la legge n. 241 del 1990 ha previsto l'operatività del regime del silenzio assenso anche per le determinazioni che debbano essere rese da parte di amministrazioni preposte alla tutela di interessi ambientali, le ritroviamo nell'ambito degli interventi che hanno mirato a razionalizzare i meccanismi di coordinamento tra le amministrazioni, in particolare nella disciplina della conferenza di servizi e successivamente in quella del silenzio tra amministrazioni di cui all'articolo 17 bis.

Con riferimento alla conferenza di servizi, tale scelta è di facile comprensione in ragione della ratio sottesa a tale istituto, introdotto proprio con la finalità di coordinamento nell'ambito di decisioni pluristrutturate<sup>64</sup> che coinvolgono più interessi pubblici spesso in posizione di equiordinazione, cui consegue la necessità di acquisire gli atti assenso delle diverse amministrazioni coinvolte<sup>65</sup>.

<sup>63</sup> Cfr. G. Clemente di San Luca, *Il sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecniche in materia ambientale*, in *giustamm.it*, 2016, VII,

<sup>64</sup> Sul delicato bilanciamento tra istanze di semplificazione ed esigenze di coordinamento nella disciplina della conferenza cfr. F. Cortese, *Il coordinamento amministrativo. Dinamiche e interpretazioni*, Milano, Franco Angeli, 2012, p. 46 ss.; E. Scotti, *La nuova disciplina della conferenza di servizi tra semplificazione e pluralismo*, in *Federalismi*, n. 16/2016, p. 23, che evidenzia l'irrisolta composizione delle esigenze di coordinamento con le esigenze di semplificazione, entrambe alla base dell'istituto.

<sup>65</sup> Non è questa la sede per ripercorrere la lunga evoluzione normativa della conferenza di servizi connotata da molteplici incertezze e numerose modifiche normative in relazione all'individuazione delle modalità di conclusione e per il superamento dei dissensi espressi dalle amministrazioni interessate. Sull'evoluzione dell'istituto della conferenza di servizi la letteratura è vastissima. *Ex multis* F.G. Scoca, *Analisi giuridica della conferenza di servizi*, in *Dir. amm.*, 1999, p. 259 ss.; S. Civitarese Matteucci, voce *Conferenza di servizi* (diritto amministrativo), in *Enc. dir., Annali II*, t. 2, Giuffrè, Milano 2008; G. Pagliari, *La conferenza di servizi*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, cit., 705 ss.; S. Battini (a cura di), *La nuova disciplina della conferenza di servizi*, Roma, 2016; E. Scotti, *La conferenza di servizi*, in Alb. Romano (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2017, 457 ss.; E. Sticchi Damiani, *Conferenza di servizi*, in *Diritto online* 2015, *treccani.it*, e dottrina e giurisprudenza ivi citata.

Originariamente quando si trattava di amministrazioni preposte alla cura dell'interesse ambientale, in ragione del principio della necessità dell'assenso esplicito, la mancata risposta di tali amministrazioni si traduceva in un vero potere di veto e determinava il blocco del procedimento<sup>66</sup>. Ecco che nel corso della sua travagliata codificazione<sup>67</sup> la conferenza di servizi è divenuta uno strumento di semplificazione proprio in materia ambientale, dove, a fronte del limite non superabile rappresentato dall'assenso ambientale, maggiormente si avvertiva l'esigenza di meccanismi acceleratori<sup>68</sup>.

Il legislatore, com'è noto, ha favorito l'introduzione di strumenti di semplificazione per superare i dissensi o i mancati assensi delle amministrazioni preposte alla tutela di questi interessi<sup>69</sup>, gradualmente ridimensionando la posizione di privilegio loro tradizionalmente riconosciuta e consentendo all'amministrazione precedente di concludere comunque il procedimento e adottare la decisione finale anche in assenza delle determinazioni ambientali<sup>70</sup>. Il meccanismo decisionale attualmente in vigore, e che in mancanza di ulteriori specificazioni si riferisce a tutte le amministrazioni partecipanti alla conferenza, e quindi anche a quelle che curano interessi ambientali, prevede che la mancata comunicazione della determinazione entro il termine previsto per la conclusione della conferenza equivalga ad assenso senza condizioni<sup>71</sup>.

Precisamente, con riferimento alla determinazione che deve essere resa da parte delle amministrazioni (anche quelle ambientali) convocate in sede di conferenza di servizi semplificata<sup>72</sup>, essa, in base all'art. 14-bis, co. 2, lett. c), equivale ad assenso

<sup>66</sup> G. Sciuolo, *La conferenza di servizi come meccanismo di decisione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 1138 ss;

<sup>67</sup> Cfr. E. Sticchi Damiani, *Conferenza dei servizi*, cit., che evidenzia l'"ipertrofia regolativa" che ha caratterizzato l'evoluzione di questo istituto. In generale sulle ultime riforme in tema di conferenza di servizi cfr. *ex multis* S. Battini, *La trasformazione della conferenza di servizi e il sogno di Chuang-Zu*, in S. Battini (a cura di), *La nuova disciplina della conferenza di servizi*, Roma, 2016; M. Bombardelli, *Le novità della riforma Madia – La nuova disciplina della conferenza di servizi*, in *Giur. it.*, 2016, 12, p. 2793; E. Scotti, *La nuova disciplina della conferenza di servizi tra semplificazione e pluralismo*, cit., p. 1 ss..

<sup>68</sup> Sulla tutela degli interessi sensibili nella conferenza da tempo considerata non più come assoluta, ma da inserire in un contesto di adeguato bilanciamento con tutti gli altri interessi in gioco, si veda R. Dipace, *La resistenza degli interessi sensibili nella nuova disciplina della conferenza di servizi*, in *Federalismi*, 2016, p. 10.

<sup>69</sup> In argomento cfr. F. Scalia, *Prospettive e profili problematici della nuova conferenza di servizi*, in *Riv. giur. edil.*, 2016, 6, II, 625.

<sup>70</sup> Sulle modifiche alla natura della conferenza di servizi a seguito delle riforme cfr. S. Bucello, *Riflessioni a margine della sentenza del Consiglio di Stato n. 5044/2016 per un corretto inquadramento della conferenza di servizi semplificata*, in *Federalismi*, n. 8/2018.

<sup>71</sup> Sulla conferenza di servizi come sede di composizione degli interessi ambientali cfr. A. Meale, *La complessa coesistenza tra principi: la tutela dell'ambiente e la celerità dell'azione amministrativa*, in questo Volume.

<sup>72</sup> Sulle critiche alla nuova conferenza semplificata non ritenuta una vera conferenza cfr. F. Scalia, *Prospettive e profili problematici della nuova conferenza di servizi*, cit., p. 629; L. De Lucia, *La conferenza di servizi nel d.*

senza condizioni nelle seguenti ipotesi: a) in caso di mancata comunicazione della determinazione entro il termine comunicato dall'amministrazione precedente (che in caso di cura di interessi sensibili non può essere superiore a 90 giorni); b) quando la determinazione sia priva dei requisiti richiesti (art. 14-bis, co. 3 e 4); c) in caso di assenso condizionato o dissenso ritenuti superabili (art. 14-bis, co. 5)<sup>73</sup>.

Nell'ipotesi, invece, in cui la conferenza di servizi sia simultanea (art. 14-ter), la mancata partecipazione o la mancata espressione della posizione o, ancora, l'espressione del dissenso non motivato o riferito a questioni che non costituiscono oggetto della conferenza (co. 7) di una delle amministrazioni chiamate ad esprimersi (anche preposte alla cura degli interessi ambientali), equivale ad assenso.

L'inerzia anche da parte delle amministrazioni che tutelano l'ambiente equivale, dunque, alla determinazione positiva e non ostacola l'adozione della determinazione finale della conferenza che viene in ogni caso adottata sulla base del principio della prevalenza. Tale decisione è immediatamente esecutiva anche nell'ipotesi di dissenso di amministrazioni non preposte alla tutela di interessi sensibili, mentre nell'ipotesi di dissenso qualificato, gli effetti della decisione sono sospesi per il periodo utile all'esperimento dei rimedi previsti. Invero, nella conferenza simultanea, solo per le amministrazioni preposte alla tutela di interessi ambientali è previsto, in caso di disaccordo, il "rimedio in opposizione" (art. 14 quinquies)<sup>74</sup>, che comporta entro dieci giorni la possibilità di richiedere lo spostamento del potere decisionale all'organo politico, ma solo a condizione che il dissenso sia stato esplicito e motivato, nonché espresso prima della conclusione dei lavori della conferenza<sup>75</sup>.

Oggi, quindi, il silenzio o il mero dissenso di un'amministrazione portatrice di interesse ambientale non solo non è più sufficiente ad impedire la conclusione positiva della conferenza da parte dell'amministrazione precedente, ma non comporta neanche l'automatico coinvolgimento dell'organo politico per il quale è

---

*Igs. 30 giugno 2016 n. 127, in Riv. giur. urb., 2016, 1, p. 12, 20; M. Santini, La conferenza di servizi dopo la riforma Madia: questione di (ulteriori) norme o di cultura?, in Urb. e app., 2016, 2, p. 129 e ss.*

<sup>73</sup> Sui limiti della conferenza semplificata a seguito delle riforme cfr. S. Bucello, *Riflessioni a margine della sentenza del Consiglio di Stato n. 5044/2016 per un corretto inquadramento della conferenza di servizi semplificata*, in *Federalismi*, n. 8/2018

<sup>74</sup> Il "rimedio in opposizione" (art. 14 quinquies l. n. 241/90) a tutela delle sole amministrazioni dissenzienti, preposte alla tutela di interessi qualificati, è applicabile solo a seguito della conferenza simultanea. In argomento e sulle modifiche introdotte dalla legge Madia, G. Vesperini, *La nuova conferenza di servizi*, cit., p. 578 ss.; E. Scotti, *La nuova disciplina della conferenza di servizi tra semplificazione e pluralismo*, cit., p. 1 ss.; M. Cocconi, *La nuova conferenza di servizi*, in *giustamm.it*, 2016.

<sup>75</sup> Cfr. R. Dipace, *La resistenza degli interessi sensibili nella nuova disciplina della conferenza di servizi*, cit., p. 13, che sottolinea come la fase di risoluzione del conflitto abbia una natura meramente eventuale considerate le caratteristiche del dissenso ed i tempi stretti per proporlo (l'opposizione al Presidente del Consiglio dei ministri deve essere proposta entro dieci giorni dalla determinazione motivata di conclusione della conferenza).

richiesto, oltre al dissenso espresso e motivato, anche l'opposizione esplicita in sede di conferenza nei confronti della determinazione assunta. In altri termini, in sede di conferenza di servizi il meccanismo del silenzio assenso si applica allo stesso modo nei confronti di tutte le determinazioni delle amministrazioni coinvolte anche quelle preposte alla tutela degli interessi ambientali, il cui mancato consenso non ha più l'effetto di bloccare il procedimento, salvo la possibilità di esperire il rimedio dell'opposizione.

La seconda tipologia di assenso ambientale interessata dalla logica semplificatrice del legislatore, che si colloca sempre nella fase decisoria, è quello del silenzio assenso, definito anche "interamministrativo"<sup>76</sup>, che si applica tra amministrazioni pubbliche e tra amministrazioni pubbliche e gestori di beni o servizi pubblici, introdotto dall'art. 17 bis con la legge n. 124 del 2015 e modificato dall'ultimo intervento riformatore del 2020<sup>77</sup>. Si tratta di un'ipotesi di silenzio assenso endoprocedimentale, il cui effetto sarà equivalente alla valutazione, da parte delle autorità interpellate, circa la sussistenza di elementi contrari all'adozione e al contenuto del provvedimento finale<sup>78</sup>. In tal modo si evita che l'inerzia di una amministrazione, nei procedimenti con fase decisoria pluristrutturata, possa allungare o bloccare la conclusione del procedimento.

La legge ne prevede l'estensione ai procedimenti che vedono coinvolte amministrazioni preposte alla tutela di interessi sensibili come l'ambiente, il paesaggio, i beni culturali o la salute. L'unica differenza rispetto alle amministrazioni non qualificate è che il termine per la formazione del silenzio assenso è pari a

---

<sup>76</sup> Sull'art. 17 bis *ex multis* M. Bombardelli, *Il silenzio assenso*, cit., p. 1 ss.; F. de Leonardis, *Il silenzio assenso in materia ambientale*, cit., *passim*; G. Mari, *Il silenzio assenso tra amministrazioni e tra amministrazioni e gestori di beni o servizi pubblici*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, cit., 853 ss.; P. Marzaro, *Silenzio assenso tra Amministrazioni: dimensioni e contenuti di una nuova figura di coordinamento 'orizzontale' all'interno della 'nuova amministrazione' disegnata dal Consiglio di Stato*, in *Federalismi*, n. 19/2016, p. 27 ss.; F. Martines, *La 'non decisione' sugli interessi pubblici sensibili: il silenzio assenso tra amministrazioni pubbliche introdotto dall'art. 17 bis della l. n. 241/1990*, in *Dir. amm.*, 2018, p. 747 ss.; L. De Lucia, *La conferenza di servizi*, cit., p. 21; G. Corso, *La riorganizzazione della P.A. nella legge Madia: a survey*, in *Federalismi*, n. 20/2015.

<sup>77</sup> Con la legge semplificazioni è stata modificata anche la rubrica dell'art. 17-bis, che oggi così recita: «Effetti del silenzio e dell'inerzia nei rapporti tra amministrazioni pubbliche e tra amministrazioni pubbliche e gestori di beni o servizi pubblici». Tra le norme più innovative del nuovo d.l. semplificazioni vi è quella introdotta all'art. 2, co. 8 bis l. 241/90, in base alla quale tutte le determinazioni adottate dopo la scadenza dei termini sono inefficaci. Con riferimento ai casi in cui si sia formato il silenzio in base all'art. 17 bis, le amministrazioni, decorso il termine, perdono il potere di pronunciarsi negativamente, quindi prevale il silenzio sull'atto espresso tardivo. Per un commento post-riforma si veda L. Salvemini, *La P.A. tra silenzio e discrezionalità*, cit., p. 756 ss. che parla di "rivincita del silenzio assenso".

<sup>78</sup> Sul punto G. Sciuillo, *Legge Madia e amministrazione del patrimonio culturale: una prima lettura*, in *Aedon*, 2015, p. 3

novanta giorni dal ricevimento della richiesta da parte dell'amministrazione procedente al fine di consentire una valutazione più approfondita dell'interesse tutelato. Ove, quindi, nell'ambito di un procedimento di altra amministrazione sia richiesto l'acquisizione di assensi, concerti o nulla osta comunque denominati, la mancata comunicazione della determinazione delle amministrazioni, anche di quelle preposte alla tutela ambientale, è equiparata all'assenso.

Con tale disposizione si inserisce, pertanto, nel nostro ordinamento una nuova ipotesi di silenzio assenso in materia ambientale che opera nella fase decisoria, nel momento in cui l'amministrazione procedente, completata l'istruttoria, propone uno schema di provvedimento ad un'altra amministrazione per acquisirne il consenso<sup>79</sup>.

Le incertezze interpretative relative all'ambito di applicazione oggettivo di questo istituto hanno indotto il governo a porre un quesito al Consiglio di Stato<sup>80</sup>, il quale ha precisato che l'art. 17 bis, introducendo un'ipotesi di silenzio assenso 'orizzontale', «opera nei rapporti tra amministrazioni co-decidenti, quale che sia la natura del provvedimento finale che conclude il procedimento», che potrà essere normativo o amministrativo; esso tuttavia non si applica ai casi in cui l'atto di tutela di interessi sensibili sia stato richiesto direttamente dal privato<sup>81</sup>, pur collocandosi all'interno di altro procedimento<sup>82</sup>, e ai casi «in cui disposizioni del diritto dell'Unione europea richiedano l'adozione di provvedimenti espressi»<sup>83</sup>.

<sup>79</sup> L'invio dello schema di provvedimento implica che si sia già chiusa la fase istruttoria, in quanto sono proprio le risultanze dell'istruttoria a consentire all'amministrazione procedente l'elaborazione dello schema di decisione sul quale l'ente interpellato esprimerà il proprio assenso. L'art. 17-bis è, quindi, destinato ad applicarsi solo ai procedimenti caratterizzati da una fase decisoria pluristrutturata e, dunque, nei casi in cui l'atto da acquisire, al di là del *nomen iuris*, abbia valenza co-decisoria.

<sup>80</sup> Consiglio di Stato, Comm. Spec., parere n. 1640/2016 sull'art. 17 bis della legge n. 241, cit., in argomento C. Vitale, *Il silenzio assenso tra pubbliche amministrazioni: il parere del Consiglio di Stato*, in *Gior. dir. amm.*, 2017, 1, 95 ss.; P. Marzaro, *Silenzio assenso tra Amministrazioni*, cit., p. 11; G. Sciuillo, *Gli 'interessi sensibili' nel parere n. 1640/2016 del Consiglio di Stato*, cit., p. 1;

<sup>81</sup> In questo caso opera la causa di esclusione del silenzio assenso prevista dall'art. 20, comma 4. Come osservato dal Cons. stato, parere n. 1640/2016, cit., p. 1.2.2, «il silenzio-assenso opera in questo caso non a favore di un privato, ma a favore di una pubblica amministrazione, che dovrà poi comunque farsi carico del bilanciamento degli interessi rilevanti».

<sup>82</sup> Il Consiglio di Stato chiarisce nel suo parere (n.1640/2016, cit.) l'esclusione dell'applicazione dell'art. 17 bis in caso di Sportello unico, in ragione del fatto che la richiesta dell'atto di consenso provenga dall'esterno, sia frutto di un rapporto 'verticale' tra privato e Amministrazione e non 'orizzontale', tra Amministrazioni co-decidenti. Cfr. P. Marzaro, *Silenzio assenso*, cit., p. 16.; G. Sciuillo, *Il parere*, cit., p. 4, che osserva come «l'opposta soluzione determinerebbe invero un "implicito" silenzio assenso anche nei casi in cui l'art. 20 lo esclude espressamente».

<sup>83</sup> Definisce tale clausola una "foglia di fico", che non salverebbe l'istituto da una netta contrapposizione con il consolidato orientamento della Corte di Giustizia UE, F. de Leonardis, *Il silenzio assenso in materia ambientale*, cit., p. 8.

L'introduzione del silenzio assenso tra amministrazioni che inizialmente ha attirato gli strali dei commentatori<sup>84</sup>, va tuttavia ridimensionata nella sua incidenza in termini di indebolimento della tutela degli interessi ambientali. Con riferimento alla sua sfera di applicazione, ad esempio, si tratta sì di un'ipotesi di assenso ambientale, ma che si colloca in un ambito ben circoscritto, quello di procedimenti più semplici<sup>85</sup>, preordinati all'emanazione di una decisione pluristrutturata per raggiungere la quale può essere necessario acquisire l'assenso di due amministrazioni, entrambe titolari di una funzione decisoria sostanziale<sup>86</sup>. L'incidenza della determinazione dell'amministrazione ambientale acquisita con il silenzio, tuttavia, si configura come secondaria, nella misura in cui interviene in un momento procedimentale dove l'istruttoria si è già compiuta<sup>87</sup> e in cui le amministrazioni preposte alla cura degli interessi ambientali hanno già avuto modo di valutare quell'interesse (attraverso le determinazioni non rinunciabili previste dagli artt. 16 e 17 l. 241/90)<sup>88</sup>.

<sup>84</sup> Critici su tale istituto *ex multis* M. Bombardelli, *Il silenzio assenso*, cit., p. 8 secondo il quale « non è affatto detto che, senza l'atto previsto, tutti gli interessi che l'amministrazione è chiamata a valutare siano composti in modo ottimale e che venga raggiunto un risultato efficace di cura dell'interesse pubblico»; F. de Leonardis, *Il silenzio assenso*, cit., p. 4 ss., che individua tre profili di criticità: l'incoerenza con l'art. 20, quarto comma l. 241/90; l'incompatibilità con il diritto europeo la mancata valutazione dell'impatto della norma; G. Sciuolo, *Legge Madia e amministrazione del patrimonio culturale: una prima lettura*, cit., p. 3; R. Leonardi, *La tutela dell'interesse*, cit., p. 254, secondo il quale non pare ammissibile «l'applicazione di un silenzio assenso, che mira a non valutare un interesse in luogo della scelta del mezzo migliore per valutare tutti gli interessi, il cui bilanciamento è demandato di fatto alla sola amministrazione precedente».

<sup>85</sup> Cfr. Moliterni, *Semplificazione amministrativa*, cit., p. 715 secondo il quale «desta alcune perplessità il fatto che, per alcuni profili, sia stata preservata una disciplina più garantistica proprio con riguardo a quest'ultimo istituto, nonostante esso riguardi decisioni amministrative "più semplici"»; P. Marzaro, *Silenzio tra PA*, cit., p. 28 secondo la quale si applicherà l'art. 17 bis, «quando il provvedimento richiede l'acquisizione di un solo atto di consenso, e dunque vi sia una sola Amministrazione co-decidente, l'art. 14, quando sia coinvolta una pluralità di Amministrazioni, accanto a quella precedente».

<sup>86</sup> Così Cons. Stato, Sez. cons. atti normativi, parere 1° settembre 2016, n. 1824,

<sup>87</sup> Su questo profilo il Consiglio di Stato nel citato parere n. 1640/2016 ha cercato di fare chiarezza distinguendo nettamente il momento decisorio (che riguarderebbe l'art. 17 bis) dal momento istruttorio che riguarderebbe gli artt. 16 e 17 della legge n. 241/1990. Nelle parole del Supremo Collegio «in linea di massima, gli artt. 16 e 17 fanno riferimento ad atti di altre amministrazioni da acquisire (al di là del *nomen iuris*) nella fase istruttoria, mentre l'art. 17-bis fa riferimento ad atti da acquisire nella fase decisoria, dopo che l'istruttoria si è chiusa».

<sup>88</sup> Uno dei problemi sollevati dalla dottrina è proprio quello del coordinamento fra la disciplina degli artt. 16 e 17, da un lato, e quella dell'art. 17 bis con riferimento alla irragionevolezza di un trattamento diverso per pareri della stessa natura ed oggetto. Cfr. M.A. Sandulli, *Gli effetti diretti della legge 7 agosto 2015 n. 124 sulle attività economiche*, cit., p. 1 ss. che evidenzia anche la differenza nei termini previsti nei singoli strumenti; F. Scalia, *Il silenzio assenso nelle c.d. materie sensibili alla luce della riforma Madia*, in *Urb. App.*, 2016, 1, p. 633; M. Bombardelli, *Il silenzio assenso tra amministrazioni* cit., p. 758 ss. contrario all'estensione della disciplina del 17 bis anche ai pareri; A. Meale, *La complessa coesistenza*, cit., p. che evidenzia il rischio di sovrapposizione tra la conferenza di servizi decisoria e il silenzio tra amministrazione di cui all'art. 17 bis la cui attivazione si basa sugli stessi presupposti.

L'articolo 17 bis, anche in seguito alle recenti modifiche apportate dal legislatore, conserva indiscusse criticità legate alle non poche difficoltà di coordinamento e ai problemi di sovrapposizione che esso genera nei rapporti con gli altri assensi ambientali<sup>89</sup>, tema su cui esiste un ampio e interessante dibattito che esula dai limiti del presente scritto<sup>90</sup>.

#### **4. Il rafforzamento della governance ambientale come alternativa alla dequotazione degli interessi ambientali nel procedimento.**

Il descritto processo di estensione dei meccanismi di semplificazione alle amministrazioni preposte alla cura di interessi ambientali induce a riflettere sull'adeguatezza di tale soluzione rispetto al problema che il legislatore intende risolvere, ovvero quello della lentezza dell'azione amministrativa.

Se è indubbio che l'incremento del numero di ipotesi di assenso ambientale contagiate dal virus semplificatorio, se pur ancora circoscritte ad ambiti specifici, certifica un favor dell'ordinamento per il ridimensionamento del regime di specialità degli interessi ambientali, tuttavia occorre interrogarsi sul se la mera introduzione di meccanismi di semplificazione in materia ambientale sia effettivamente in grado di rispondere alla domanda di maggiore celerità richiesta da cittadini ed imprese.

Invero, uno dei principali profili di criticità dell'applicazione degli strumenti di semplificazione procedimentale agli interessi ambientali risiede proprio nell'idea di poter risolvere il problema dell'inefficienza dell'azione amministrativa attraverso la semplice introduzione di meccanismi acceleratori, basati sull'eliminazione dell'intermediazione dell'amministrazione, quando invece la soluzione andrebbe cercata altrove e cioè nelle cause all'origine di tale malfunzionamento.

È per lo meno imprudente, se non ingenuo, fare affidamento sull'automatismo del silenzio assenso come pungolo per indurre le amministrazioni competenti a comportamenti virtuosi sul piano della velocità dei tempi di risposta. Non è

<sup>89</sup> Si pensi ai rapporti tra conferenza di servizi e silenzio assenso di cui all'art. 17 bis e tra quest'ultimo e i pareri disciplinati all'art. 16, nonché con i procedimenti ad istanza di parte per i quali il silenzio assenso è escluso in base all'art. 20, co.4. Su queste criticità cfr. A. Moliterni, *Semplificazione amministrativa*, cit., p. 714 ss.; P. Marzaro, *Silenzio tra PA*, cit., p. 31 ss..

<sup>90</sup> Su cui anche Cons. Stato, parere n. 1640/2016, cit. p. 37 ss. Sui diversi problemi di coordinamento tra gli assensi ambientali cfr. P. Marzaro, *Silenzio tra PA*, cit., p. 28 ss.; A. Moliterni, *Semplificazione amministrativa*, cit., p. 714; F. Scalia, *Prospettive e profili problematici*, cit., p. 631; L. De Lucia, *La conferenza di servizi*, cit., 22.; R. Leonardi, *La tutela dell'interesse*, cit., p. 180 ss.; E. Scotti, *La nuova disciplina della conferenza di servizi*, cit., p. 4 ss.

bypassando la valutazione degli interessi ambientali, o ventilando il rischio di una loro dequotazione, che si stimolano gli apparati amministrativi, evidentemente non in grado di reggere l'eccessivo carico di lavoro, a velocizzare i processi decisionali.

È assai noto, infatti, che le ragioni della lentezza dell'amministrazione *ambientale risiedono in gran parte all'interno dell'organizzazione della macchina amministrativa*<sup>91</sup>. Si tratta di un'argomentazione condivisa dalla dottrina più attenta<sup>92</sup> (nonché dal Consiglio di Stato e dalla stessa amministrazione<sup>93</sup>) secondo la quale, quando si tratta di interessi ambientali, la soluzione non può risiedere nel ricorso ad automatismi stabiliti ex lege, ma deve invece passare da un potenziamento della governance, finalizzato a rendere più efficiente la macchina organizzativa delle amministrazioni preposte alla loro tutela<sup>94</sup>. Un processo di riorganizzazione che dovrà interessare non solo il rafforzamento degli apparati amministrativi preposti<sup>95</sup> che andrebbero riqualificati, e potenziati, ma anche (e forse soprattutto) la formazione dei funzionari

<sup>91</sup> M. Bombardelli, *Il silenzio assenso tra amministrazioni* cit., p. 765; sulla governance ambientale cfr. M.L. Antonioli, *Sostenibilità dello sviluppo e governance ambientale*, Torino, Giappichelli, 2016.

<sup>92</sup> F. de Leonardis, *Il silenzio assenso*, cit., p.11 che auspica una reale riorganizzazione della pubblica amministrazione attraverso un'attenta analisi dei carichi di lavoro anche in relazione alle funzioni svolte in modo da mettere le amministrazioni in grado di adottare provvedimenti in tempi rapidi; M. Bombardelli, *Il silenzio assenso tra amministrazioni* cit., p. 765 secondo il quale è necessario non solo la riorganizzazione, ma anche il reclutamento al suo interno di funzionari specificatamente competenti; A. Travi, *La semplificazione amministrativa come strumento per far fronte alla crisi economica*, in *giustamm*, 2016, n. 5, secondo il quale «la semplificazione procedimentale si rileva una tecnica impropria per rispondere a cattiva gestione degli apparati amministrativi e documenta, in ultima analisi, una crisi, piuttosto che la sua soluzione»; F. Riso, *Semplificare e accelerare l'azione amministrativa*, p. 11, che osserva come «nell'attesa che il processo di semplificazione si accompagni ad un processo di "riorganizzazione" efficace ed efficiente della "macchina amministrativa" (...) saranno i giudici amministrativi a dover intervenire in quelle situazioni patologiche in cui si assiste ad un "blocco" ingiustificato e illegittimo delle attività economiche, a causa di un uso non corretto (ovvero di un non uso) dei suddetti istituti di semplificazione»; R. Leonardi, *La tutela dell'interesse ambientale*, cit., p. 358 ss. che auspica «una riorganizzazione complessiva della struttura ambientale, in termini di unicità delle competenze e delle funzioni, che è necessaria in funzione dell'unicità dei processi decisionali nella tutela dell'ambiente»; F. Liguori, *Tutela dell'ambiente e misure di semplificazione*, in *Riv. giur. edil.*, 2020, 1, II, 4, che constata l'inefficienza degli apparati amministrativi ambientali, incapaci di fare uso degli strumenti ordinari per assicurare una buona amministrazione.

<sup>93</sup> Il Consiglio di Stato nei pareri espressi sui diversi schemi di decreti attuativi della riforma del 2015, ha sempre evidenziato l'importanza che gli apparati amministrativi preposti ad applicare in concreto la riforma dovessero essere messi in condizioni di ben operare, ritenendo questo profilo "cruciale per la fattibilità in concreto dell'intera riforma" (cfr. parere n. 929 del 15.4.2016 sullo schema di regolamento per la semplificazione ed accelerazione dei procedimenti amministrativi). Nel parere n. 890 del 7.4.2016 sullo schema di decreto legislativo recante norme per il riordino della disciplina in materia di conferenza dei servizi (p. 35 e 36), il Consiglio di Stato sottolineava la necessità di adottare misure "non normative" di sostegno alla riforma curando in particolare il fattore umano e la necessaria formazione professionale.

<sup>94</sup> Per una recente riflessione sui limiti dell'organizzazione amministrativa, cfr. S. Cassese, *Amministrazione pubblica e progresso civile*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020, 1, p. 141 ss.

<sup>95</sup> F. Follieri, *Interessi cosiddetti sensibili*, cit., p. 4, che segnala come spesso le amministrazioni che si occupano di interessi così rilevanti non riescono a rispettare i termini solo perché il personale è insufficiente.

che risultano spesso impreparati rispetto alle questioni tecnicamente complesse che caratterizzano la materia ambientale.

In questa prospettiva una tutela rafforzata degli interessi sensibili non può essere adeguatamente garantita solo assicurando ad essi un trattamento ‘speciale’ all’interno dell’iter procedimentale, ma andrebbe associata ad un “potenziamento” dell’organizzazione degli apparati amministrativi investiti della cura di tali interessi, che consentirebbe di non dover rinunciare al passaggio irrinunciabile della ponderazione degli interessi ambientali all’interno dell’istruttoria procedimentale. All’interesse ambientale va assicurata, dunque, non solo una tutela rafforzata nel procedimento, attraverso la sottrazione agli automatismi semplificatori, ma altresì una tutela rafforzata nell’organizzazione mediante il potenziamento delle strutture ad esso preposte<sup>96</sup>.

La soluzione di puntare sulla riorganizzazione della governance ambientale si carica maggiormente di significato se collocata nella attuale prospettiva di ritrovata centralità della pubblica amministrazione, cui viene oggi riconosciuto un ruolo da protagonista nella realizzazione della strategia della ricostruzione post pandemia. Il ritorno ad un’amministrazione autoritaria nell’accezione più tradizionale di *puissance publique*, che pondera, valuta e decide, mal si concilia con l’estensione dei meccanismi di semplificazione che all’opposto, prevedendo misure acceleratorie che prescindono dalla decisione amministrativa, consentono di “amministrare senza amministrazione”<sup>97</sup>.

Alla luce dell’attuale scenario di riacquisizione del ruolo nodale della pubblica amministrazione, individuata oggi come il soggetto più idoneo a fronteggiare le emergenze e a governare la fase della ripresa, appare ancora più incoerente ed illogica la scelta del legislatore di rendere automatici gli effetti dei meccanismi di semplificazione quando sono in gioco interessi ambientali. La soluzione al problema della lentezza dell’azione amministrativa non può coincidere con l’esautoramento dell’amministrazione, ma deve piuttosto passare dalla riqualificazione degli apparati amministrativi che necessitano di essere messi nelle condizioni di garantire una decisione ambientale non solo più rapida, ma anche di qualità. L’auspicio è che, certificata la fine della c.d. fuga dal pubblico, il processo di *empowerment* istituzionale della pubblica amministrazione possa investire anche le amministrazioni ambientali e il loro capitale umano, perché solo rafforzando

---

<sup>96</sup> Cfr. F. de Leonardis, *Il silenzio assenso*, p. 9 ss. che evidenzia la scarsità del personale dipendente delle amministrazioni ministeriali ambientali

<sup>97</sup> M. Cammelli, *Pubblica amministrazione: domande forti, risposte deboli*, in *Astrid Rassegna* – n. 5/2017, p.5.

l'organizzazione amministrativa si può aspirare ad ottenere una decisione pubblica di qualità.

# RICORDO DI PIERO CALAMANDREI\*

**Giuliano Scarselli**

---

\* Relazione tenuta per la Fondazione dell'Ordine degli avvocati di Firenze in data 16 giugno 2020, in seno ad un ciclo dedicato ai grandi giuristi del passato. Il carattere colloquiale dell'intervento è stato mantenuto nello scritto. Le informazioni che riporto su Piero Calamandrei sono tratte, oltreché dalle sue stesse opere, principalmente da CIPRIANI, *Piero Calamandrei e la procedura civile*, ed. II, ESI, Napoli, 2009; ID, *Storie di processualisti e di oligarchi*, Milano, 1991, 317 e ss.; ID, *Scritti in onore dei patres*, Milano, 2006, 435 e ss.; GROSSI, *Stile fiorentino*, Milano, 1986, 142; RODOTA', *Piero Calamandrei*, in *Enc. Treccani*, 1973, vol. XVI; SORDI, *Piero Calamandrei*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, Bologna, 2013, I, 377; AA.VV., *Piero a Franco Calamandrei. Una famiglia in guerra*, a cura di Alessandro Casellato, Laterza, Bari, 2008; AA.VV., *Poteri del giudice e diritti delle parti nel processo civile*, a cura di G. Scarselli, ESI, 2010, con contributi su Piero Calamandrei di TROCKER, *Gli insegnamenti di Piero Calamandrei e le riforme processuali in Europa*, 165 e ss.; CIANFEROTTI, *Ufficio del giurista nello Stato autoritario ed ermeneutica della reticenza. Mario Bracci e Piero Calamandrei dalle giurisdizioni di equità della Grande Guerra al codice di procedura civile del 1940*, 199 e ss.; CHIZZINI, *Correnti di pensiero moderno e poteri del giudice civile nel pensiero di Piero Calamandrei: tre variazioni sul tema*, 257 e ss.; CIPRIANI, *Piero Calamandrei e l'unificazione della Cassazione*, 275 e ss.

\*\*\*\*\*

Ho esitato a mettere per iscritto la relazione tenuta nel giugno scorso; da allora sono passati nove mesi.

Ho esitato perché mi sono sempre chiesto cosa aggiungesse un mio contributo su Piero Calamandrei rispetto a quanto su di lui non fosse già stato scritto da altri; soprattutto mi sono chiesto se mai avessi potuto offrire delle novità rispetto alle tantissime e fondamentali ricerche fatte da Franco Cipriani; e la risposta è sempre stata che il mio punto di vista non avrebbe aggiunto nulla, e quindi era inutile metterlo per iscritto. Guardandomi indietro ho pensato però che in molte occasioni mi sono trovato a parlare in pubblico di Piero Calamandrei: la prima volta fu proprio con Franco Cipriani, a Taranto, nel 2007; poi ne sono seguite altre, alcune delle quali in presenza della nipote, dr. Silvia Calamandrei; un grande onore per me sederle a fianco. Tutte le volte, con orgoglio e un po' di narcisismo, ho ricordato che Piero Calamandrei aveva lo studio in Borgo Albizi, 14, e la mia casa natale era in Borgo Albizi, 17, proprio in angolo a quella piazzetta di Firenze, già via delle Seggiole, che ora porta il suo nome; tutte le volte, a parlare di Piero Calamandrei mi sono emozionato, come ci si emoziona quando si parla di una persona grande alla quale ci si sente legati; tutte le volte ho ricordato che, in tutti i miei scritti, una frase di Piero Calamandrei non l'ho mai fatta mancare, perché nei miei piccoli lavori ho trovato in Piero Calamandrei sempre un modello, una guida, un pensiero illuminante, chiarissimo, centrato, totalmente condivisibile. E ricordo, come fosse ieri, la soddisfazione di Franco Cipriani di aver ritrovato presso un antiquario fiorentino uno scritto originario, fino allora sconosciuto, di Piero Calamandrei relativo all'Università di Siena, del 1923. Nelle giornate del 23 e 24 novembre 2007 organizzai così a Siena un convegno su Piero Calamandrei dal titolo "*Poteri del giudice e diritti delle parti*" e Franco Cipriani donò con l'occasione lo scritto ritrovato al Rettore dell'Università senese (v. per questa vicenda CIPRIANI, *Giusto proc. civ.*, 2008, 615 e ss.). Alla fine, per tutto un insieme di cose, non ho resistito all'idea di lasciare anche io un piccolo omaggio al grande giurista. Franco Cipriani, nella prefazione al suo volume su Piero Calamandrei scriveva che: "*Pur non avendo io mai amato le classifiche e le graduatorie, sono arrivato alla conclusione che è tempo di dire, apertis verbis, che Calamandrei è stato sicuramente lo studioso che ha più di tutti influito sulla nostra storia e sul processo civile italiano*". Ed io sono perfettamente d'accordo, ed anzi, devo dire che nelle molte chiacchierate che ho avuto con lui emergeva che egli andasse ben oltre, e considerasse Piero Calamandrei semplicemente il più grande in assoluto, l'unico che meritasse un intero volume di ricerche.

Chi vuol conoscere Piero Calamandrei legga dunque ancora oggi quel volume di Franco Cipriani: critico in alcuni momenti, come è corretto sia chi finalizzi lo studio e la scrittura alla ricerca della verità, ma sempre dettato da un grande amore e da una smisurata considerazione del giurista e della persona. Questo mio contributo, al contrario, non ha alcuna pretesa: è solo la chiacchierata fatta con i colleghi fiorentini su alcuni momenti della vita di Piero Calamandrei, e che io ho trovato tra i più significativi. Esso è dedicato a Franco Cipriani, sempre nei miei pensieri, come nelle giornate di Taranto e Siena del 2007.

**SOMMARIO:** **1.** Breve biografia di Piero Calamandrei. – **2.** Piero Calamandrei e il fascismo. – **3.** Piero Calamandrei avvocato – **4.** Piero Calamandrei e il figlio Franco.

## **1. Breve biografia di Piero Calamandrei**

1. Riassumere la vita di Piero Calamandrei (Firenze, 21 aprile 1889 – Firenze, 27 settembre 1956) è inutile, tanto è stato scritto su di lui, anche da non giuristi, in mille occasioni.

Mi limiterò pertanto a ricordare solo alcuni momenti.

Piero Calamandrei è stato professore di procedura civile, prima a Siena, dal 1919 al 1923, poi, con la nascita della facoltà di giurisprudenza fiorentina, dal 1923, a Firenze. Dell'Università di Firenze è stato anche Rettore per un breve periodo nel 1943, e poi dal 28 agosto 1944, dopo la liberazione della città dal fascismo.

Il 16 dicembre 1916 sposa Ada Cocci, dalla quale avrà un figlio, Franco.

Ha scritto una infinità di opere giuridiche, e fra queste meritano di essere ricordate, oltre i lavori monografici su *La chiamata in garanzia* e *La cassazione civile*, i saggi su *Governo e magistratura*, su *L'introduzione allo studio delle misure cautelari*, su *Troppi avvocati*, su *Verità e verosimiglianza*, su *Il processo come gioco*, su *Il processo sotto l'incubo fiscale*, su *La giurisprudenza del tempo presente*, e tante altre.

Dopo la guerra i suoi interessi si trasferiscono però sulla nuova Costituzione italiana, che egli peraltro contribuisce a far nascere: parlamentare con il partito d'azione dal 1945 al 1953, fa parte dell'assemblea costituente e collabora sui temi dell'organizzazione e la laicità dello Stato, dell'indipendenza della magistratura, delle libertà sociali; ed in particolare sono da ricordare in suoi interventi in aula del 20 marzo 1947 e del 22 dicembre 1947.

Nel 1945, dopo la caduta del fascismo, Piero Calamandrei fonda la rivista *Il Ponte*, una rivista di politica e di letteratura.

Il Ponte, per Piero Calamandrei, è quello di Santa Trinita a Firenze, distrutto dai tedeschi durante la guerra e ricostruito identico dai fiorentini dopo la guerra.

Il ponte di Santa Trinita diventa così il simbolo della rinascita, della ricostruzione morale dopo un periodo di profonda crisi, il segno della salvaguardia di quei valori violati dal fascismo.

Dal 1947, Piero Calamandrei inizierà anche ad insegnare diritto costituzionale all'università, e avrà così allievi costituzionalisti, tra i quali può essere qui senz'altro ricordato Paolo Barile.

Con Alessandro Levi curerà poi il primo commentario sistematico alla Costituzione (*Commentario sistematico della costituzione italiana*, Firenze, 1950).

Nel 1952 viene invitato a tenere alcune conferenze presso l'Università di Città del Messico; al rientro in Italia deciderà di pubblicarle in un piccolo volume, *Processo e democrazia*, del 1954.

Il volume può essere considerato una sintesi del pensiero di Calamandrei sui temi a lui più cari; in quel volume, più dell'esegesi rigorosa delle norme, conta il *sentire* dell'uomo, e ciò rende quelle conferenze ancora oggi vive e attuali.

Nel 1955 Piero Calamandrei scrive poi *Uomini e città della Resistenza*, volume nuovamente pubblicato nel 2006 con una introduzione di Carlo Azeglio Ciampi.

Il 26 gennaio 1955 Piero Calamandrei viene invitato a Milano a tenere un discorso agli studenti proprio sulla costituzione.

La conferenza si trova su *Youtube*, e chi acceda a quel video ha ancor oggi la possibilità di ascoltare la voce di Piero Calamandrei, che parla con una inclinazione fiorentina forte.

Il discorso termina con queste parole, divenute celebri, e che noi tutti abbiamo il dovere di non dimenticare: *"Se voi volete andare in pellegrinaggio nel luogo dove è nata la nostra costituzione, andate nelle montagne dove caddero i partigiani, nelle carceri dove furono imprigionati, nei campi dove furono impiccati. Dovunque è morto un italiano per riscattare la libertà e la dignità, andate lì o giovani, col pensiero, perché lì è nata la nostra costituzione"*.

Piero Calamandrei sarà anche letterato, e ciò fin dalla giovane età.

In questo contesto possono essere ricordate le lettere d'amore inviate alla moglie Ada, *Ada con gli occhi stellati*, nonché altre fiabe e prose sparse raccolte con il titolo *La burla di primavera*; tutte pubblicate dalla casa editrice Sellerio.

E in questo contesto deve essere ricordato anche il volume *Inventario della casa di campagna*, un libro di ricordi dell'infanzia, che Piero Calamandrei porta a termine nel corso del 1941, nel momento drammatico della guerra; lo pubblica in una veste tipografica elegante, e ne fa dono agli amici per Natale; tra questi amici, destinatari del volume, Enrico Finzi, Nicola Jaeger, Arturo Carlo Jemolo, Mariano D'Amelio, Silvio Lessona, Lina Chiovenda, Mario Bracci, Enrico De Nicola.

**1.2.** Ripeto: non è mia intenzione dissertare sul pensiero giuridico e/o politico di Piero Calamandrei; mia intenzione è solo quella di ricordare alcuni momenti della

sua vita: tra questi, Piero Calamandrei nei rapporti con il fascismo, Piero Calamandrei nella professione di avvocato, e infine Piero Calamandrei nei rapporti, difficili, con il figlio Franco.

A ciò, e solo a ciò, è dedicata, senza alcuna pretesa, l'esposizione che segue.

## 2. Piero Calamandrei e il fascismo

2. Quanto al fascismo, certamente quel regime copriva una parte significativa della vita di Piero Calamandrei, il periodo che va dall'essere trentenne all'averne cinquantacinque anni, tanti ne aveva infatti Piero Calamandrei al termine della seconda guerra mondiale.

Credo non sia stato facile trascorrere il cuore della propria esistenza sotto il regime fascista, soprattutto se si considera che Piero Calamandrei ebbe poi la sfortuna di morire prematuramente a meno di dieci anni dalla costituzione della nuova Repubblica italiana.

Ad ogni modo, direi, prima di tutto, che Piero Calamandrei non fu mai fascista, ed anzi fu uno dei pochissimi che per tutto il ventennio non prese la tessera. Era così poco fascista da essere perennemente controllato dalla polizia.

A titolo di esempio ricordo una lettera del 4 agosto 1933 con la quale la prefettura di Milano segnalava al Ministro dell'interno che al prof. Piero Calamandrei era arrivata una copia del quaderno di *Giustizia e Libertà*; o ancora ricordo una lettera del prefetto di Firenze inviata al prefetto di Belluno in data 1 settembre 1938, con la quale si avvertiva che il prof. Piero Calamandrei si trovava in villeggiatura a Cortina d'Ampezzo al fine di disporre "opportuna cauta vigilanza".

Questo antifascismo, tuttavia, non impediva a Piero Calamandrei di accettare, nel 1939, l'offerta di collaborazione del Ministro della Giustizia Dino Grandi per la stesura di un nuovo codice di procedura civile.

Ed è questo aspetto che desidero ora riassumere, anche se, al riguardo, v'è parimenti da premettere che fin dai tempi del primo Ministro della giustizia del Governo Mussolini, ovvero fin dai tempi di Aldo Oviglio, nel 1924, tutti i processualisti hanno sempre preso parte a commissioni ministeriali: da Ludovico Mortara a Giuseppe Chiovenda, da Francesco Carnelutti a Enrico Redenti e Federico Cammeo, direi che nessun giurista ha mai rifiutato la collaborazione.

Ed anzi, se si vuole, possiamo al riguardo sottolineare un fatto, ancora oggi vivissimo: che tutti i giuristi, gli avvocati, i professori universitari, quando si tratta di

sedersi ad un tavolo governativo per progettare una riforma, fanno di tutto e di più per esser presenti, per partecipare; e ciò avviene, quasi sempre, a prescindere dal tipo di governo che si abbia davanti, e dal tipo di progetto di riforma che il governo intenda portare a compimento.

Quindi credo ben poco si possa rimproverare a Piero Calamandrei per quella partecipazione.

Ad ogni modo, dopo le questioni relative al codice di procedura civile del 1940, ricorderò una ulteriore vicenda di quegli anni, quella relativa all'avv. Luigi Rocchi, a mio parere altresì significativa dell'atteggiamento di Piero Calamandrei di fronte al fascismo.

**2.2.** Si dice che sabato 19 agosto 1939 il nuovo Ministro della giustizia Dino Grandi (1895 – 1988), si mise a leggere il progetto definitivo Solmi, e pensò che con qualche ritocco si potesse avere un nuovo codice di procedura civile che portasse il suo nome. Chiamò a sé i tre più importanti processualisti di quel periodo, ovvero Francesco Carnelutti, Enrico Redenti e Piero Calamandrei, e in più chiamò un sostituto procuratore generale della Cassazione, Leopoldo Conforti, indicato al Ministro dallo stesso primo presidente della Corte, Mariano D'Amelio.

Il 30 novembre 1939 Dino Grandi diventava, peraltro, anche presidente della Camera dei fasci e delle corporazioni.

Il 26 febbraio 1940 Dino Grandi convocava per la prima volta a sé Piero Calamandrei nel suo appartamento alla Camera; chiedeva a Piero Calamandrei di scrivergli la parte tecnica del discorso che doveva tenere alla Camera di lì a breve sul codice, e aggiungeva di aver parlato di lui a Mussolini dicendo: "Il più fascista è il non fascista Calamandrei". Allora Piero Calamandrei, schernito, chiedeva in che senso; Dino Grandi rispondeva: "in senso buono"; e Piero Calamandrei: "Allora me ne compiaccio".

Il 10 marzo 1940, Dino Grandi, ricordando che entrambi erano stati ufficiali dell'esercito durante la prima guerra mondiale, chiedeva a Piero Calamandrei di darsi del tu.

Piero Calamandrei consegnava poi quel discorso a Dino Grandi il 1 aprile 1940; Dino Grandi avrebbe tenuto infine quella relazione alla Camera il successivo 10 maggio 1940.

Il 10 giugno 1940 l'Italia entrava in guerra ma Dino Grandi dispensava Piero Calamandrei dalla chiamata alle armi (Piero Calamandrei aveva però 51 anni all'epoca).

Con quella dispensa gli affidava contestualmente non solo il compito di lavorare alla revisione finale del codice ma anche di preparare la relazione al re, un documento, evidentemente, non più tecnico, bensì politico.

Piero Calamandrei accettava anche questo nuovo incarico, e scriveva la relazione al re da accompagnare al nuovo codice di procedura civile; ciò avveniva nel corso del mese di luglio del 1940.

A proposito di ciò Piero Calamandrei nel diario annotava: *“Ho cercato di metterci dentro idee rette, ma se va via Grandi addio lavoro”*.

Dino Grandi non andò via, cosicché il 28 ottobre 1940 il nuovo codice di procedura civile veniva promulgato.

Per il lavoro svolto Piero Calamandrei fu investito dallo stesso Ministro Dino Grandi del titolo di *Cavaliere di gran croce*.

Nel diario appunta: *“Sono stato a Roma due giorni fa per ricevere da Grandi quelle chincaglierie....Grandi ha detto parole amichevoli a noi tre, Carnelutti, Redenti e a me.....nella relazione al codice fatta da me all'ultimo momento sono stati soppressi personalmente da Grandi tutti gli accenni a Mortara e la frase apostolato riferita a Chiovenda*.

**2.3.** Si arrivava così al 1941.

Quell'anno il Centro di studi giuridici dell'IRCE (Istituto nazionale relazioni culturali estero), in vista del ventennio sulla marcia su Roma, decideva di pubblicare una grande opera collettanea in cinque volumi su *Il pensiero giuridico italiano*; per ogni disciplina giuridica veniva individuato un responsabile, e per la procedura civile si pensò proprio a Piero Calamandrei.

La proposta, per Piero Calamandrei, era evidentemente imbarazzante: da una parte non poteva rifiutarla, visto che aveva collaborato con il Ministro Dino Grandi dal 1939, dall'altra, considerato che Piero Calamandrei non era fascista e aveva amici antifascisti (si pensi, fra tutti, a Gaetano Salvemini o Leone Ginzburg), dare un contributo in quel contesto poteva essere mal interpretato.

Piero Calamandrei accettava, ma cercava di cambiare il ventennio: non si trattava più del ventennio fascista, bensì del ventennio di Giuseppe Chiovenda, ovvero del ventennio che va dal 1919, anno in cui Giuseppe Chiovenda scrisse il suo progetto di riforma del codice di procedura civile, al 1940, anno in cui il nuovo codice veniva approvato, e si sperticò nel dimostrare che il nuovo codice era proprio quello che Giuseppe Chiovenda aveva immaginato.

Arrivate le bozze, per Piero Calamandrei fu un colpo: la collettanea si inseriva nelle *Bibliografie del ventennio*, si apriva con uno scritto intitolato *Mussolini e il fascismo*, e il

suo lavoro presentava la titolazione *Gli studi di diritto processuale civile in Italia nel ventennio fascista*.

La cosa, a quel punto, diventava davvero grave per Piero Calamandrei, visto che figurava senza alcun ombra di dubbio fra i giuristi che commemoravano i venti anni dalla marcia su Roma.

Non si sa bene come, ma, già nel 1942, negli estratti di quel lavoro il titolo veniva cambiato, e lo scritto, che peraltro al suo interno non faceva mai riferimento al ventennio fascista, cambiava di titolo, e si presentava come *Gli studi di diritto processuale civile in Italia negli ultimi venticinque anni*.

Uno di questi estratti, ritrovato da Franco Cipriani, con quel titolo, risulta da un dono che faceva direttamente Piero Calamandrei alla vedova di Giuseppe Chiovenda, sottoscrivendolo, con la data di giugno 1942.

**2.4.** Sempre nel 1941 escono di Piero Calamandrei le *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice*.

È un volume che giustifica il codice appena approvato; il primo paragrafo è intitolato *Ritorno alla tradizione italiana*; richiamando la relazione del Ministro Grandi, Piero Calamandrei scrive in seguito: “*Su questa linea, che muovendo dal diritto romano e passando per la legislazione canonica e statutaria, giunge fino all’ordinamento dello Stato fascista e corporativo, vuol essere collocato il nuovo codice*” (Istituzioni, pag. 5); e poi, sempre richiamando la relazione del Ministro Grandi: “*Il codice del 1940 vuol essere, con decisa consapevolezza, espressione storica dello Stato fascista e corporativo. Il rafforzamento del principio di autorità nello Stato si proietta e si traduce necessariamente, nel processo, in un rafforzamento dell’autorità del giudice*”. (Istituzioni, pag. 7).

Nell’ultima parte del volume Piero Calamandrei ancora avverte che il nuovo processo civile è investito del principio di autorità (Istituzioni, pag. 233), ha carattere inquisitorio in tutte le ipotesi di diritti “*attinenti all’ordine pubblico.....il cui numero si accrescerà nella nuova legislazione sostanziale, in corrispondenza colla influenza sempre maggiore del diritto pubblico sul diritto privato*” (Istituzioni, sempre sulla base della relazione Grandi, pag. 245). E ancora scrive che l’emanato codice ha un nuovo significato sociale (Istituzioni, pag. 251) e una nuova umanità “*così, a questo proposito, si chiude la relazione Grandi*” (Istituzioni, pag. 254).

**2.5.** V’è, poi, l’altro accennato episodio che desidero richiamare.

Siamo nel 1943, un momento assai delicato, poiché il Governo di Mussolini, come è noto, cadrà nell’agosto di quello stesso anno.

Il fatto avviene a metà aprile del 1943.

Nel centro di Firenze, Piero Calamandrei incontra un vecchio amico, un certo Luigi Rocchi, anch'egli avvocato e incaricato di diritto industriale all'Università di economia, tornato ferito dalla guerra di Tunisia.

I due si salutano cordialmente, parlano della guerra, degli amici comuni, delle vicissitudini di quel periodo; Luigi Rocchi racconta infine di quanto gli fosse accaduto in Tunisia, e il colloquio tra i due termina con una frase di Piero Calamandrei, che secondo lui è stata: "Ma guarda, poveri ragazzi, dove si trovano"; e che viceversa per Luigi Rocchi è stata: "Ma guarda a che punto ci hanno portato questi mascalzoni (o questo mascalzone)".

Non si sa cosa di preciso abbia detto Piero Calamandrei a Luigi Rocchi in quell'incontro; fatto sta che quest'ultimo, forse per invidia, o forse per la fede fascista che lo caratterizzava, riferisce il colloquio all'autorità pubblica.

Il 3 maggio 1943 Piero Calamandrei viene così convocato in Questura, dove un funzionario lo informa della denuncia contro di lui e della frase che egli avrebbe pronunciato: "Inutile rimanere in Tunisia dal momento che la battaglia è perduta, guarda a che punto ci ha portato questo mascalzone".

Piero Calamandrei ammette la gravità della frase ma nega di averla pronunciata e ritiene che l'accusa di Luigi Rocchi sia dovuta a gelosia professionale.

Il giorno dopo un amico avvocato suggerisce a Piero Calamandrei di parlare con il Prefetto.

Il 5 maggio 1943 Piero Calamandrei chiede udienza al Prefetto.

Il Prefetto gli ricorda che per una denuncia del genere è previsto l'arresto e che evitarlo avrebbe dovuto scrivere una lettera al Duce per riaffermare di essere un buon italiano e di volere la vittoria dell'asse.

Segue una discussione tra i due, con la quale, alla fine, Piero Calamandrei piega la testa solo a metà: scriverà una lettera, ma solo al Rettore dell'Università.

Il 7 maggio 1943 Piero Calamandrei parla infatti con il Rettore dell'Università, e il colloquio è tragico.

Il Rettore, con tono fermo, gli ribadisce la necessità di inviare una lettera al Duce, con la quale, peraltro, deve dichiararsi disponibile a lasciare la cattedra; aggiunge che non è più in grado di assicurare la sua incolumità e lo invita a lasciare Firenze.

Il 10 maggio 1943 Piero Calamandrei invia una lettera di dimissioni dall'Università e conferma che lascerà Firenze, ma la lettera è solo per il Rettore e non per il Duce.

Il giorno dopo Piero Calamandrei parte per Roma e chiede di parlare con il capo di gabinetto Dino Mandrioli, che aveva conosciuto in occasione della collaborazione da lui data al Ministero della Giustizia per la stesura del codice di procedura civile.

Dino Mandrioli fa parlare Piero Calamandrei con lo stesso Ministro, che in quegli anni era divenuto Alfredo De Marsico.

Il ministro lo rassicura, dice: "Non si tratta solo di una cattiva azione contro di voi, ma di un grosso errore politico. Basta leggere le vostre istituzioni per rendersi conto di chi è l'autore della relazione al re del codice di procedura civile. Stasera alle 6 ho un appuntamento con capo: gli parlerò della cosa".

Infatti, nel suo diario, quello stesso 11 maggio 1943, Alfredo De Marsico scrive: "parlo al Duce della questione Calamandrei a Firenze".

Il giorno dopo, 12 maggio 1943, Dino Mandrioli telefona a Piero Calamandrei e riceve da lui ampie garanzie: "Il ministro mi assicura che non avrete molestie, ne' all'Università, ne' nella professione e che sono state date disposizioni in tal senso".

Una lettera del Ministero dell'interno inviata al Prefetto di Firenze dice: "E' stato segnalato al Duce che il prof. Piero Calamandrei, collaboratore alla preparazione del nuovo codice di procedura civile, è fatto oggetto di infondate accuse e di attacchi di carattere politico. Accuse ed attacchi muovono, a quanto si afferma, da colleghi del prof. Calamandrei e da professionisti locali, mossi più che altro da invidia e da personali rancori. Risultando superiormente, per attestazione di alte personalità, che il prof. Calamandrei, pur non essendo iscritto al P.N.F., è persona di assoluta lealtà e devozione alla Patria, se ne avverte V.E. perché sia tenuto presente che il Calamandrei non deve subire ingiuste molestie".

La questione, non è però interamente sopita, e il Ministero dell'educazione nazionale chiede ancora a Piero Calamandrei quali siano le sue idee politiche e cosa pensi della guerra.

Piero Calamandrei scrive allora, in data 5 giugno 1943, una ulteriore nuova lunga lettera.

Tra le molte cose ricordo queste: *"Mi si domanda, infine, qual è la mia posizione politica nel momento presente: credo che la mia vita, il modo con cui ho insegnato, i libri che ho scritto potrebbero bastare a rispondere a questa domanda; perché ho sempre cercato, per quanto mi è stato possibile, di vivere senza livori ma anche senza infingimenti. Che io non sia iscritto al partito fascista, e che non abbia mai chiesto di esserlo, è noto; e non ho da pentirmene, perché il fatto che io abbia potuto, ciò nonostante, studiare per tanti anni e insegnare senza molestie, e che ultimamente mi sia stato fatto il grande onore di chiamarmi a dar la mia collaborazione tecnica al nuovo processo civile, dimostra che anche senza rinunciare alla propria libera*

*coscienza si può servire, nei limiti delle proprie forze, il proprio paese.....Quando il partito diventò regime io concentrarai tutta la mia attività nei miei studi di giurista, cercando sopra tutto di difendere quel principio di legalità che ho avuto la soddisfazione di veder accolto al centro della nuova codificazione, e proclamato dal Guardasigilli nella sua relazione al Sovrano sul nuovo codice di procedura civile.....In quanto poi ai doveri del cittadino e del militare è perfino stolto dubitare che la consapevolezza di essi e il senso di responsabilità che li accompagna possa mancare in chi, come me, ha un focolare creato con il suo lavoro e una famiglia creata col suo sangue; in chi senti quale immenso impegno verso i nostri morti, sia, ora più di sempre, essere italiani”.*

Dunque, può forse dirsi questo: Piero Calamandrei fu senz'altro protetto dal Ministero della giustizia avverso la denuncia di Luigi Rocchi; al tempo stesso però deve dirsi che Piero Calamandrei non piegò la testa ne' di fronte al Prefetto, ne' di fronte al Rettore, non inviò alcuna lettera al duce, e, evidentemente, assumendosene ogni rischio e pericolo, non professò fede fascista, ne' negò i suoi sentimenti e le sue posizioni politiche, nemmeno a fronte delle gravi conseguenze che questo atteggiamento avesse potuto avere.

### **3. Piero Calamandrei avvocato**

3. Tra i ricordi di Piero Calamandrei non può essere evidentemente omissivo quello del Calamandrei avvocato.

A detta di tutti Piero Calamandrei è stato avvocato nel modo più alto e più nobile, e ciò sia perché all'interno della avvocatura è arrivato a ricoprire il ruolo di Presidente del Consiglio Nazionale Forense, carica che ha tenuto dal 1946 fino alla fine dei suoi giorni, e sia perché ha esercitato la professione, per tutta la sua vita, con quel rigore e quella semplicità che solo i grandi avvocati hanno.

Si sa che Piero Calamandrei considerasse l'avvocatura soprattutto come servizio, che rendeva a chiunque lo chiedesse, senza particolare selezione della clientela, e senza pretendere compensi che pregiudicassero i clienti economicamente più deboli.

Scriveva: *“L'avvocato vero, quello che dedica tutta la sua vita al patrocinio, muore povero”*; e nella prefazione all'ultima edizione dell'*Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, Paolo Barile, suo affezionato allievo, aggiungeva infatti: *“E povero morì Piero Calamandrei”*.

Forse, non proprio povero morì Piero Calamandrei, anche perché nacque in una famiglia borghese e benestante, figlio di un avvocato e deputato del Regno; ma certo non fece dell'avvocatura uno strumento di profitto.

**3.1.** Alcuni dei processi nei quali Piero Calamandrei ebbe occasione di esercitare il suo patrocinio sono riportati nel suo stesso *Elogio*, al quale posso così rinviare.

Qui invece desidero ricordare che Piero Calamandrei partecipò come avvocato, insieme ad altri noti giuristi dell'epoca, al primo procedimento dinanzi alla Corte costituzionale, che si tenne il 23 aprile 1956.

La Corte costituzionale, come è noto, seppur prevista dagli artt. 134 e ss. della Costituzione del 1948, entrò in funzione solo nel 1956, e fu presieduta per la prima volta da Enrico De Nicola, già capo provvisorio dello Stato.

In quell'occasione si doveva pronunciare sulla legittimità costituzionale dell'art. 113 del T.U. delle norme in materia di pubblica sicurezza, che era stato approvato con decreto 18 giugno 1931.

Tale disposizione prevedeva che senza autorizzazione dell'autorità pubblica costituiva reato distribuire avvisi o stampati nelle strade, o affiggere manifesti o giornali, ovvero usare alto parlanti per comunicazioni al pubblico.

Ovviamente quelle disposizioni, tipiche del periodo fascista, erano da considerare in contrasto con il diritto di libera manifestazione del pensiero, e molti giudici di merito l'avevano così rimesse alla Corte costituzionale perché fossero dichiarate in contrasto con l'art. 21 Cost.

La Corte costituzionale, in quell'occasione, si trovò addirittura a riunire a sé quasi trenta ordinanze di remissione, un record.

Gli avvocati si batterono perché la Corte provvedesse a dichiarare l'incostituzionalità di quelle vecchie norme, e la Corte costituzionale, infatti, con quella sua prima pronuncia, dichiarò che tale disposizione, *“col prescrivere l'autorizzazione, sembra far dipendere quasi da una concessione dell'autorità di pubblica sicurezza il diritto che l'art. 21 della Costituzione conferisce a tutti, attribuendo alla detta autorità poteri discrezionali illimitati, tali cioè che, indipendentemente dal fine specifico di tutela di tranquillità e di prevenzione di reati, il concedere o il negare l'autorizzazione può significare praticamente consentire o impedire caso per caso la manifestazione del pensiero”*.

Dunque, la Corte dichiarava: *“illegittimità costituzionale dei comma 1, 2, 3, 4, 6 e 7, dell'art. 113 del T.U. delle leggi di p.s.”* per violazione del diritto di libertà di manifestazione del pensiero.

Non so se questa sia stata la principale soddisfazione che Piero Calamandrei abbia avuto nel corso della sua vita di avvocato; quasi sicuramente, però, fu l'ultima, considerato che qualche mese dopo, ovvero il 27 settembre dello stesso anno, moriva.

**3.2.** Ricordare Piero Calamandrei avvocato è, soprattutto, ricordare il suo volume *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, un classico, insuperato, di prosa letteraria sulla vita del mondo giudiziario, colmo di ironia e sensibilità.

*L'elogio* ebbe tre edizioni: una prima nel 1935, una seconda tre anni dopo, nel 1938, ed una terza nel 1955, dopo la guerra.

Come correttamente ha osservato Franco Cipriani, il volume non proprio può considerarsi un elogio dei giudici, perché anzi, in molte occasioni, Piero Calamandrei tratta i giudici in modo sgarbato, e basta leggere le tante irriverenze alla magistratura che quel libro contiene per convincersi di ciò.

Oggi difficilmente un avvocato si permetterebbe di scrivere che *“Nel giudice non conta l'intelligenza, conta soprattutto la superiorità morale, la quale dev'essere tanta da far sì che il giudice possa perdonare all'avvocato di essere più intelligente di lui”*; oppure di ironizzare sulle differenze economiche che corrono tra un avvocato e un giudice (oggi, ovviamente, non è più così), raccontando, ad esempio, di un giudice sardo, che, dovendo giudicare su un furto ad un peschereccio, confondeva le ostriche con le aragoste, perché non le conosceva, in quanto con lo stipendio non poteva acquistare ne' le une ne' le altre (Calamandrei, *Elogio*, Ponte alle Grazie, Montepulciano, 2003, 361).

Però questo atteggiamento non vale per la terza edizione, nella quale Piero Calamandrei, nella fondamentale prefazione che vi antepone, ricorda che, se durante il fascismo *“la vita dello Stato non precipitò nel caos, a ciò contribuì in maniera decisiva la continuità di una Magistratura rimasta fundamentalmente sana”*.

In detta prefazione, soprattutto, Piero Calamandrei commemora, con commoventi parole, tre magistrati, vittime del fascismo: Pasquale Calagrande, ucciso da dei fucilatori appostati in Ferrara, Pasquale Saraceno, Aurelio Sansoni.

Di Pasquale Saraceno, Piero Calamandrei ricorda che aveva chiesto al Ministero il permesso di essere rinchiuso in un carcere sotto falso nome per qualche mese, per misurare con l'esperienza la sofferenza dei detenuti e cercare nella realtà del carcere la giustificazione della pena.

Durante le settimane della battaglia di Firenze, Pasquale Saraceno si nascose nell'edificio dell'allora Corte di appello di Firenze, in Via Cavour, e, affacciato solo un istante sulla soglia, fu colpito al petto da una fucilata di *“franchi tiratori fascisti annidati nei tetti”*.

Di Aurelio Sansoni, poi, Piero Calamandrei ricorda che gli avvocati lo chiamavano Cristo, *“perché aveva veramente, nella faccia scarna e mesta, l'impronta rassegnata e dolente di un Crocifisso”*.

E aggiunge: *“Qualcuno, nei primi tempi del fascismo, lo chiamava anche il pretore rosso; ma non era in realtà ne’ rosso ne’ bigio; era soltanto una coscienza tranquillamente fiera, non disposta a rinnegare la giustizia per far la volontà degli squadristi che invadevano le aule”*.

E poi ancora: *“Alla memoria di Pasquale Colagrande, di Pasquale Saraceno, di Aurelio Sansoni, magistrati fieri ed umani, per i quali la giustizia fu non svogliato disbrigo di pratiche burocratiche, ma impegno religioso di tutta la vita, è dedicata questa terza edizione dell’Elogio”*.

**3.3.** Non può mancare poi un richiamo al grande senso dell’*humor* di cui Piero Calamandrei avvocato era dotato.

Alcune sue battute, ancora oggi, dopo quasi cento anni, circolano negli ambienti giudiziari.

Si dice che un giudice, una volta, prima di dare la parola agli avvocati, e come spesso avviene, li invitò alla massima sinteticità e a non ripetere niente di quanto avessero già scritto.

Piero Calamandrei allora si alzò e disse: *“Signor presidente, in estrema sintesi le cose stanno così: io ho ragione e lui (rivolgendosi alla controparte) ha torto”*; e si rimise a sedere. In altra occasione, in cassazione, sempre invitato ad essere breve, rispondeva: *“Signor Presidente, se leggessi, potrei leggere un rigo sì e un rigo no, ma gli è che parlo”*.

Si dice che Piero Calamandrei ironizzava poi sulla circostanza che in molte occasioni un cliente che vince una causa, più che ringraziare il proprio avvocato, deve ringraziare l’avvocato avversario per gli errori che questi abbia commesso.

Nella mia esperienza professionale trovo questa osservazione azzeccatissima; e tutte le volte mi fa sorridere che, anche per l’avvocato, la prima regola sia proprio quella del *neminem laedere*.

**3.4.** Infine, è importante ricordare il ruolo e la funzione che per Piero Calamandrei deve avere l’avvocato nel processo.

Giovanissimo scriveva un piccolo volume intitolato *Troppi avvocati*, siamo nel 1921.

In quel volume Piero Calamandrei sottolineava subito che quella dell’avvocato è una funzione pubblica, e che senza la presenza degli avvocati nel processo, questo non sarebbe in grado di rendere giustizia secondo verità.

Piero Calamandrei, esattamente cento anni fa, scriveva parole ancora attualissime; dal che mi sembra necessario richiamarle: *“Si rifletta, infatti, che la sentenza giusta si può considerare come la risultante di tre forze che agiscono in tre direzioni diverse, cioè di tre intelligenze che esaminano lo stesso problema da tre differenti punti di vista e con diverso*

*interesse: di fronte all'opera del giudice, che in posizione centrale guarda la lite nella sua interezza e con spirito che, per sempre disinteressato, è imparziale e equanime, ma anche, spesso, superficiale e svogliato, efficacemente si aggiunge l'opera dei due avvocati competitori, ciascuno dei quali, se può difettare di obiettiva serenità per la unilateralità dell'interesse che lo muove e per la sua tendenza a porre in luce soltanto gli aspetti della questione che giovano al suo cliente, è tuttavia in grado, appunto, per la passione con cui si mette al lavoro, di compiere su alcuni elementi della controversia un'indagine assai più profonda di quella che da sé potrebbe compiere il giudice. Dall'incontro di queste tre forze nasce la verità".*

Il discorso è chiarissimo e fissa, con altrettanta chiarezza, il ruolo dell'avvocato nella dinamica processuale.

Il giudice, da solo, non potrebbe giungere a quella verità che solo il contraddittorio assicura, che solo lo scontro tra parti interessate all'esito della lite consente di raggiungere.

Ove questo scontro mancasse, e quindi ove il processo non avesse la presenza dei difensori, la funzione giurisdizionale non riuscirebbe in modo corretto e completo ad essere esercitata.

Ovviamente, affermato questo, il compito dell'avvocato non è però quello di dar sfoggio della propria preparazione o di perdersi in mille analisi del tutto inutili, perché in tanto l'avvocato è in grado di svolgere correttamente questo suo essenziale ruolo, in quanto sappia, nel modo più pulito e sintetico possibile, porre al giudice quelle sole questioni che abbiano rilevanza, nell'interesse del cliente, alla risoluzione della lite.

Anche su ciò Piero Calamandrei scriveva parole che ancor oggi circolano nel mondo giudiziario: *"Utile è quell'avvocato che parla lo stretto necessario, che scrive chiaro e conciso, che non ingombra l'udienza con la sua invadente personalità, che non annoia i giudici con la sua prolissità e non li mette in sospetto con la sua sottigliezza: proprio il contrario, dunque, di quello che certo pubblico intende per grande avvocato"*.

**3.5.** Infine, per Piero Calamandrei la funzione dell'avvocato ha un senso in correlazione con quella del giudice.

*"Nel processo" – sottolineava Piero Calamandrei – "giudici e avvocati sono come specchi; ciascuno, guardando in faccia l'interlocutore, riconosce e saluta, rispecchiata il lui, la propria dignità"*.

La dignità della funzione giurisdizionale, senza dubbio, si rinviene nell'indipendenza del giudice, cosicché anche l'avvocato ha dignità solo se il giudice

è indipendente; al contrario, e come purtroppo avviene nei sistemi totalitari, anche la funzione dell'avvocato si perde se il giudice non è indipendente.

Il tema dell'indipendenza della magistratura è stato basilare per Piero Calamandrei già ben prima dell'entrata in vigore della Carta costituzionale.

Ed infatti, nel 1921, Piero Calamandrei, in una *lectio magistralis* intitolata *Governo e magistratura*, tenuta all'Università di Siena, scriveva: *“La civiltà dei popoli, la forza degli Stati, si misura non tanto dalla bontà delle leggi quanto dal grado di indipendenza raggiunto dagli organi che queste leggi sono chiamati ad applicare”*. E da altra parte scriveva: *“Se si vuole veramente porre su solide basi la indipendenza del giudice, non basta liberarlo dal timore che il suo atteggiamento di ribellione contro gli intrighi politici possa in qualche modo danneggiarlo, ma bisogna toglierli ogni speranza che un atteggiamento servile ed inchinevole possa giovare alla sua carriera futura”*.

Certamente, però, il fatto che il giudice debba essere indipendente non significava per Piero Calamandrei che egli potesse considerarsi libero da ogni vincolo, o signore assoluto della giustizia.

Con l'ironia che lo caratterizzava, Piero Calamandrei aggiungeva anche che: *“Se ci raccontassero che un magistrato, senza essere richiesto da alcuno, si è messo in viaggio alla scoperta dei torti da raddrizzare, saremmo portati a considerarlo, piuttosto che un eroe della giustizia, un maniaco pericoloso”*.

Dunque, piuttosto, una indipendenza della magistratura nel rispetto di precise regole processuali, le quali anche, al contempo, siano in grado di fissare i compiti degli avvocati.

E infine affermava Piero Calamandrei che la libertà del giudice non deve poi trasformarsi nella licenza di nutrire maggiori simpatie per un litigante rispetto ad un altro, ed in particolare per il litigante, o per l'avvocato, che egli considera più deboli.

Scrivendo Piero Calamandrei sempre tra serio e faceto: *“Assai spesso i giudici, per la tendenza che ogni uomo ha di proteggere i deboli contro i forti, sono tratti senza accorgersene a favorire quella parte che è difesa peggio: un difensore inesperto può fare talvolta, se trova un giudice dal cuore generoso, la fortuna del suo cliente”*.

#### **4. Piero Calamandrei e il figlio Franco**

4. Ultimo momento sul quale desidero richiamare l'attenzione, come avvertito, è quello tra Piero Calamandrei e il suo unico figlio Franco.

E' stato un rapporto spesso caratterizzato da incomprensioni e contrasti, tanto che Laterza, nel 2008, ha pubblicato su ciò un libro intitolato *Una famiglia in guerra*.

Piero desidera che anche Franco faccia l'avvocato e il giurista, ma Franco non lo segue in quella strada, anzi sostiene che *"I figli devono educare i genitori"*.

Si laurea in giurisprudenza solo per accontentare il padre, e, subito dopo quella laurea, fors'anche per allontanarsi dalla casa dei genitori, si trasferisce a Roma e si iscrive alla facoltà di Lettere.

Contro la volontà del padre partecipa ad un concorso per l'Archivio di Stato e lo vince; inizia così a lavorare a Napoli, e poi a Venezia.

Antifascista, Franco, dopo la caduta del Governo Mussolini, nel settembre del 1943, decide di unirsi a degli amici partigiani organizzati che si trovano a Roma.

Il 14 settembre 1943, nel viaggio tra Venezia e Roma per raggiungere gli amici, Franco decide di fermarsi a Firenze per salutare i genitori.

I genitori si sono però in quei giorni spostati a Treggiaia (PI), e Franco li raggiunge lì.

Piero, che non vede il figlio da tempo, è felice di poter passare un po' di tempo con lui, ma l'incontro al contrario è drammatico.

Franco esterna al padre i suoi propositi e gli dice chiaramente che sta andando a Roma a raggiungere l'organizzazione partigiana combattente.

Piero si altera, dice che è una pazzia, che il momento è delicatissimo, e che l'unica cosa da fare è aspettare l'esito degli eventi e trattenersi in un posto isolato quale Treggiaia.

Franco allora aggredisce verbalmente il padre, gli dà del borghese, gli rimprovera di aver opposto al fascismo solo qualche barzelletta e qualche brontolio, ma niente di più.

I due si lasciano in malo modo.

Franco saluta la madre ma non il padre.

Piero annota nel suo diario: *"Stamattina è venuto Franco da Firenze. Visita che credevo fosse piena di dolcezza com'è il ritrovarsi di persone che si vogliono bene nel momento della sventura, e che invece è stato di angoscia e di amarezza"*.

Del figlio, per giorni e giorni, non ha notizia.

Piero e Ada il 17 ottobre 1943 si spostano a Collicello, in Umbria, e rimangono lì nove mesi, sino a luglio del 1944.

I rapporti con Franco non riprendono.

Piero annota nel suo diario che per Natale *"Franco non ha trovato modo neanche di farci arrivare un saluto"*; il 16 gennaio 1945 annota: *"Pecorella mi ha rimandato indietro"*

*diecimila lire che gli avevo inviato per Franco, e delle quali pare che Franco non abbia voluto nemmeno un centesimo*"; 12 marzo: *"Di Franco non abbiamo più notizie"*.

Si arriva così al 23 marzo 1945, giorno dell'attentato di Via Rasella.

Il 25 marzo 1945 la stampa *Stefani* dà notizia dell'attentato: precisa che sono morti 32 tedeschi e comunica che il Comando tedesco ha ordinato che per ogni tedesco ammazzato "dieci criminali comunisti-badogliani saranno fucilati", e aggiunge: "L'ordine è stato già eseguito"; precisamente in una cava sulla via Ardeatina.

La notizia arriva a Collicello il 27 marzo 1945, ma Piero ancora non sa che uno dei giovani che hanno preso parte all'attentato di Via Rasella è Franco.

Ovviamente da Franco continuano a non arrivare notizie.

Solo il 17 aprile 1945 a Piero arriva una lettera di Franco che servirà a tirare un sospiro di sollievo, visto che in tutto quel periodo aveva avuto timore che Franco potesse essere una delle 320 vittime delle fosse ardeatine, e comunque potesse esser stato arrestato quale "comunista-badogliano".

Una ulteriore lettera del figlio arriva il 1 luglio 1945: con essa Franco avverte i genitori di essersi sposato con una ragazza dal nome Maria Teresa il 13 giugno passato; Piero annoterà sul diario: *"auguro che i vostri figliuoli vivano in un'epoca in cui sia permesso ai genitori di assistere serenamente al matrimonio dei loro figli"*.

L'8 luglio Piero e Ada decidono di raggiungere Roma.

Arrivati a Roma, riescono ad incontrare il figlio con la nuova moglie.

Franco, ovviamente, non dice niente di via Rasella, ma il padre inizia ad avere dei sospetti, e scrive nel diario: *"A tavola Franco arrossisce quando si parla della bomba sotto il Quirinale"*.

Scrive Franco Cipriani: "Noi non sappiamo quando, come e da chi Piero Calamandrei seppe che il figlio aveva attivamente partecipato all'imboscata di via Rasella, ma possiamo essere certi che quella vicenda lo tormentò sino alla fine dei suoi giorni".

Nel marzo del 1949, alcuni familiari dei martiri delle fosse ardeatine intentano una causa civile di risarcimento dei danni agli esecutori dell'attentato di via Rasella; fra i convenuti citati in quella causa compare anche Franco Calamandrei, esecutore materiale, e tra i mandanti Giorgio Amendola, Riccardo Bauer e Sandro Pertini.

Forse quella è stata l'unica occasione nella quale il figlio ha chiesto aiuto al padre, che in quegli anni era, niente meno, che il Presidente del Consiglio nazionale forense.

Dietro le quinte, Piero Calamandrei orchestra la difesa del figlio, scegliendo due tra i più noti avvocati di quel periodo: Federico Comandini e Arturo Carlo Jemolo.

Il processo va avanti fino in cassazione, e solo con una pronuncia delle sezioni unite del 1957 (Cass. 19 luglio 1957 n. 3053, presieduta da Ernesto Eula, grande amico e stimatore di Piero Calamandrei) la vicenda si chiude favorevolmente per Franco e gli altri convenuti.

Piero, però, seppur impegnato nella difesa del figlio per tutto il processo durato ben otto anni, e per quanto la vicenda certamente lo angustiò fino all'ultimo, non ebbe la gioia di sapere che il figlio ne uscì senza conseguenze, in quanto moriva a Firenze l'anno prima, ovvero nel 1956.

Successe, infatti, che il 27 settembre 1956, a seguito di complicanze per un intervento chirurgico, Piero Calamandrei si aggravava e moriva all'età di soli 67 anni.

In quei giorni Franco si trovava in Cina come inviato speciale del giornale *L'Unità*. Scrive infatti Alessandro Casellato in *Una famiglia in guerra*: "Franco era lontano, ancora in Cina per eseguire i lavori dell'XVIII Congresso del partito comunista cinese".

Piero Calamandrei, così, non ebbe vicino a sé il figlio nemmeno in punto di morte.

# L'IMMUNITÀ QUALIFICATA DELLE FORZE DELL'ORDINE NEL DIRITTO STATUNITENSE

**Francesco Antonino Laneri**

**ABSTRACT** [ITA]: Il presente contributo mira alla disamina delle principali pronunce della Corte Suprema Statunitense aventi ad oggetto l'istituto dell'immunità qualificata. Elaborata in occasione del caso *Pierson v. Ray* del 1967, la teoria in esame ha costituito per decenni un'immunità processuale in favore delle forze dell'ordine per le violazioni di diritti di rilevanza costituzionale riconosciuti ai cittadini. Dopo l'insorgere dei recenti movimenti di protesta da parte della comunità afroamericana, alcuni Deputati del Congresso hanno presentato il "The ending of qualified immunity Act" al fine di eliminare il suddetto istituto dall'ordinamento statunitense.

**ABSTRACT** [ENG]: *This paper aims to examine the most relevant U.S Supreme Court's case law regarding qualified immunity. Created in 1967 with the case Pierson v. Ray, this theory has represented for decades an immunity shield in trials in order to protect police officers from liability for constitutional violations. After the recent protests by the afroamerican community, some Deputies of Congress have presented The ending of Qualified Immunity Act to remove this institute from the American legal system.*

**SOMMARIO:** **1.** Introduzione. - **2.** Origini e *rationes* della *qualified immunity*, il caso *Pierson v. Ray*. - **3.** L'evoluzione della *qualified immunity* a partire dal caso *Harlow v. Fitzgerald*. - **3.1** *Brosseau v. Haugen* e *Winzer v. Kaufman County*: le recenti interpretazioni dell'immunità qualificata. - **3.2** I correttivi apportati dalla giurisprudenza: *Hope v. Pelzer*. - **4.** Prospettive di riforma e conclusioni.

## 1. Introduzione.

La morte di George Floyd, e gli innumerevoli atti di violenza perpetrati dalla polizia americana ai danni dei cittadini che hanno aderito al movimento *Black Lives Matter*, impongono una revisione profonda dei poteri e delle prerogative accordati dall'ordinamento statunitense alle forze dell'ordine. Un contesto, quello nordamericano, in cui le istanze securitarie hanno da sempre prevalso, a discapito – come si evince dai recenti fatti di cronaca - dei diritti individuali costituzionalmente garantiti. È giocoforza ammettere che a pagare il fio degli eccessi di potere da parte della forza pubblica sono coloro i quali vivono già ai margini della società per effetto delle profonde diseguaglianze che attanagliano la Nazione. Uno degli istituti che nella storia recente ha rappresentato uno scudo di impunità in favore delle forze dell'ordine – e che attualmente è oggetto di un processo di revisione critica, ineluttabilmente avviatosi per effetto delle odierne proteste da parte della comunità afroamericana- è la cosiddetta *qualified immunity*.

La dottrina dell'immunità qualificata è un istituto di elaborazione giurisprudenziale, teorizzato dalla Corte Suprema degli Stati Uniti e funzionale a circoscrivere la punibilità degli ufficiali di polizia per le violazioni compiute nell'esercizio delle funzioni. In ossequio a tale dottrina, non è punibile l'ufficiale che, agendo in buona fede, abbia violato un diritto del cittadino costituzionalmente garantito, se tale condotta non costituisce la violazione di un principio giuridico *clearly established*. L'immunità qualificata ha rappresentato per decenni un velo a garanzia dell'impunità dei pubblici ufficiali ed ha condotto prevedibilmente alla frustrazione delle pretese giuridiche del cittadino che avesse subito degli abusi in quelle che la Corte Suprema definì *legally murky areas*<sup>1</sup>: ovvero sia zone d'ombra del diritto in cui non è del tutto chiaro il confine tra repressione dei crimini e prevaricazione a danno dei privati.

Nella presente trattazione verranno esaminate le più rilevanti pronunce della Corte Suprema sul tema; in particolare, ci si soffermerà ad analizzare il modo in cui la giurisprudenza ha dilatato i margini di riconoscimento dell'immunità qualificata,

---

<sup>1</sup> Pierson v. Ray, 386 U.S. 547 (1967)

aggravando notevolmente da un punto di vista processuale la posizione del cittadino che tenti di ottenere ristoro sul piano civile per la lesione di un diritto costituzionalmente garantito. In conclusione, si analizzeranno i profili problematici che la dottrina dell'immunità qualificata pone in relazione al coerente sviluppo del diritto costituzionale statunitense. Brevi cenni, da ultimo, saranno dedicati al progetto di riforma presentato da alcuni deputati Democratici – il cosiddetto *Ending of Qualified Immunity Act* – che mira al superamento del suddetto istituto.

## **2. Origini e rationes della qualified immunity, il caso Pierson v. Ray.**

La dottrina della *qualified immunity* fu elaborata per la prima volta dalla Corte Suprema degli Stati Uniti in occasione del caso *Pierson v. Ray* del 1967. La vicenda in esame prese le mosse dall'arresto e dall'illegittima detenzione di un gruppo di quindici sacerdoti, tre di etnia afroamericana, che sostavano presso una stazione dei bus nello Stato del Mississippi. Dopo essere stati invitati ad abbandonare l'area e avendo opposto un rifiuto, i componenti del gruppo vennero tratti in arresto da due agenti di polizia, David Allison Nichols e Joseph David Griffith, i quali ritenevano che la comitiva turbasse la quiete presso la zona di transito. Dopo esser stati privati della libertà personale e rinviati a giudizio, i componenti del gruppo furono condannati dal giudice distrettuale James Spencer a quattro mesi di detenzione. La disposizione del codice del Mississippi, ormai abrogata, in forza della quale Pierson e gli altri sacerdoti vennero ristretti *in vinculis*, incriminava "chiunque si fosse radunato in luogo pubblico in circostanze tali da provocare la violazione della pace, rifiutandosi di ottemperare agli ordini della polizia"<sup>2</sup>. Il Congresso per l'Uguaglianza Razziale – organizzazione istituita nel 1942 a tutela dei diritti degli afroamericani e di tutte le minoranze etniche e religiose presenti negli Stati Uniti – ritenendo che l'arresto della comitiva fosse pretestuoso in quanto legato a pregiudizi di tipo razziale, agì in giudizio per il risarcimento dei danni contro i due ufficiali e il giudice di primo grado

<sup>2</sup> Mississippi code § 2087.5: «*makes guilty of a misdemeanor anyone who congregates with others in a public place under circumstances such that a breach of the peace may be occasioned thereby, and refuses to move on when ordered to do so by a police officer*».

che emise la sentenza di condanna. Il Congresso, nella persona del suo rappresentante legale, Carl Rachlin, sostenne l'illegittimità delle condotte poste in essere dagli ufficiali di polizia e dal giudice, agendo in giudizio contro quest'ultimi in virtù del titolo 42, sezione 1983 del *Civil Rights Act* del 1871, altrimenti noto come *Ku Klux Klan Act*<sup>3</sup>. Il Tribunale distrettuale respinse le doglianze del ricorrente, poiché ritenne che l'assembramento dei sacerdoti sarebbe stato foriero di violenze e disordini; la Corte d'Appello, invece, pur riconoscendo l'incostituzionalità della disposizione del codice del Mississippi di cui si è fatta menzione, dichiarò l'immunità delle parti convenute. Sebbene l'immunità dei giudici fosse un principio già noto all'ordinamento statunitense<sup>4</sup>, l'immunità delle forze dell'ordine costituiva una scelta fino ad allora inedita per la giurisprudenza. Lo scrutinio della questione passò così al vaglio della Corte Suprema che condivise l'opportunità di estendere l'immunità funzionale, tradizionalmente riconosciuta ai giudici, anche ai due agenti responsabili dell'arresto di Pierson. Conformemente a ciò, il supremo consesso ritenne che «*la legge del Mississippi non richiede agli agenti di polizia di prevedere a loro rischio e pericolo quali leggi statali siano costituzionali e quali no*». In sintesi, aderendo alle argomentazioni riportate dal giudice d'appello, la Corte Suprema concluse per la scusabilità della condotta dell'ufficiale di polizia che avesse agito in attuazione di una norma che ragionevolmente doveva ritenersi valida e che solo successivamente venne dichiarata incostituzionale.

I principi ivi affermati finirono con l'estendere l'applicazione dell'immunità funzionale – fino ad allora accordata ai soli giudici – anche alle forze dell'ordine. Per ulteriore completezza, va precisato che l'istituto della *qualified immunity*, che costituisce un tratto distintivo del diritto americano e un *unicum* nel panorama internazionale, non esaurisce il campo delle immunità riconosciute dall'ordinamento statunitense verso coloro i quali rivestano cariche pubbliche. Ed invero, il concetto di immunità tradizionalmente accolto è quello dell'*absolute immunity* che, per definizione, si contrappone alla *qualified immunity*<sup>5</sup>. L'immunità assoluta, accordata

---

<sup>3</sup> Il *Civil Rights Act* o *Ku Klux Klan Act* del 1871 consentì ai cittadini di agire in giudizio contro i pubblici ufficiali e le amministrazioni.

<sup>4</sup> V. *Bradley v. Fisher*, 80 U.S. 335 (1871)

<sup>5</sup> JACK M. BEERMAN, *Constitutional Avoidance and Qualified Immunity*, 2009 *Sup. Ct. Rev.* 139, p. 7

tradizionalmente in favore degli alti funzionari dell'amministrazione<sup>6</sup>, offre una protezione integrale quando la violazione di diritti costituzionalmente riconosciuti intervenga nell'esercizio delle funzioni pubbliche.

Ritornando all'analisi circa le origini dell'immunità qualificata, è ben possibile comprendere la ragione per la quale il caso *Pierson* assunse un'importanza centrale nel panorama del diritto pubblico statunitense. Si noti bene che le conclusioni analizzate nella sentenza in oggetto costituirono solo il primo degli innumerevoli interventi della giurisprudenza finalizzati ad escludere progressivamente la punibilità degli agenti di polizia per i reati commessi nell'esercizio delle funzioni. In ossequio all'evidente preoccupazione che l'attività di repressione dei crimini subisse una battuta d'arresto, la Corte Suprema compì una scelta non priva di risvolti particolarmente controversi. L'esigenza di prevenire ogni forma di riluttanza nell'esercitare le funzioni di repressione, per timore delle eventuali conseguenze penali e civili a carico degli agenti, venne sintetizzata in maniera esplicita nel caso *Pierson*: «*policeman's lot is not so unhappy that he must choose between being charged with dereliction of duty if he does not arrest when he had probable cause, and being mulcted in damages if he does*».

### **3. L'evoluzione della *qualified immunity* a partire dal caso *Harlow v. Fitzgerald*.**

L'importanza degli scopi perseguiti dalla teoria dell'immunità qualificata trovò l'avallo di una successiva giurisprudenza: segnatamente, in occasione del caso *Harlow v. Fitzgerald* del 1982. «*Il riconoscimento dell'immunità qualificata per gli alti ufficiali riflette l'esigenza di bilanciamento di contrapposti valori: non solo l'importanza di un rimedio risarcitorio a tutela dei diritti dei cittadini, ma anche la necessità di proteggere i pubblici funzionari che sono tenuti a esercitare con vigore un potere discrezionale nella cura dell'interesse generale*»: queste le conclusioni a cui approdò la Corte Suprema nel caso *Harlow v. Fitzgerald*, controversia che segnò il riconoscimento dell'immunità qualificata ai collaboratori del Presidente Nixon. Ma la novità più significativa

---

<sup>6</sup> Cfr. *Butz v Economou*, 438 U.S. 478 (1978)

apportata dal caso Harlow alla definizione dei tratti distintivi della *qualified immunity* attenne al superamento della buona fede come requisito necessario ai fini del riconoscimento dell'immunità, escludendo qualsivoglia rilevanza della componente soggettiva<sup>7</sup>. A partire dalla pronuncia in oggetto, quindi, verranno ritenute scusabili anche le condotte lesive perpetrate in malafede e ricadrà in capo al cittadino l'onere di dimostrare in giudizio che il diritto che si assume esser stato violato sia *clearly established*.

L'inversione dell'onere della prova, come è agevole desumere, ha notevolmente compromesso l'effettività della tutela giurisdizionale in favore del cittadino nei confronti dell'amministrazione, riconosciuta dal *Civil Rights Act* del 1871. Una posizione del tutto analoga venne adottata dalla Corte nel caso *Ashcroft v. Iqbal*<sup>8</sup>, in cui fu ribadita l'esigenza di garantire agli ufficiali uno scudo processuale per evitare qualsivoglia titubanza durante l'esercizio delle funzioni di polizia. Alla luce del quadro giurisprudenziale delineatosi, verificare se un diritto sia *clearly established* impone un esame in concreto dei fatti a fondamento del giudizio, tenuto conto del contesto normativo presente al momento della violazione. Di conseguenza, sarà riconosciuta l'immunità qualificata qualora non vi sia un precedente giurisprudenziale che attesti che la condotta del pubblico ufficiale violi un diritto chiaramente stabilito. Queste riflessioni verranno approfondite nella sentenza *Brosseau. v. Haugen*, le cui argomentazioni saranno dettagliatamente analizzate in seguito.

Un prospetto generale sulle caratteristiche della *qualified immunity* conduce, infine, a introdurre brevi cenni sul caso *Saucier v. Katz*. In occasione di tale pronuncia, la Corte Suprema impose ai giudici delle *lower courts* uno scrutinio delle questioni che verifichi primariamente se un diritto costituzionalmente rilevante sia stato violato; in secondo luogo, il giudice dovrà assicurarsi che tale diritto sia *clearly established*. I due accertamenti si collocano in rapporto di pregiudizialità, sicché non si potrà procedere allo scrutinio della seconda questione senza che la prima abbia dato esito favorevole

---

<sup>7</sup> JAMES E. PFANDER, *Resolving the Qualified Immunity Dilemma: Constitutional Tort Claims for Nominal Damages*, 111 *Colum. L. Rev.* 1601 (2011), p.4

<sup>8</sup> "The basic thrust of the qualified-immunity doctrine is to free officials from the concerns of litigation", *Ashcroft v. Iqbal*, 556 U.S. 662 (2009)

al ricorrente. Tali restrizioni manifestano la preoccupazione di prevenire un esame del merito che tenga conto soltanto in astratto della rilevanza costituzionale del diritto, ignorando gli eventuali mutamenti della *case law*<sup>9</sup>. Dedicare un momento ad hoc al riscontro del carattere *clearly established* del diritto equivale quindi a garantire l'osservanza dei criteri enucleati nel caso Harlow. Ad ogni modo, i principi appena esaminati trovarono l'opposizione della dottrina e di una parte della giurisprudenza che decise di discostarsi<sup>10</sup>. In una *dissenting opinion* nel caso *Bunting v. Mellen* il giudice Scalia definì la sentenza Saucier concettualmente confusionaria. Com'era prevedibile, la Corte Suprema mutò presto orientamento, ritenendo l'analisi delle questioni secondo l'ordine imposto nel caso Saucier non più obbligatorio. In occasione del caso *Pearson v. Callahan*, i giudici supremi optarono all'unanimità per l'*overruling*, definendo lo scrutinio "two-step" della vertenza come "woefully inadequate"<sup>11</sup>.

### **3.1. Brosseau v. Haugen e Winzer v. Kaufman County: le recenti interpretazioni dell'immunità qualificata.**

Come già accennato in precedenza, nei decenni successivi alla sua originaria configurazione, le corti statunitensi elaborarono criteri sempre più rigorosi per superare in giudizio lo scudo dell'immunità qualificata, rendendo sempre meno agevole per il cittadino ottenere ristoro per la violazione di un proprio diritto. Alcuni autori utilizzano l'espressione "procedural puzzle"<sup>12</sup> per definire il percorso che la giurisprudenza decise di tracciare affinché il privato potesse vedere accolte le proprie istanze risarcitorie. Il caso *Brosseau v. Haugen* rappresentò una tappa fondamentale di tale iter, trasformando le vie processuali per giungere ad un accertamento della responsabilità dei pubblici ufficiali notevolmente più anguste. Nel caso in esame, un membro del Dipartimento della polizia di Washington, Rochelle Brosseau, sparò un colpo alle spalle di Kenneth Haugen mentre tentava di fuggire dalle forze dell'ordine

<sup>9</sup> Saucier v. Katz, 533 U.S. 194 (2001)

<sup>10</sup> Bunting v. Mellen, 541 U.S. 1019 (2004)

<sup>11</sup> Pearson v. Callahan, 555 U.S. 223 (2009)

<sup>12</sup> A. L. NIELSON - C. J. WALKER, *The new Qualified Immunity*, in 89 S. Cal. L. Rev.1, 2015, p.4

a bordo del suo autoveicolo. In esito al giudizio di primo grado si statuì il riconoscimento dell'immunità qualificata in favore dell'agente. In seconda istanza, invece, la Corte d'Appello optò per una soluzione diversa da quella adottata dal giudice distrettuale, poiché rilevò che la condotta di Brosseau fosse sproporzionata e pertanto lesiva del IV Emendamento, che stabilisce "the right to be free from excessive force" e, secondariamente, che tale diritto fosse *clearly established*. In sintesi, il secondo grado di giudizio negò il riconoscimento dell'immunità qualificata. Brosseau adì quindi la Corte Suprema, la quale enucleò importanti principi in diritto che mutarono la portata concreta dell'istituto dell'immunità qualificata. Il supremo consesso ritenne, infatti, che affinché un diritto costituzionalmente garantito sia *clearly established*, occorra un precedente giurisprudenziale che ne riconosca la rilevanza in relazione al medesimo contesto e con riferimento alla medesima condotta lesiva<sup>13</sup>. I precedenti giurisprudenziali che la Corte d'Appello ritenne assimilabili al caso Brosseau<sup>14</sup> – poiché attinenti all'esercizio della forza ai danni di sospettati in fuga – non vennero ritenuti decisivi dalla Corte Suprema per escludere l'immunità qualificata degli agenti di polizia, in quanto i fatti a fondamento dei relativi giudizi non erano pienamente coincidenti. I contorni del diritto allegato in giudizio – riprendendo testualmente le argomentazioni della Corte Suprema – devono essere «sufficientemente chiari, tanto che un ufficiale ragionevole deve essere messo nelle condizioni di comprendere se la sua condotta risulti lesiva del diritto»<sup>15</sup>. In altre parole, l'immunità qualificata verrà sempre riconosciuta allorquando il caso concreto da cui prende le mosse il giudizio non sia stato già oggetto di un accertamento favorevole al cittadino in un altro procedimento.

Appare evidente, pertanto, che dimostrare la responsabilità del pubblico ufficiale, facendo pedissequa applicazione dei succitati criteri, costituisca una *probatio diabolica* che preclude, di fatto, l'accesso del cittadino alla giustizia. L'evoluzione dell'istituto alla luce delle sentenze Harlow e Brosseau ha generato sensibili distorsioni al regolare funzionamento dello stato di diritto. In alcuni casi, infatti, a fronte di palesi

---

<sup>13</sup> «It is important to emphasize that this inquiry must be undertaken in light of the specific context of the case, not as a broad general proposition», Brosseau v. Haugen, 543 U.S. 194 (2004)

<sup>14</sup> Cfr. Graham v. Connor, 490 U.S. 386 (1989)

<sup>15</sup> Brosseau v. Haugen, 543 U.S. 194 (2004)

abusi a danno dei cittadini (sovente di etnia afroamericana), la giurisprudenza ha comunque escluso la punibilità delle forze dell'ordine. Si pensi al caso *Winzer v. Kaufman County*, sottoposto al vaglio della Corte d'Appello del quinto circuito il 18 febbraio 2019. La vicenda in esame riguardò l'uccisione di un venticinquenne afroamericano, Gabriel Winzer, che transitava in bicicletta nei pressi di una zona d'appostamento delle forze dell'ordine, intente a neutralizzare un uomo che in stato di incoscienza brandiva una pistola. Il reale bersaglio, un altro afroamericano che indossava una camicia marrone, venne brevemente perso di vista dagli agenti. Pochi secondi dopo, a circa cento metri di distanza e con indosso una giacca blu, Winzer venne notato ed erroneamente scambiato per il sospettato. Gli agenti sul posto riferirono che la vittima si aggirava con in mano una pistola giocattolo, circostanza che verrà smentita dalla testimonianza del padre del ragazzo, Henry Winzer. Dopo aver avvistato il giovane e avergli intimato di gettare l'arma, le forze dell'ordine fecero partire una raffica di tredici colpi ferendolo mortalmente. I familiari della vittima esperimento un'azione legale finalizzata a ottenere un risarcimento dei danni nei confronti degli agenti responsabili dell'uccisione di Gabriel. All'esito del giudizio di primo grado, la Corte distrettuale dispose l'assoluzione degli agenti implicati nella vicenda e negò ogni forma di ristoro ai ricorrenti, dichiarando l'operatività dell'immunità qualificata. Ad avviso del giudice di prime cure, la condotta degli ufficiali doveva complessivamente ritenersi ragionevole, considerato il contesto di massimo pericolo e l'elevato margine di rischio per l'incolumità dei civili presenti nella zona. Si ritenne, in sintesi, che la condotta degli agenti non costituiva la violazione del IV Emendamento, che vieta alle forze dell'ordine un utilizzo eccessivo della forza nella repressione dei crimini. Giunto il ricorso al vaglio della Corte d'Appello, l'accertamento contenuto nella sentenza di primo grado venne in parte ribaltato. La condotta degli agenti venne ritenuta irragionevole e avventata, in considerazione di talune circostanze: il vestiario del bersaglio originario era differente da quello della vittima; la testimonianza oculare del padre smentiva la ricostruzione della polizia; tra gli spari e l'ordine degli agenti di gettare via l'arma intercorse circa un secondo, stando alle registrazioni estrapolate dalle telecamere di videosorveglianza presenti nel quartiere. Malgrado tale ricostruzione abbia condotto i giudici a riconoscere la violazione del IV Emendamento, la Corte ritenne che il

diritto in esame non fosse *clearly established*, confermando l'operatività dell'immunità qualificata. Il supremo consesso, in questa sede, richiamò l'orientamento consolidato in materia<sup>16</sup>: «*The Supreme Court does not require a case directly on point, but existing precedent must have placed the statutory or constitutional question beyond debate. Under this exacting standard, we cannot conclude that Gabriel's right to be free from excessive force was clearly established here*». L'assenza di un precedente giurisprudenziale analogo, anche a fronte di una condotta colpevole degli agenti e riconosciuta come tale dai giudici, condusse anche in questo caso alla negazione di ogni forma di tutela sul piano civile in favore dei familiari della vittima.

### 3.2. I correttivi apportati dalla giurisprudenza: Hope v. Pelzer.

Tuttavia, l'assetto sin qui delineato dell'immunità qualificata e dei suoi presupposti di operatività fu talvolta sottoposto a dei temperamenti. Invero, quando le violazioni risultarono tanto manifeste da non ritenersi necessario il raffronto con una pregressa casistica giurisprudenziale, l'immunità funzionale non poté trovare applicazione<sup>17</sup>. Ci si riferisce, segnatamente, al caso Hope v. Pelzer del 2002. Larry Hope, detenuto presso una prigione dell'Alabama, adì il giudice distrettuale lamentando la lesione dell'VIII Emendamento<sup>18</sup> per i trattamenti inumani subiti durante la carcerazione. Il ricorrente veniva sovente legato ad un palo di ferro, esposto al sole, privato delle razioni giornaliere di cibo ed era vittima di continui pestaggi ad opere delle guardie penitenziarie convenute in giudizio. Il Tribunale distrettuale e la Corte d'Appello riconobbero la violazione dell'VIII Emendamento, in quanto la pena inflitta costituiva un trattamento crudele e inusuale; ciononostante, i tre ufficiali implicati nella vicenda beneficiarono della tutela fornita dalla *qualified immunity* secondo l'assetto delineato dalla sentenza Harlow. Sebbene non vi fosse una precedente *case law* che stabiliva che i trattamenti subiti dal detenuto costituivano la violazione di un diritto costituzionalmente garantito e chiaramente

<sup>16</sup> Cfr. Ashcroft v. al-Kidd, 563 U.S. 731 (2011)

<sup>17</sup> V. Hope v. Pelzer, 536 U.S. 730 (2002)

<sup>18</sup> L'VIII Emendamento recita: «*Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted*».

affermato, la Corte Suprema, mitigando il suo precedente orientamento, giunse ad un esito interpretativo differente da quello emerso nei precedenti gradi di giudizio. Se l'espiazione della pena, infatti, si traduce nell'inflizione di sofferenze prive di giustificazioni sul piano criminologico, l'immunità qualificata non può essere accordata agli ufficiali penitenziari cui sia richiesto il risarcimento dei danni da parte della persona offesa. Le condotte dei tre agenti – utilizzando i termini adoperati dalla Corte - palesano «*deliberate indifference to the inmates' health or safety*»; di conseguenza, non è possibile accordare l'impunità ad un soggetto che agisca in piena consapevolezza dell'antigiuridicità della sua condotta.

#### 4. Prospettive di riforma e conclusioni.

Dalla recente evoluzione della teoria dell'immunità qualificata e del suo perimetro di operatività, non sembra che la Corte Suprema sia particolarmente incline a operare un cambio di fronte. Al contrario, dalla disamina appena compiuta si evince chiaramente come le zone franche in favore degli agenti di polizia si siano progressivamente dilatate, sino a destare forti perplessità in dottrina circa le possibili evoluzioni del diritto costituzionale statunitense<sup>19</sup>. Infatti, se da un lato l'immunità qualificata ha correttamente tutelato l'esercizio delle funzioni di polizia, dall'altra parte l'istituto in esame pone il serio rischio di una stagnazione dei principi supremi dell'ordinamento. Circoscrivere la tutela di un diritto costituzionalmente garantito al suo essere *clearly established* equivale, indirettamente, a negare la portata evolutiva dei valori sanciti dalla Costituzione. Le *lower courts*, vincolate ai precedenti della Corte Suprema, non dispongono quindi degli strumenti necessari per tutelare le istanze del cittadino che lamenti la violazione di un proprio diritto. Al contempo, l'attuale assetto dell'immunità qualificata, così come delineato nei casi citati nel corso della trattazione, apre ad ulteriori profili di incertezza. In una recentissima pronuncia<sup>20</sup>, la Corte Suprema ha infatti ritenuto di non poter riconoscere l'immunità quando, malgrado il diritto in esame non sia *clearly established*, la violazione

<sup>19</sup> COLIN ROFS, *Qualified Immunity After Pearson v. Callahan*, 59 *UCLA L. Rev* 468 (2011), p. 502

<sup>20</sup> Taylor v. Riojas, 592 U.S. (2020)

commessa dai pubblici ufficiali sia talmente grave e manifesta da non potersi ritenere in alcun modo coerente coi principi costituzionali<sup>21</sup>. La Suprema Corte dispone quindi di più iter argomentativi che consentono di superare le strettoie tracciate dalla teoria in esame. Il quadro odierno si presta così a tendenze ermeneutiche ondivaghe, rimettendo ad un arbitrio della giurisprudenza privo di riferimenti puntuali la scelta delle situazioni tutelabili<sup>22</sup>. Oltre a rappresentare una minaccia per il coerente e armonico sviluppo del diritto costituzionale, l'immunità qualificata non fornisce adeguate garanzie in ordine alla tutela dell'affidamento dei consociati, in ragione dei repentini mutamenti del diritto casistico<sup>23</sup>, la cui evoluzione potrebbe essere significativamente influenzata dal rinnovato clima politico e culturale presente attualmente negli Stati Uniti. Il recente orientamento sopra menzionato, elaborato dalla Corte nel caso Taylor v. Riojas, potrebbe rappresentare un primo passo che potrebbe condurre verso una nuova concezione dei rapporti tra autorità e libertà nel diritto americano.

Prescindendo dal piano strettamente giuridico, negli ultimi mesi la dottrina dell'immunità qualificata ha assunto un peso specifico anche in seno al dibattito politico. L'accresciuta sensibilità mediatica sul tema, e le forti tensioni sociali ancor'oggi presenti, hanno fatto sì che vi fossero i presupposti sufficienti per l'avvio di una riflessione in sede parlamentare circa l'opportunità di mantenere la figura della *qualified immunity* nell'ordinamento statunitense. Due deputati del Congresso, Justin Amash e Ayanna Pressley, hanno presentato il 2 giugno 2020 un disegno di legge di abolizione dell'immunità qualificata, denominato *Ending of Qualified Immunity Act*. La diretta pertinenza tra il disegno di legge in esame e la morte di George Floyd è fatta palese dalle dichiarazioni di Amash, il quale ha riconosciuto che gli accadimenti recenti sono generati dalla presenza di radicati privilegi di cui godono le forze dell'ordine nella società americana - non solo dal punto di vista giuridico, ma anche sociale e politico - e che si traducono in frequenti abusi seguiti dall'impunità degli autori dei reati. Il disegno di legge si trova al momento al vaglio

---

<sup>21</sup> Erwin Chemerinsky, docente di diritto costituzionale presso la Berkeley School of Law, ha definito il caso Taylor v. Riojas "una vittoria dei diritti civili sull'immunità qualificata", in Chemerinsky: SCOTUS hands down a rare civil rights victory on qualified immunity (abajournal.com)

<sup>22</sup> COLIN ROFS, *op. cit.*, p. 502

<sup>23</sup> Cfr. J. C. WILLIAMS, *Qualifying Qualified Immunity*, in 65:4 *Vanderbilt L. Rev.*, 2012, p. 1335

del Comitato Giudiziario della Camera e trova il sostegno di 65 deputati Democratici. Il testo normativo ripercorre la genesi e l'evoluzione dell'istituto della *qualified immunity*, menzionando i casi *Pierson v. Ray* e *Harlow v. Fitzgerald*. «*This doctrine of qualified immunity has severely limited the ability of many plaintiffs to recover damages under section 1983 when their rights have been violated by State and local officials. As a result, the intent of Congress in passing the law has been frustrated, and Americans' rights secured by the Constitution have not been appropriately protected*»: questa l'espressa sintesi, esposta nella sezione del disegno di legge dedicata agli scopi della riforma, del fallimento che l'immunità qualificata ha rappresentato nel tutelare i diritti dei cittadini. Una presa di responsabilità senza mezzi termini, che manifesta l'intento evidente di avviare un processo politico di forte rinnovamento. Negli ultimi anni numerosi studi hanno tentato di ricostruire la frequenza con cui le corti statunitensi hanno riconosciuto l'immunità qualificata; in particolare, un rapporto pubblicato nel 2015 ha dimostrato come dal 2009 al 2012 le Corti d'Appello americane abbiano fatto applicazione della dottrina dell'immunità qualificata per il 72% dei ricorsi proposti<sup>24</sup>. Nel 2017, invece, un'indagine condotta da Joanna Schwartz<sup>25</sup> su cinque differenti distretti giudiziari ha messo in evidenza che solo nel 31,6% dei casi i tribunali hanno negato l'operatività della *qualified immunity*, confermando così i dati precedenti e mettendo in luce un'inquietante tendenza: è assai raro scardinare la tutela processuale riconosciuta ai pubblici ufficiali.

Appare improbabile che una riforma legislativa riesca a sradicare degli abusi di potere a carattere sistematico che affondano le proprie radici nell'*ethos* popolare degli Stati Uniti. Quel che appare evidente, tuttavia, è la necessità di interrompere una spirale di violenze che è stata incoraggiata dall'ex Presidente Trump, il quale ha sovente optato per una linea dura contro i manifestanti. Come se non bastasse, le violenze esercitate dalle forze di polizia a danno dei cittadini afroamericani non sembrano aver subito alcuna flessione: al contrario, le forti tensioni sociali presenti sembrano rappresentare un ordigno pronto ad esplodere in ogni angolo degli Stati Uniti, come testimoniano episodi quali il ferimento di Jacob Blake il 23 agosto scorso.

<sup>24</sup> A. L. NIELSON – C. J. WALKER, *op. cit.*, p.34

<sup>25</sup> J. C. SCHWARTZ, *How Qualified Immunity Fails*, in 127:2 *Yale L.J.*, 2017, p.36

Invero, in un contesto dall'equilibrio così precario e caratterizzato – come si diceva in premessa – da forti diseguaglianze, è forse richiesta una trasformazione culturale radicale, che segni una netta discontinuità col passato. In tal senso, probabilmente, l'abolizione dell'immunità qualificata potrebbe rappresentare il primo passo di un percorso che si prospetta lungo e impervio.

# ALCUNE CONSIDERAZIONI SULLE PRINCIPALI NOVITÀ INTRODOTTE DAL DECRETO SEMPLIFICAZIONI IN MATERIA DI DIRITTO AMBIENTALE

MARCO BUCCARELLA

\*

**ABSTRACT** [ITA]: Il presente lavoro si propone l'obiettivo di illustrare con taglio critico le principali novità normative introdotte in materia ambientale dal c.d. Decreto Semplificazioni (d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito con modificazioni dalla l. 11 settembre 2020, n. 120).

**ABSTRACT** [ENG]: *The purpose of this paper is to carry out a critical examination of the main regulatory changes introduced in the environmental legislation by the so-called "Simplifications decree" (Legislative Decree 16 July 2020, no. 76, converted with amendments by the Law 11 September 2020, no. 120).*

**SOMMARIO:** **1.** Premessa introduttiva – **2.** Razionalizzazione delle procedure di VIA e di *screening* – **3.** Modifica della disciplina di *screening* – **4.** Nuove procedure per la realizzazione di interventi e opere nei siti oggetto di bonifica – **5.** Ulteriori previsioni in materia di impianti sportivi e zone economiche ambientali – **6.** La semplificazione in materia ambientale. Considerazioni conclusive.

---

\* Avvocato e dottorando di ricerca in Scienze Giuridiche, Università degli Studi di Foggia – Università degli Studi di Siena.

## 1. Premessa introduttiva.

Il d.l. 16 luglio 2020, n. 76, recante «Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale», c.d. Decreto Semplificazioni<sup>1</sup>, ha introdotto nuove previsioni anche in materia ambientale<sup>2</sup>, apportando alcune modifiche al d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152<sup>3</sup>. In particolare, le principali novità riguardano la Valutazione d'Impatto Ambientale – VIA<sup>4</sup> (*infra* §2), la verifica di assoggettabilità a VIA, c.d. *screening*<sup>5</sup> (*infra* §3), le procedure per la realizzazione di interventi nei siti oggetto di bonifica (*infra* §4) e alcune semplificazioni in materia di zone economiche ambientali e impianti sportivi (*infra* §5). Tali modifiche devono essere lette alla luce del comune principio che ha ispirato in modo trasversale tutti i “settori” interessati dal d.l. n. 76/2020: la semplificazione degli *iter* procedurali<sup>6</sup>. Nel preambolo del Decreto

<sup>1</sup> Il c.d. Decreto Semplificazioni, pubblicato sulla G.U. Serie Generale n. 178 del 16 luglio 2020, Suppl. Ordinario n. 24, è stato convertito con modificazioni dalla l. 11 settembre 2020, n. 120, pubblicata sulla G.U. Serie Generale n. 228 del 14 settembre 2020, Suppl. Ordinario n. 33. Il testo originario è entrato in vigore il 17 Luglio 2020, mentre le modifiche apportate dalla legge di conversione sono in vigore dal 15 settembre 2020.

<sup>2</sup> Il presente lavoro si concentra sulle principali «semplificazioni in materia ambientale» introdotte con gli artt. 50-55 *bis* del d.l. n. 24/2020 e non sulle diverse disposizioni «in materia di green economy» di cui ai successivi artt. 56-65.

<sup>3</sup> Il d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, pubblicato sulla G.U. Serie Generale n.88 del 14 aprile 2006, Suppl. Ordinario n. 96, è stato adottato in attuazione della legge delega 15 dicembre 2004, n. 308 e contiene le principali norme in materia ambientale. Per quanto comunemente conosciuto come “Testo Unico Ambientale” o “Codice dell’ambiente”, il d.lgs. n. 152/2006 non disciplina tutti i settori del diritto ambientale. Per un iniziale approfondimento sulle ragioni che impediscono di qualificare giuridicamente il d.lgs. n. 152/2006 alla stregua di un Testo Unico o di un Codice in materia ambientale v. F. GIAMPIETRO, *Né Testo Unico Ambientale né Codice dell’ambiente ... Ma un unico contenitore per discipline differenziate*, in *Ambiente & Sviluppo*, 2006, n. 5, p. 405 ss.

<sup>4</sup> La procedura di VIA ha lo scopo di individuare, descrivere e valutare, in via preventiva rispetto alla realizzazione delle opere, gli effetti derivanti da determinati progetti pubblici o privati sull’ambiente, sulla salute e sul benessere umano, onde identificare eventuali misure atte a eliminare o ridurre i potenziali impatti negativi sull’ambiente. In altri termini, con l’espletamento della procedura di VIA l’amministrazione, nell’ambito di un contraddittorio procedimentale, è chiamata a comparare la necessità di salvaguardare i valori ambientali e l’interesse sotteso all’esecuzione dell’opera, onde valutare compiutamente i potenziali effetti indesiderati e irreversibili sull’ambiente che possono derivarne.

<sup>5</sup> Lo *screening* è una procedura preliminare volta a definire se il progetto deve essere assoggettato all’ulteriore procedimento di VIA, prima di essere realizzato. La verifica di assoggettabilità a VIA viene effettuata sulla base dello «studio preliminare ambientale» e secondo la procedura delineata dell’art. 19 del d.lgs. n. 152/2006.

<sup>6</sup> Il decreto Semplificazioni è un corpo normativo molto complesso e ‘variegato’, in cui sono contenute disposizioni che spaziano dal diritto di voto all’università, dai vigili del fuoco alla stabilità finanziaria degli enti locali, dalla rigenerazione urbana all’edilizia. Per un approfondimento critico sulle principali novità introdotte in tema di attività amministrativa, contratti pubblici e responsabilità del personale delle amministrazioni pubbliche, cfr. F. FRACCHIA, P. PANTALONE, *La fatica di semplificare: procedimenti a geometria variabile*,

Semplificazioni si legge, infatti, che l'intervento legislativo è volto a «realizzare un'accelerazione degli investimenti e delle infrastrutture attraverso la semplificazione delle procedure in materia di contratti pubblici e di edilizia, operando senza pregiudizio per i presidi di legalità», nonché a «introdurre misure di semplificazione procedimentale e di sostegno e diffusione dell'amministrazione digitale, nonché interventi di semplificazione in materia di responsabilità del personale delle amministrazioni, nonché di adottare misure di semplificazione in materia di attività imprenditoriale, di ambiente e di green economy, al fine di fronteggiare le ricadute economiche conseguenti all'emergenza epidemiologica da Covid-19». Le principali novità in tema di semplificazioni in materia ambientale, oggetto di approfondimento nei paragrafi che seguono, sono disciplinate nell'ambito del Titolo IV, Capo II, artt. 50-55 *bis*<sup>7</sup>.

## 2. Razionalizzazione delle procedure di VIA.

La normativa in materia di VIA, disciplinata nella Parte Seconda, Titoli I e III, del d.lgs. n. 152/2006, è stata parzialmente innovata per effetto dell'art. 50 del Decreto Semplificazioni, al dichiarato fine di razionalizzare e accelerare tutte quelle procedure aventi ad oggetto l'impatto ambientale<sup>8</sup>. Gli effetti di tali modifiche sono la

---

*amministrazione difensiva, contratti pubblici ed esigenze di collaborazione del privato "responsabilizzato", in Federalismi.it, 2020, n. 36, p. 33 ss.*

<sup>7</sup> Come già osservato in precedenza, le differenti disposizioni concernenti le «semplificazioni in materia di green economy» – tra cui rientrano le molteplici modifiche apportate al d.lgs. n. 28/2011, c.d. Decreto Romani – sono disciplinate nel successivo Capo III, artt. 56-65.

<sup>8</sup> L'art. 5, co. 1, lett. c), del d.lgs. n. 152/2006 definisce gli «impatti ambientali» quali «effetti significativi, diretti e indiretti, di un piano, di un programma o di un progetto, sui seguenti fattori: popolazione e salute umana; biodiversità, con particolare attenzione alle specie e agli habitat protetti in virtù della direttiva 92/43/CEE e della direttiva 2009/147/CE; territorio, suolo, acqua, aria e clima; beni materiali, patrimonio culturale, paesaggio; interazione tra i fattori sopra elencati. Negli impatti ambientali rientrano gli effetti derivanti dalla vulnerabilità del progetto a rischio di gravi incidenti o calamità pertinenti il progetto medesimo». Dall'esame di tale disposizione si possono desumere le difficoltà sottese alla elaborazione di una comune e definitiva nozione giuridica di "ambiente": in proposito cfr. F. G. SCOCA, *Tutela dell'ambiente: impostazione del problema dal punto di vista giuridico*, in *Quad. reg.*, 1989, p. 563 ss.; G. MORBIDELLI, *Profili giurisdizionali e giustiziali nella tutela amministrativa dell'ambiente*, in S. GRASSI - M. CECCHETTI - A. ANDRONIO (a cura di), *Ambiente e diritto*, vol. II, Firenze, 1999, p. 310 ss. Sull'impossibilità di elaborare una nozione unitaria di ambiente a causa della non omogeneità dell'oggetto di tutela, cfr. M.S. GIANNINI, *Ambiente: saggio sui diversi suoi aspetti giuridici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1973, n. 1, p. 15 ss. Per un approfondimento di carattere più generale sulla difficoltà di

rimodulazione di alcune fasi del procedimento di VIA, nonché la riduzione dei termini previgenti, la creazione di una disciplina *ad hoc* per la valutazione ambientale dei progetti del Piano Nazionale Integrato per l'Energia e il Clima (PNIEC)<sup>9</sup> e lo “snellimento” dell'*iter* di rilascio del provvedimento unico ambientale (sia statale che regionale).

Una delle principali novità riguarda l'art. 5, co. 1, del d.lgs. n. 152/2006, modificato nelle lettere g), i) e o-*quater*) dall'art. 50, co. 1, lett. a) del Decreto Semplificazioni. Nella sua nuova formulazione, l'articolo 5, co. 1, dispone che ai fini del rilascio del provvedimento di VIA, il proponente è tenuto a presentare il progetto di fattibilità come definito dall'art. 23 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici) o, laddove già disponibile, il progetto definitivo (art. 23, co. 7, d.lgs. n. 50/2016). Dunque, ai fini VIA non sarà più sufficiente depositare gli elaborati progettuali<sup>10</sup>, ma occorrerà un maggiore livello di dettaglio della progettazione «in ogni caso tale da consentire la compiuta valutazione dei contenuti dello studio di impatto ambientale ai sensi dell'allegato IV della direttiva 2011/92/UE»<sup>11</sup>. Il Decreto Semplificazioni ha, quindi, sostituito le previgenti parole «elaborati progettuali» con «progetto» anche nei successivi artt. 21, 23 e 24 del d.lgs. n. 152/2006<sup>12</sup> e, al contempo, ha ridotto i termini di ciascuna fase del procedimento di VIA<sup>13</sup>.

---

identificare una nozione giuridica condivisa di “ambiente” e su una possibile ricostruzione di tale nozione in chiave costituzionale cfr. D. PORENA, *'Ambiente': complessità di una nozione giuridica*, in *AmbienteDiritto.it*, 2020, n. 3, p. 387 ss.

<sup>9</sup> Il Piano Nazionale Integrato per l'Energia e il Clima è uno strumento a carattere programmatico, elaborato dal Ministero dello Sviluppo Economico, dal Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare e dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti in attuazione del Regolamento (UE) 2018/1999 e consultabile *online* dal 21 gennaio 2020 al [link](https://www.mise.gov.it/images/stories/documenti/PNIEC_finale_17012020.pdf) [https://www.mise.gov.it/images/stories/documenti/PNIEC\\_finale\\_17012020.pdf](https://www.mise.gov.it/images/stories/documenti/PNIEC_finale_17012020.pdf). Il Piano si struttura in 5 linee d'intervento da sviluppare in maniera integrata: dalla decarbonizzazione all'efficienza e sicurezza energetica, passando attraverso lo sviluppo del mercato interno dell'energia, della ricerca, dell'innovazione e della competitività. Il 14 ottobre 2020, con il *working statement* n. SWD(2020)/911/final, la Commissione europea ha espresso una valutazione nel complesso positiva in merito al PNIEC, cui l'Italia dovrà dare attuazione attraverso decreti legislativi di recepimento delle principali direttive UE in materia di efficienza energetica, fonti rinnovabili e mercati dell'elettricità e del gas.

<sup>10</sup> Il testo previgente dell'art. 5, co. 1, del d.lgs. n. 152/2006 faceva generico riferimento agli «elaborati progettuali», quale documentazione necessaria per l'avvio del procedimento di VIA.

<sup>11</sup> Così la versione attuale dell'art. 5, co. 1, lett. g), secondo periodo, del d.lgs. n. 152/2006.

<sup>12</sup> Recanti, rispettivamente, la disciplina in materia di «Definizione dei contenuti dello studio di impatto ambientale», «Presentazione dell'istanza, avvio del procedimento di VIA e pubblicazione degli atti» e «Consultazione del pubblico, acquisizione dei pareri e consultazioni transfrontaliere».

<sup>13</sup> In seguito alle modifiche apportate dall'art. 50, co. 1, lett. h), i) e l), del Decreto Semplificazioni, è stato stabilito un termine per la pubblicazione della documentazione trasmessa dal proponente (cinque giorni) e sono

Dalle suddette modifiche, volte a rafforzare il livello di analiticità dei progetti presentati già in fase VIA, nonché a ridurre le tempistiche procedurali, deriva poi la novellata versione dell'art. 20 del d.lgs. n. 50/2016<sup>14</sup> che disciplina la fase di «consultazione preventiva» con l'autorità competente. Si tratta di una procedura facoltativa, attivabile su richiesta del proponente e finalizzata a definire «la portata e il livello di dettaglio delle informazioni necessarie» per la redazione dello studio di impatto ambientale. Anche la previgente versione dell'art. 20 del d.lgs. n. 152/2006 contemplava tale facoltà per il proponente, che in precedenza era, tuttavia, libero di proporre la relativa istanza «in qualunque momento» onde definire il contenuto dei soli elaborati progettuali. A seguito della modifica introdotta con il Decreto Semplificazioni, la fase di consultazione preventiva riguarda adesso direttamente la redazione dello studio di impatto ambientale (non gli elaborati progettuali) e può essere attivata soltanto anteriormente alla presentazione del progetto, ovvero prima dell'avvio del procedimento di VIA. A tal fine, il proponente è tenuto a trasmettere gli elaborati progettuali in formato elettronico, per consentire all'amministrazione di esprimersi in merito. Va, inoltre, osservato che, diversamente da quanto previsto nella precedente formulazione dell'art. 20 d.lgs. n. 152/2006, non si fa più riferimento ad un termine entro cui l'autorità competente è chiamata a pronunciarsi.

Con riferimento al PNIEC, l'art. 50, co. 1, lett. c), del Decreto Semplificazioni ha introdotto il comma 2 *bis* all'art. 7 *bis* del d.lgs. n. 152/2006, ai sensi del quale il Presidente del Consiglio dei Ministri, con uno o più decreti<sup>15</sup>, stabilirà le tipologie di progetti e le opere necessarie per l'attuazione del PNIEC – da sottoporre a verifica di assoggettabilità a VIA, oppure direttamente a VIA in sede statale – nonché le aree non idonee alla realizzazione di tali progetti o opere, tenendo conto «delle

---

stati ridotti i termini perentori riguardanti: l'espressione da parte dell'autorità competente del parere sulla portata e sul livello di dettaglio delle informazioni da includere nello studio di impatto ambientale (quarantacinque giorni), la verifica della completezza della documentazione allegata all'istanza di VIA (dieci giorni), la presentazione di controdeduzioni da parte del proponente rispetto alle osservazioni pervenute (quindici giorni), la trasmissione di ulteriori documentazioni o integrazioni da parte del proponente (non superiore ad ulteriori venti giorni) e il periodo di sospensione dei termini ai fini della presentazione della documentazione integrativa (non superiore a sessanta giorni).

<sup>14</sup> L'art. 20 del d.lgs. n. 50/2016 è stato modificato dall'art. 50, co. 1, lett. g), del Decreto Semplificazioni.

<sup>15</sup> L'art. 7 *bis*, co. 2-*bis*, d.lgs. n. 152/2006 stabilisce che l'adozione dei decreti attuativi debba avvenire entro centoventi giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del Decreto Semplificazioni l. 11 settembre 2020, n. 120. Tuttavia, ad oggi non è stato ancora adottato il DPCM che individua i progetti e le opere necessarie per il PNIEC.

caratteristiche del territorio, sociali, industriali, urbanistiche, paesaggistiche e morfologiche e delle aree sia a terra che a mare caratterizzate dalla presenza di siti di interesse nazionale da bonificare ovvero limitrofe, con particolare riferimento all'assetto idrogeologico e alle vigenti pianificazioni». Il nuovo comma 2-ter stabilisce che l'individuazione delle predette aree – interessate dalle opere necessarie per l'attuazione del PNIEC – deve avvenire nel rispetto di una serie di esigenze, ovvero delle esigenze di mitigazione degli effetti dei cambiamenti climatici, di tutela del patrimonio culturale e del paesaggio, delle aree agricole e forestali, della qualità dell'aria e dei corpi idrici e del suolo. Sempre in tema PNIEC, l'art. 50, co. 1, lett. d), ha poi aggiunto all'art. 8 del d.lgs. n. 152/2006 il comma 2-bis, secondo cui lo svolgimento delle procedure di valutazione ambientale di competenza statale dei progetti sarà demandato ad una commissione *ad hoc*, definita «Commissione Tecnica PNIEC». In sostanza, tale nuova Commissione si occuperà di quei progetti che ad oggi rientrano nelle attività dell'esistente Commissione VIA/VAS.

Il Decreto Semplificazioni, con le previsioni di cui alle lettere n) e o) dell'art. 50, co. 1, ha, inoltre, apportato una serie di modifiche agli articoli 27 e 27 bis del d.lgs. n. 152/2006, rispettivamente disciplinanti il Provvedimento unico in materia ambientale (PUA) e il Provvedimento autorizzatorio unico regionale (PUAR)<sup>16</sup>. Le modifiche apportate al PUA dalla lettera n) dell'art. 50, co. 1, del Decreto Semplificazioni hanno per lo più carattere acceleratorio. Tra queste rientra la riduzione – da quindici a dieci giorni – del termine di attivazione del procedimento per l'autorità competente, che decorre dalla presentazione dell'istanza da parte del proponente. Il Decreto Semplificazioni ha, poi, dimezzato i termini previsti – a valle della pubblicazione dell'avviso pubblico di avvio del procedimento – per la richiesta di eventuali integrazioni da parte dell'autorità competente, per la presentazione della relativa documentazione a carico del proponente (entrambi ridotti da trenta a quindici giorni) e per la successiva convocazione della conferenza dei servizi decisoria (cinque giorni

---

<sup>16</sup> Si tratta di provvedimenti unici, comprensivi di ogni «autorizzazione, intesa, parere, concerto, nulla osta, o atto di assenso in materia ambientale», che possono essere rilasciati all'autorità competente su istanza del proponente. Occorre precisare che, nel caso di progetti soggetti a VIA di competenza regionale, la procedura di PAUR è necessaria al fine di approvare in via definitiva il progetto sottoposto a valutazione. Sulla necessità di rispettare quanto previsto dall'art. 27 bis del d.lgs. n. 152/2006 in caso di VIA regionale, cfr. Corte Costituzionale, 8 maggio 2019, n. 147.

dalla verifica della completezza documentale o dalla eventuale ricezione delle integrazioni richieste). Ulteriori modifiche riguardano la pubblicazione delle integrazioni documentali, oggi divenuta obbligatoria<sup>17</sup>, e il periodo di sospensione dei termini che l'amministrazione può concedere, una sola volta, per la presentazione della documentazione integrativa (ridotto da centottanta a novanta giorni).

Una riduzione dei tempi procedurali è stata analogamente disposta dal Decreto Semplificazioni anche con riferimento al PAUR. In particolare, è stato ridotto da quindici a dieci giorni il termine per la verifica da parte dell'autorità competente della documentazione presentata a corredo del progetto, ovvero per la conseguente trasmissione, a tutte le amministrazioni e agli enti potenzialmente interessati, della comunicazione di avvenuta pubblicazione dell'istanza sul sito istituzionale. Inoltre, il Decreto Semplificazioni ha ridotto i termini per la presentazione delle osservazioni da parte del pubblico (da sessanta a trenta giorni) e per la conclusione della conferenza di servizi decisoria (da centoventi a novanta giorni). Dalla lettura delle previsioni richiamate innanzi emerge chiaramente l'obiettivo perseguito dal Legislatore, volto ad incentivare il ricorso alle procedure di PUA e PAUR mediante la riduzione dei relativi tempi procedurali.

### **3. Modifica della disciplina di *screening*.**

La procedura di *screening* ha, invece, subito interpolazioni per effetto dell'art. 50, co. 1, lett. f), del Decreto Semplificazioni, che ha riformato l'art. 19 del d.lgs. n. 152/2016 recante le «modalità di svolgimento del procedimento di verifica di assoggettabilità a VIA». Il nuovo articolo 19, applicabile *ratione temporis* alle istanze presentate a partire dal trentesimo giorno successivo all'entrata in vigore della legge di conversione 11 settembre 2020, n. 120<sup>18</sup>, prevede sostanzialmente uno snellimento

---

<sup>17</sup> Nella versione previgente dell'art. 27, co. 7, d.lgs. n. 152/2006, la documentazione integrativa veniva pubblicata soltanto laddove l'autorità competente ne ravvisasse motivatamente la necessità, in ragione del carattere sostanziale e rilevante delle modifiche apportate.

<sup>18</sup> L'art. 50, co. 3, del Decreto Semplificazioni stabilisce che le modifiche introdotte «si applicano alle istanze presentate a partire dal trentesimo giorno successivo alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto».

dei tempi di valutazione dei progetti sottoposti a *screening* e una disciplina *ad hoc* in materia di esercizio del potere sostitutivo in caso di inerzia dell'amministrazione. In sostanza, le nuove previsioni dell'art. 19 del d.lgs. n. 152/2006, già novellate dal d.lgs. 16 giugno 2017, n. 104<sup>19</sup>, si limitano a imporre tempi istruttori più celeri per l'adozione del provvedimento di verifica di assoggettabilità a VIA, senza tuttavia intaccare la "natura" della relativa procedura. L'autorità competente è adesso tenuta a verificare la completezza e l'adeguatezza dello studio preliminare ambientale<sup>20</sup> entro il termine cinque giorni, decorrente dalla data di trasmissione della documentazione. Eventuali chiarimenti o integrazioni possono essere richiesti dall'amministrazione soltanto una volta e il proponente, dalla data di tale richiesta, ha quindici giorni per depositare la documentazione mancante, pena il rigetto della domanda e la conseguente archiviazione della pratica. La possibilità di presentare osservazioni<sup>21</sup> in relazione allo studio preliminare ambientale è garantita a chiunque entro il termine di quarantacinque giorni dalle avvenute comunicazioni e pubblicazioni di cui all'art. 19, comma 3, del d.lgs. n. 152/2006<sup>22</sup>.

Con riferimento alla fase conclusiva del procedimento, l'autorità competente è chiamata ad adottare il definitivo provvedimento sulla verifica di assoggettabilità a VIA entro quarantacinque giorni dalla scadenza del termine per le sopracitate osservazioni, ferma restando la possibilità per l'amministrazione di adottare, per una sola volta, una proroga di massimo venti giorni in casi eccezionali «relativi alla natura, alla complessità, all'ubicazione o alle dimensioni del progetto», secondo quanto previsto dall'art. 19, co. 6, del d.lgs. n. 152/2006<sup>23</sup>. Quanto all'esercizio del

---

<sup>19</sup> Il d.lgs. n. 104/2017 ha dato attuazione della direttiva 2014/52/UE approvata il 16 aprile 2014 dal Parlamento europeo e del Consiglio, in modifica della direttiva 2011/92/UE, concernente la valutazione dell'impatto ambientale in relazione a determinati progetti pubblici e privati.

<sup>20</sup> Lo studio preliminare ambientale deve essere redatto in conformità all'Allegato IV-*bis* alla parte II del d.lgs. n. 152/2006 e va trasmesso in formato elettronico con annessa copia dell'avvenuto pagamento del contributo di cui all'art. 33 del d.lgs. n. 152/2006.

<sup>21</sup> Tali osservazioni devono essere valutate dall'autorità competente alla stregua dei criteri enunciati dall'Allegato V alla parte II del d.lgs. n. 152/2006, come modificato dall'art. 22 del d.lgs. n. 104/2017.

<sup>22</sup> Ai sensi dell'art. 19, co. 3, del d.lgs. n. 152/2006, l'autorità competente è tenuta a pubblicare lo studio preliminare sul proprio sito istituzionale «contestualmente alla ricezione della documentazione, laddove ritenuta completa, o dei chiarimenti e delle integrazioni» e comunicarne, per via telematica, l'avvenuta pubblicazione a tutte le amministrazioni e a tutti gli enti territoriali potenzialmente interessati.

<sup>23</sup> Gli oneri motivazionali previsti dai commi 7 e 8 dell'art. 19 del d.lgs. n. 152/2006 non hanno subito modifiche rispetto alla previgente formulazione.

potere sostitutivo, il comma 11 dell'art. 19 conferma, in linea con la previgente disciplina, la perentorietà dei termini per il rilascio del provvedimento di verifica di assoggettabilità a VIA, con l'ulteriore specificazione che, in caso di omessa conclusione del procedimento, il titolare del potere sostitutivo nominato ex art. 2 della l. n. 241/1990 «provvede al rilascio entro i successivi trenta giorni» – comunque dopo aver acquisito il parere dell'ISPRA<sup>24</sup> entro il termine di trenta giorni, ove la Commissione tecnica di verifica dell'impatto ambientale non si sia pronunciata.

#### **4. Nuove procedure per la realizzazione di interventi e opere nei siti oggetto di bonifica.**

Il Decreto Semplificazioni ha anche previsto una disciplina *ad hoc* per la realizzazione di interventi e opere all'interno dei siti oggetto di bonifica<sup>25</sup>, attraverso l'inserimento nel d.lgs. n. 152/2006 dell'art. 242-*ter*. Tale norma ha introdotto una procedura semplificata per favorire la realizzazione di interventi e opere in tutte quelle aree che – seppur non direttamente oggetto di bonifica – rientrano all'interno del perimetro di siti da bonificare, sulla falsariga di quanto già previsto dall'art. 34 del d.l. 12 settembre 2014, n. 133<sup>26</sup>. La *ratio* della previsione è quella di dare un nuovo impulso al processo di bonifica dei siti contaminati<sup>27</sup>, onde favorire la rivitalizzazione economica delle aree interessate.

---

<sup>24</sup> L'Istituto Superiore per la Protezione e la Ricerca Ambientale (ISPRA) è un ente pubblico di ricerca istituito con l. 6 agosto 2008, n. 133, che si occupa di protezione ambientale, delle emergenze ambientali e di ricerca. L'ISPRA è stato il frutto dell'accorpamento tre enti in passato controllati dal Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare: l'Agenzia per la protezione dell'ambiente e per i servizi tecnici (APAT), l'Istituto nazionale per la fauna selvatica (INFS) e l'Istituto centrale per la ricerca scientifica e tecnologica applicata al mare (ICRAM).

<sup>25</sup> Per una ricostruzione di carattere generale dell'istituto della bonifica si veda, con riferimento al periodo antecedente l'approvazione del d.lgs. n. 152/2006, cfr. F. GIAMPIETRO (a cura di), *La bonifica dei siti contaminati*, Milano, 2001; P. M. VIPIANA (a cura di), *La bonifica dei siti contaminati. Aspetti problematici*, Padova, 2002. Sullo stesso tema, più di recente, cfr. F. DE LEONARDIS, *La bonifica ambientale*, in P. DELL'ANNO, E. PICOZZA (a cura di), *Trattato di diritto dell'ambiente*, Padova, 2013, n. II, p. 273 ss.; S. GRASSI, *La bonifica dei siti contaminati*, in R. FERRARA R., M. A. SANDULLI (a cura di), *Trattato di diritto dell'ambiente*, Milano, 2014, n. II, p. 687 ss.

<sup>26</sup> Con riferimento alle bonifiche dei siti contaminati si continuano, invece, ad applicare le procedure di cui agli articoli 242 ss. del d.lgs. n. 152/2006.

<sup>27</sup> In questo senso il Decreto Semplificazioni ha operato un bilanciamento tra esigenze di semplificazione e la necessità di assicurare procedimenti di bonifica che siano sostenibili, avendo riguardo alla biodiversità e alla

Gli interventi contemplati dalla nuova “procedura semplificata”, indicati al comma 1 del nuovo art. 242-ter, sono i seguenti: interventi e opere richiesti dalla normativa sulla sicurezza dei luoghi di lavoro; manutenzione ordinaria e straordinaria di impianti e infrastrutture; opere lineari necessarie per l’esercizio di impianti e forniture di servizi; altre opere lineari di pubblico interesse; sistemazione idraulica; mitigazione del rischio idraulico; opere per la realizzazione di impianti per la produzione energetica da fonti rinnovabili e di sistemi di accumulo. La norma precisa che la realizzazione di tali opere e interventi deve avvenire «secondo modalità e tecniche che non pregiudichino né interferiscano con l’esecuzione e il completamento della bonifica, né determinino rischi per la salute dei lavoratori e degli altri fruitori dell’area nel rispetto del decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81». In merito al giudizio sulla compatibilità delle predette opere con il completamento della bonifica del sito, il successivo comma 2 stabilisce che tale valutazione spetta all’autorità competente per il procedimento di bonifica «nell’ambito dei procedimenti di approvazione e autorizzazione degli interventi e, ove prevista, nell’ambito della procedura di valutazione di impatto ambientale». Il Decreto Semplificazioni ha anche specificato che il Ministero dell’Ambiente, per le aree ricomprese nei siti di interesse nazionale, e le Regioni, per le restanti aree, definiranno con propri atti le categorie di interventi che non necessitano della preventiva valutazione da parte dell’Autorità competente e, laddove necessario, potranno indicare ulteriori criteri e procedure per la valutazione degli interventi oggetto della “procedura semplificata”.

Ad ogni modo, nelle more dell’adozione degli atti di competenza del Ministero dell’Ambiente e delle Regioni, la valutazione sulle opere e sugli interventi da realizzare nei siti oggetto di bonifica dovrà avvenire nel rispetto dei criteri e delle procedure di cui al comma 4 dell’art. 242-ter. In proposito, la norma fa una distinzione sulla base dello stato di avanzamento dell’opera da eseguire: a) area di

---

tutela delle tre matrici aria, acqua e terra. Tale necessità è stata, da ultimo, ribadita nella Carta delle bonifiche sostenibili presentata il 4 giugno 2020 dal Ministro dell’ambiente, in attuazione dei principi di sostenibilità ambientale, economica, temporale, sanitaria ed etica di cui alla risoluzione delle Nazioni Unite adottata il 25 settembre 2015 A/RES/70/1, c.d. Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile (*Sustainable Development Goals – SDGs goals*). Per un approfondimento sul contenuto della Carta, cfr. A. F. URICCHIO, *Le bonifiche sostenibili nella nuova Carta di principi presentata dal Ministro all’Ambiente*, in *AmbienteDiritto.it*, 2020, n. 3, p. 525 ss.

intervento non ancora caratterizzata; b) sito con messa in sicurezza operativa; c) attività di scavo.

Nel primo caso, la procedura prevede che il soggetto proponente accerti lo stato di potenziale contaminazione del sito attraverso un Piano di indagini preliminari (di analisi e campionamento dei suoli)<sup>28</sup>, necessario per appurare eventuali superamenti delle concentrazioni soglia di contaminazione (CSC). Tale Piano deve essere concordato con l'Agenda Regionale per la Protezione dell'Ambiente (ARPA)<sup>29</sup> territorialmente competente, cui spetta pronunciarsi entro e non oltre il termine di trenta giorni dalla richiesta del proponente, anche stabilendo eventuali prescrizioni connesse alla specificità del sito. In caso di mancata pronuncia nei termini da parte di ARPA, il Piano di indagini preliminari può essere sottoposto in via sussidiaria all'ISPRA, che si pronuncia entro i quindici giorni successivi su segnalazione del proponente<sup>30</sup>. Nell'ipotesi in cui l'indagine preliminare accerti l'avvenuto superamento delle CSC anche per uno solo dei parametri individuati, il soggetto proponente è tenuto a darne immediata comunicazione alle amministrazioni interessate<sup>31</sup>. Diversamente, laddove l'indagine attesi l'assenza di valori superiori alle CSC, il procedimento si conclude sia per i Siti di Interesse Nazionale (SIN)<sup>32</sup> che per gli altri siti<sup>33</sup>.

Per quanto riguarda, invece, i siti in cui risultano già in essere attività di messa in sicurezza operativa, il proponente può iniziare i lavori una volta decorsi quindici giorni dall'avvenuta comunicazione dell'intervento all'ARPA territorialmente

---

<sup>28</sup> Tale Piano deve, infatti, essere trasmesso, a cura del proponente, trenta giorni prima dell'avvio delle opere e/o interventi a tutti gli Enti preposti.

<sup>29</sup> L'ARPA è presente in ogni Regione e fa parte del Sistema Nazionale per la Protezione dell'Ambiente, istituita con l. 28 giugno 2016, n. 132. Tra le sue principali funzioni rientrano tutte le attività di controllo e protezione dell'ambiente, aventi per oggetto il campionamento, l'analisi, la misura, il monitoraggio e l'ispezione delle pressioni e degli impatti, nonché la verifica del rispetto delle normative vigenti in materia.

<sup>30</sup> La norma, tuttavia, non indica quali sono le conseguenze e gli strumenti di tutela attivabili in caso di ulteriore inadempienza da parte dell'ISPRA.

<sup>31</sup> L'art. 245, co. 2, del d.lgs. n. 152/2006 stabilisce infatti che «il proprietario o il gestore dell'area che rilevi il superamento o il pericolo concreto e attuale del superamento delle concentrazioni soglia di contaminazione (CSC) deve darne comunicazione alla regione, alla provincia ed al comune territorialmente competenti e attuare le misure di prevenzione secondo la procedura di cui all'articolo 242».

<sup>32</sup> Secondo le modalità indicate dall'art. 252, co. 4-bis, del d.lgs. n. 152/2006.

<sup>33</sup> Come previsto dall'art. 242, co. 2., del d.lgs. n. 152/2006.

competente. A seguito della conclusione dei lavori, l'interessato deve, poi, provvedere al ripristino delle opere di messa in sicurezza operativa.

Infine, nell'ipotesi di attività di scavo, l'art. 242-ter, co. 4, lett. c), si limita a stabilire che queste siano effettuate con le precauzioni necessarie a non aumentare i livelli di inquinamento. La norma precisa che eventuali fonti attive di contaminazione rilevate – tra cui rientrano i rifiuti – devono essere rimosse nel rispetto delle vigenti norme in materia di gestione rifiuti<sup>34</sup>.

L'art. 53 del Decreto Semplificazioni ha novellato anche l'art. 252 d.lgs. n. 152/2006 introducendo i commi 4-bis, 4-ter e 4-quater, recanti una disciplina *ad hoc* in materia di procedimenti di bonifica nei SIN. La norma ha introdotto una serie di semplificazioni procedurali per la bonifica di tali siti, al fine di accelerare la fase di predisposizione del progetto di bonifica e ridurre i passaggi amministrativi intermedi.

Il comma 4-bis stabilisce che il soggetto responsabile dell'inquinamento, o altro soggetto interessato, deve concordare con l'ARPA territorialmente competente il già richiamato Piano di indagini preliminari e, nel caso in cui l'indagine accerti il superamento delle concentrazioni, è tenuto ad avviare la procedura di cui agli artt. 242 e 245 del. d.lgs. n. 152/2006. Il successivo comma 4-ter, invece, ha introdotto un procedimento alternativo a quello del già richiamato art. 242, consentendo al responsabile della potenziale contaminazione di presentare al Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare gli esiti del processo di caratterizzazione del sito eseguito nel rispetto delle procedure di cui all'allegato 2 del presente Titolo, allegando i risultati dell'analisi di rischio sito specifica e dell'applicazione a scala pilota, in campo, delle tecnologie di bonifica ritenute idonee. Qualora gli esiti della procedura dell'analisi di rischio dimostrino che la concentrazione dei contaminanti presenti nel sito è superiore ai valori di concentrazione soglia di rischio (CSR), il Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, valutata la documentazione di cui al primo periodo, approva, nel termine di novanta giorni, l'analisi di rischio con il procedimento di cui al comma 4 e contestualmente indica le condizioni per l'approvazione del progetto operativo di cui all'articolo 242, comma 7. [...] Nei successivi sessanta giorni il proponente

---

<sup>34</sup> I terreni e i materiali non contaminati provenienti dallo scavo devono essere invece gestiti nel rispetto del DPR 13 giugno 2017, n. 120.

presenta il progetto e il Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare lo approva ai sensi del comma 4 e con gli effetti di cui al comma 6». In sostanza, in alternativa alla procedura "ordinaria" prevista dall'art. 242, il Decreto Semplificazioni ha riconosciuto la possibilità per il soggetto responsabile, o altrimenti interessato alla valorizzazione dell'area, di unificare le due procedure di caratterizzazione del sito e di analisi di rischio sito specifica, onde ottenere da parte del Ministero competente un'unica autorizzazione che sostituisca a tutti gli effetti le autorizzazioni, le concessioni, i concerti, le intese, i nulla osta, i pareri e gli assensi previsti dalla legislazione vigente. Nell'ipotesi in cui «il progetto debba essere sottoposto alla procedura di verifica di assoggettabilità o a valutazione di impatto ambientale ai sensi della normativa vigente», l'art. 242, co. 4-ter, precisa che il procedimento appena descritto si intende sospeso «fino all'acquisizione della pronuncia dell'autorità competente». Tuttavia, in caso di progetto «sottoposto a valutazione di impatto ambientale di competenza regionale», tutti i titoli abilitativi per la realizzazione e l'esercizio degli impianti e delle attrezzature necessari all'attuazione del progetto operativo di bonifica sono rilasciati nell'ambito della già richiamata procedura di PAUR.

Infine, il comma 4-quater ha introdotto una nuova previsione in tema di conclusione del procedimento di bonifica nei SIN: la possibilità di ottenere la certificazione di avvenuta bonifica anche per la sola matrice suolo<sup>35</sup>. Si tratta di una novità importante, dal momento che, in precedenza, in caso di contaminazioni sia del suolo che delle falde, l'emissione del certificato di avvenuta bonifica del suolo era di regola subordinato all'avvenuta bonifica anche delle acque sotterranee.

## **5. Ulteriori previsioni in materia di impianti sportivi e zone economiche ambientali.**

---

<sup>35</sup> In sede di conversione in legge, è stato precisato che la certificazione di avvenuta bonifica, rilasciata per la sola matrice suolo, può avvenire anche a stralcio in relazione singole aree catastalmente individuate.

Ulteriori semplificazioni sono state introdotte dal d.l. n. 76/2020 con riferimento alle zone economiche ambientali (art. 55) e ai lavori di adeguamento negli impianti sportivi (art. 55 *bis*).

L'art. 55 è sostanzialmente intervenuto sulla l. 6 dicembre 1991, n. 394<sup>36</sup>, introducendo una serie di modifiche volte a snellire gli *iter* procedurali. Le principali novità sono la riduzione (fino alla metà) dei termini per l'approvazione dei piani e regolamenti dei parchi e delle riserve naturali e nazionali e la previsione del potere sostitutivo – in capo al Ministro dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare – nell'ipotesi di mancata approvazione di tali atti entro i termini *ex lege* prescritti.

Il Decreto Semplificazioni ha, poi, inserito una nuova disposizione (l'art. 13 *bis*) nella l. n. 394/1991 che, a determinate condizioni, ammette la realizzazione di interventi nelle c.d. zone di promozione economica e sociale<sup>37</sup>. In particolare, il nuovo art. 13-*bis* stabilisce che, laddove risultino approvati il Regolamento e il Piano del Parco – con conseguente recepimento delle relative disposizioni da parte degli strumenti urbanistici comunali – gli interventi edilizi possono essere realizzati, previa comunicazione all'Ente Parco, grazie alla sola autorizzazione dell'ente locale interessato, senza la necessità del nulla osta del Parco<sup>38</sup>. Tuttavia, l'ultimo periodo dell'art. 13-*bis* precisa che «in caso di non conformità», il Direttore del Parco può annullare *ad nutum* il provvedimento autorizzatorio entro quarantacinque giorni dal ricevimento del medesimo.

L'art. 55-*bis* del Decreto Semplificazioni ha, invece, apportato modifiche alla procedura speciale prevista per la costruzione di impianti sportivi, disciplinata dall'art. 62 del d.l. 24 aprile 2017, n. 50, convertito, con modificazioni, dalla l. 22

---

<sup>36</sup> La «Legge Quadro sulle Aree Protette» è la principale fonte normativa che disciplina la gestione dei parchi e delle riserve naturali nazionali. Per un approfondimento sulla predetta normativa e sul regime giuridico delle aree protette, cfr. AA.VV., *AP Il sistema delle Aree protette*, Ministero dell'Ambiente, CED e PPN, Firenze, 2003; A. ABRAMI, *Il regime giuridico delle aree protette*, Torino, 2000; N. AICARDI, *Specificità e caratteri della legislazione sulle aree naturali protette: spunti ricostruttivi delle discipline territoriali differenziate*, in F. BASSI, L. MAZZAROLLI (a cura di), *Pianificazioni territoriali e tutela dell'ambiente*, Torino, 2000.

<sup>37</sup> Il nuovo art. 13-*bis* esclude però espressamente l'applicabilità di tale previsione con riferimento alle aree «ricomprese nei perimetri dei siti Natura 2000». In generale, le zone di promozione economica e sociale sono definite dall'art. 12, co. 2, lett. d), della l. 394/1991 quali «aree facenti parte del medesimo ecosistema, più estesamente modificate dai processi di antropizzazione», nelle quali sono consentite attività compatibili con le finalità istitutive del Parco, ovvero volte al miglioramento della vita socio-culturale delle collettività locali e al miglior godimento del Parco da parte dei visitatori.

<sup>38</sup> Secondo quanto previsto dall'art. 13 della l. 394/1991.

giugno 2017, n. 96. I due nuovi commi 1-*bis* e 1-*ter* dell'art. 62 hanno introdotto alcune previsioni volte a superare quei vincoli culturali e paesaggistici che, in taluni casi hanno impedito o impediscono tutt'ora la realizzazione di lavori per l'adeguamento degli impianti sportivi agli attuali standard internazionali di sicurezza, salute e incolumità pubblica. In sostanza, detti interventi potranno adesso essere realizzati anche in deroga ai vincoli o alle proposte di vincolo, previa individuazione da parte del Ministero dei beni culturali degli eventuali «elementi strutturali, architettonici o visuali di cui sia strettamente necessaria a fini testimoniali la conservazione o la riproduzione anche in forme e dimensioni diverse da quella originaria». Siffatto provvedimento – che deve indicare modalità e forme di conservazione degli elementi da tutelare – deve, tuttavia, essere adottato dal Ministero entro il termine di novanta giorni dalla formalizzazione della richiesta da parte del proprietario o del concessionario dell'impianto sportivo, pena l'automatica caducazione del vincolo di tutela artistica, storica e culturale, ovvero la cessazione degli effetti delle dichiarazioni di interesse culturale eventualmente già intervenute. Occorre precisare che il termine di novanta giorni è prorogabile, una sola volta, per ulteriori trenta giorni e soltanto nell'ipotesi in cui la proroga si renda necessaria per consentire alla sovrintendenza territorialmente competente di acquisire ulteriori documenti istruttori di cui non sia già in possesso.

## **6. La semplificazione in materia ambientale. Considerazioni conclusive.**

Lo studio delle principali novità introdotte dal d.l. n. 76/2020 sollecita alcune riflessioni in merito al rapporto tra semplificazione e ambiente, oggi al centro del dibattito pubblico, tanto nella prospettiva della semplificazione, per via delle conseguenze derivanti dallo stato emergenziale, quanto in quella della protezione ambientale<sup>39</sup>.

---

<sup>39</sup> Si pensi alla recente creazione del Ministero della transizione ecologica, istituito nel febbraio 2021 dal sessantasettesimo esecutivo della Repubblica Italiana (Governo Draghi) al fine di traghettare il sistema produttivo nazionale verso un modello più sostenibile, che renda meno dannosi per l'ambiente la produzione di energia, la produzione industriale e lo stile di vita delle persone.

Nell'ultimo decennio si è assistito ad una crescita esponenziale della considerazione dell'ambiente all'interno degli ordinamenti degli Stati, con la conseguente e graduale costituzionalizzazione di diritti e obblighi di protezione ambientale<sup>40</sup>. Quanto appena affermato trova conferma, sul piano interno, nella assoluta rilevanza che il tema ambientale ha assunto anche nel rapporto con altri diritti fondamentali<sup>41</sup> e, in ambito internazionale, nell'impiego sempre maggiore di trattati multilaterali e di altri strumenti giuridici, anche di *soft law*<sup>42</sup>, volti a promuovere la protezione dell'ambiente in ogni sua forma<sup>43</sup>.

L'importanza della dimensione giuridica della tutela ambientale non può, quindi, essere messa in dubbio, a maggior ragione nella specifica prospettiva della tutela amministrativa che coinvolge l'azione svolta – anche e soprattutto in chiave preventiva – dalle amministrazioni pubbliche. In tale segmento giuridico di tutela rientrano quei procedimenti destinati alla tutela ambientale di cui sono espressione sia le normative richiamate nei precedenti paragrafi, sia ogni altro procedimento amministrativo in cui rilevi (anche e non esclusivamente) la protezione dell'ambiente. D'altronde il procedimento amministrativo rappresenta la sede più idonea per la tutela degli interessi ambientali, in quanto consente di bilanciare tali interessi con tutti gli altri potenzialmente confliggenti. L'opzione procedimentale – contrapposta a quella della tutela mediante il riconoscimento di diritti soggettivi – si fonda su una

---

<sup>40</sup> Sul punto v. T. Hayward, *Constitutional Environmental Rights*, Oxford University Press, 2005; G. CORDINI, *Tutela dell'ambiente e sostenibilità nella comparazione degli ordinamenti costituzionali*, in *L'Italia Forestale e Montana*, 2012, n. 1, p. 9 ss.

<sup>41</sup> Con specifico riferimento al contesto italiano si veda quanto affermato dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 85 del 9 maggio 2013, laddove in merito alla nota vicenda dell'Ilva di Taranto ha avuto modo di precisare che «tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. La tutela deve essere sempre «sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro» (sentenza n. 264 del 2012). Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe “tiranno” nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona».

<sup>42</sup> L'espressione *soft law* fa riferimento ad una serie di atti che, seppur privi di vincolatività, sono espressione di una certa normatività (tra questi rientrano, a livello internazionale, codici di condotta, linee guida, intese non giuridiche e *gentlement agreements*). Per un approfondimento sul tema nella prospettiva del diritto comparato, cfr. B. BOSCHETTI, *Soft law e normatività: un'analisi comparata*, in *Regolazione dei mercati*, 2016, n. 2, p. 32 ss.

<sup>43</sup> Ciò si è verificato a partire dalla prima metà degli anni Settanta, allorquando la presa di coscienza, a livello globale e istituzionale, dei problemi legati all'ambiente si è tradotta in una forma embrionale di azione internazionale in materia, ovvero la *United Nations Conference on Human Environment* di Stoccolma del 1972.

valutazione dell'interesse ambientale che risulta proprio dalla comparazione degli strumenti e delle azioni a tutela<sup>44</sup>.

Tuttavia, il rovescio della medaglia di quanto appena osservato è l'accresciuta procedimentalizzazione dell'attività amministrativa in materia ambientale<sup>45</sup>, da cui discende l'opportunità – o quanto meno la possibilità – di valutare anche in questo settore l'impiego di istituti di semplificazione di diversa matrice, volti ad eludere le lungaggini procedurali o, comunque, a rendere più celere l'azione amministrativa. In tal senso, l'approfondimento svolto nei paragrafi precedenti sulle principali novità del Decreto Semplificazioni conferma che la complessità delle questioni ambientali non impedisce *a priori* l'introduzione di correttivi volti a "semplificare" l'azione amministrativa. Del resto l'obiettivo della semplificazione, posto al centro delle politiche europee e del grande processo di riforma amministrativa avviato negli anni Novanta<sup>46</sup>, ha ormai da tempo investito anche il settore del diritto ambientale. Negli anni si è, infatti, sempre più diffusa l'idea che l'interesse ambientale debba essere valutato in concreto<sup>47</sup>, non configurandosi tale apparato concettuale quale ostacolo al rispetto dei comuni principi rilevanti in materia – tra cui rientrano i fondamentali principi di integrazione e dello sviluppo sostenibile che l'art. 37 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea pone in correlazione per garantire «un livello elevato di tutela dell'ambiente e il miglioramento della sua qualità»<sup>48</sup>. Sul punto, in una prospettiva di bilanciamento, è stato osservato che l'interesse ambientale «deve far valere in concreto – e di volta in volta – le ragioni del suo esistere (e del suo eventuale giusto prevalere): senza che mai possa essere pretermesso, ma senza che

<sup>44</sup> In proposito, per un ulteriore approfondimento, cfr. J. MORAND-DEVILLER, *Le bonheur et le droit administratif*, in *En hommage à Francis Delpérée. Itinéraires d'un constitutionnaliste*, Bruylant, Parigi, 2007, p. 1081 ss.; R. MONTANARO, *L'ambiente e i suoi istituti della partecipazione*, in A. CROSETTI, F. FRACCHIA (a cura), *Procedimento amministrativo e partecipazione. Problemi, prospettive ed esperienze*, Milano, 2002, p. 107 ss.; F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1952, n. 1, p. 118 ss.;

<sup>45</sup> Sulla complessità dell'attività istruttoria nelle valutazioni ambientali, cfr. G. MANFREDI, *Le funzioni ambientali*, in *JUS*, 2011, p. 429 ss.

<sup>46</sup> In generale, sul tema della semplificazione, cfr. E. CASSETTA, *La difficoltà di semplificare*, in *Diritto Amministrativo*, 1998, n. 6, p. 335 ss.

<sup>47</sup> G. CAIA, *La gestione dell'ambiente: principi di semplificazione e di coordinamento*, in S. GRASSI, M. CECCHETTI, A. ANDRONIO (a cura di), *Ambiente e diritto*, Firenze, 1999, vol. 1, 237 ss.

<sup>48</sup> I principi ivi enucleati trovano fondamento negli artt. 2, 6 e 174 del Trattato CE, poi trasfusi nell'art. 3, par. 3, del Trattato sull'Unione europea (TUE) e negli artt. 11 e 191 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea (TFUE).

neppure possa presumere una considerazione astrattamente superiore a quella degli altri obiettivi di interesse pubblico»<sup>49</sup>.

Tali considerazioni valgono anche per le modifiche di carattere acceleratorio – per lo più consistenti nella riduzione dei previgenti termini – introdotte in materia ambientale dal Decreto Semplificazioni, laddove in alcune previsioni si può cogliere appieno la complessità propria del giudizio di bilanciamento in materia ambientale. In proposito, è sufficiente richiamare una delle modifiche commentate nel paragrafo precedente (v. *supra* §5), ossia l'art. 13-*bis* inserito nella l. 394/1991 per effetto dell'art. 55, co. 1, lett. d), del d.l. 76/2020. Si tratta di una norma che ha introdotto un'importante "semplificazione": la possibilità di realizzare interventi edilizi nelle (protette) zone di promozione economica e sociale grazie all'autorizzazione dell'ente locale competente, previa comunicazione all'Ente Parco. Come già osservato in precedenza, l'art. 13-*bis* ha escluso l'obbligatorietà del nulla osta da parte dell'Ente Parco, salvo però riservare al Direttore del Parco un potere di annullamento *ex post* dell'autorizzazione concessa dall'ente locale, fino a quarantacinque giorni dalla data di ricevimento dell'atto assentivo. Quest'ultimo periodo del nuovo art. 13-*bis* rischia di vanificare gli obiettivi di semplificazione raggiunti con la parte precedente della norma, a conferma della complessità del binomio semplificazione-ambiente che oggi più che mai vive tra due spinte riformatrici in parte contraddittorie: da una parte, la necessità di integrare il quadro giuridico esistente alla luce di obiettivi di qualità ambientale sempre più ambiziosi, dall'altra, l'imperativo della crescita che – specie in contesti emergenziali come quello attuale – scompone e rimette in dubbio l'intero sistema per fini di semplificazione.

---

<sup>49</sup> A. RALLO, *Funzioni di tutela ambientale e procedimento amministrativo*, Napoli, 2000, p. 41.

## BREVI NOTE SULLA CITTADINANZA NELL'ORDINAMENTO FRANCESE

**Saverio F. Regasto**

*Università degli Studi di Brescia*

**ABSTRACT** [ITA]: Il contributo affronta il tema della cittadinanza in Francia sia dal punto di vista diacronico, sia dal punto di vista sincronico.

**ABSTRACT** [ENG]: *The contribution addresses the issue of citizenship in France both from a diachronic and a synchronic point of view.*

**SOMMARIO:** **1.** La cittadinanza e la Rivoluzione francese. . – **2.** La Costituzione francese e la cittadinanza. . – **3.** Trasformazioni e adattamenti nel diritto francese della cittadinanza. . – **4.** Le modalità di acquisto della cittadinanza francese. . – **4.1.** Acquisto della cittadinanza per filiazione o nascita. . – **4.2.** Acquisto della cittadinanza per matrimonio. . – **4.3.** Acquisto della cittadinanza per naturalizzazione. . – **5.** Doppia cittadinanza. . – **6.** Le ipotesi di perdita della cittadinanza francese.

## 1. La cittadinanza e la Rivoluzione francese.

La questione della cittadinanza (in particolare delle sue modalità di acquisizione e di perdita) ha assunto, tanto nel diritto interno, quanto in quello comparato, sempre maggiore significato, anche a causa dell'impatto che stanno avendo i fenomeni migratori sui sistemi costituzionali, in particolare dei Paesi europei. Una riflessione, in chiave comparata, sull'inquadramento che della questione è stata data Oltralpe appare opportuna al fine di comprendere se e in che termini le soluzioni possano apparire frutto della peculiarità della storia e della società di quel Paese.

Come è noto, nell'*ancien régime* erano presenti le definizioni di «bourgeois» e «citoyen», per come proposte da Bodin e fatte proprie da Rousseau e Diderot. Questi concetti si fondavano in buona sostanza sulla distinzione dei soggetti per ceti o stati sociali.

Con la dichiarazione del 1789, l'Assemblea francese ha definitivamente superato questa distinzione. Il nuovo concetto di cittadinanza prendeva le mosse dal pensiero politico liberale moderno, secondo cui «la cittadinanza è strumento per la realizzazione di una comunità politica fondata sull'uguaglianza»<sup>1</sup>, anche se l'uguaglianza aveva una valenza «interna» e non «esterna», ovvero riconosciuta a coloro che erano titolari del diritto medesimo.

Secondo una corrente dottrinale<sup>2</sup>, «Trattando di cittadino, il testo canonico è ovviamente la dichiarazione del 1789, che si appella, fin dal nome, appunto ai diritti dell'uomo e del cittadino. [...] Nazione, sovranità, legge divengono il punto di equilibrio delle nuove proposte costituzionali: la cittadinanza, i diritti emergono certo in piena luce, fino nel titolo della Dichiarazione, ma dipendono dal ruolo centrale della nazione sovrana e della legge che da essa proviene».

Con la Rivoluzione francese si è dato l'avvio al nuovo concetto di nazione nel contesto europeo. Conseguenza della maturazione di questa nozione, è stata quella di fare riferimento a nuovi modelli di valori sociali: si è passati dalla famiglia, dalla città. Dalla regione alla nazione intesa come luogo geografico, culturale e politico di confronto.

---

<sup>1</sup> E. GROSSO, *Le vie della cittadinanza. Le radici. I modelli storici di riferimento*, Padova, Cedam, 1997, pag. 191.

<sup>2</sup> P. COSTA, *La cittadinanza: un tentativo di ricostruzione "archeologica"*, in D. Zolo (a cura di), *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, Laterza, Roma-Bari, 1994, pagg. 66-67.

Si parlava di nazione e non più di stato, in quanto «governo e cittadinanza diventarono un compito comune, che richiedeva [...] cooperazione attiva da parte di tutti, e non c'era più semplicemente un rapporto sovrano-sudditi»<sup>3</sup>. Si formò una classe media composta da commercianti, le classi inferiori entrarono nella scena politica nazionale: elementi questi che hanno rappresentato dei fattori determinanti per lo sviluppo del nuovo concetto di cittadinanza.

Con l'ingresso del parametro Stato-nazione il concetto di cittadinanza assume una connotazione diversa, si espande unitamente allo sviluppo della sfera pubblica. Quest'ultima rappresentava il luogo della partecipazione degli attori sociali, sia singolarmente che in maniera collettiva, non come appartenenti a formazioni politiche ma in quanto interpreti delle esigenze economiche e culturali del periodo. La correlazione Stato-nazione assume, quindi, un significato moderno, in cui si dà valore al contratto sociale esistente tra i cittadini e il sovrano, in base al quale al sovrano viene dato mandato di governare la società. Secondo tale concezione<sup>4</sup>, il suddito-cittadino sceglie di vivere in una comunità, delegando all'autorità pubblica le proprie competenze. In questo modo si concretizza l'unità del potere statale, visto come punto di riferimento dell'individuo, come ordine razionale che pone fine all'ordine naturale, superando quelle che era la suddivisione in ceti, caratteristica peculiare del periodo medievale.

Lo Stato-nazione è caratterizzato dalla presenza, da una parte, del principio di nazionalità, ovvero l'appartenenza allo Stato, dall'altra, dal principio della cittadinanza, che si concretizza nella partecipazione alla vita dello Stato<sup>5</sup>.

In questo contesto, il cittadino viene considerato come un soggetto razionale in grado di gestire i propri bisogni e di soddisfarli anche in maniera autonoma. Si assiste, in tal modo, all'evoluzione del concetto di individuo che diviene cittadino. Il lavoro diventa lo strumento attraverso il quale il cittadino partecipa alla vita del sistema di appartenenza, ottenendo dei benefici sia per sé stesso che per la collettività. Dall'altra parte, il suddito non è più colui che si pone su un livello superiore ai soggetti ma come appartenente alla collettività e che partecipa alla vita di questa.

---

<sup>3</sup> Kelly, G., *Who needs a theory of citizenship?*, in *The State* (a cura di S. Graubard), New York 1979, p. 24.

<sup>4</sup> S. MEZZADRA (a cura di), *Cittadinanza. Soggetti, ordine, diritto*, Bologna, Clueb, 2004.

<sup>5</sup> G. NOIREL, *État, nation et immigration*, Parigi, 2001, pag. 493.

Il nuovo concetto di cittadinanza riconosce al suo interno anche le libertà negative, ovvero l'insieme dei diritti universali e individuali su cui si fonda l'autonomia dei singoli, sebbene da questi siano ancora esclusi donne e appartenenti ai ceti meno abbienti.

In questo senso, l'esercizio della libertà di parola, di pensiero, di associazione, di voto, che permette di poter scegliere i propri rappresentanti politici, sono stati i primi passi per lo sviluppo del concetto di cittadino come soggetto razionale, che decide in maniera autonoma e consapevole i propri obiettivi, divenendo un valore aggiunto anche per lo sviluppo della società.

La partecipazione del popolo alla vita sociale, come nuovo gruppo politico, ha determinato l'esigenza di ridefinire il ruolo del «francese», distinguendolo dalla figura dello «straniero». Il cittadino riceve un riconoscimento nella «*Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*», che può esercitare i suoi diritti in quanto appartenente a una comunità, anche attraverso la partecipazione attiva al processo di formazione della legge.

Al cittadino, inoltre, viene riconosciuta l'uguaglianza di fronte alla legge, anche fiscale. Il grande merito della Rivoluzione francese, quindi, è stato quello di avere collegato il principio della sovranità nazionale a quello della cittadinanza. In particolare, la sovranità rappresenta la palese manifestazione della volontà popolare in base alla quale tutti i soggetti della Nazione godono di un eguale trattamento. La cittadinanza è un concetto che si identifica con quello della sovranità popolare.

Nei due secoli che seguirono la Rivoluzione francese si sono avuti due processi paralleli. Se da una parte, i cittadini si sono visti attribuire maggiori diritti civili, politici e sociali, dall'altra, i soggetti nei cui confronti sono stati riconosciuti tali diritti sono aumentati, determinando lo sviluppo della cittadinanza sia dal punto di vista qualitativo che quantitativo, divenendo «lo *status* che viene conferito a coloro che sono membri a pieno diritto di una comunità»<sup>6</sup>.

Una parte della dottrina<sup>7</sup> ha affermato che «Fu a partire dalla Rivoluzione francese, con il sorgere di una tipica figura di Stato nazionale e di diritto, con il tramutarsi delle strutture politiche e sociali in forme essenzialmente unitarie sul

---

<sup>6</sup> T.H. MARSHALL, *Cittadinanza e classe sociale*, UTET, Torino, 1976 (tit. orig. *Citizenship and Social Class*, in T.H. MARSHALL, *Class, Citizenship and Social Development*, The University of Chicago, Chicago 1964), pag. 24.

<sup>7</sup> C. DE LUCA, *Educare alla cittadinanza. Quale futuro?*, in G. Spadafora (a cura di), *Verso l'emancipazione. Una pedagogia critica per la democrazia*, Roma, Carocci, 2010, pag. 277.

fondamento dello spirito nazionale, che l'idea della cittadinanza emerge con chiarezza di contorni e divenne oggetto di specifica considerazione sistematica da parte dei legislatori, per cui di leggi vere e proprie sulla cittadinanza non può parlarsi se non a partire da questo periodo».

## 2. La Costituzione francese e la cittadinanza.

La Costituzione francese prevede che il cittadino si trovi in una condizione di vantaggio rispetto all'uomo. All'interno del testo costituzionale sono presenti i principi in ordine ai diritti civili, alla nazionalità, allo stato e alle capacità delle persone, unitamente alle regole per l'esercizio delle libertà pubbliche.

La Costituzione francese ha previsto, inoltre, due ulteriori tipologie di cittadinanza francese. Rispettivamente nell'art. 77 della Costituzione, è prevista la cittadinanza locale in Nuova Caledonia e, nell'art. 88-3, è riconosciuta la cittadinanza europea, in condizioni di «reciprocità e secondo le modalità previste dal trattato sull'Unione europea firmato il 7 febbraio 1992»<sup>8</sup>, che consente il diritto di voto attivo e passivo alle elezioni municipali.

La cittadinanza, dunque, «rappresenta la condizione di appartenenza», il cui esercizio è rimesso in maniera esclusiva allo Stato<sup>9</sup>. Attraverso tale esclusività, lo Stato prevede i presupposti per appartenere a una determinata comunità, condizione necessaria per l'esercizio dei diritti civili e politici.

Il sistema francese per l'acquisto della cittadinanza si è ispirato al principio del cd. «assimilazionismo etnocentrico», ovvero al modello repubblicano d'integrazione, che ha fatto proprio il concetto dell'*État Nation*, che si basa sui presupposti della cittadinanza, della conoscenza della lingua e delle culture nazionali. Si tratta di una corrente che ha rappresentato una risposta al fenomeno immigratorio utilizzato sin dal secolo scorso per contrastare non solo temporanee carenze di manodopera, ma una persistente crisi demografica.

---

<sup>8</sup> Il Trattato di Maastricht, firmato il 7 febbraio 1992 ed entrato in vigore il 1° novembre 1993, è stato il primo provvedimento di matrice europea con cui si è dato inizio al processo di europeizzazione istituendo l'Unione Europea, a cui hanno preso parte, col nome di Comunità Europea, le preesistenti comunità. Con il Trattato è stata istituita l'unione economica e monetaria, sono state ampliate le funzioni del Parlamento europeo e istituita la «cittadinanza europea» per i cittadini degli Stati membri.

<sup>9</sup> P. STANCATI, *Lo statuto costituzionale del non cittadino: le libertà civili*, in <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/convegni/aic200910/Stancati.pdf>.

Il modello «assimilazionista» è il risultato delle vicende storiche che hanno interessato la Francia, i flussi migratori, la visione che l'immigrazione era «uno strumento diretto alla fabbricazione di cittadini»<sup>10</sup>. L'immigrato veniva considerata come una condizione temporanea, in attesa di poter assumere lo *status* di cittadino. Sulla base di tali presupposti, negli anni cinquanta, i concetti di integrazione e quello di assimilazione sono stati utilizzati come sinonimi.

Da sempre la Francia, come si è detto, si è caratterizzata da un flusso di immigrazione importante. Con il concetto di assimilazione si identifica il processo sociale di avvicinamento dei comportamenti, che connota le realtà in cui vi è un rapporto asimmetrico tra la società accogliente e i soggetti che chiedono la cittadinanza.

Conseguenza delle politiche di accoglienza dovrebbe essere un processo di integrazione degli immigrati e dei loro discendenti; spesso, però, accade che nella realtà tale integrazione non si realizza in pieno.

Per una parte della dottrina le politiche di assimilazione hanno rappresentato lo strumento francese per attuare una immigrazione indolore. Tanto da affermare che, gli immigrati e i loro discendenti «hanno portato una sfumatura di più alla nostra cultura complessa»<sup>11</sup>. A detta di Braudel, anche se apparentemente non si direbbe, la società che accoglie si uniforma o si trasforma sulla base degli stili di vita, dei costumi dei soggetti che sono entrati a far parte della sua storia. In questo senso, si parla di assimilazione «possibile» e «accettata».

Originariamente i flussi migratori diretti in Francia erano caratterizzati dalla volontà di ottenere la cittadinanza francese, apprezzandone le tradizioni e la cultura. Come affermato da una parte della dottrina<sup>12</sup>, «Le particolarità storico-naturali – lingua, religione, tradizioni morali e culturali, valori etnici, folclore, dialetti, ambiente geopolitico, vicende militari, miti e rituali – svolgono il ruolo di precondizioni di fatto dell'appartenenza di un soggetto al gruppo politico perché sono le condizioni stesse del costituirsi del gruppo politico e della sua identità distintiva. [...] L'identità individuale rinvia alla tutela della *privacy* e all'universalismo dei diritti soggettivi, ma esige nello stesso tempo l'immersione comunicativa del soggetto nell'*humus*

---

<sup>10</sup> E. GROSSO, *L'integrazione alla francese: tra assimilazione e differenza*, in G. CERRINA FERONI, V. FEDERICO, *Società multiculturali e percorsi di integrazione: Francia, Germania, Regno Unito ed Italia a confronto*, Firenze University Press, 2017, pag. 70.

<sup>11</sup> F. BRAUDEL, *L'identité de la France*, Flammarion, Paris, 1986, pagg. 595.

<sup>12</sup> D. ZOLO, *La strategia della cittadinanza*, cit., pag. 20.

culturale, nel folclore di cui vive il particolarismo di ciascun gruppo. Insomma, *l'ethnos* è il necessario presupposto, la radice del *demos*. [...] Nello Stato moderno è perciò del tutto legittima la struttura pluriethnica del *demos*: in linea di principio, a condizioni di carattere esclusivamente procedurale, la cittadinanza deve poter essere attribuita anche agli stranieri».

La disciplina dell'acquisto della cittadinanza francese contiene diverse previsioni sovrapponibili a quelle previste nel nostro ordinamento. Il sistema francese prevede, infatti, che la cittadinanza venga riconosciuta per nascita a chiunque nasca nel territorio nazionale, se entrambi i genitori sono ignoti o apolidi ovvero nel caso in cui non possano trasmettere la loro cittadinanza, secondo le previsioni del Paese di provenienza<sup>13</sup>.

Ancora, la cittadinanza francese può essere accordata a soggetto figlio di ignoti trovato sul territorio nazionale, che quindi si presume sia nato sul territorio francese, sempre che non si trovi la documentazione dalla quale si possa ricavare lo Stato di appartenenza.

L'attribuzione della cittadinanza francese ha delle assonanze con l'ordinamento americano. Le vicende storico/politiche hanno influenzato le scelte del legislatore statunitense. Negli Stati Uniti, l'acquisizione della cittadinanza *ius soli* è stata introdotta nel 1868, a seguito della Guerra di Secessione. Prima di questa innovazione, lo *ius soli* in territorio americano era riconosciuto sulla base del cosiddetto *Calvin's Case*, decisione della *Court of King's Bench* del 1608, considerata come precedente giurisprudenziale.

In tale decisione, è stato stabilito che un bambino nato in Scozia, dopo l'Unione delle Corone all'epoca di Giacomo I d'Inghilterra nel 1603, viene considerato soggetto di diritto in Inghilterra. La nascita di un soggetto nato sul territorio di un Regno determina automaticamente la creazione di una reciproca obbligazione con il Sovrano. In tale rapporto, il re doveva garantire la protezione del soggetto e, dall'altra parte, il suddito si impegnava al dovere di fedeltà verso il sovrano<sup>14</sup>. Lo

---

<sup>13</sup> Analogamente alla disciplina contenuta nell'art. 1, comma 1, lett. b), legge n. 91/1992, infatti, anche gli artt. 19 e 19-1, comma 1, c.c. francese prevedono questa modalità di acquisto della cittadinanza.

<sup>14</sup> M. DICOSOLA, *La cittadinanza negli Stati Uniti tra funzione integrativa e selettiva*, in AA.VV., (a cura di C. MURGIA), *Scritti in onore di Sara Volterra*, Torino, Giappichelli, 2017, pag. 329.

stesso principio era applicabile anche ai cosiddetti postnati, come nel caso preso in esame dal giudice americano<sup>15</sup>.

Tale pronuncia ha assunto un importante peso di precedente negli Stati Uniti, contribuendo alla predisposizione della regola americana della cittadinanza per diritto di nascita secondo lo *ius soli*<sup>16</sup>. Il principio derivante dalla summenzionata sentenza è stato quello di ritenere cittadino americano colui che è nato nel territorio dello Stato.

### **3. Trasformazioni e adattamenti nel diritto francese della cittadinanza.**

Quello francese rappresenta l'ordinamento che fra i primi si è dotato di una normativa sull'acquisto della cittadinanza francese per *ius soli*, accanto a quello dello *ius sanguinis*.

Nel Codice civile napoleonico è stato introdotto l'acquisto della cittadinanza per *ius sanguinis*, a seguito dell'aumento dei flussi migratori, il legislatore francese ha introdotto, quindi, la possibilità di acquisire la cittadinanza *iure soli*. Nel sistema francese vige, infatti, il principio del «doppio *ius soli*», secondo il quale la cittadinanza viene riconosciuta automaticamente nei confronti di colui che nasce sul territorio francese, da genitori stranieri di cui almeno uno nato in Francia<sup>17</sup>.

Accanto a questo, è previsto il beneficio dello «*ius soli semplice*», con il quale la cittadinanza viene concessa al compimento della maggiore età a chi è nato in Francia da genitori stranieri, purché al compimento della maggiore età risieda o abbia la residenza abituale nel Paese per un periodo, continuo o discontinuo, di almeno cinque anni dal compimento dell'undicesimo anno di età. Viene, inoltre, prevista la possibilità di anticipare l'acquisto della cittadinanza attraverso una espressa dichiarazione. Tale atto può provenire dal soggetto interessato, che abbia un'età compresa tra i sedici e i diciassette anni ovvero, dai genitori, con il consenso del

<sup>15</sup> B. MEYLER, *The Gestation of Birthright Citizenship, 1868-1898: States' Rights, The Law of Nations, and Mutual Consent*, in *Georgetown Immigration Law Journal*, vol. 15, n. 3, 2001, pag. 519-562.

<sup>16</sup> M. DICOSOLA, *La cittadinanza negli Stati Uniti tra funzione integrativa e selettiva*, cit., pag. 329.

<sup>17</sup> La prima versione, promulgata nel 1851, prevedeva che il soggetto nato in Francia da padre straniero a sua volta nato in Francia, poteva acquisire la cittadinanza francese al compimento della maggiore età, ad eccezione dell'ipotesi in cui questi non la rifiutasse esplicitamente.

minore di età compresa tra i tredici e i sedici anni. Nell'ipotesi in ultima esaminata, la residenza deve essere almeno di cinque anni dal compimento degli otto anni.

Un importante passo avanti nella predisposizione della legislazione francese in materia di cittadinanza si è avuto nel periodo intercorrente tra le due guerre mondiali. In quel periodo, infatti, si è assistito a una sensibile diminuzione del numero di abitanti, con la conseguente necessità di reintegrare la perdita demografica predisponendo politiche che andavano nella direzione della naturalizzazione. La Francia non si è limitata, quindi, a subire gli effetti degli eventi storici, ma ha tentato di orientare le scelte dei soggetti rispetto alla richiesta di cittadinanza francese.

Il calo demografico è stato causato principalmente dal basso tasso di natalità e dalla farraginosità delle procedure previste per la naturalizzazione (era, infatti, previsto il requisito della residenza decennale). Per ovviare a questo ostacolo, il legislatore francese ha adottato la legge 10 agosto 1927, con cui gli anni richiesti per la naturalizzazione sono stati ridotti a tre. Nello stesso provvedimento è stata prevista la possibilità che le donne sposate con uno straniero potessero mantenere la cittadinanza francese, potendo trasmetterla ai propri figli. È stata introdotta, inoltre, la previsione che lo Stato potesse ritirare la cittadinanza nel caso in cui il soggetto che ne aveva beneficiato si fosse dimostrato indegno.

Come noto, nei primi anni del Novecento del secolo scorso, a seguito della crisi del '29, in Francia si sono diffusi fenomeni xenofobi, che hanno determinato un rallentamento nelle politiche di accoglienza. In quel periodo, si formarono due distinte fazioni: da una parte, i sostenitori della *nationalité d'origine* e, dall'altra, i custodi dei *français de papier*<sup>18</sup>. Allo scopo di frenare le violente manifestazioni popolari, il legislatore francese ha modificato le norme e la tempistica per ottenere la naturalizzazione del Paese<sup>19</sup>. Nonostante tali restrizioni, il flusso migratorio ha continuato a crescere, generando il fenomeno dell'immigrazione *orientée à la*

---

<sup>18</sup> E. GROSSO, *Dall'assimilazione desiderata all'identità rivendicata. Ascesa e crisi del modello francese di integrazione di fronte all'inedita sfida del multiculturalismo*, in G. CERRINA FERONI, V. FEDERICO (a cura di), *Strumenti, percorsi e strategie dell'integrazione nelle società multiculturali*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2018, pag. 302.

<sup>19</sup> E. GROSSO, *L'integrazione alla francese: tra assimilazione e differenza*, in G. CERRINA FERONI, V. FEDERICO, *Società multiculturali e percorsi di integrazione: Francia, Germania, Regno Unito ed Italia a confronto*, Firenze University Press, 2017, pag. 70.

*nationalité*, ovvero diretta a ottenere la cittadinanza. Il maggior numero di soggetti proveniva dai Paesi europei.

A seguito della conclusione del secondo conflitto mondiale sono state introdotte disposizioni più elastiche per favorire l'acquisto della cittadinanza, soprattutto in favore di soggetti provenienti dalle *ex* colonie e dall'oltremare.

Nel *Code de la nationalité* del 1961, per esempio, è stata introdotta la possibilità di acquistare la cittadinanza francese *de plein droit*, sulla sola considerazione di voler risiedere nel territorio francese. Ancora, con una legge del 1973 è stata introdotta la cittadinanza *iure soli* automatica, nei confronti dei bambini nati in Francia e figli di soggetti provenienti dalle *ex* colonie.

Nel dibattito di quegli anni prendeva sempre più consistenza l'esigenza di introdurre limitazioni più severe e rigide in tema di acquisizione della cittadinanza. Sulla base di tale necessità, a partire dagli anni Ottanta, si mise in dubbio l'automatismo del citato principio dello *ius soli*. A detta di parte della dottrina<sup>20</sup> questa modalità di acquisto, non faceva altro che beneficiare della cittadinanza francese soggetti inconsapevoli, «français sans le savoir et sans le vouloir».

Questo processo ha portato alla predisposizione di numerose modifiche del *Code de la nationalité*, che seguivano i programmi politici dello schieramento politico al governo.

Nello sviluppo delle tematiche della cittadinanza, significativa è stata la tappa seguita alla rivolta delle *banlieues*, svoltesi tra il 2006 e il 2007. Tali eventi hanno dimostrato come i cittadini stranieri, ai quali era stato riconosciuto lo *status* di cittadino francese, non erano perfettamente integrati al tessuto sociale dello Stato ospitante<sup>21</sup>.

In risposta a questi eventi, il legislatore francese ha promulgato la legge 16 giugno 2011, n. 672, con cui sono stati previsti criteri più severi della prova richiesta per poter ottenere la cittadinanza francese come conseguenza della naturalizzazione<sup>22</sup>.

---

<sup>20</sup> P. WEIL, *La France et les étrangers. L'aventure d'une politique de l'immigration de 1938 à nos jours*, Paris, Gallimard, 1995, pag. 164.

<sup>21</sup> E. GROSSO, *Si fa presto a dire "ius soli". Considerazioni sparse sull'acquisto della cittadinanza nel diritto comparato*, cit., pag. 23.

<sup>22</sup> La novità è stata introdotta negli artt. 21-24 *Code Civil*, ai sensi dei quali la concessione della cittadinanza francese è subordinata alla conoscenza della lingua francese, della storia, della cultura e della società francese, dei diritti e dei doveri del cittadino e l'adesione ai principi e ai valori essenziali della Repubblica. «Dal 1° gennaio 2012 chiunque richieda la cittadinanza francese deve produrre un diploma rilasciato da un'autorità francese (diploma universitario, diplomi certificati DELF o DALF, livello orale B1 secondo il Quadro comune

Anche gli eventi storici che si sono succeduti nel tempo, uno fra tutti l'attentato dell'11 settembre 2001, hanno contribuito alla maturazione del concetto di integrazione degli stranieri secondo canoni maggiormente bilanciati<sup>23</sup>.

#### 4. Le modalità di acquisto della cittadinanza francese.

Come accennato in precedenza, il sistema normativo francese in materia di cittadinanza trova il suo fondamento negli artt. 17/33-2 Codice Civile, nel Libro I, intitolato «De la nationalité française» e dalla Convenzione del Consiglio d'Europa, del 6 maggio 1963, che prevede le ipotesi di riduzione dei casi di nazionalità plurima<sup>24</sup>.

Gli artt. dal 17 al 20 del *Code civil* regolamentano gli istituti del riconoscimento della cittadinanza alla nascita e si riferiscono ai casi di filiazione, in cui almeno un genitore sia francese, *ius sanguinis*, e ai casi di nascita sul territorio francese, *ius soli*. Nell'art. 21-15 è contenuta la disciplina dell'acquisizione della cittadinanza per naturalizzazione, conseguente a provvedimento dell'autorità pubblica.

La normativa del codice civile francese si sviluppa sui trascorsi storici del primo dopoguerra e sulla collocazione all'interno del codice della disciplina in oggetto, a opera della legge 93-933 del 22 luglio 1993. Come accennato, nel sistema francese è previsto che la cittadinanza possa essere acquistata in tre differenti modalità: l'acquisizione per filiazione, *ius sanguinis*, e per nascita, *ius soli*; l'acquisizione per matrimonio con cittadino o cittadina francese; per naturalizzazione, a seguito di un provvedimento delle autorità nazionali.

---

europeo di riferimento per le lingue, che attestano il livello di conoscenza della lingua francese) oppure un certificato ufficiale rilasciato, da meno di due anni, da un organismo titolare del marchio "Français langue d'intégration" o da un organismo certificatore», [https://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/17/DOSSIER/0/941909/index.html?part=dossier\\_dossier1-sezione\\_sezione11-h1\\_h16](https://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/17/DOSSIER/0/941909/index.html?part=dossier_dossier1-sezione_sezione11-h1_h16).

<sup>23</sup> A. PITINO, *Gli stranieri nel diritto pubblico italiano: Profili attuali della parità di trattamento con i cittadini tra Stato, autonomie e Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2018, pag. 211.

<sup>24</sup> «Convenzione sulla riduzione dei casi di cittadinanza plurima e sugli obblighi militari in casi di pluralità di cittadinanze», sottoscritta da Italia, Austria, Belgio, Danimarca, Francia, Germania, Gran Bretagna, Lussemburgo, Norvegia, Paesi Bassi, Spagna, Svezia e Irlanda. Sulla base di questo provvedimento, era vietata la doppia cittadinanza, eccezion fatta per le ipotesi in cui questa era inevitabile.

#### **4.1. Acquisto della cittadinanza per filiazione o nascita.**

Viene considerato cittadino francese, il figlio, legittimo o naturale, all'interno di una coppia in cui almeno un genitore sia francese, ai sensi dell'art. 18 c.c.

È cittadino francese, inoltre, il minore adottato con adozione piena da parte di un francese. Lo stesso non avviene nel caso di minore oggetto di adozione semplice, secondo il disposto di cui all'art. 21 c.c. Nei confronti di questo, è prevista la possibilità di reclamare la cittadinanza francese, al compimento della maggiore età, sempre che abbia la residenza nel Paese al momento della presentazione della dichiarazione. Tale obbligo di residenza non trova applicazione, laddove i genitori non risiedano in Francia.

Nel caso di minore abbandonato sul territorio francese e preso in cura da un cittadino francese, ovvero affidato ai servizi di assistenza sociale dell'infanzia, è ammessa la possibilità di richiedere la nazionalità. Condizione necessaria in questa ipotesi è che il richiedente abbia ricevuto, per almeno cinque anni, un'educazione basata sui valori e la cultura francese.

Con riferimento all'acquisto della cittadinanza per nascita, viene considerato cittadino francese colui che è figlio, legittimo o naturale, che sia nato in Francia e abbia almeno un genitore nato nel Paese, indipendentemente dalla cittadinanza, ai sensi dell'art. 19-3 c.c.

Il fatto che un soggetto nasce nel territorio francese non assume alcun rilievo ai fini dell'acquisto della cittadinanza, se non nel caso in cui il soggetto interessato sia minore e figlio di apolidi o di genitori ignoti o che, perché l'ordinamento del Paese di origine non lo consente, non possono trasmettere la propria cittadinanza.

Nell'ordinamento francese, a seguito della modifica determinata dalla legge 16 marzo 1998, è previsto che i figli nati in Francia da genitori stranieri acquisiscono automaticamente la cittadinanza al compimento della maggiore età, sempre che siano residenti per almeno cinque anni dal compimento degli undici anni.

È previsto, inoltre, che l'acquisto automatico della cittadinanza francese possa essere richiesta dallo straniero al compimento di 16 anni, richiesta da presentarsi all'autorità competente; in alternativa a questa ipotesi, i genitori dell'interessato possono, al compimento dei 13 anni e con il suo consenso, richiedere il riconoscimento della cittadinanza del minore, e il requisito della residenza abituale per 5 anni viene conteggiata dall'età di 8 anni.

## 4.2. Acquisto della cittadinanza per matrimonio.

Il soggetto straniero o apolide che si unisce in matrimonio con un cittadino/cittadina francese può inoltrare istanza di riconoscimento della cittadinanza del Paese; il procedimento per il riconoscimento ha una durata di 4 anni dal matrimonio, al termine del quale, sempre che vi sia la comunione di vita fra i coniugi, che il cittadino francese abbia ancora la nazionalità e che il richiedente dimostri che abbia la residenza effettiva e non interrotta nel territorio francese, per almeno tre anni consecutivi<sup>25</sup>.

Se il cittadino richiedente non dimostra di avere una residenza abituale e ininterrotta dopo il matrimonio di almeno tre anni nel territorio francese, il periodo di convivenza da prendere a riferimento viene portato a cinque anni. Se il matrimonio è stato celebrato all'estero, si deve provvedere alla trascrizione nel registro nazionale dello stato civile.

Requisito necessario è la conoscenza della lingua francese, che deve essere valutata sulla base dei criteri fissati con decreto, previo parere del Consiglio di Stato.

Come abbiamo accennato in precedenza, con la legge n. 2011-672 del 16 giugno 2011 relativa all'immigrazione, l'integrazione e la nazionalità, il riformatore ha rivisto le disposizioni riguardanti l'esigenza di una conoscenza sufficiente della lingua francese.

Sulla base di tale disposizione, infatti, è richiesto che il soggetto straniero che faccia richiesta di cittadinanza francese, produca un diploma rilasciato da un'autorità francese o un certificato ufficiale rilasciato, da meno di due anni, da un organismo titolare del marchio "*Français langue d'intégration*" o da un organismo certificatore<sup>26</sup>. A seguito della verifica del possesso del requisito di cui innanzi, la dichiarazione di cittadinanza viene registrata a cura dell'Ente competente per la naturalizzazione. È, tuttavia, prevista la possibilità che il governo si opponga al riconoscimento della cittadinanza, laddove ravvisi che il coniuge straniero abbia assunto condotte indegne. In questo caso, l'acquisizione della cittadinanza si considera come non

---

<sup>25</sup> Il legislatore francese ha innalzato l'originario termine dei 2 a 4 anni, con legge n. 2006-911 del 24 luglio 2006, allo scopo di contrastare il fenomeno dei matrimoni a scopo di naturalizzazione.

<sup>26</sup> E. CODINI, *La cittadinanza: Uno studio sulla disciplina italiana nel contesto dell'immigrazione*, Torino, Giappichelli, 2017, pag. 161.

avvenuta; gli atti conclusi tra l'istanza e il decreto di opposizione si considerano validi, ai sensi dell'art. 21-4 c.c.

### **4.3. Acquisto della cittadinanza per naturalizzazione.**

Si tratta di un tipo di riconoscimento che può essere concesso solo al soggetto straniero maggiorenne che sia in grado di dimostrare di avere la residenza abituale nel territorio francese da almeno 5 anni prima della presentazione della domanda; in alternativa a questo, se il soggetto ha frequentato un corso di studi della durata di due anni presso un istituto di istruzione universitaria francese ovvero abbia reso importanti servizi allo Stato, la residenza abituale deve essere di almeno due anni. Nel momento in cui si firma il decreto, il richiedente deve avere la residenza fissa nel territorio francese, ovvero deve risiedere stabilmente e in maniera permanente in Francia, che deve essere il luogo in cui sono concentrati gli interessi materiale e i legami familiari.

È prevista, inoltre, la possibilità di concedere la naturalizzazione in determinate ipotesi, anche senza la persistenza del requisito della residenza: nel caso di soggetti facenti parte delle forze armate francesi; a vantaggio di stranieri che abbiano reso dei servizi eccezionali allo Stato ovvero se il soggetto da naturalizzare presenti delle caratteristiche di interesse eccezionale per la Francia. In questo caso, è richiesto il parere del Consiglio di Stato di intesa con il Ministro competente.

Non è possibile concedere la naturalizzazione al soggetto che sia stato condannato a una pena detentiva uguale o superiore a sei mesi senza condizionale, ovvero sia stato sottoposto a decreto di espulsione o di interdizione dalla Francia; inoltre, la cittadinanza mediante naturalizzazione non è concessa a soggetto irregolare o condannato per atti di terrorismo.

Anche nel caso di naturalizzazione è richiesta la verifica del grado di integrazione del soggetto ai canoni di vita sociale e culturale, oltre che alla conoscenza della lingua, del Paese concedente lo *status*. Tale ultimo requisito non è richiesto per i rifugiati e gli apolidi residente sul territorio francese da almeno 15 anni, con età superiore a sessant'anni.

## 5. Doppia cittadinanza.

Nel regime francese, l'acquisto della cittadinanza del Paese non determina la perdita o la rinuncia della cittadinanza originaria; così come nel caso di acquisto di altra cittadinanza, l'ordinamento francese non richiede che il cittadino rinunci alla cittadinanza francese, ad eccezione dei casi di Stati firmatari della già esaminata Convenzione del Consiglio d'Europa, del 6 maggio 1963, sulla riduzione dei casi di nazionalità plurima. In questo caso, infatti, si verifica la perdita automatica della cittadinanza originaria.

Nel caso di doppia cittadinanza, il trattamento riservato al cittadino non subisce alcuna modifica nel trattamento riservato a questo; il cittadino francese che ha doppia cittadinanza non può far valere la propria cittadinanza francese dinanzi alle autorità dell'altro Stato di cui possiede la cittadinanza, qualora risieda nel suo territorio. In aggiunta a quanto sin qui detto, si ricorda come il 24 marzo 1995 è divenuto efficace tra l'Italia e la Francia il secondo protocollo che ha modificato la Convenzione di Strasburgo del 1963. A seguito di tale modifica, è consentito il mantenimento della cittadinanza italiana a beneficio di colui che acquista volontariamente la cittadinanza francese e viceversa, in tutti i casi previsti all'art. 1 del protocollo, anche nelle ipotesi di ritenzione o trasferimento della residenza all'estero<sup>27</sup>.

## 6. Le ipotesi di perdita della cittadinanza francese.

Anche le ipotesi di perdita e di decadenza della cittadinanza francese sono contemplate nel codice civile.

Nel *Code civil* sono previste due ipotesi di privazione della cittadinanza francese. L'istituto del *retrait de la nationalité française* è applicabile ai cittadini francesi, per nascita *ius sanguinis* o per doppio *ius soli*, se questi abbia una condotta equiparabile a quella di un cittadino di un Paese straniero di cui abbia la cittadinanza; se, facendo parte di un'armata straniera o di un'organizzazione internazionale alla quale la

---

<sup>27</sup> M. R. SERPILLI, *Manuale pratico della cittadinanza in Italia. Adempimenti e procedure per la formazione degli atti*, Maggioli, 2011, pag. 365.

Francia non partecipa, il cittadino diffidato dalla rinuncia a detta partecipazione, non vi provveda.

Accanto a questa procedura, vi è la cosiddetta *déchéance de la nationalité*, applicabile solo nei confronti dei soggetti a cui è stata riconosciuta la cittadinanza francese. Le ipotesi in cui è applicabile tale istituto sono il caso di condanna per crimini o delitti contro gli interessi fondamentali della Nazione o per atto di terrorismo; aver messo in atto condotte contrarie al possesso della cittadinanza francese e pregiudizievoli per gli interessi della Francia e che avvantaggino un altro Paese. Tali previsioni non possono essere applicate laddove la perdita della cittadinanza francese possa determinare la condizione di apolide.

Emblematica la decisione n. 2014-439 QPC del 23 gennaio 2015, M. Ahmed S., del Conseil constitutionnel, con cui l'organo francese è stato chiamato a valutare la legittimità costituzionale degli artt. 25 e 25-1 c.c., nella parte in cui prevedono che la condanna per un crimine o un delitto costituente un atto di terrorismo possa determinare la perdita della cittadinanza nei soli confronti dei francesi d'acquisizione, escludendone dunque i francesi d'origine. La decisione assunta dalla Corte è andata nella direzione di dichiarare la legittimità costituzionale di tale disposizione, che è stata considerata non in contrasto con il principio di eguaglianza<sup>28</sup>.

Nella motivazione della sentenza si legge che «*les personnes ayant acquis la nationalité française et celles auxquelles la nationalité française a été attribuée à leur naissance sont dans la même situation*», ma che «*le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit*» e, infine, che «*le législateur a pu, compte tenu de l'objectif tendant à renforcer la lutte contre le terrorisme, prévoir la possibilité, pendant une durée limitée, pour l'autorité administrative de déchoir de la nationalité française ceux qui l'ont acquise, sans que la différence de traitement qui en résulte viole le principe d'égalité*».

La diversità di trattamento è giustificata da ragioni di interesse generale, quali sono sicuramente la lotta al terrorismo.

---

<sup>28</sup> V. E. BOTTINI, *Decisione n. 2014-439 QPC del 23 gennaio 2015, Sig. Ahmed S.*, in E. BOTTINI, C. GUERRERO PICÓ, S. PASETTO, M.T. RÖRIG, P. PASSAGLIA (a cura di), *Bollettino di informazione sull'attualità giurisprudenziale straniera*, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), febbraio 2015.

Parte della dottrina francese<sup>29</sup> ha evidenziato la necessità di modificare questa disciplina, prospettando due alternative: estendendo l'applicazione soggettiva della *déchéance* anche nei confronti dei cittadini francesi d'origine o abolendo l'istituto in esame, attraverso l'applicazione di altra normativa.

Il legislatore francese, anche in conseguenza degli attentati che hanno interessato la Francia nel novembre 2015, è intervenuto attraverso una riforma costituzionale, che andava nella direzione dell'estensione dei soggetti passivi. Obiettivi di tale progetto erano la costituzionalizzazione, da una parte, dello stato di emergenza e, dall'altra, della disciplina della «*déchéance de la nationalité*», nel caso di condanna definitiva derivante dalla commissione di crimini contro interessi dello Stato o per atti di terrorismo. Tale disciplina si intendeva estenderla a tutti i cittadini francesi, sia di origine che di acquisizione «*binationaux*», così da poter raggiungere una sorta di equilibrio tra le due discipline della perdita della cittadinanza.

Questo progetto di riforma, tuttavia, non è andato a buon fine. A bloccare i tentativi di riforma è intervenuta anche una pronuncia del Consiglio di Stato del 17 dicembre 2015, con cui è stato circoscritto l'ambito della riforma, ai soli «*crimes et non aux délits*», evidenziando come si sarebbe dovuto procedere con una legge costituzionale «*eu égard au risque d'inconstitutionnalité qui peserait sur une loi ordinaire*».

Rispetto all'altra strada suggerita dalla dottrina, si è prospettata la soluzione di prevedere un unico istituto per i casi di perdita della cittadinanza, sia di *retrait de la nationalité française* sia di *déchéance de la nationalité* per terrorismo. Con tale normativa si dovrebbe punire il cittadino francese, sia di origine che acquisito, «*qui, par son comportement, marque sa volonté de se dissocier de la communauté nationale*»<sup>30</sup>. Era stato proposto, inoltre, di reintrodurre il crimine di «*indignité nationale*», che determinava la perdita dei diritti civili e politici in conseguenza di una sentenza di condanna. Tale misura poteva essere applicata a tutti i cittadini francesi, sia di nascita che di acquisizione, anche rispetto a quei soggetti nei cui confronti non era applicabile la *déchéance*, a causa della conseguente apolidia<sup>31</sup>.

Il naufragio dei tentativi di riforma ha dimostrato la difficoltà di trovare un punto di incontro tra le richieste provenienti dai singoli, quindi la protezione delle libertà

<sup>29</sup> V. P. LAGARDE, *Le débat sur la déchéance de nationalité. Essai de clarification*, in *La semaine juridique. Édition générale*, n. 5/2016, pag. 198.

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. 200.

<sup>31</sup> F. JOHANNÈS, *Jean-Jacques Urvoas: l'indignité nationale, «une laïcisation de l'excommunication»*, in *Le Monde*, 27 marzo 2015.

individuali, e la necessità di aggiornare il sistema normativo francese per contrastare il verificarsi di fenomeni che minacciano la collettività<sup>32</sup>.

La disciplina appena esaminata, sulla decadenza della nazionalità francese, soprattutto con riferimento alla *déchéance de la nationalité*, parrebbe avere degli aspetti in comune con l'istituto della cittadinanza dell'ordinamento italiano, ma in realtà così non è. In particolare, la somiglianza si potrebbe ravvisare nella circostanza che, la perdita della cittadinanza è considerata una sorta di punizione per indegnità o perché si è avuta una condotta contraria ai fini pubblici, disciplina che non trova applicazione ai francesi cosiddetti di origine.

A differenza della denazionalizzazione prevista in Italia, però, la revoca della cittadinanza francese non è applicabile se le condotte illecite sono state messe in atto prima dell'acquisto della cittadinanza, se è trascorso un periodo più o meno ampio da quando il soggetto è diventato cittadino francese o, come esaminato, se in conseguenza di tale decisione, vi è l'effetto dell'apolidia.

Ancora, mentre in Francia il decreto con cui si dispone la *déchéance de nationalité* è impugnabile davanti al giudice amministrativo, lo stesso non può dirsi per le ipotesi di revoca della cittadinanza italiana<sup>33</sup>.

---

<sup>32</sup> G. ARAVANTINO LEONIDI, *Evoluzione storica e aspetti giuridici problematici del diritto di cittadinanza in Francia*, in *Democrazia e Sicurezza – Democracy and Security Review*, n. 2, 2019, pag. 112.

<sup>33</sup> E. CAVASINO, *Ridisegnare il confine tra “noi” e “loro”: interrogativi sulla revoca della cittadinanza*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, fasc. n. 1/2019, pag. 13.

# INTERNATIONAL STANDARDS FOR ENVIRONMENTAL AND SOCIAL IMPACT ASSESSMENT: INCREASING EFFECTIVENESS OF INTERNATIONAL ENVIRONMENTAL LAW

Giuseppe Poderati

\*

*"The Earth will not continue to offer its harvest,  
except with faithful stewardship.  
We cannot say we love the land  
and then take steps to destroy  
it for use by future generations."  
— John Paul II*

---

\* The author is a Ph.D. candidate in International Environmental Law at Wuhan University (China). Previously, he attended his academic education at Libera Università Maria SS. Assunta (Rome, Italy), Stony Brook University – New York State University (SUNY, USA), Centro Studi e Ricerche Direzionali (Palermo, Italy), The Graduate Institute of Geneva (Switzerland), and National University of Singapore.

**ABSTRACT** [ITA]: Questo contributo analizza l'importanza della realizzazione di una valutazione di impatto ambientale (VIA) adottando un approccio pressoché olistico nella protezione dell'ambiente. La VIA è obbligatoria in relazione ad attività che possono causare danni transfrontalieri. La Corte Internazionale di Giustizia ha dichiarato nella sua sentenza "Pulp Mills" che il dovere di eseguire una VIA in un contesto transfrontaliero è un principio del diritto internazionale. Dunque, il dovere di prevenire danni transfrontalieri è ben stabilito nel diritto internazionale (vedasi altresì la 2011 ITLOS Advisory Opinion) ed è considerato una regola consuetudinaria riconosciuta dalla Corte Internazionale di Giustizia. Un modo per implementare questo principio fondamentale del diritto dell'ambiente è quello di valutare i rischi di danno ambientale previsti per le attività ed i progetti proposti prima che gli Stati prendano la decisione di consentirne l'esecuzione. Questa valutazione ha propri contenuti e caratteristiche legali. Una VIA è uno strumento decisionale che consiste nell'analisi di un'attività o progetto prevista ed aiuta a determinare gli effetti negativi che l'attività potrebbe avere sull'ambiente e sulla collettività, in particolare per prevenire problemi ambientali come il degrado del suolo ma anche socioeconomici come l'assenza di posti di lavoro. Una volta valutati e compresi i rischi, gli Stati sono in una posizione migliore per decidere se autorizzare o meno l'attività proposta e per gestire i potenziali danni che ne derivano, con l'obiettivo di proteggere la popolazione e l'ambiente. Oltre all'obbligo generale consuetudinario di condurre una VIA in caso di probabile danno transfrontaliero, gli Stati sono anche guidati da una varietà di documenti internazionali legalmente vincolanti come trattati o accordi internazionali con istituzioni finanziarie (es. la Banca Mondiale). La VIA è uno strumento giuridico amministrativo altresì di carattere nazionale ed è eseguita dagli Stati, in accordo con le proprie strutture istituzionali interne. Centrale, in questo contributo è l'analisi della disciplina delle direttive europee che formano la disciplina più avanzata e moderna a livello globale.

**ABSTRACT** [ENG]: *This paper analyses the importance of the duty to carry out an Environmental Impact Assessment (EIA) adopting a holistic approach in protecting the environment. It is not disputed that an EIA is mandatory in relation to activities that are likely to cause transboundary harm. The International Court of Justice declared in its Pulp Mills Judgment that the duty to perform an EIA in transboundary context was a principle of international law. However, the obligation to carry out an EIA is also mandatory for activities that may adversely impact a global resource such as the marine environment (as recognised by the 2011 ITLOS advisory opinion) and there might also be an international obligation to carry out an EIA at the domestic level. The duty to prevent transboundary harm is well established in international law and is considered a customary rule as recognised by the International Court of Justice. One way of implementing this core environmental principle is to assess the environmental and social risks of harm foreseen for the proposed activities before states make the decision of allowing them to be carried out. This assessment, called the environmental and social impact assessment, has its own legal content and features. An ESIA is a decision-making tool that consists of the analysis of an intended activity and helps determine the adverse effects the activity could have on the environment, particularly to prevent environmental related issues such as land degradation as well as social issues such as unemployment. Once the risks are assessed and understood, states are in a better position to make a decision as to whether authorize the proposed activity or not, and to manage the*

*potential harm resulting from it, with the goal of protecting the population and environment. In addition to the general customary obligation of conducting an EIA in case of likely transboundary harm, states are also guided by a variety of international legally binding documents such as treaties or international agreements with financial institutions. An EIA is a national tool; it is performed by states, in accordance with their own internal structures. If the state is not party to any international instruments providing for an EIA obligation, or if the obligation presents great flexibility regarding its implementation, the content, parties and procedures will be determined by domestic regulation. Pivotal in this paper is the analysis of the discipline of European directives that form the most advanced and modern EIA discipline on a global level.*

**SOMMARIO:** **1.** Introduction. – **2. SECTION I:** EIA Concept and the traditional view of Developing Countries. – **3.** The Contemporary approach. – **4.** Environmental impacts. – **5.** Social Impact Assessment: the substantive link to human rights. – **6.** A SIA: general approach and its applicability in different contexts. – **7.** The World Bank approach to the integrated EIA and SIA: Areas where a SIA is considered fundamental. – **8. SECTION II:** Environmental Impact Assessment (EIA): The Case of the European Union. – **9.** The Scope and Content of the EIA. – **10.** Special focus on SIA: Content of the EIA. – **11.** The EIA Parties and Procedure in the EU. – **12.** The Procedural Rights. – **13.** Case Law of the European Union Court of Justice (EUCJ). – **14.** An assessment of the EIA in the Legislation of the European Union. – **15.** Conclusions and Concrete Policy Recommendations.

## 1. Introduction.

Each sovereign state has the right to exploit its own resources.<sup>1</sup> The means of doing so are defined by its domestic legal framework. Regarding activities that can harm the environment, prevention measures rather than only establishing state responsibility have proven to be more effective in achieving effective environmental protection, because some damage could be irreversible.

There is more than one legal way to protect environment. One way is creating special areas or protected zones, where performance of any activity with a high level of impact, and sometimes, any activity at all, is not allowed. Another way is forbidding execution of a specific activity itself, because of its inherent impact. A third way is allowing certain activities to be executed, but under certain conditions and in a specific way, consistent with an environmental policy and certain environmental values.

In order to decide on those conditions and ways in which the activity would be allowed, states need to understand the activity and the domestic, transboundary and global impacts that it could produce on the population and the environment. The Environmental Impact Assessment (henceforth also referred to as “EIA”) constitutes an important and widely accepted domestic technique that helps to anticipate, reduce and mitigate environmental and social risks.

One limitation to state activity are the rights of other sovereign states: under international customary law states have the duty to prevent, reduce, and control transboundary pollution and environmental harm resulting from activities within

---

<sup>1</sup> Principle 2 Rio Declaration on Environment and Development 1992 United Nations (UN), First Part: “States have, in accordance with the Charter of the United Nations and the principles of international law, the sovereign right to exploit their own resources, pursuant to their own environmental and developmental policies...”.

their jurisdiction or control<sup>2</sup>. One way of complying with this duty is assessing the risk of proposed activities before their implementation.<sup>3</sup>

The duty to carry out an EIA in a transboundary context is considered a rule of international customary law and a way of implementing the prevention principle<sup>4</sup>.

The International Court of Justice has ruled “...that it may be considered a requirement under general international law to undertake an environmental impact assessment where there is a risk that the proposed industrial activity may have a significant adverse impact in a transboundary context...”.<sup>5</sup> The International Court of Justice did not regulate the specific content of this obligation and the way it must be fulfilled by the states, also ruling that “general international law [does not specify] the scope and content of an environmental impact assessment.”<sup>6</sup> Thus, there are no specific mandatory requirements or detailed proceedings for the states to undertake the process of an EIA under customary law, which places treaty law and national implementation in a key position of establishing specific rules.

This paper has the purpose of analysing the current international standards for environment and social impact assessments, to specify how the EIA process is being undertaken and to describe what the current trends are.

In order to achieve the said purpose, this paper is divided in two sections. Section one will explain the concept of environmental impact assessment. It will be stated that the impacts of an activity cannot be evaluated in a narrow way and that a comprehensive process is needed, one that includes evaluation of both environmental and social impacts. Section two will explain how the EIA procedure is being undertaken in the European Union. Of note, each country evolves in a different way, with its own historical processes, and this reality also applies to the

---

<sup>2</sup> This principle is called “Principle of Prevention”, and is also reflected in Principle 21 of the Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment and Principle 2 Rio Declaration on Environment and Development 1992 United Nations (UN) “States have, in accordance with the Charter of the United Nations and the principles of international law, the sovereign right to exploit their own resources pursuant to their own environmental and developmental policies, and the responsibility to ensure that activities within their jurisdiction or control do not cause damage to the environment of other States or of areas beyond the limits of national jurisdiction”.

<sup>3</sup> Pierre-Marie Dupuy, Jorge E. Viñuales, *International Environmental Law* (2nd ed.), Cambridge University, 2018.

<sup>4</sup> Pulp Mill Case Judgment, International Court of Justice.

<sup>5</sup> Paragraph 206, Pulp Mill Case Judgment, International Court of Justice.

<sup>6</sup> Paragraph 205 Pulp Mill Case Judgment, International Court of Justice.

environmental protection. The way an EIA is carried out is influenced not only by environmental values and goals, but also by political and economic elements and considerations. Finally, the paper will assess general conclusions and deliver concrete policy recommendations.

## **2. SECTION I: The EIA concept and the traditional view of the Developing Countries.**

Environmental Impact Assessment (EIA) is a process of carrying out a feasibility study or conducting a research to analyse the adverse effects of an activity or a project likely to be implemented on the population and the environment. It analyses the potential effects, makes projections about the future and contemplates mitigating measures. The research includes ecological, economic and social effects that might result from the proposed project.<sup>7</sup>

The International Association for Environment Impact Assessment (IAEIA) defines the concept with practical details as the process of identifying, predicting, evaluating and mitigating the biophysical, social and other relevant effects of development proposals prior to major decisions being taken and commitments made.<sup>8</sup> The IAEIA does not require adherence to predetermined outcomes, as it is a methodological decision-making tool.

As already mentioned, an effective EIA includes not only assessment of impact on the natural environment but also, the social impact, meaning, the consequences to human populations of any public or private actions that alter the way in which

---

<sup>7</sup> “Per sintesi critica sugli esiti dello studio di impatto ambientale che ai sensi dell'articolo 25 d.lgs. n. 152/2006 Dovrebbe trovare spazio nel parere di via, si devono intendere le considerazioni conclusive che è l'autorità competente è chiamata a svolgere sullo studio di impatto ambientale presentato dal proponente e sugli apporti consultivi di tutte le altre autorità che intervengono nel procedimento; e se presente *naturaliter* in ogni parere via, perché l'autorità deve motivare sia il rilascio del parere favorevole sia il rilascio del parere negativo, ed è normale che nel primo caso la sintesi critica sia meno rilevante nel contesto dell'atto, dovendosi ritenere che per i profili non espressamente evidenziati, l'autorità abbia ritenuto convincenti le argomentazioni contenute nello studio di impatto ambientale o le integrazioni che è, nel corso del procedimento, sono state richieste al proponente; ed è altrettanto normale che, al contrario, la sintesi critica sia più dettagliata in caso di parere negativo, perché l'autorità deve dare conto di tutte le criticità non superate” see, Tar Marche, Sez. I, 6 March 2014, no. 291.

<sup>8</sup> International Association for Environmental Impact Assessment.

people live, work, play, relate to one another, organize to meet their needs and generally cope as members of a society.<sup>9</sup> The term also covers cultural impacts involving changes to the norms, values, and beliefs that guide and normalize the people's cognition of themselves and their society. The assessment of these risks is called a Social Impact Assessment, (henceforth also referred to as "SIA").

The notion of environment impact assessment has its origins in the National Environment Act of 1969 of the United States of America, and though it was embraced by the 1992 Rio Declaration, it was not until recently readily understood and accepted as a tool in developing countries.<sup>10</sup> An EIA was considered just another bureaucratic stumbling block on the path of development.<sup>11</sup> Secondly, it was perceived as a sinister means by which industrialized nations intended to keep developing countries from breaking the vicious cycle of poverty.<sup>12</sup> Thirdly, the experts in the developing countries were foreigners who were viewed as agents of colonization.<sup>13</sup> However, the need for EIAs has become increasingly pressing and it is now a statutory requirement in many developing countries.

### 3. The contemporary approach.

Both Principle 21 of the Stockholm Declaration 1972 and Principle 2 of the Rio Declaration 1992 stipulate that, in accordance with the Charter of the United Nations and the principles of international law, states have the sovereign right to exploit their own resources pursuant to their own environmental policies. Likewise, states have the responsibility to ensure that activities within their jurisdiction or control do not cause damage to the environment of other states or areas beyond the limits of national jurisdiction. The provisions require that states take appropriate steps to

---

<sup>9</sup> The Interorganizational Committee for Guidelines and Principles for Social Impact Assessment. Guidelines and Principles for Social Impact Assessment, May 1994, introduction.

<sup>10</sup> Environmental Impact Assessment, General Procedure: Pacifica F. Achieng Ogola, Presented at Short Course II on Surface Exploration for Geothermal Resources, organized by UNU-GTP and KenGen, at Lake Naivasha, Kenya, 2-17 November 2007(pp.1).

<sup>11</sup> *ibid. supra note 6 (pp.2).*

<sup>12</sup> *ibid. supra note 6 (pp.2).*

<sup>13</sup> *ibid: supra note 6 (pp.2).*

ensure environmental protection and notify others when there is a likelihood of adverse transboundary impact resulting from a proposed project.

Particular mention could be made of paragraph 6 of the preamble of the Stockholm Declaration that reminds states that the world has reached a stage in history where action should be taken to conserve the environment through active cooperation and prudent concern about environmental consequences. There are currently a high number of states that have adopted and introduced similar models to their domestic legal system in accordance with the principles enshrined in international instruments.

Within the international arena, several international and regional environmental treaties contain the obligation of carrying out an Environmental Impact Assessment. Among them, the most relevant instrument, because of its level of detail, is the Convention on Environmental Impact Assessment in a Transboundary Context, Espoo, 1991<sup>14</sup>, (henceforth referred to as the “Espoo Convention”). The Rio Declaration on Environment and Development of 1992, known as the “Rio Declaration” has influenced the adoption of further regulation, and its Principle 17 states that: *“Environmental impact assessment, as a national instrument, shall be undertaken for proposed activities that are likely to have a significant adverse impact on the environment and are subject to a decision of a competent national authority”*.

Over the last few decades, the concept was broadened to encompass global environmental issues. Such important global environmental problems include all kinds of pollution, climate change, ozone layer depletion, the use and management of oceans and freshwater resources, excessive deforestation, desertification and land degradation, hazardous waste and depletion of biological diversity.<sup>15</sup>

To summarize the concept:

---

<sup>14</sup> The Convention on Environmental Impact Assessment in a Transboundary Context (Espoo, 1991) was adopted within the framework of the United Nations Economic Commission for Europe in 1991, and entered into force in 1997. At present, it has 45 state parties. It is the most important agreement concerning EIA processes. For the text of the Espoo Convention, see: <http://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/eia/documents/legaltexts/conventiontextenglish.pdf>

<sup>15</sup> Johannesburg Summit 2002.

An EIA is a process of identifying, analysing and forecasting the impact of a proposal on the natural environment (land, water and air) and socially (impact on health, culture and settlement).

An effective EIA includes the mitigating factors while assessing the present and future damage.

There are no predetermined environmental standards to be followed by states in conducting an EIA, as it is a decision-making tool.

The customary obligation of conducting an EIA does not have a precise established content, thus state obligations are laid down by international instruments and domestic regulation, with a high degree of discretion.

Insofar as the international instruments are concerned, an EIA is mandatory only for activities that are likely to cause transboundary harm.

Until recently it was not readily accepted by developing countries.

The sceptical view was that EIA is just another bureaucratic tool of the developed countries. Gradually, however, it got universal recognition and acceptance as a useful step towards preservation of environment and human welfare. Now, over 100 countries require an EIA for activities that might have transboundary harm.

Its introduction was unique because unlike other environment tools that preceded EIA, it includes the human welfare within the assessment. Special care and attention are given to the culture and values of ethnic minorities and indigenous people with distinct culture from that of the majority.<sup>16</sup>

---

<sup>16</sup> “Con Il termine valutazione di impatto ambientale si suole indicare il procedimento amministrativo finalizzato ad individuare gli effetti significativi e negativi che taluni progetti opere possono comportare sull’ambiente ovvero sul patrimonio culturale. concepita quale strumento preventivo di tutela dell’ambiente, la valutazione di impatto ambientale allo scopo di individuare, descrivere e valutare virgola in modo appropriato, gli impatti diretti e indiretti di un progetto sui seguenti fattori: 1) l’uomo, la fauna la flora; 2) il suolo, l’acqua, l’area è il clima; 3) i beni materiali ed il patrimonio culturale; 4) l’interazione tra i predetti fattori. la valutazione di impatto ambientale deve concludersi con un provvedimento motivato sulla base dei risultati dell’attività istruttoria all’uopo svolta, i cui contenuti sono vincolanti ai fini della positiva conclusione dell’iter autorizzatorio del progetto sottoposto ad esame. Infatti, per espresso dettato normativo, la via costituisce presupposto parte integrante del procedimento di autorizzazione o approvazione di determinati interventi. La procedura di via, così come la valutazione ambientale strategica , è finalizzata la piena realizzazione del principio dello sviluppo sostenibile delle attività economiche e costituisce, dunque, attuazione della politica ambientale dell’unione europea, cioè di quell’insieme di provvedimenti e di misure miranti alla tutela dell’ambiente e delle risorse naturali, necessarie a salvaguardare la crescente scarsità delle risorse e la qualità della vita” see, Marta Lorusso, Valutazione di Impatto Ambientale, in Francesco Caringella, Ugo De Luca, *Manuale dell’Edilizia e dell’Urbanistica*, Manuali Operativi di diritto amministrativo, 2017.

## 4. Content: Environmental impacts

As previously mentioned, several environmental treaties contain the obligation of carrying out an Environmental Impact Assessment, and the most relevant instrument is the Espoo Convention, which will be used as a basis for a significant part of the paper.

In accordance with its Annex II, an EIA shall contain a description of the proposed activity and its purpose, reasonable alternatives including the no-action alternative, the environment that is likely to be affected, potential environmental impact with the estimation of its significance, explicit indication of predictive methods and underlying assumptions and relevant environmental data and indication of gaps and uncertainty.<sup>17</sup>

An effective EIA shall also include mitigating measures. Mitigating measures imply that most of the measures proposed target preventive actions mainly related to project design, location and implementation rather than curative interventions that handle adverse outcomes after the emergence of the anticipated problems.<sup>18</sup>

Instruments usually use the threshold of 'significant'<sup>19</sup> harm. The determination of what 'significant' harm is depends on the circumstances. Some situations require a higher threshold than others.<sup>20</sup>

---

<sup>17</sup> Appendix II of the Espoo Convention. Information to be included in the environmental impact assessment documentation shall, as a minimum, contain, in accordance with Article 4:(a) a description of the proposed activity and its purpose; (b) a description, where appropriate, of reasonable alternatives (for example, locational or technological) to the proposed activity and also the no-action alternative; (c) a description of the environment likely to be significantly affected by the proposed activity and its alternatives; (d) a description of the potential environmental impact of the proposed activity and its alternatives and an estimation of its significance; (e) a description of mitigation measures to keep adverse environmental impact to a minimum; (f) an explicit indication of predictive methods and underlying assumptions as well as the relevant environmental data used; (g) an identification of gaps in knowledge and uncertainties encountered in compiling the required information; (h) where appropriate, an outline for monitoring and management programmes and any plans for post-project analysis; and (i) a non-technical summary including a visual presentation as appropriate (maps, graphs, etc.).

<sup>18</sup> The African Development Bank. Integrated Environmental and Social Impact assessment Guideline, October, 2003. p. 4.

<sup>19</sup> For example, this is the case of the Espoo Convention, see Article 2(1), the United Nations Convention on the Law of the Sea, 1982, (articles 205 and 206); the ASEAN Agreement on the Conservation of Nature and Natural Resources 1985, (article 14); the Convention on Biological Diversity, 1992, (article 14), the Convention on the Transboundary Effects of Industrial Accidents, 1992, (Article 4).

<sup>20</sup> For example, that is the case of Antarctica, regulated in the Madrid Protocol. See article 8(1), that makes reference to activities identified as having “*less than a minor or transitory impact*”, “*a minor or transitory*

The Espoo Convention has laid down a list of some activities for which an EIA is mandatory. The Convention also laid down criteria for activities that are not listed in the Convention but are similar in effect and therefore require an EIA. Finally, Annex III of the Convention stipulates that projects close to the border of other states are deemed as having the same status as Annex I. Apart from this, Annex III of the Convention lays down the general criterion that has to be applied in determining whether a specific project needs an EIA or not. Usually, those projects included in the Annex I of the Espoo Convention could be seen as a reference for a mandatory EIA. The World Bank takes a different approach and classifies projects into three categories as follows: projects that seriously harm the environment and need a full EIA, projects that require further attention and those projects that do not warrant an EIA.<sup>21</sup>

## **5. Social Impact Assessment: The substantive link to human rights.**

As an EIA, the Social Impact Assessment (SIA) traces some of its origins to the NEPA<sup>22</sup> 1969 passed by the United States of America Congress. That act requires that all federal agencies “*utilize a systematic interdisciplinary approach in decision making which may have an impact on man’s environment*” (section 102 (a)).

Social Impact Assessment can be seen as an interdisciplinary approach to be applied in the risk’s assessment of a planned activity. It is possible to agree with D’Amore’s opinion that sees the SIA “*as an attempt to predict the future effects of policy decisions (including the initiation of specific projects) upon people, their physical and psychological health, well-being and welfare, their traditions, lifestyle, institutions, and*

---

*impact*”, or “*more than a minor or transitory impact*” and article 1(2) of the Annex “*If an activity is determined as having less than a minor or transitory impact, the activity may proceed forthwith*”.

<sup>21</sup> See, the World Bank Environmental Assessment Sourcebook 1991.

<sup>22</sup> The legal requirement for SIA was further strengthened by the NEPA regulations, which require that an Environmental Impact Statement (EIS) relate economic, social and physical impacts: “Human environment shall be interpreted comprehensively to include the natural and physical environment and the relationship of people with that environment”.

*interpersonal relationships.*"<sup>23</sup> This interdisciplinary approach of the SIA intended to extend the EIA scope; it is widely recognized as a human rights approach to the global environmental issues.<sup>24</sup>

As governments, intergovernmental and nongovernmental organizations work towards strengthening the legal expression of a new generation of "ecological rights"<sup>25</sup> and to progressively integrate environmental concerns into the national, regional and international procedures aiming at the protection of human rights, new practices have evolved which signify new developments in the field of law. Human rights are regarded as "indivisible and interdependent"<sup>26</sup>, and perceived in all their dimensions including those related to environment and development.

## **6. A SIA: general approach and its applicability in different contexts**

It is necessary to adopt an anthropocentric <sup>27</sup> approach <sup>28</sup> assuming that environmental protection is not end in itself<sup>29</sup> but a mean of protecting human

<sup>23</sup> See D'Amore L.J., *An Overview of SIA*; F.S. Tester and W. Mykes (eds), *Social Impact Assessment: Theory and Method and Practice*, Calgary, Detselig, 1978.

<sup>24</sup> For example, see right to development, participation, information, right to life, right to health and other social, cultural and economic rights.

<sup>25</sup> In its report, *Our Common Future*, the World Commission on Environment and Development analysed the interaction between the economy and the environment at the national and international level and provided a new understanding of the imperative of sustainable development. The concept of sustainable and environmentally sound development was consolidated by the Earth Summit in Rio de Janeiro into the Agenda 21 and clarified by a Declaration of 27 principles on Environment and Development, adopted at the conference. The Stockholm Declaration of 1972 had already affirmed the inextricable link between and civil and political rights (e.g., the right to freedom, equality and dignity) and also between environment and economic rights (referring to the right to live under adequate conditions, and in an environment that allows a life of well-being and dignity).

<sup>26</sup> According to the 1986 Declaration on the Right to Development, the environment is the notion of the indivisibility and interdependence of all human rights (civil, political, economic, social and cultural). The claim to the right to a satisfactory environment cannot be separated from the claim to the right to development in its individual and collective aspects as well as in its national and international dimensions.

<sup>27</sup> See P.Sand, J. Peel, *Principles of International Environmental Law*, Cambridge 3ed. 2012.

<sup>28</sup> For a more comprehensive approach to SIA, Frank Vanclay asserts that "Social Impact Assessment includes the processes of analysing, monitoring and managing the intended and unintended social consequences, both positive and negative, of planned interventions (policies, programs, plans, projects) and any social change processes invoked by those interventions. Its primary purpose is to bring about a more sustainable and equitable biophysical and human environment." See F. Vanclay, *International Principles for Social Impact Assessment*, 2003.

beings<sup>30</sup> especially in the current geological era of the Anthropocene. Through this understanding it is possible to outline the significant features of a SIA and to consider a SIA as part of an EIA in order to facilitate the assessment of the impacts.

An integrated and systematic SIA can help to ensure that Bank operations achieve their objectives, and make sure they are sustainable and feasible within their social and institutional context. From that perspective, the African Development Bank has outlined an *integrated environmental and social impact assessment*<sup>31</sup> guideline. This revised procedure is aimed at effectively handling crosscutting issues while assessing the environmental and social impact of a project. Similarly, the Asian Development Bank (ADB) has provided general guidance incorporating social issues in the assessment process (development of the role of women, cooperation with NGOs, human resource development, health and population, involuntary resettlement, poverty alleviation, indigenous people). The focal point of concern of a SIA is to assist and help communities and other stakeholders to identify development goals and ensure that positive outcomes are maximized.<sup>32</sup>

Furthermore, the methodology of a SIA<sup>33</sup> can be applied to a wide range of planned interventions and can be undertaken on behalf of a wide range of actors. The

---

<sup>29</sup> Legal developments in other fora and contexts reflect a greater environmental consciousness and suggest that the protection of the environment is often recognized on its own terms, and not simply as a means of protecting humans. See, in particular, regulations concerning the protection of biodiversity (e.g., Environment Protection and Biodiversity Conservation Regulations, 2000).

<sup>30</sup> See the UN General Assembly in 1968 that recognized the relationship between the quality of the human environment and the enjoyment of basic rights (UNGA Res. 2398).

<sup>31</sup> “The crosscutting themes are defined as transversal issues that are critical to achieve sustainable development. They tend to overlap as they are interrelated and to cover a multitude of aspects”, See African Development Bank, *Integrated Environmental and Social impact assessment guidelines*, October 2003 (page 3 and 4 ).

<sup>32</sup> “Social impact assessment (SIA) is now conceived as being the process of managing the social issues of development. There is consensus on what ‘good’ SIA practice is – it is participatory; it supports affected peoples, proponents and regulatory agencies; it increases understanding of change and capacities to respond to change; it seeks to avoid and mitigate negative impacts and to enhance positive benefits across the life cycle of developments; and it emphasizes enhancing the lives of vulnerable and disadvantaged people” see, Ana Maria Esteves, Daniel Franks, Frank Vanclay, *Social impact assessment: the state of the art*, Tandfonline, 2012, 34-42.

<sup>33</sup> See, particularly, D’Amore who identifies three evolving models of SIA: 1) an adversary model, in which each key actor – the proponent, the government and the community – does their own SIA. This model can lead to a form of arbitration process or develop further in a quasi-judicial manner. This model tends to recognize conflict as legitimate, rather than something to be avoided, and as an integral component of planning. 2) a straightforward research model, where the impact assessment meets the guidelines established by one or more government agencies. 3) a collaborative model, where communications are established from the start of the SIA among all key actors; agreement is reached regarding terms of reference, the manner in which the study will be conducted, and by whom. This model purposes that such communication is possible and desirable.

use of a SIA provides for a greater contribution to the process of adaptive management of policies, programs, plans and projects, especially in developing countries, by involving the affected citizens and the other stakeholders in understanding the potential risks of the impacts. From this perspective, it could be also seen as a process of the “democratization” of the risk assessment process by increasing the level of public participation. A SIA also considers that the various types of impacts are inherently and inextricably interconnected. It is crucial to underline here that some scholars consider SIA as “good practice should lead to improved local community development outcomes”.<sup>34</sup> Therefore, it must develop an understanding of the evolution of the impacts that are created when change in one area causes impacts across other areas.<sup>35</sup> In other words, there must be consideration of the so called “cumulative impacts”<sup>36</sup> with an analysis of the impacts that occurred as a result of activities and also the so called the evaluation of the potential environmental sacrifice and the socio-economic implications.<sup>37</sup>

---

<sup>34</sup> Ilya Gulakov, Frank Vanclay, Jos Arts, *Modifying social impact assessment to enhance the effectiveness of company social investment strategies in contributing to local community development*, Tandfonline, 2020, 382-396.

<sup>35</sup> These are the specific sub-fields usually involved in the Social Impact Assessment: landscape impacts; archaeological and cultural heritage impacts; community impacts; cultural impacts; demographic impacts; development impacts; economic and fiscal impacts; gender impacts; health and mental health impacts; impacts on indigenous rights; infrastructural impacts, institutional impacts; leisure and tourism impacts; political impacts (human rights, governance, democratization etc.); poverty; psychological impacts; resource issues (access and ownership of resources); impacts on social and human capital; and other impacts on societies.

<sup>36</sup> “L’art. 5 del d.lgs. n. 152/2006, Nel descrivere l’oggetto della valutazione di impatto ambientale, prevede espressamente che l’autorità competente debba valutare se tale impianto ha un impatto singolo o cumulativo. Del resto, e la stessa ragione giustificativa della procedura che impone di stabilire se quel determinato impianto, essendo connesso ad altro, possa arrecare un pregiudizio complessivo all’ambiente” see, Cons. St., Sez. VI, 14 October 2014, no. 5092. “La valutazione di impatto ambientale di un progetto deve essere effettuata tenendo conto dell’effetto di cumulo del progetto proposto con altri relativi alla medesima area territoriale, anche se questi ultimi siano stati solo autorizzati non siano ancora materialmente esistenti” see, Tar Sardegna, Sez. I, 15 April 2015, no. 280.

<sup>37</sup> “La VIA implica scelte che coinvolgono rilevanti interessi pubblici di natura strategica e consiste in una complessa e approfondita analisi comparativa tesa a valutare il sacrificio ambientale rispetto all’unità socio economica del progetto, tenuto conto anche delle alternative possibili e dei riflessi sulla cosiddetta opzione zero; per tale ragione, è connotata da ampia discrezionalità, sindacabile solo nel caso in cui sia evidente lo sconfinamento del potere discrezionale riconosciuto all’amministrazione” see, Marta Lorusso, *Valutazione di Impatto Ambientale*, in Francesco Caringella, Ugo De Luca *Manuale dell’Edilizia e dell’Urbanistica*, Manuali Operativi di diritto amministrativo, 2017. Furthermore, “la valutazione di impatto ambientale non si sostanzia in una mera verifica di natura tecnica circa l’astratta compatibilità ambientale dell’opera, ma implica una complessa e approfondita analisi comparativa tesa a valutare il sacrificio ambientale imposto rispetto all’ utilità socio economica, tenuto conto anche delle alternative possibili e dei riflessi sulla stessa cosiddetta opzione zero; in particolare la natura schiettamente discrezionale della decisione finale e della preliminare verifica di

In an international context, the objective of a SIA is to make sure that development maximizes its benefits and minimizes its costs. As it has been noted by Richard Parsons “SIA is experiencing both evolutionary and revolutionary forces for change”.<sup>38</sup> This statement is credible by categorizing impacts in advance, better decisions can be made regarding which interventions should proceed and how they should proceed, and mitigation measures can be implemented to minimize the harm and maximize the benefits from a specific planned intervention or related activity. Basically, a SIA is an involving process, particularly because it covers a diverse group of activities which constitute the fields of application.<sup>39</sup>

Consequently, a SIA can be undertaken in different contexts. For example, some SIA issues are related to the protection of individual property rights. Where these rights are violated, a SIA tends to concentrate on the negative impacts, trying to mitigate the impact (supporting the creation of a compensation procedure), while in other contexts, particularly in developing countries, a SIA focuses on greater concern

---

assoggettabilità, sul versante tecnico ed anche amministrativo, rende fisiologico che si pervenga ad una soluzione negativa ove l'intervento proposto cagioni un sacrificio ambientale superiore a quello necessario per il soddisfacimento dell'interesse diverso sotteso all'iniziativa; Da qui la possibilità di bocciare progetti che arrechino vulnus non giustificato dalle esigenze produttive, ma suscettibile di venir meno, per il tramite di soluzioni meno impattanti in conformità ai criteri dello sviluppo sostenibile e alla logica della proporzionalità tra consumazione delle risorse naturali e benefici per la collettività che deve governare il bilanciamento di sostanze antagoniste” see, Cons. St., Sez. V, 2 October 2014, no. 4928.

<sup>38</sup> “Using the example of New South Wales, Australia, forces for change include community pressure and shifting expectations, industry desire for clarity and certainty, departmental leadership, a collaborative approach to policy development, and perceived legitimacy of the guideline itself. Inhibiting these forces are general resistance to change, a concern around costs of good SIA, unfamiliarity with social sciences, and insufficient practitioner capacity. The recent Rocky Hill judgement, which highlights concepts such as community cohesion, sense of place, and distributive equity, may accelerate change” see, Richard Parsons, *Forces for change in social impact assessment*, Tandfonline, 2020, 278-286.

<sup>39</sup> For example: empowerment of local people; enhancement of the position of women, minority groups and other disadvantaged or marginalized members of society; development of capacity building; alleviation of all forms of dependency; increase in equity; and a focus on poverty reduction.

with maximizing social utility<sup>40</sup> and sustainable development that is generally accepted by the community.<sup>41</sup>

## 7. The World Bank approach to the integrated EIA and SIA: Areas where a SIA is considered fundamental.

The technique of a SIA and an EIA is a requirement that has to be satisfied by the developing countries in order to receive financial aid from the World Bank. Particularly, the World Bank requires an exhaustive SIA in projects involving the displacement of populations by major infrastructure projects and effects on indigenous people. In these cases, the World Bank needs an analysis of the social, cultural and demographic characteristics of populations<sup>42</sup> that could be affected by a proposed project. At the same time, the World Bank cares for the cultural acceptability of a project and its overall compatibility with the environment and the implementation of the project.<sup>43</sup>

It can be concluded – in line with Frank Vanclay’s opinion – that a SIA assesses much broader risks<sup>44</sup> than the issues often considered in EIAs and it can become a

<sup>40</sup> “There are three trends that will shape the future of IA theory, policy and practice: a shift from a project-by-project approach to better accommodation of cumulative impacts; increased cross-border policymaking to address shared issues and in recognition of natural resources as planetary resources; and the development of increased and improved methods of community-based SIA that radiate out from communities’ perspectives, as opposed to overlaying project perspectives onto a community” see, Sara Bice, *The future of impact assessment: problems, solutions and recommendations*, Tandfonline, 2020, 104-108

<sup>41</sup> The importance of participation was recognized in the Earth Summit as “the need of individuals, groups and organizations to participate in environmental impact assessment and to know about and participate in pertinent decisions.” See, the *Vienna Declaration and Program of Action* (adopted by the World Conference on Human Rights on 25<sup>th</sup> June 1993) highlighting the importance of participatory democracy by stating that: “Democracy, development and respect for human rights and fundamental freedoms are interdependent and mutually reinforcing. Democracy is based on the freely expressed will of the people to determine their own political, economic, social and cultural systems and their full participation in all aspects of their lives.”

<sup>42</sup> “The emerging field of Indigenous impact assessment is under-developed compared to other forms of IA, particularly in terms of its theoretical foundation” see, Dyanna Jolly, Michelle Thompson-Fawcett. (2021) *Enhancing Indigenous impact assessment: Lessons from Indigenous planning theory. Environmental Impact Assessment Review* 87.

<sup>43</sup> See, the World Bank Environmental Assessment Sourcebook 1991.

<sup>44</sup> “SIA has learnt much over 50 years, however complex issues remain including involuntary resettlement, restoring livelihoods, place attachment, sense of place, maintaining intangible cultural heritage, and finding replacement land” see, Frank Vanclay, *Reflections on Social Impact Assessment in the 21<sup>st</sup> century*, Tandfonline, 2019, 126-131.

tool of avoiding or mitigating controversies at a later stage. The social impacts taken in consideration affect one or more of the subsequent aspects:

- the way of living of people;<sup>45</sup>
- culture;
- community – its cohesion, stability, character, services and facilities;
- political systems – increasing democracy through public participation;
- environment<sup>46</sup> – the quality of the air and water people use; the availability and quality of the food they eat; the level of hazard or risk;
- health and wellbeing;<sup>47</sup>
- personal and property rights – for example illegal expropriations that affect people of lower socioeconomic strata.

The content of an EIA has not been laid down by customary law, so the states have a high degree of freedom to bind themselves through treaties and implementation of domestic regulation.<sup>48</sup> Through these international instruments, certain standards may be reached as to the general content. Annex II of the Espoo Convention, the most detailed of international instruments provides an important reference.

Accordingly, the content can be summarized as follows: (i) description of the proposed activity and its purpose, (ii) reasonable alternative including the no-action alternative, (iii) the environment that is likely to be affected, (iv) potential

<sup>45</sup> Ilse Aucamp, Stephan Woodborne, ‘Can social impact assessment improve social well-being in a future where social inequality is rife?’ (2020) *Impact Assessment and Project Appraisal* 38(2), 132-135.

<sup>46</sup> See, the 1989 *Declaration of the Hague on the Environment* recognized, “the fundamental duty to preserve the ecosystem” and “the right to live in dignity in a viable global environment, and the consequent duty of the community of nations vis-à-vis present and future generations to do all can be done to preserve the quality of the environment.”

<sup>47</sup> In 1990, the UN General Assembly declared that “all individuals are entitled to live in an environment adequate for their health and wellbeing, and the UN Commission on Human Rights (now the Human Rights Council) affirmed the relationship between the preservation of the environment and the promotion of human rights. See the UNGA Res. 45/94 (1990) and Res. 1990/41 (1990). The Human Right Council Continued to emphasize these linkages, see Res. 5/1, UN Doc. A/HRC/RES/5/1 (2007), Appendix I, and Res. 9/1, UN Doc. A/HRC/RES/9/1 (2008), which, *inter alia*, extend the mandate of the Special Rapporteur on the adverse effects of the illicit movement and dumping of toxic and dangerous products and waste on the enjoyment of human rights.

<sup>48</sup> A good example of the different approaches taken by different states is given by the recent case between India and Pakistan regarding a hydroelectric project. Both states provided the court with different environmental assessments. Pakistan provided a complex and holistic analysis and India a simpler assessment based on more limited data. The Court confirmed the existing level of discretion of states regarding the content of EIA, by ruling that “... *there is no single “correct” approach to such environmental assessments*”. See, Permanent Court of Arbitration, *Indus Waters Kishenganga Arbitration* (Pakistan v. India) Final Award, 2013, paragraphs 97, 99 and 100.

environmental impact with the estimation of its significance, (vi) explicit indication of predictive methods and underlying assumptions, (vii) relevant environmental data and indication of gaps and uncertainty, and (viii) mitigating measures.

An EIA is necessary and mandatory if the activity results in transboundary harm. It is not clear if an activity totally within the jurisdiction of one state has to be subject to an EIA. Thus, in theory, activities that do not result to transboundary harm are not subject to an EIA. Almost all financial institutions have their own criteria and establish the obligation to carry out an EIA for projects listed in their annexes, as a requirement for financing them. The World Bank, the European Bank and African Bank have put in place some standards for projects that they finance by listing some activities as requiring mandatory obligations and standards.

The assessment of risks does not involve only environmental impacts, but also social ones. A SIA combined with an exhaustive EIA is playing a key role in the evaluation process related to the implementation of projects both at the domestic and the global level.

It is fundamental to adopt an interdisciplinary approach (e.g., legal, anthropological, and economic) to cover all the different aspects that in a positive or negative way could influence the life of a certain group of people. Without any doubt, a SIA is going to be used more often as a practical tool that would permit understanding and predicting any kind of impact related to planned interventions in a specific territory or area. From that perspective, a SIA is very important for the realization, both in the developed and in the developing countries, of sustainable development, with a special regard for the protection of human rights.

## **8. SECTION II: Environmental Impact Assessment (EIA): The Case of the European Union.**

The Environmental Impact Assessment (EIA) within the European Union scheme has its main legal basis in the EU Directive 85/337/EEC, known as the EIA Directive. This Directive has the purpose of creating an alternative system for the EU Member

States: a mandatory and/or discretionary <sup>49</sup> procedure in order to assess the environmental impacts.

The Council of the European Union has amended the EU Directive 85/337/EEC in 1997, in 2003 and in 2009. In 1997, the Council of the European Union amended the EIA Directive by considering the EIA as a fundamental tool for environmental policy as described in the article 130 of the Treaty establishing the European Community and of the Fifth Community Program of policy and action in relation to the environment and sustainable development.<sup>50</sup> The Directive 97/11/EC is focused *inter alia* on enlarging the field of application of the EIA and in upgrading the discipline of the EIA with regard to the United Nations Espoo Convention's requirements.

The Directive 2003/35/EC brought the Directive of the 1985 in line with the 1998 Aarhus Convention. The EU Parliament and the Council of the European Union amended the Directive of 1985 in terms of understanding that an effective public participation<sup>51</sup> in making decisions facilitates the public to express, and the decision-maker to take account of, opinions and overall concerns relevant to those decisions; consequently, increasing the accountability and transparency of the decision-making process and contributing to support for the decisions made concerning environmental issues. Hence, the main goal of this Directive is to provide for helpful public participation and access to justice in respect to drawing up of certain plans and programs relating to the environment.

By adopting the Directive 2009/31/EC, the European Institutions modified the EIA Directive. This Directive<sup>52</sup> increased the number of types of private or public projects regarding "the transport, capture and storage of carbon dioxide (CO<sub>2</sub>)". On the whole, the Directive 2009/31/EC is strongly related to the ultimate goal of the United Nations Framework Convention on Climate Change, which is "to stabilize greenhouse gas concentrations in the atmosphere at a level that would prevent

---

<sup>49</sup> See Article 4 (1) of the EU Directive 85/337/EEC.

<sup>50</sup> The EU policy on the environment is based on the precautionary principle and on the principle that preventive action should be taken, as well as the environmental damage should as a priority be rectified, at the source and the polluter pays principle.

<sup>51</sup> The participation also includes the contribution by associations, organizations and groups, in particular NGOs, to promoting and advocating environmental protection.

<sup>52</sup> In accordance with article 1 "This Directive establishes a legal framework for the environmentally safe geological storage of carbon dioxide (CO<sub>2</sub>) to contribute to the fight against climate change".

dangerous anthropogenic interference with the climate system". After the three amendments, the EU Directive 85/337/EEC has been codified in December 2011 through the promulgation of the Directive 2011/92/EU on *the assessment of the effects of certain public and private projects on the environment* (modified by the Directive 2014/52/EU). As a result of a review process<sup>53</sup>, on October 26, 2012, the EU Commission<sup>54</sup> adopted a proposal for a revised Directive. Referring to the words of the Commission<sup>55</sup> "the Directive of the 1985 has been amended several times, but, following a wide stakeholder consultation, the Commission decided that the time has come for a comprehensive overhaul, adapting it to developments in policy and to legal and technical developments. The changes are also forward looking, and emerging challenges that are important to the EU as a whole, issues like resource efficiency, climate change, biodiversity and disaster prevention will now be reflected in the assessment process".

The Commission's proposal 2012 specifically aims to:

- "**Adjusting** the procedure (...) will ensure that only projects with significant environmental impacts are subject to such an assessment. Projects adapted to reduce their impacts and small-scale projects with local impacts should be approved more swiftly at lower cost, leaving authorities more time to focus on assessments of major projects with large-scale environmental impacts".

---

<sup>53</sup> "In July 2009, the EU Commission published a report on the application and effectiveness of the EIA Directive (COM (2009)378). The report outlines the strengths of the EIA Directive, highlights the main areas where improvements are needed and provides recommendations, where relevant. In June 2010, the Commission launched a wide public consultation. The consultation covers a broad variety of issues (e.g., quality of the EIA process, harmonization of assessment requirements between Member States, assessment of transboundary projects or projects with transboundary effects, role of the environmental authorities, and development of synergies with other EU policies). The phase of public consultation was concluded by a Conference for the 25th anniversary of the EIA Directive. The findings of the public consultation and the conclusions of the Conference have fed into the Commission's review process of the EIA Directive". See <http://ec.europa.eu/environment/eia.htm>

<sup>54</sup> Environment Commissioner Janez Potočnik said: "*For the past 25 years, the EIA Directive has helped ensure that environmental considerations are integrated into decision-making for projects. This has improved the sustainability of countless projects, while also empowering citizens and ensuring that they are informed and consulted before decisions are made. But loopholes need to be fixed, in particular concerning the quality of the assessment process, to make sure that projects that will affect the environment are properly assessed.*" See the Press release, Brussels, 26 October 2012, Environment: Commission to streamline rules on environmental impact assessments of projects.

<sup>55</sup> See the Press release, Brussels, 26 October 2012, Environment: Commission to streamline rules on environmental impact assessments of projects.

- “**Strengthening** rules to ensure better decision-making and avoid environmental damage”.
- “**Streamlining** the various stages of the EIA process, by introducing timeframes and a new mechanism to ease the process when several assessments are required, and several authorities involved”.

The EU Directives on EIA reflect the on-going environmental and socio-economic changes, bringing it in line with the principles of smart regulation (e.g., simplification and reduction of the administrative burden).

## 9. The Scope and Content of the EIA.

Since 1985, the EIA is applied to a variety of projects. The main legal provision that highlights the scope of the EIA within the context of the EU Directive 2011/92/EU is article 3.<sup>56</sup> Specifically, this article establishes a very comprehensive procedure by stating: “the Environmental Impact Assessment will identify... the direct and indirect effects of a project on the following factors:

- human beings, fauna and flora,
- soil, water, air, climate and the landscape,
- material assets and the cultural heritage,
- the interaction between the factors between the factors referred to in points (a), (b) and (c)”.

Thus, a very comprehensive procedure that involves these factors has to be carried out by the competent national authority in order to release the consent regarding those projects that can have a significant effect on the environment.

As stated above, the EU legal framework outlines an alternative EIA system for the EU Member States that in a case-by-case examination could ask for a mandatory or discretionary procedure to assess the environmental impact.

---

<sup>56</sup> The EUCJ stated that “The wording of the EIA Directive indicates that it has a wide scope and a broad purpose”. (C-72/95, Kraaijeveld and Others, paragraphs 31, 39; C-435/97, WWF and Others, paragraph 40; C-2/07, Abraham and Others – *Liège airport*, paragraph 32, C-275/09, Brussels Hoofdstedelijk Gewest and Others, paragraph 29).

According to the Directive 2011/92/EU, on one hand a mandatory procedure of the EIA is required for those public or private projects having a strong impact on the environment that are listed in the Annex I of the Directive. These are projects related to the construction of several kinds of infrastructures in the energy sector (e.g., crude oil refineries or thermal power stations), treatment of radioactive waste or toxic and dangerous wastes, transportation.<sup>57</sup> On the other hand, with reference to article 4 (2), there is a discretionary procedural system for the Member States for those projects that are listed in the Annex II of the Directive. Specifically, the Member States have to determine through a so-called screening procedure if a particular project has a strong impact on the environment so that the need to use the EIA is determined to be either necessary or not. Nevertheless, when an EIA must be applied, the EU Member States have to strictly follow the criteria established in the Annex IV of the EU Directive 2011/92/EU.

## 10. Special focus on SIA: Content of the EIA.

The Social Impact Assessment (SIA) within the European Union system is still considered as being at its initial stage.<sup>58</sup> This seems to be mainly due to a lack of a well-defined legislation that would be able to assess a particular social impact. Unfortunately, there is no clear definition of what a social impact is and consequently, it is not easy to assess such a kind of impact.

For guarantying a minimum basis of common understanding of what has to be considered relevant as a social impact under an Impact Assessment procedure, the EU Member States<sup>59</sup> produced a list that identifies a certain kind of impacts. Specifically, the EU Commission recognized the following categories of social impacts:

---

<sup>57</sup> See the Annex I of the EU Directive 85/337/EEC.

<sup>58</sup> “La valutazione di impatto ambientale non rappresenta solo un mero giudizio tecnico, ma presenta, al contempo, profili particolarmente intensi di discrezionalità amministrativa, sul piano dell' apprezzamento degli interessi pubblici in rilievo e della loro ponderazione rispetto all' interesse all'esecuzione dell'opera, sindacabile solo nel caso in cui sia evidente lo sconfinamento del potere discrezionale riconosciuto all'amministrazione” see, Tar Veneto, Sez. III, 7th May 2015, no. 489.

<sup>59</sup> See, the Guidance of the European Commission's integrated impact integrated assessment system 2011.

- “employment and labour markets”;
- “standards and rights related to job quality”;
- “social inclusion and protection of particular groups”;
- “equality of treatment and opportunities”;
- “non-discrimination”;
- “private and family life, and personal data”;
- “governance, participation, good administration, access to justice, media and ethics”;
- “public health and safety”;
- “crime, terrorism and security”;
- “access to and effects on social protection, health and educational systems, and culture”;
- “social impacts in third countries”.

Without any doubt, this list represents a positive development for creating an effective and useful SIA procedure, possibly considered within an integrated assessment system (e.g., EIA – SIA) able to mitigate and monitor different types of impacts caused by construction of a particular infrastructure. It is important to highlight that this list significantly contributes to harmonization among the EU Member States in identifying the particular areas that can be affected wither positively or negatively. Surely, in these key areas an effective SIA would be a useful tool for reaching important public policy goals and to lead improvement in all of the five listed sectors. From this perspective, the SIA is well-considered in The Europe 2020<sup>60</sup> strategy that aims to reduce poverty and social exclusion, as well as to realize the conditions for a sustainable development by also covering issues like climate change and energy. In this context, a SIA is a procedure that clearly will be useful in

---

<sup>60</sup> Member States decided to help 20 million people out of poverty by the year 2020. See also the “European Platform against Poverty and Social Exclusion” (which is the EU contribution to addressing the challenges of Poverty and Social Exclusion within the Europe 2020 Strategy). The platform concluded that: “Better policy coordination means that the social impact of policy initiatives needs to be carefully assessed and that potentially adverse social consequences should be minimized through equity-orientated and poverty-focused measures. The European Commission has subjected all major initiatives and legislative proposals to a comprehensive impact assessment (IA), including the social dimension. The Commission will continue to refine and improve the quality of its impact assessment to ensure that attention is paid to the social dimension. It is important that other EU Institutions when modifying the Commission's proposals and the Member States at national level, assess the social dimension of their own proposals.”

the decision-making process, strengthening the consultation among the stakeholders and meaningful as a source of data and information.

The problem with the SIA is the absence of recognized standards, because today it is still difficult to define a social impact.

Certainly, there is relevancy to the conclusion of the study elaborated by the Centre for European Public Policy that stated: *“Social IA is still in its infancy in most systems. Where it takes place at all, the assessment of social impacts is often less well developed than the assessment of the budgetary, economic impact. Examples of IAs that contain an in-depth analysis of social impacts are few and far between; where they do exist, they are most often conducted on policies with specific social objectives. [...] Nonetheless, this study has found that effective social IA is possible. There are pockets and/or isolated examples of good practice”*.

In many parts of the European Union, especially in this period of economic crisis, the necessity for an adequate and generally transparent SIA that works in an integrated system or specific way on a project activity (health, employment, etc.) is recognized. It would be relevant to insert the SIA into a common established European legal framework centred on public participation and, particularly, on the consultation with the local people and stakeholders.

## **11. The EIA Parties and Procedure in the EU.**

In the EU model, the EIA is carried out at the national level by the Member States. Each of the Member State appoints the Competent National Authority<sup>61</sup> or Authorities that will have an important role in all the phases or stages of the environmental assessment procedure. It is precisely in accordance with the Directive 2011/92/EU, that the designated competent authority is responsible for performing the duties arising from the procedure in order to make the decision on giving consent to proceed with the realization of a particular project. Additionally, under the procedure, it is the so-called Developer or Applicant that requests the permission for

---

<sup>61</sup> For example, the Ministry for Environment or any National Agency for the environmental protection as well as other regional authorities.

a project. Alternatively, it could be a corresponding public authority that wants to initiate a project.

An important role is also played by the public concerned, defined as the affected or likely to be affected people that nowadays have the right to access to information, to take part in the procedure and to access to justice in environmental matters. These can be individuals or groups but also associations and non-governmental organizations that advocate for environmental protection, i.e., people that have an “interest in the environmental decision-making procedures” related to the realization of a project.

The EIA procedure within the EU framework is made up of different phases:

- the applicant for authorization for a private project or the public authority which initiates a project can request the expert national authority to define what is supposed to be covered by the EIA information. In so doing, the applicant is in the condition to provide the necessary information (scoping stage);
- the applicant defined as developer is obliged to provide information on the potential environmental impact (according to the criteria established in the Annex IV);
- the environmental authorities and the public (and in the transboundary context, the affected Member States) must be informed and consulted;
- after the outcomes of the consultations, the national authority will make a decision by issuing an official pronouncement.
- eventually, the informed public could challenge the decision before the courts (public participation and access to justice).

## 12. The Procedural Rights.

These categories of principles found their legal basis in the Aarhus Convention 1998 that has been defined by the European Court of Justice (CJEU) as an “integral part of the legal order of the European Union”.<sup>62</sup>

### a) Access to information

By following and advancing the principles established in the Aarhus Convention 1998, the European legislation clearly provides the right to access information to the concerned public. The Directive 2011/92/EU<sup>63</sup> states in article 6 paragraph 2 that the public concerned has to be informed about the most significant information regarding the development consent procedure.

The environmental information provided by the competent national authority is extremely important for strengthening the quality of the implementation of the subsequent public participation by to the public concerned or likely to be affected. Furthermore, at the national level the Member States must establish through their legislation a sort of “reasonable timeframes” to make any kind of useful information available to the public concerned. Environmental information is, for obvious reasons, considered in a special way during the development of consent procedure. The more the public concerned is informed, by having access to the information, the more effective is its participation in the decision-making process.

---

<sup>62</sup> Consequently, the EUCJ has the competence to interpret the provisions of the Aarhus Convention and decide if these provisions have a direct effect. See the Case C-344/04 IATA and ELFAA [2006] ECR I-403, paragraph 36, and Case C-459/03 Commission v Ireland [2006] ECR I-4635, paragraph 82).

<sup>63</sup> See Article 6 paragraph 2: “The public shall be informed (...) of the following matters early in the environmental decision-making procedures referred to in Article 2(2) and, at the latest, as soon as information can reasonably be provided: (a) the request for development consent; (b) the fact that the project is subject to an environmental impact assessment procedure and, where relevant, the fact that Article 7 applies; (c) details of the competent authorities responsible for taking the decision, those from which relevant information can be obtained, those to which comments or questions can be submitted, and details of the time schedule for transmitting comments or questions; (d) the nature of possible decisions or, where there is one, the draft decision; (e) an indication of the availability of the information gathered pursuant to Article 5; (f) an indication of the times and places at which, and the means by which, the relevant information will be made available; (g) details of the arrangements for public participation made pursuant to paragraph 5 of this Article”.

According to article 9 of the Directive 2011/92/EU, the public concerned has to be informed with regard to the positive or negative decision. On safeguarding the transparency of the procedure, art. 9 (1) stated that the public concerned has to know: the content of the decision, the motivation as well as the measures that the Competent authority should take in order to reduce the effects of the impact.

## **b) Public Participation**

Within the impact assessment procedure, the public concerned has the right to effectively participate in the decision-making process. Once again, it is useful to make a *renvoi* to the Aarhus Convention that expressly establishes that before making a decision concerning certain kind of activities<sup>64</sup>, the authorities and the developer are obliged to have public consultations.

In this perspective, the EU legislation recognizes the public needs as a priority in order to protect the right of every individual and groups to live in a healthy environment, handling environmental matters by providing for an effective public participation. By virtue of article 6 paragraph (4) of the Directive 2011/92/EU, the competent national authority has to ensure that the public concerned has the possibility to give opinions and to express comments: *“The public concerned shall be given early and effective opportunities to participate in the environmental decision-making procedures referred to in Article 2(2) and shall, for that purpose, be entitled to express comments and opinions when all options are open to the competent authority or authorities before the decision on the request for development consent is taken”*. Consequently, the Member States have the obligation of guaranteeing effective public participation by enacting appropriate domestic legislation.

All in all, effective public participation<sup>65</sup> is without doubt relevant in the development process, because the final decision will be based in part on the result of

---

<sup>64</sup> See article 6 and the activities listed in Annex I of the Aarhus Convention 1998.

<sup>65</sup> “Members adopted amendments to ensure that the public would be informed and consulted. The public should have the contact information of and easy and quick access to the authority or authorities responsible for performing the duties arising from the directive. Due attention must be paid to the comments made and opinions expressed by the public. With a view to strengthening public access and transparency, a central portal providing

consultations with the public concerned and the information that the same public concerned was able to examine in virtue of its right to access information. Particularly, the participation of environmental NGOs is considered very important in terms of quality of the decision. From this perspective, public participation contributes to ensuring accountability and transparency of the whole decision-making process.

### **c) Access to Justice**

In virtue of what is stated above, the public concerned should be kept informed and should effectively participate by assuming a more central role than in the previous EIA procedure scheme that dates from 1985.

Recalling the article 9 (2) and (4) of the Aarhus Convention 1998 that provides the right of the public concerned to access to justice, the EU legislation (in the codified Directive 2011/92/EU<sup>66</sup>) correspondingly established that the members of the public concerned can have access to justice in order “to review a procedure or to challenge a substantive or procedural legality of a decision before a court of law” (or another judicial body).

For having access to justice two conditions must be met by the affected people: 1) they have a “sufficient interest<sup>67</sup>” or 2) according to the national administrative law of a particular Member States, they “maintain the impairment of a right”. The directive

---

timely environmental information with regard to the implementation of this Directive electronically should be made available in each Member State”, see source 2012/0297(COD) - 09/10/2013 Text of the EU Commission Proposal.

<sup>66</sup> See Article 11 (1) and (2) of the Directive 2011/92/EU: “1. Member States shall ensure that, in accordance with the relevant national legal system, members of the public concerned: (a) having a sufficient interest, or alternatively; (b) maintaining the impairment of a right, where administrative procedural law of a Member State requires this as a precondition; have access to a review procedure before a court of law or another independent and impartial body established by law to challenge the substantive or procedural legality of decisions, acts or omissions subject to the public participation provisions of this Directive. 2. Member States shall determine at what stage the decisions, acts or omissions may be challenged.”

<sup>67</sup> The interests of any non-governmental organizations meeting the requirements may be taken into account to obtain access to justice. Such organizations might be subject of being impaired for the same purpose. As stated in article 11 (3), “what constitutes sufficient interest and impairment of a right shall be determined by the Member States” through a proper domestic legislation.

leaves the Member States to establish at the domestic level what these two conditions for the admissibility of bringing a claim to a judicial body are.

Last but not least, the legal review of the procedure in environmental matters that eventually has to be undertaken by the members of the public concerned should be generally fair, equitable, timely and not prohibitively expensive. The main objective of the EU legislation is to ensure for the public concerned, what is defined as a “wide access to justice”.

### 13. Case Law of the European Union Court of Justice (EUCJ).

The case law produced by the EUCJ provided a substantive interpretation of the EIA rules established through the Directives:

In the case C-420/11, Leth (paragraph 28), the Court clarifies the purpose of the EIA, recalling the 1985 Directive by stating that: *“the purpose of that directive is an assessment of the effects of public and private projects on the environment in order to attain one of the Community’s objectives in the sphere of the protection of the environment and the quality of life”*.

In the case C-392, Commission v Ireland (paragraph 66), the Court ruled that: *“Even a **small-scale project** can have significant effects on the environment if it is in a location where the environmental factors set out in Article 3 of the EIA Directive, such as fauna and flora, soil, water, climate or cultural heritage, are sensitive to the slightest alteration”*.

With reference to Article 3 of the Directive 2011/92/EU, the Court, in the case C-404/09, Commission v. Spain (paragraphs 78-80), stated that: an impact **“assessment must also include an analysis of the cumulative effects on the environment which that project may produce if considered jointly with other projects, in so far as such an analysis is necessary in order to ensure that the assessment covers examination of all the notable impacts on the environment of the project in question”**. Furthermore, another case with the same parties established what the procedure has to take in consideration: **“it must include a description of the direct and indirect environmental impact of a project”** (see C-322/04, Commission v. Spain, paragraph 33).

In the case C-392/96, *Commission v. Ireland* (paragraphs 65, 72), the Court made a significant statement in relation to the threshold and the criteria to be considered: “A Member State which, on the basis of **Article 4(2)** of the EIA Directive, has established thresholds and/or criteria taking account of **only the size of projects**, without taking into consideration **all the criteria listed in Annex III** [i.e., nature and location of projects] exceeds the **limits of its discretion** under Articles 2(1) and **4(2)** of the EIA Directive”.

With reference to the contents of the EIA, the Court in the case C-332/04 *Commission v. Spain* ruled that: “Article 3 of Directive 85/337 lays down that it must include a description of the **direct and indirect** environmental impact of a project”.

In the same case (C-332/04; paragraph 54), the Court ruled that the opinions expressed by the public concerned “**form part of the consent process** and are aimed at assisting the competent body’s decision on granting or refusing development consent. They are therefore **preparatory in nature and not, generally, subject to appeal**”.

In regard to participation and access to justice in the Case C-263/08 *Djurgården*, (paragraphs 36 and 38) the Court established: “**Article 6(4)** of Directive 85/337 guarantees the public concerned effective participation in environmental decision-making procedures as regards projects likely to have significant effects on the environment. Participation in the decision-making procedure has no effect on the conditions for access to the review procedure. Participation in an environmental decision-making procedure under the conditions laid down in Articles 2 (2) and 6 (4) of Directive 85/337 is separate and has a different purpose from a legal review, since the latter may, where appropriate, be directed at a decision adopted at the end of that procedure”.

In a case (C-240/09, *Lesoochránárske zoskupenie*, paragraphs 44-50 and 54) concerning the matter of access to justice, the Court ruled that: “Article 9 (3) of the Convention on access to information, public participation in decision-making and access to justice in environmental matters approved on behalf of the European Community by Council Decision 2005/370/EC of 17 February 2005 **does not have direct effect** in European Union law. It is, **however, for the referring court to interpret, to the fullest extent possible, the procedural rules relating to the conditions to be met in order to bring administrative or judicial proceedings in accordance with the objectives of Article 9 (3) of that convention and the objective of effective judicial protection of the rights conferred by European Union law**, in order to enable an environmental protection organization, such

*as the Lesoochranárske zoskupenie, to challenge before a court a decision taken following administrative proceedings liable to be contrary to European Union environmental law”.*

#### **14. An assessment of the EIA in the Legislation of the European Union.**

The European Union has a very advanced model of application of the Environmental Impact Assessment (EIA). In this framework, it is important to highlight that the EIA is well outlined in the codified Directive 2011/92/EU. Particularly, there are practical provisions regarding the implementation of the so-called procedural rights established in the Aarhus Convention. Nonetheless, the EU Member States do not always implement these principles, generally for political reasons.

Furthermore, it is true that the EU model takes in consideration the SIA. Nevertheless, there is a general problem of harmonization among the EU Member States. As was already noted, the Member States have adopted different ways of implementing an Impact Assessment procedure. On the one hand, it can be appreciated that for the majority of the EU Member States (e.g., Italy, France, Belgium, United Kingdom, Germany, Greece, Hungary), the SIA is a procedural part of an integrated assessment system that has to be focused on different types of impacts or on a case-by-case examination. The SIA is done just for a specific type of impacts (e.g., health, labour etc.). On the other hand, in some domestic legislation of other EU Member States (e.g., Austria, Cyprus, Spain, Latvia), the SIA is not present as such, but it is within a different procedure of ex-ante administrative procedures of forecasting or evaluation of potential social impacts. And broadly, the Member States prefer to pay their attention to economic, rather than social, impacts of a particular project. All in all, there are two extremes among the Member States that underline the necessity of a harmonization and common understanding of the issues.

Obviously, the European model of an EIA is a hybrid model that is in between the international and national law and it is able to elucidate on how the impact assessment procedures are performed in twenty-eight countries.

## 15. Conclusions and Concrete Policy Recommendations.

The EIA is an effective instrument for prevention of environmental harm. The EIA has become a settled practice among states. The goal of the EIA is to provide the authority with a deep understanding of the activity itself, its effects on environment and people, with the final objective of contributing towards finding the best way of preventing, mitigating and compensating for the undesirable effects of the activity.

The International Court of Justice has confirmed the customary nature of this obligation in the cases of likely transboundary harm, despite the fact that the content is still to be determined. Several legal instruments laid down the requirement of carrying out an EIA and some of them give detailed standards and provide useful guidance. Additionally, the majority of domestic systems also contemplate this instrument.

In spite of its extensive recognition, a great challenge consists of finding the political will of states to bind themselves by the EIA and to implement high standards of regulation, upon which the effectiveness of the EIA will depend. Policy makers and legal advisors, both at the international and national level, could contribute to improving the status of the EIA and to spreading awareness of this tool. Here there is a room for some observations and final recommendations. Firstly, the prior character of the EIA is a fundamental feature. Without it, its preventive nature and its objectives would be jeopardized. Regulation must provide mandatory EIA before the authorization of the activity. Developing funding plans to enable the state authorities to monitor and assess the project at all the stages is necessary as well.

Secondly, it is common that regulations list the activities for which the EIA is mandatory, but a rule through which other non-listed activities can be assimilated to those listed because of their magnitude or potential effects is advisable, otherwise potentially harmful activities could be left out of the mandatory scope of the EIA.

Thirdly, a technique to improve the efficiency of the EIA is to harmonize the EIA regulation, especially among neighbouring states or states belonging to the same geographical region, as important industrial developments or activities may affect people and environment beyond national jurisdiction. Under this circumstance, the

obligation of carry out an EIA would lead to a whole process of cooperation that would be difficult to achieve among states with very different EIA legal systems. Within a harmonization process, it will be possible to create common standards throughout the countries that will make the implementation of EIA easier and will make procedural rights consistently operative, ensuring transparency and accountability.

Fourthly, governments need to increase awareness of environmental protection and of the fact that environmental harm is often irreversible. The EIA, as any other legal or political process is implemented by persons, and as was shown, it consists of a process with many actors involved, each of them with different interests that need to be balanced. Among those interests, environmental considerations need to have an important role, which is why encouraging early environmental education is highly advisable in order to permit the EIA to fulfil all of its goals.

Fifthly, Integration of new actors, the public in particular, is very important to achieving an integral process that will lead to better results. The EIA is a complex process that must give a voice to all the potentially affected and the outcome of the process must be taken into account. States have to notify and consult every likely affected State and its population in the same way as their own population. Information has to be provided in an early stage and public participation must be aimed at building real dialogue among the parties. Effective implementation of these principles will not only prevent environmental and human harm but will also avoid expensive legal proceedings. Finally and above all, in some contexts, governments should encourage the private and public business in changing their opinion on the EIA, since in the business community is often seen just as a costly barrier while in reality, the assessment procedure is a useful instrument that ensures the sustainability and contributes to obtaining social license of their activities and projects in the long term. Activities are usually carried out by private companies that know the project very well; and thus, they hold valuable information and advance technology for the assessment. Under these circumstances, even the EIA is mandatory for private actors; its involvement can bring substantial benefits. A good example to follow in this regard comes from the practice of international world banks

and financial institutions that require EIA before financing some projects, and that have produces guidelines for the private sector characterized by detailed standards.

## ORDINANZA 16 DICEMBRE 2020 DEL TRIBUNALE DI ROMA IN MATERIA DI LOCAZIONI AD USO NON ABITATIVO

*Implicazioni giuridiche e socio-economiche delle limitazioni (illegittime?) ai diritti e alle libertà costituzionalmente garantiti in tempi di covid-19*

**Antonio Persico**

**ABSTRACT** [ITA]: Il commento intende mettere in evidenza i passaggi chiave della notoria ordinanza del Tribunale di Roma che ha ritenuto illegittimi i d.p.c.m. dell'emergenza sanitaria, per proporre qualche spunto di riflessione in ordine alle sue plurime implicazioni giuridiche e socio-economiche.

**ABSTRACT** [ENG]: *This comment aims at highlighting the key passages of the Civil Court of Rome notorious ordinance which considered the Prime Minister Decrees to contain the spread of Covid-19 void. Some food for thought on its multiple juridical and socio-economic implications will follow.*

**SOMMARIO:** **1.** Un'ordinanza non ordinaria. – **2.** I fatti di causa. – **3.** La *ratio decidendi* dell'ordinanza. – **4.** Sul potere di dichiarare lo stato di emergenza nazionale per rischio sanitario con deliberazione del Consiglio dei Ministri. – **5.** I vizi intrinseci di legittimità dei d.p.c.m. – **5.1.** *Segue.* Il difetto di motivazione. – **5.2.** *Segue.* L'eccesso di potere. – **6.** Sul canone di buona fede in funzione integratrice del contratto. – **7.** *Ubi voluit, dixit.* – – **8.** Riflessioni conclusive.

## 1. Un' ordinanza non ordinaria.

Con ordinanza del 16 dicembre 2020<sup>1</sup>, il Tribunale di Roma interviene su una vicenda come tante, nell'ambito di un procedimento per convalida di sfratto. Canoni insoluti, intimazione di sfratto del locatore, opposizione del conduttore. In questi casi, preso atto dell'opposizione e in presenza di eccezioni non fondate su prova scritta, il Giudice si limita a verificare in sede di udienza la sussistenza di gravi motivi ostativi al rilascio provvisorio del bene. Ad ogni modo, non accoglie la richiesta di convalida e impartisce le disposizioni necessarie al prosieguo del giudizio secondo il rito "ordinario" della materia<sup>2</sup>.

Proprio in ragione degli automatismi imposti dalla cognizione sommaria e della linearità degli accertamenti che il Giudice è, di norma, chiamato a svolgere, la motivazione delle ordinanze *ex art. 665 c.p.c.* consta generalmente di poche righe e viene redatta in forma decretale (ritenuto che..., osservato che..., preso atto...)<sup>3</sup>. Sempre in linea di massima, il Giudice si limita a dare atto dell'inesistenza dei gravi motivi ostativi al rilascio provvisorio del bene, spendendo invece qualche argomentazione aggiuntiva al ricorrere dei medesimi.

Ebbene, l'ordinanza del Tribunale di Roma in esame, già a una prima lettura, spicca tra i provvedimenti della stessa specie. Particolarmente articolata (oltre 20 pagine), essa si segnala per la scrupolosa analisi e valutazione del *fumus boni iuris* inerente ai gravi motivi astrattamente configurabili come ostativi al rilascio dell'immobile locato, anticipando, sembrerebbe, *in toto* il contenuto motivo del provvedimento da emettersi all'esito della cognizione piena ed esaustiva<sup>4</sup>. E il tutto

<sup>1</sup> Tribunale di Roma, sez. 6<sup>a</sup>, ordinanza 16 dicembre 2020, n. 25283.

<sup>2</sup> Si tratta del rito delle locazioni disciplinato dall'art. 447-bis c.p.c.

<sup>3</sup> Invero, formule analoghe compaiono anche nell'ordinanza in esame, nelle prime pagine dedicate alla ricostruzione dei fatti di causa.

<sup>4</sup> Sulla cognizione del Giudice civile in sede cautelare *ante causam*, la nota sentenza della Corte costituzionale, n. 326/1997 ha chiarito che il *fumus boni iuris* «deve risultare da un semplice giudizio di verosimiglianza, concretizzantesi in una valutazione probabilistica circa le buone ragioni dell'attore, le quali vanno preservate dal rischio di restare irreversibilmente compromesse durante il tempo necessario a farle valere in via ordinaria. Di qui il carattere strumentale (rispetto — va sottolineato — non al merito della causa, bensì alla realizzazione del diritto da accertare in tale sede) assunto dal provvedimento cautelare, e la connessa struttura sommaria della cognizione». Più in generale, ha indicato nei seguenti termini i rapporti tra cautela e merito: «La cognizione che il codice di procedura civile attribuisce al giudice in sede di provvedimenti cautelari *ante causam* lascia dunque assolutamente irrisolto il quesito circa l'esito finale del giudizio e non "anticipa" affatto la decisione del merito, mirando solo a tutelare temporaneamente un preteso diritto onde salvaguardarlo dal pregiudizio grave e irreparabile, ravvisato sulla base di una valutazione provvisoria e di semplice verosimiglianza». In ragione della funzione cautelare dell'accertamento circa la sussistenza dei gravi motivi che il Giudice è tenuto a svolgere *ex art. 665 c.p.c.* per decidere in ordine al rilascio provvisorio del bene, le conclusioni appena riportate possono ritenersi valide anche per la cognizione del Giudice in tale sede, allorché debba valutare la consistenza del *fumus*

per giustificare la ritenuta infondatezza delle argomentazioni dell'opponente, alla quale viene quindi ordinato il rilascio.

Nella sua lunga motivazione, il provvedimento affronta molteplici temi di diritto civile, costituzionale, amministrativo e processuale amministrativo. Colpisce senz'altro il modo in cui i suddetti temi vengono risolti, connotato da una spiccata fermezza e assertività per quanto si tocchino delicati profili inerenti alla limitazione delle libertà fondamentali in tempo pandemico, con rilevanti implicazioni di carattere socio-economico. Le questioni sono trattate con ordine e definite con nettezza, ma sempre motivate, prese di posizione. Peraltro, non mancano richiami alla dottrina giuridica che, negli ultimi mesi, ha espresso posizioni fortemente critiche circa la legittimità del *modus operandi* dell'Esecutivo, le quali vengono ivi in buona misura recepite<sup>5</sup>.

L'ordinanza si segnala dunque anche e soprattutto per la sua vocazione a "fare giurisprudenza". I rilievi astratti in essa contenuti, infatti, possono essere riferiti a una pluralità di casi analoghi a quello trattato, nei quali si faccia questione della morosità nel pagamento dei canoni di immobile condotto in locazione ad uso diverso dall'abitativo nell'attuale periodo di pandemia, con le implicazioni di crisi e difficoltà economica a cui sono esposti gli imprenditori. Casi, questi, in aumento esponenziale ai tempi del Covid-19.

Si potrebbe affermare così un filone giurisprudenziale, almeno per quanto riguarda il rilascio provvisorio del bene locato, volto a negare la rilevanza delle restrizioni (ritenute illegittime) alle attività economiche imposte dai provvedimenti emergenziali, in quanto caducabili con i rimedi messi a disposizione del privato dall'ordinamento. Una simile possibilità è di ancor più agevole verifica se si considera che le ordinanze *ex art. 665 c.p.c.* non sono ricorribili per Cassazione,

---

delle pretese contrarie al rilascio avanzate dall'opponente. Invero, non si ignora che la giurisprudenza esclude la natura cautelare dell'ordinanza *ex art. 665 c.p.c.*, la quale viene ricondotta alla categoria delle condanne con riserva delle eccezioni (ad esempio: Cass. civ., sez. III, sentenza 30 marzo 1990, n.2619, in *Foro it.*, vol. 113, Parte prima: giurisprudenza costituzionale e civile (1990), p. 3205 ss.; Cass. civ., sez. III, sentenza 23 marzo 1995, n. 3730). Tuttavia, ciò non esclude il carattere interinale del provvedimento in parola, e tanto meno che una funzione cautelare della pretesa dell'opponente possa ugualmente essere assolta dall'ordinanza *ex art. 665 c.p.c.*, allorché il Giudice, riscontrati i gravi motivi contrari, non disponga il rilascio del bene. Né si dica che la natura di condanna con riserva delle eccezioni del provvedimento richiede una cognizione non sommaria da parte del Giudice circa i fatti impeditivi, modificativi ed estintivi del diritto dedotto dall'intimante, in quanto tale condanna sarebbe suscettibile di mantenere efficacia anche in caso di estinzione del processo. Nessuno infatti dubita del carattere sommario della cognizione del Giudice in sede cautelare ai fini dell'adozione dei provvedimenti cautelari anticipatori, *ex art. 669-octies*, comma 6. In dottrina, ritiene che l'ordinanza di rilascio provvisorio rientri senza dubbio nella categoria dei provvedimenti cautelari anticipatori F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, vol. IV, Giuffrè, Milano, 2017, p. 195.

<sup>5</sup> Cfr. pp. 5, 7 e 8 dell'ordinanza.

risultando quindi tendenzialmente escluse dall'indirizzo nomofilattico della Suprema Corte.

Inoltre, le affermazioni di carattere generale, in ordine alla validità degli atti del Governo recanti limitazioni ai diritti e alle libertà fondamentali per contenere l'epidemia, potrebbero stimolare una serie di azioni giudiziarie, se non per l'annullamento, quanto meno per il risarcimento dei danni arrecati dall'attività provvedimento illegittima.

In ogni caso, come si vedrà nel prosieguo, è lecito nutrire qualche perplessità in merito ad alcune argomentazioni giuridiche spese dal Tribunale, e ancor più alle conclusioni cui perviene il provvedimento in parola. Alla possibilità e opportunità di addivenire a soluzioni diverse si accennerà negli ultimi tre paragrafi del lavoro, all'esito della compiuta disamina dell'ordinanza. Occorre, allora, procedere con ordine, partendo dalla sommaria indicazione dei fatti di causa.

## 2. I fatti di causa.

Come anticipato, il procedimento si apre nelle forme del rito speciale per la convalida di sfratto per morosità su intimazione di una s.r.l., locatrice dell'immobile per cui è causa a scopo non abitativo. Parte attrice, oltre a domandare il rilascio del bene, chiede l'emissione di un decreto ingiuntivo per il pagamento dei canoni rimasti insoluti. L'intimata è a sua volta una società facente parte di un gruppo, il quale gestisce il punto vendita cui è adibito l'immobile condotto in locazione. Quest'ultima non eccepisce con prova scritta fatti impeditivi, modificativi o estintivi della pretesa di controparte. Risulta pacifico, di contro, il mancato pagamento dei canoni di locazione. L'opponente infatti ammette che, a causa della grave crisi scaturita dalla pandemia, «*il Gruppo della comparente, ha subito una contrazione delle vendite rispetto all'anno precedente, ed è stata impossibilitata a onorare l'elevato corrispettivo convenuto*».

A sua volta, l'intimata opponente contesta la debenza delle somme e chiede alla controparte una *reductio ad aequitatem* del canone locatizio, in applicazione dell'art. 1467, comma 3, c.c., sul presupposto che l'emergenza abbia comportato una alterazione del sinallagma contrattuale, rendendo impossibile il godimento del bene o comunque eccessivamente onerosa l'esecuzione delle prestazioni su di sé gravanti.

A sostegno delle sue ragioni, la parte conduttrice invoca altresì il principio di buona fede nell'esecuzione del contratto, il quale, letto alla luce del vincolo solidaristico derivante dall'art. 2 Cost., imporrebbe ai contraenti di tenere quei comportamenti che preservino gli interessi della controparte, fino ai limiti del

sacrificio apprezzabile dei propri. Esigenza solidaristica che troverebbe ulteriore riscontro nell'art. 1175 c.c.

Il Giudice, preso atto dell'opposizione, e dunque dell'impossibilità di convalidare la intimazione di sfratto per morosità, si accinge a questo punto a svolgere il giudizio prognostico sulla fondatezza della pretesa dell'opponente, richiesto dall'art. 665 c.p.c. Diviene necessario, questo è il fulcro e la premessa del ragionamento che verrà sviluppato, verificare se in effetti sia riscontrabile una causa oggettiva e non superabile di impedimento, che in tempo pandemico abbia inciso, alterandolo, sul sinallagma contrattuale.

### **3. La *ratio decidendi* dell'ordinanza.**

Conviene subito dire che il Tribunale non si limiterà soltanto a valutare l'applicabilità dell'art. 1467 c.c. in materia di eccessiva onerosità sopravvenuta, o la possibilità di un riequilibrio del sinallagma contrattuale in ragione del canone di buona fede. Passerà bensì in rassegna tutti gli articoli del libro quarto del codice civile i quali prevedono rimedi atti a far fronte a un sopravvenuto squilibrio del rapporto tra le parti, onde escluderne in concreto l'applicabilità<sup>6</sup>. Sulla base del principio *iura novit curia*, il Tribunale valuta quindi se la domanda dell'opponente, previa opportuna riqualficazione, possa comunque manifestare profili di fondatezza<sup>7</sup>.

La fermezza con cui vengono esclusi interventi di riequilibrio del rapporto ad opera del Giudice, in applicazione dei rimedi civilistici in materia di obbligazioni e contratto, riposa essenzialmente sul convincimento che, sotto il profilo naturalistico, il mutamento *in peius* della situazione di fatto e di diritto, verificatosi nel periodo di pandemia per chi svolge attività commerciale, non costituisce alcun impedimento alla detenzione del bene locato da parte conduttrice. La riduzione del fatturato e le difficoltà economiche derivanti rientrerebbero nel rischio di impresa, trattandosi di eventi prevedibili, di natura accidentale e contingente. Di contro, in ragione del principio di autoresponsabilità, pur non richiamato espressamente, il Tribunale non

<sup>6</sup> Cfr. punto 6 dell'ordinanza, ove si richiamano gli artt. 1463, 1464, 1256, 1258, 1467 c.c.

<sup>7</sup> Come detto in apertura, l'ordinanza vaglia la pretesa della comparente in maniera esaustiva, concludendo per la sua inconsistenza giuridica. La valutazione del Tribunale sembra tanto estesa da andare ben oltre il minimo indispensabile a escludere la sussistenza di gravi motivi contrari al rilascio dell'immobile. Per come motivato, il provvedimento in parola ben potrebbe anticipare per l'intero il giudizio che sarà chiamato a svolgere il Giudice all'esito della cognizione "ordinaria", accendendo una fortissima ipoteca sulla posizione della intimata.

potrebbe sostituirsi alle parti nella cura dei loro interessi, correggendo *ex post* scelte liberamente effettuate nell'esercizio della loro autonomia privata e rivelatesi in seguito svantaggiose. La mancanza di una causa oggettiva e non superabile di impedimento rende ingiustificabili, in definitiva, interventi correttivi del rapporto ad opera del Giudice nel senso richiesto dall'opponente.

Ma come addviene il Tribunale a un simile convincimento? Per cominciare, si interroga sulla bontà dell'argomento speso dalla conduttrice intimata, secondo cui la pandemia da SARS - Cov 2 sarebbe, per sé, una causa oggettiva impossibilitante l'uso del bene locato. Tale premessa viene recisamente considerata erronea. Ragionando in termini empirico-naturalistici, il Tribunale osserva che l'emergenza sanitaria, diversamente da altre cause naturali come il terremoto che determini il crollo dell'immobile o altra calamità naturale che precluda l'accesso al medesimo, non è in termini assoluti impediente il godimento della cosa locata<sup>8</sup>. Certo, è innegabile l'aumento dei rischi per la salute in ragione del contatto con i clienti, ma ciò non impedisce, sempre in astratto, l'utilizzo del bene a fini commerciali. È da escludersi quindi che la pandemia sia, da sola considerata, una causa di forza maggiore, tale da comportare di necessità la chiusura delle attività commerciali. E in effetti, si fa in seguito notare, in alcuni Paesi e quantomeno nel periodo iniziale della pandemia, da un lato non si sono avute limitazioni autoritative ai diritti dei cittadini, dall'altro gli imprenditori hanno potuto continuare a svolgere la loro attività regolarmente. Da ciò si arguisce come l'unica causa, dalla quale abbiano potuto scaturire i mutamenti peggiorativi della situazione di fatto e di diritto in cui le parti sono tenute a dare esecuzione al contratto, sia l'attività provvedimentale posta in essere dai pubblici poteri per contrastare la diffusione del virus.

Prendendo atto che nel periodo di emergenza sanitaria vi è stata una limitazione effettiva dei diritti fondamentali e costituzionalmente garantiti, ma che tale limitazione è «*dovuta alla adozione "esterna" di provvedimenti di varia natura (normativi e*

---

<sup>8</sup> Di contro, la relazione tematica n. 56 del 2020 proveniente dal Massimario della Corte di Cassazione (su cui si dirà ancora *infra*, § 6) annovera il dilagare della pandemia tra le cause di eccessiva onerosità sopravvenuta. Cfr. in particolare p. 5 della relazione, ove è dato leggere: «*La causa dell'eccessiva onerosità sopravvenuta deve rivestire il carattere della generalità: non è sufficiente una mera difficoltà rivelatasi esclusivamente nella sfera del singolo, occorrendo una situazione operante presso qualsiasi debitore e tale da modificare il valore di mercato della prestazione. Esempificazione ne sono i fenomeni inflattivi, quelli che gemmano dai provvedimenti di svalutazione o rivalutazione della moneta, lo scoppio di una guerra e – al tempo corrente – il dilagare della pandemia*». Anche nella dottrina civilistica non sono mancate voci che hanno affermato la sicura riconducibilità della pandemia agli eventi imprevedibili e straordinari determinanti l'eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione: cfr. in tal senso F. DI MARZIO, *Il diritto patrimoniale nell'emergenza*, in G. PALMIERI (a cura di), *Oltre la pandemia: società, salute, economia e regole nell'era post Covid-19*, vol. II, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, p. 1185 ss. e in particolare p. 1197.

amministrativi) i quali, sul presupposto della esistenza di una emergenza sanitaria, hanno compresso o addirittura eliminato alcune tra le libertà fondamentali dell'Uomo, così come riconosciute sia dalla Carta Costituzionale che dalle Convenzioni Internazionali», il nodo fondamentale da sciogliere diviene se i provvedimenti *de quibus* siano o meno legittimi. In caso affermativo, si evince, tale complesso provvedimento potrebbe essere posto alla base dell'applicazione dei rimedi civilistici di riequilibrio del rapporto tra i contraenti, rappresentando una causa oggettiva sopravvenuta, non imputabile alle parti, né da queste in alcun modo eliminabile con il ricorso agli strumenti caducatori predisposti dall'ordinamento. In caso negativo, invece, verrebbe meno la fondatezza delle prospettazioni della conduttrice intimata, la quale, per colpevole inerzia non avrebbe attivato gli strumenti atti a rimuovere la fonte degli impedimenti.

Il problema si sposta quindi sul versante prettamente pubblicistico: occorre conoscere della legittimità dei provvedimenti limitativi dei diritti e delle libertà dei cittadini, adottati dall'Esecutivo nel periodo di pandemia, onde valutare conseguenzialmente il comportamento dell'opponente in termini di diligenza o negligenza. «*In altre parole*» si legge nell'ordinanza «*si deve verificare se si fosse in presenza di atti censurabili ed illegittimi e/o di una norma incostituzionale o in violazione delle Convenzioni internazionali, e se la loro ipotetica caducazione avrebbe potuto eliminare le conseguenze dannose ed i limiti al godimento del bene*».

È così che il Tribunale ordinario di Roma intraprende, *incidenter tantum*, un'opera cognitiva che impinge in ambiti rimessi, abitualmente, alla cognizione dei Giudici amministrativi, della Corte costituzionale o delle Corti sovranazionali e internazionali.

#### **4. Sul potere di dichiarare lo stato di emergenza nazionale per rischio sanitario con deliberazione del Consiglio dei Ministri.**

Come noto, le restrizioni all'esercizio dei diritti e delle libertà costituzionalmente garantiti, incluse le libertà economiche, sono state disposte con decreti del Presidente del Consiglio dei ministri (d.p.c.m.). Si tratta di atti la cui natura amministrativa viene prontamente affermata dal Tribunale. L'aver agito con atti amministrativi espone l'operato del Governo al sindacato dei Giudici ordinari e amministrativi che, chiamati ad applicarli o a valutarne la legittimità a fini caducatori, possono e debbono verificare la loro conformità a diritto.

Orbene, una prima invalidità è di carattere derivato, e dipende dalla ravvisata illegittimità della deliberazione del 31.1.2020 del Consiglio dei Ministri (G.U. s.g. n. 26 del 1.2.2020), con cui è stato dichiarato lo stato di emergenza nazionale. Il Governo, infatti, non avrebbe potuto legittimamente dichiarare lo stato di emergenza nazionale per motivi sanitari, non traendo questo potere da alcuna norma costituzionale, ma neanche da fonti aventi forza di legge ordinaria.

Sotto quest'ultimo profilo si pone mente al d. lgs. 1 del 2018 (codice della protezione civile) e si osserva che l'art. 7, comma 1, lett. c) del decreto annovera, tra le emergenze in presenza delle quali può essere dichiarato lo stato di emergenza nazionale, unicamente quelle connesse con eventi calamitosi di origine naturale o derivanti dall'attività dell'uomo. A nessuna di queste due categorie il Tribunale ritiene di poter ricondurre il "rischio sanitario". Come evidente, si tratta di una conclusione che fa leva su un'interpretazione restrittiva delle espressioni impiegate dal decreto, la quale trova peraltro un precedente conforme in un provvedimento del Giudice di pace di Frosinone, pure richiamato<sup>9</sup>.

Affermata così l'illegittimità di tutti gli atti amministrativi conseguenti, si prosegue nell'analisi sulla legittimità dei d.p.c.m., e la critica si appunta sui vizi intrinseci dei medesimi.

## 5. Vizi intrinseci di legittimità dei d.p.c.m..

Il Tribunale a questo punto va al cuore delle più delicate questioni involgenti la correttezza del *modus operandi* dell'Esecutivo nel determinare le limitazioni ai diritti e alle libertà costituzionalmente e internazionalmente garantiti, ai fini del contrasto alla diffusione del virus. E lo fa evidenziando una pluralità di ragioni, di ordine costituzionale e amministrativo, per cui i d.p.c.m. sarebbero illegittimi. Come anticipato, è proprio l'estensione della cognizione del Giudice ordinario che quivi si realizza a rendere quest'ordinanza "non ordinaria".

---

<sup>9</sup> Sulla correttezza di una simile interpretazione cfr. G. SCARSELLI, *Normativa Covid 19 e Costituzione: discussione sulle nostre libertà*, in *Rivista Giuridica AmbienteDiritto.it*, Fascicolo 4/2020. L'A. fa notare che sarebbe assurdo ritenere che lo stato di emergenza nazionale possa essere dichiarato dal Presidente del Consiglio dei ministri con un atto che non è soggetto al vaglio né della Presidenza della Repubblica né del Parlamento, allorché tale dichiarazione implichi l'incisione dei diritti previsti dalla Carta costituzionale. Una ricostruzione diversa è contenuta in S. ZEULI, *Il contrasto del governo al Covid-19 fra responsabilità politica e sistema delle fonti*, in G. PALMIERI (a cura di), *Oltre la pandemia*, cit.p. 921 ss. e in particolare p. 928 s., ove si afferma che nell'ampia nozione di "evento calamitoso" di cui agli articoli 1 e 7 del d. lgs. 1 del 2018 «*certamente può essere ricompreso il fenomeno dell'ulteriore diffusione pandemica*».

Da un punto di vista di “gerarchia delle fonti”, aderendo alla posizione sostenuta da vari Presidenti emeriti della Corte costituzionale nonché da «*autorevole dottrina costituzionale*»<sup>10</sup>, e sulla scia di quanto già affermato dal Giudice di pace di Frosinone, si chiarisce che i d.p.c.m., non avendo forza e valore di legge, non sono idonei a porre legittime limitazioni a diritti e libertà costituzionalmente garantiti.

A nulla vale che siano stati emanati decreti-legge volti a “legittimare” i d.p.c.m. e le misure in essi contenute. Infatti tali atti, aventi sì forza di legge, non avrebbero potuto validamente delegare poteri all’Esecutivo da esercitarsi con d.p.c.m., perché una simile autodelega risulta destituita di fondamento costituzionale, esorbitando dai poteri di emanare norme generali e astratte che gli artt. 76 e 77 Cost. prevedono per il Governo. Analoga preclusione opera in ordine al potere del Parlamento di convalidare in sede di conversione i suddetti decreti-legge esorbitanti<sup>11</sup>.

Si vuole qui prescindere dalla condivisibilità e dalla correttezza sistematica delle argomentazioni spese dal Tribunale, che in parte trovano sostegno nella dottrina costituzionale, la quale si è in generale espressa sulla natura, sulla validità e sulla

<sup>10</sup> Cfr. nota 5. Si osservi peraltro che l’art. 118, comma 3, disp. att. c.p.c., in ordine alla motivazione della sentenza prescrive: «*In ogni caso deve essere omessa ogni citazione di autori giuridici*».

<sup>11</sup> Gli esempi sono l’uno tratto dal provvedimento dal Giudice di pace di Frosinone richiamato (d.l. n. 19 del 25.3.2020 e d.p.c.m. 26.4.2020), l’altro riguarda il primo decreto-legge intervenuto per contenere l’emergenza epidemiologica (evidentemente si tratta di d.l. 23 febbraio 2020, n. 6). Con riferimento a quest’ultimo si rileva come non prevedesse neanche un termine e non tipizzasse né disciplinasse le modalità di esercizio dei poteri del Governo da esercitarsi con d.p.c.m. Sulla derogabilità della Costituzione ad opera di un decreto-legge e sui limiti a tale derogabilità cfr. F.S. MARINI, *Le deroghe costituzionali da parte dei decreti-legge*, in *Federalismi.it*, Paper – 22 aprile 2020. L’A., richiamando il divieto di delegabilità di funzioni pubbliche in mancanza di autorizzazione e riflettendo sul necessario rispetto della riserva procedimentale stabilita dalla Costituzione per il decreto-legge, giunge a conclusioni non dissimili da quelle fatte proprie dal Tribunale di Roma in ordine alla illegittimità dei d.p.c.m. dell’emergenza sanitaria e alla incostituzionalità dei decreti-legge che pretendono di legittimarli. Rilievi fortemente critici sulla conformità a Costituzione del complesso decreti-legge – d.p.c.m., diretto a gestire l’emergenza sanitaria, sono presenti in A. MITROTTI, *Salus Rei Publicae e legalità alla prova dell’emergenza da Covid-19. Inediti strumenti di gestione dei D.P.C.M.*, in *Rivista Giuridica AmbienteDiritto.it*, Fascicolo 3/2020. Ancora, per una posizione critica sulla legittimità delle limitazioni alla libertà di circolazione ad opera della normativa emergenziale e sulla possibilità e opportunità di un diverso modo di procedere cfr. G.P. DOLSO, *Libertà di circolazione ed emergenza sanitaria*, *ivi*, Fascicolo 4/2020. Di contro, ha sostenuto la legittimità formale dei d.p.c.m. della prima fase emergenziale e anche quella sostanziale dei medesimi relativamente alla limitazione delle libertà economiche, E.C. RAFFIOTTA, *Sulla legittimità dei provvedimenti del Governo a contrasto dell’emergenza virale da Coronavirus*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, Special Issue 1/2020, p. 95 ss. Per l’A. infatti il d.l. 6/2020 è idoneo a integrare il principio di legalità e a legittimare i d.p.c.m. applicativi. Si segnala altresì il contributo di M.A. SIMONELLI, *La potenza dei fatti: la necessità come fonte del diritto*, in G. PALMIERI (a cura di), *Oltre la pandemia*, cit., p. 899 ss. e in particolare p. 907, ove, ricostruito il pensiero di S. Romano e C. Mortati sullo stato di necessità, si mette in luce da un lato la legittimità formale dei d.p.c.m. in quanto «*varati all’interno del perimetro (costituzionale) disegnato dai decreti-legge*», dall’altro lato la loro giustificazione sostanziale in ragione della necessità di salvaguardare l’esistenza in vita dello Stato, condizione di ogni legalità. Sulla collocazione degli atti volti a governare l’emergenza sanitaria nella gerarchia delle fonti v. anche nota successiva.

forza degli atti normativi e amministrativi emanati nell'ambito dell'emergenza sanitaria<sup>12</sup>.

Occorre invece evidenziare la rilevanza del passaggio logico compiuto. La cognizione del Giudice ordinario si porta, *incidenter tantum*, sulla validità di atti aventi forza di legge, per poi riscontrare l'effettivo contrasto dei medesimi con le norme costituzionali che disciplinano i poteri normativi del Governo. Operazione ermeneutica la quale conduce a conclusioni che, in base all'art. 134 Cost., sarebbero riservate alla Corte costituzionale.

Sorge a questo punto il dubbio. Perché il Tribunale di Roma non ha rimesso la questione di costituzionalità alla Corte? Volendo escludere una volontaria invasione di campo, si può supporre che il Tribunale non abbia ritenuto che la controversia non potesse essere risolta se non applicando le disposizioni sospettate incostituzionali contenute nei decreti-legge per contrastare il dilagare del Covid-19, poi convertiti<sup>13</sup>. Epperò, l'illegittimità dei d.p.c.m. viene fatta così derivare dalla violazione diretta delle norme della Costituzione, siano esse poste a garanzia di diritti fondamentali o

<sup>12</sup> Al riguardo si rinvia alle ricostruzioni sistematiche di M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, 2/2020; A. LUCARELLI, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, *ivi*; C. PINELLI, *Il precario assetto delle fonti impiegate nell'emergenza sanitaria e gli squilibrati rapporti fra Stato e Regioni*, in *Astrid Rassegna*, 5/2020; S.TROILO, *Sul fondamento legale e competenziale delle misure di contenimento dell'epidemia da Covid-19 adottate in Italia*, in *Rivista Giuridica AmbienteDiritto.it*, Fascicolo 2/2020; A. MITROTTI, *Salus Rei Publicae e legalità alla prova dell'emergenza da Covid-19*, *cit.*; G. MARCHIANÒ, *Luci ed ombre nell'attuazione dell'emergenza sanitaria da Coronavirus: i DPCM*, *ivi*, Fascicolo 4/2020, R. ROMBOLI, *L'incidenza della pandemia da Coronavirus nel sistema costituzionale italiano*, in *Consulta Online*, 5.10.2020; S. ZEULI, *Il contrasto del governo al Covid-19 fra responsabilità politica e sistema delle fonti*, in G. PALMIERI (a cura di), *Oltre la pandemia*, *cit.* p. 921 ss; A.CIOFFI, *Emergenza e teoria della necessità. Il caso del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri*, *ivi*, p. 941 ss. In particolare, anche in relazione a quanto detto a chiusura della nota precedente in ordine alla legittimità dei d.p.c.m., il contributo del Prof. Luciani sottolinea che «*la Costituzione, non la necessità, fonda i provvedimenti in questione: essi si radicano nel diritto costituzionale positivo*». Si segnalano inoltre i lavori nell'ambito dell'Osservatorio Emergenza Covid-19 attivato su *Federalismi.it*. Si rinvia in particolare ai seguenti contributi: F. CINTIOLI, *Sul regime del lockdown in Italia (note sul decreto legge n. 19 del 25 marzo 2020)*, Paper – 6 aprile 2020, in cui si prende in considerazione, con approccio problematico, il contenuto del cennato d.l. 19/2020; F.S. MARINI, *Le deroghe costituzionali da parte dei decreti-legge*, *cit.*, ove si manifesta un pensiero fortemente critico sulla coerenza sistematica e sulla conformità a Costituzione della normativa emergenziale; S. LICCIARDELLO, *I poteri necessitati al tempo della pandemia*, Paper – 20 maggio 2020. Il tema della conformità a Costituzione del sistema decreti-legge – d.p.c.m. è stato poi oggetto di considerazione diretta in A. ARCURI, *Cose vecchie e cose nuove sui d.p.c.m. dal fronte (... dell'emergenza coronavirus)*, in *Federalismi.it*, n. 28/2020, dove si perviene alla conclusione che il sistema in parola pare superare gli «*importanti problemi di legalità e legittimità costituzionale*» che pure solleva.

<sup>13</sup> A norma dell'art. 23 l. 11 marzo 1953, n. 87, l'autorità giurisdizionale, qualora il giudizio non possa essere definito indipendentemente dalla risoluzione della questione di legittimità costituzionale o non ritenga che la questione sollevata sia manifestamente infondata, emette ordinanza con la quale, riferiti i termini ed i motivi della istanza con cui fu sollevata la questione, dispone l'immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale e sospende il giudizio in corso.

relative ai poteri del Governo, *omisso medio*. Ma proprio tale disapplicazione avviene in virtù della ritenuta incostituzionalità dei decreti-legge in parola. Insomma, un circolo vizioso da cui non si riesce a uscire.

Si potrebbe solo concludere che, stante la pluralità di vizi ulteriori di legittimità dei d.p.c.m., non era necessario scomodare la Corte costituzionale. Resterebbe allora da comprendere perché la cognizione del Giudice ordinario si sia spinta su questioni non rilevanti ai fini del decidere.

### 5.1. *Segue. Il difetto di motivazione.*

Ad ogni modo, i d.p.c.m. appaiono al Tribunale capitolino *ex se* illegittimi per un ricorrente difetto di motivazione. È interessante osservare che tale considerazione fa leva sull'art. 3 legge 241/1990, stando al quale tutti i provvedimenti amministrativi debbono essere motivati. A tale obbligo – si afferma – non sono sottratti neanche i d.p.c.m. Qualche perplessità sul punto potrebbe sorgere alla lettura dell'art. 3, comma 2, della appena cennata legge generale sul procedimento amministrativo: «*La motivazione non è richiesta per gli atti normativi e per quelli a contenuto generale*», norma che potrebbe apparire riferibile anche ai d.p.c.m. Evidentemente, il Tribunale ritiene non pertinente questa suggestione, invero neanche prospettata. Da un lato infatti i provvedimenti dell'Esecutivo di cui si discorre vengono qualificati come atti amministrativi: si esclude così che essi abbiano natura normativa. Dall'altro, per poter affermare l'obbligo di motivazione dei d.p.c.m., nonostante il loro indubbio contenuto "generale", in quanto rivolto a destinatari indeterminati e indeterminabili *ex ante*<sup>14</sup>, appare verosimile che il Tribunale abbia interpretato l'art. 3 legge 241/1990 alla luce della sua *ratio*: andando oltre il dato letterale, emergente dal comma 2, si è ritenuto l'obbligo di motivazione per tutti quei provvedimenti che, anche se rivolti a un numero indistinto di consociati, contengano disposizioni direttamente lesive delle sfere giuridiche individuali<sup>15</sup>. D'altronde, alla medesima conclusione era giunto il

<sup>14</sup> Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen. 4 maggio 2012, n. 4; cfr. pure Cass., sez. un., n. 10124/94.

<sup>15</sup> La riconduzione dei d.p.c.m. per la gestione dell'emergenza sanitaria alla categoria degli atti amministrativi generali è stata affermata in A. MITROTTI, *Salus Rei Publicae e legalità alla prova dell'emergenza da Covid-19*, cit., dove cionondimeno si ammette la possibilità di impugnazione diretta delle prescrizioni dei d.p.c.m. immediatamente lesive. L'A. peraltro mette in luce le difficoltà che incontrerebbe il privato che volesse ottenere l'annullamento in sede giurisdizionale dei d.p.c.m., in ragione del loro carattere di atti di alta amministrazione (cfr. in particolare p. 38 ss. dell'articolo). Il tema della *ratio* dell'esclusione dell'obbligo di motivazione e delle garanzie procedurali di carattere partecipativo per gli atti amministrativi generali è stato affrontato di recente da M. COCCONI, *Garanzie procedurali e atti amministrativi a contenuto generale*, in *Istituzioni del Federalismo* n. 1/2018, p. 129 ss. L'A. evidenzia che in giurisprudenza è diffuso il convincimento che tali atti si

TAR Lazio, nella nota sentenza 8615/2020 che ha aperto la strada alla pubblicazione dei verbali del Comitato Tecnico Scientifico<sup>16</sup>.

Ebbene, viene rilevato che l'obbligo di motivazione per i diversi d.p.c.m. è stato assolto in massima parte attraverso la tecnica della motivazione *per relationem*. Come noto, questa consiste nel rinvio ad altri atti, i quali vanno tuttavia indicati e resi disponibili. Nel caso in esame, i rinvii sono principalmente ai verbali del Comitato Tecnico Scientifico, i quali, si ricorda, in una prima fase risultavano inaccessibili in quanto qualificati come "riservati", onde è scaturita la vicenda contenziosa che ha condotto alla loro ostensione<sup>17</sup>. In seguito, i verbali in parola sono stati pubblicati sul

---

sottraggano all'onere di motivazione ai sensi dell'art. 3 della legge generale sul procedimento amministrativo in quanto, di regola, inidonei a ledere immediatamente posizioni giuridiche soggettive. L'incisione delle sfere giuridiche soggettive, infatti, si realizza in linea di massima solo con un successivo atto applicativo, il quale va adeguatamente motivato come tutti i provvedimenti puntuali. Solo l'emanazione di quest'ultimo determina il sorgere dell'interesse ad agire in capo all'amministrato, il quale potrà contestualmente impugnare l'atto amministrativo generale presupposto. Ad opposte conclusioni si perviene invece nei casi in cui l'atto amministrativo generale, così come l'atto normativo abbia «*immediata e diretta incidenza su specifiche situazioni soggettive*», laddove all'incontro «*è esigibile una specifica motivazione*» (Cons. Stato, sez. IV, n. 3363/2006). Ancora, sul tema della motivazione degli atti amministrativi generali v. B. TONOLETTI, M. RAMAJOLI, *Qualificazione e regime giuridico degli atti amministrativi generali*, in *Dir. amm.*, 1-2, 2013, p. 53 ss. e in particolare p. 76 ss., ove il focus viene spostato dall'atto alle sue singole prescrizioni, le quali andranno qualificate come individuali o generali in virtù della loro concreta e diretta o soltanto astratta e mediata lesività. Lo scritto si segnala altresì per i rilievi critici svolti in ordine all'incerto e contraddittorio procedere della giurisprudenza amministrativa riguardo all'onere motivazionale e al regime di impugnazione cui sono assoggettati gli atti amministrativi generali. In base a queste coordinate, deve ritenersi quindi che il Tribunale capitolino consideri i d.p.c.m. dell'emergenza sanitaria soggetti al più stringente regime motivazionale in virtù della loro immediata lesività. Sugli atti amministrativi generali, infine, si rinvia ai seguenti testi fondamentali: M.S. GIANNINI, *Provvedimenti amministrativi generali e regolamenti ministeriali*, in *Foro it.*, 1953, III, p. 18 ss.; A. M. SANDULLI, *Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, in *Foro it.*, 1954, IV, p. 217 ss.; G. DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, Cedam, Padova, 2000.

<sup>16</sup> Si riportano i passaggi rilevanti della sentenza sul punto: «*Ed invero, rileva il Collegio che i verbali in oggetto costituiscono, effettivamente, atti endoprocedimentali prodromici all'emanazione dei Decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, emanati in attuazione del D.L. 23 febbraio 2020, n.6, al fine di indicare le misure necessarie ad evitare la diffusione del virus Covid – 19 sull'intero territorio nazionale, in forza della delega conferita dal Legislatore in particolare con l'art. 3 del richiamato D.L. n.6/2020, convertito con L. n. 13/2020 e con l'art. 2 del D. L. n. 19 del 25 marzo 2020, convertito con L. n. 35/2020.*

*E tuttavia, rileva il Collegio che a tali DDPCM., e quindi a maggior ragione ai presupposti pareri adottati dal Comitato tecnico scientifico nominato ai sensi del D.L. 8 aprile 2020, non possa innanzitutto attribuirsi la qualificazione di atti normativi, tale da sottrarli all'accesso ai sensi dell'art. 24, comma 1, della legge n. 241/1990 e dell'art. 1, comma 1 del DPCM n. 143/2011 (la cui impugnazione deve, dunque, ritenersi nel caso in esame ininfluyente), in quanto privi del requisito dell'astrattezza e della capacità di innovare l'ordinamento giuridico.*

*Né può ritenersi, comunque, che si tratti di atti amministrativi generali - con i quali hanno in comune unicamente la caratteristica della generalità dei destinatari- del pari sottratti alla disciplina dell'accesso in esame ai sensi delle disposizioni richiamate, non per intrinseche esigenze di "segretezza", quanto piuttosto perché la legge assicura agli atti amministrativi generali e agli atti di pianificazione particolari forme di pubblicità e trasparenza».*

<sup>17</sup> Il riferimento è alla cennata sentenza TAR Lazio, Roma, sez. Prima Quater, 22 luglio 2020, n. 8615.

sito della Protezione Civile, ma «con un ritardo tale da non consentire la tutela giurisdizionale»<sup>18</sup>.

A questo punto si osserva che in astratto, in mancanza della collaborazione dell'amministrazione, si potrebbe rimediare alle omissive modalità di ostensione dei verbali attraverso l'impugnazione del provvedimento di diniego dell'accesso o del silenzio-rifiuto dell'amministrazione secondo il rito speciale disciplinato dall'art. 116 c.p.a. Senonché, i tempi necessari per poter presentare il ricorso unitamente a quelli necessari alla sua trattazione e decisione renderebbero non utilmente esperibile questo rimedio. Infatti, nelle more, il d.p.c.m. *de quo* perderebbe efficacia e l'azione verrebbe dichiarata improcedibile per carenza sopravvenuta di interesse. A ciò si aggiunga che, almeno nei primi tempi di lockdown, si è avuta la chiusura degli uffici giudiziari, che a sua volta «ha reso di fatto estremamente gravoso il ricorso alle vie della giustizia»<sup>19</sup>.

Alla luce di quanto indicato, le motivazioni dei d.p.c.m. susseguite per contrastare il virus appaiono lacunose e inadeguate a svolgere la sua funzione di garanzia degli amministrati incisi dal potere. Da qui l'ulteriore illegittimità dei provvedimenti in parola.

## 5.2. *Segue*. L'eccesso di potere.

Sempre facendo leva sulla motivazione, il Tribunale riscontra un ulteriore vizio di legittimità dei decreti, *sub specie* eccesso di potere. Vengono richiamate, fatte proprie e generalizzate le considerazioni sostenute nell'ordinanza 7468/2020 del TAR Lazio, in riferimento ai vizi (apparenti<sup>20</sup>) del d.p.c.m. del 3 novembre 2020. Si afferma così che nella generalità dei casi non emerge dal combinato disposto dei d.p.c.m. e dei verbali del C.T.S. un adeguato bilanciamento degli interessi costituzionali in gioco, che risulti basato su una istruttoria completa e su una chiara ed univoca presa d'atto della situazione di fatto.

Difetto d'istruttoria e motivazione insufficiente, incongrua ed illogica integrerebbero quindi il vizio di eccesso di potere, generalmente riferito a ogni d.p.c.m. Solo a titolo di esempio si mette in luce che il verbale del C.T.S. del 7 marzo 2020, cui due d.p.c.m. rinviavano, propone una duplice zonizzazione del territorio nazionale, con diverso grado di restrizione dei diritti fondamentali nelle due zone

---

<sup>18</sup> P. 11 ordinanza.

<sup>19</sup> *Ibidem*.

<sup>20</sup> Si tratta infatti di un provvedimento emesso in sede cautelare.

distinte, senza che risulti perspicua, a cagione del carattere meramente apodittico delle argomentazioni addotte, l'opportunità di una simile soluzione. Più in generale, non si comprende il motivo di un regime unitario di restrizione dei diritti e delle libertà fondamentali valido per l'intero territorio nazionale a fronte di dati statistici sensibilmente diversi nelle varie Regioni, né si vede perché venga disposta la chiusura delle scuole quando poi, in vista del medesimo risultato, si ammette l'apertura di bar e ristoranti con le dovute cautele.

Traspare inoltre, dal confronto tra i vari d.p.c.m., un ulteriore sintomo dell'eccesso di potere. Infatti, le diverse disposizioni susseguitesi nel disciplinare le stesse materie hanno inciso in maniera diversa sui diritti costituzionalmente e internazionalmente garantiti. Di qui il carattere contraddittorio dei d.p.c.m., per inspiegabile contrasto con altri atti amministrativi della stessa specie intervenuti sulle medesime situazioni. Peraltro, si fa notare che anche laddove sono stati presi in considerazione e studiati diversi possibili scenari (è il caso del verbale C.T.S. 2 aprile 2020, n. 57 e alcuni seguenti), non è comunque esplicitato perché venga prediletta l'una opzione rispetto all'altra.

## **6. Sul canone di buona fede in funzione integratrice del contratto.**

I vizi evidenziati sin qui sarebbero, a giudizio del Tribunale, solo esemplificativi dei molteplici profili di illegittimità dei d.p.c.m. che hanno recato restrizioni ai diritti e libertà fondamentali. Tornando alla concreta vicenda in esame, si afferma che il pieno godimento del bene locato, a causa di tali restrizioni, è senza dubbio stato compresso, ma trattandosi di attività provvedimentale (amministrativa) di carattere illegittimo, ben avrebbe potuto il conduttore ottenere l'annullamento degli atti lesivi dal Giudice amministrativo. Quindi, la causa di alterazione del sinallagma contrattuale non risulta invincibile, dovendosi imputare al negligente conduttore il consolidamento di una situazione di fatto e di diritto svantaggiosa. Ne consegue la non applicabilità dei rimedi civilistici sopra richiamati<sup>21</sup> e atti a fronteggiare lo squilibrio sopravvenuto del rapporto tra le parti.

Né vale invocare il canone generale di buona fede nell'esecuzione del contratto da parte del locatore, ché di certo non potrebbe sopperire alle conseguenze pregiudizievoli derivanti dal comportamento omissivo e negligente della parte conduttrice. Si ricorda invero che la clausola di buona fede può in astratto svolgere

---

<sup>21</sup> Cfr. nota 6.

una funzione integratrice del contratto, richiamando al riguardo un passaggio dell'ordinanza del medesimo Tribunale capitolino, datata 27 agosto 2020. Una tale funzione opera allorché «*si verificano dei fattori sopravvenuti ed imprevedibili non presi in considerazione dalle parti al momento della stipulazione del rapporto, che spingono lo squilibrio negoziale oltre l'alea normale del contratto*».

Tuttavia, a giudizio del Tribunale, bisogna ritenere che tale affermazione vada debitamente circoscritta, talché nel caso di specie ogni intervento del Giudice rimane escluso. Il Tribunale si limita invero a riportare un passaggio contenuto nei rilievi conclusivi alla relazione tematica n. 56/2020 del 8 agosto 2020 proveniente dal Massimario della Cassazione, dal quale emerge che il magistrato non può, in nome della buona fede oggettiva, sostituirsi deliberatamente al volere delle parti. Egli deve bensì limitarsi nei soli casi consentiti dalla legge a sviluppare il regolamento contrattuale allorché emergano lacune, e sempre coerentemente alla volontà dei contraenti<sup>22</sup>. Peraltro, si può osservare che il rilievo, per sé considerato, non sembra in realtà concludente. Il passaggio riportato lascia in capo al giudicante una grande discrezionalità, che si attua valutando se dal contratto emergano elementi tali da poterne integrare il regolamento di interessi sulla base della volontà espressa delle parti. La questione sul *an* e *quantum* del potere integrativo del Giudice sul contratto esercitabile all'atto dell'interpretazione secondo il canone di buona fede (art. 1366 c.c.) andrà concretamente valutata e risolta caso per caso.

---

<sup>22</sup> «Disagevole sembra rinvenire il fondamento di siffatta opportunità nell'art. 1374 c.c., ove si dispone che il contratto obbliga le parti, non solo a quanto nel medesimo espresso, ma anche a tutte le conseguenze che ne derivano secondo la legge, o, in mancanza, secondo gli usi e l'equità. Di equità si parla sotto il profilo delle fonti di integrazione del contratto, alla stregua di criterio che concorre a determinarne gli effetti giuridici del negozio mediante il giusto contemperamento dei diversi interessi delle parti in relazione allo scopo e alla natura dell'affare. È attraverso l'equità che il giudice è facoltizzato a individuare elementi e aspetti del regolamento contrattuale non definiti dalle parti, né determinati da disposizioni di legge o usi. L'equità non è principio di giustizia morale dacché il giudice che integra il contratto ne determina il contenuto alla stregua di criteri che gli offre il mercato. Il suo intervento, tuttavia, è suppletivo e residuale, in quanto il magistrato non può correggere la volontà delle parti quand'anche le scelte di queste gli appaiano incongrue, limitandosi, negli eccezionali casi in cui la legge l'ammetta, a colmare le lacune riscontrate, inserendo regole ulteriori e coerenti con il programma concordato dalle parti. Un intervento sostitutivo del giudice sembrerebbe ammissibile al più ogni volta che dal regolamento negoziale dovessero emergere i termini in cui le parti hanno inteso ripartire il rischio derivante dal contratto, fornendo al giudice (anche in chiave ermeneutica) i criteri atti a ristabilire l'equilibrio negoziale. In questo caso, il magistrato, più che intervenire dall'esterno, opererebbe all'interno del contratto e in forza di esso, servendosi di tutti gli strumenti di interpretazione forniti dal legislatore (artt. 1362-1371 c.c.), precipuamente quello disciplinato dall'art. 1366 c.c. sulla buona fede nell'interpretazione del contratto. Al di fuori di questo angusto contorno, la determinazione del contenuto del contratto appartiene alla sfera decisionale riservata ai contraenti, rispetto alla quale ogni intervento spetta solo al legislatore, che fissa l'eventuale disciplina cogente non modificabile né dalle parti, né dal giudice. Quest'ultimo si trova a svolgere una funzione di valutazione di conformità, senza alcuna prerogativa di intervento ulteriore».

Sul punto, il Tribunale di Roma non aggiunge altro. Appare opportuno però segnalare qualche ulteriore passaggio della relazione tematica cennata, da cui emerge la possibilità di una diversa e più ampia valorizzazione della clausola di buona fede in funzione di riequilibrio contrattuale. Preso atto della difficoltà a far fronte in sede di giudizio alle sopravvenienze perturbative del sinallagma contrattuale con gli articoli del codice civile che disciplinano l'impossibilità sopravvenuta totale o parziale della prestazione (artt. 1256, 1463, 1464 c.c.), in quanto ritenuti non applicabili, o con l'art. 1467 relativo all'eccessiva onerosità sopravvenuta, poiché inidoneo a soddisfare l'interesse del conduttore (che è quello di mantenere il contratto a condizioni sostenibili) la relazione trae, nondimeno, dal comma 3 dell'articolo ultimo citato un riscontro positivo del principio di conservazione del contratto. Questo principio, letto alla luce dei doveri inderogabili di solidarietà sociale *ex art. 2 Cost.* e facendo leva sulla clausola di buona fede e correttezza, potrebbe fondare un obbligo di rinegoziazione per le parti che non abbiano convenuto alcunché in ordine alle modalità di gestione delle sopravvenienze.

Ecco i passaggi del ragionamento:

*«Ogni qualvolta una sopravvenienza rovesci il terreno fattuale e l'assetto giuridico-economico su cui si è eretta la pattuizione negoziale, la parte danneggiata in executivis deve poter avere la possibilità di rinegoziare il contenuto delle prestazioni. Qualora a lungo termine, gli accordi negoziali paiono valere "rebus sic stantibus"».*

In base all'art. 1374, il contratto obbliga le parti anche alle conseguenze previste dalla legge. Tra queste rientrano quelle derivanti dagli obblighi di correttezza e buona fede nell'interpretazione e nell'esecuzione del rapporto. In particolare, la correttezza *«è suscettibile di assolvere, nel contesto dilaniato dalla pandemia, la funzione di salvaguardare il rapporto economico sottostante al contratto nel rispetto della pianificazione convenzionale»*. In virtù della buona fede oggettiva, la controparte del contraente svantaggiato è tenuta a rinegoziare (nel senso di intavolare nuove trattative e condurle correttamente) il contenuto del contratto, ove ciò non pregiudichi gravemente i propri interessi.

Questa ricostruzione risulterebbe conforme al dovere di solidarietà che impone di tener conto della riduzione dei flussi di cassa del conduttore cagionati dalla pandemia, concretante avvenimento straordinario e imprevedibile ai sensi dell'art. 1467c.c.

D'altronde, è noto che le clausole generali dell'ordinamento richiedano di conformare il proprio agire a "standards valutativi", ossia a modelli comportamentali, improntati a valori giuridicamente rilevanti così come percepiti

nell'evoluzione dell'etica sociale<sup>23</sup>. Tra i valori che definiscono il contenuto della buona fede in sede di integrazione (art. 1374 c.c.), interpretazione (art. 1366 c.c.) ed esecuzione del contratto (art. 1375 c.c.), vi è senza dubbio il richiamato dovere di solidarietà economica e sociale, scolpito nell'art. 2 Cost., secondo la sicura correlazione da tempo tracciata da dottrina<sup>24</sup> e giurisprudenza<sup>25</sup>. Orbene, il sentire sociale in ordine nell'attuale momento storico connotato dalla crisi pandemica potrebbe far scaturire dalla clausola di buona fede, tanto in sede di integrazione, quanto in sede di interpretazione e di esecuzione del contratto, doveri aggiuntivi in capo al titolare di una posizione contrattuale di vantaggio a fronte di un sopravvenuto squilibrio del rapporto rilevante quanto meno *de facto*. Tra questi doveri potrebbero ben rientrare i sopra esposti obblighi procedimentali di rinegoziazione del contratto di locazione, i quali troverebbero quindi un saldo aggancio sistematico<sup>26</sup>.

<sup>23</sup> A. FALZEA, *Gli standards valutativi e la loro applicazione*, in Riv. dir. civ., 1987, I, p. 1 ss.

<sup>24</sup> Cfr. R. NICOLÒ, *Codice civile*, in *Enciclopedia del diritto*, VII, Milano, 1960, p. 245; S. RODOTÀ, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in Riv. dir. comm., 1967, I, p. 3; S. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, in *Rivista critica del diritto privato*, 4, 1987, p. 709 ss.; A. SOMMA, *La buona fede contrattuale: modelli solidali e modelli ordoliberali a confronto*, in *Europa e diritto privato*, 2006, Fascicolo 2, p. 501 ss.; F. POGGI, *La buona fede e il principio di cooperazione. Una proposta interpretativa*, in *Rivista critica del diritto privato*, 30, 2012, p. 241 ss.; G. ALPA, *Il controllo giudiziario del contratto e l'interpretazione*, in AA.VV., *L'evoluzione giurisprudenziale delle decisioni della Corte di Cassazione*, in *Raccolta di studi in onore di Antonio Brancaccio*, vol. VII, Giuffrè, Milano, 2013, p. 3 ss.; S. RODOTÀ, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Gius. Laterza & Figli, Roma-Bari, 2014, p. 39 ss.; M. BRUTTI, *Interpretare i contratti. La tradizione, le regole*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2017, p. 204 ss. e p. 265 ss. In particolare, l'obbligo di rinegoziazione è stato espressamente ricondotto al principio di solidarietà sociale da C. SERRAIOTTO, *L'obbligo di rinegoziare il contratto divenuto squilibrato: l'influenza della buona fede, dell'art. 2 Cost. italiana e del diritto dell'Unione Europea. Analisi di recenti ipotesi applicative*, in *Lex Social*, vol. 7, n 1, 2017, p. 535. V. anche nota 26.

<sup>25</sup> Cfr. *ex multis* Cass. civ. sez. I, sentenza 20 aprile 1994, n. 3775 sul noto caso Fiuggi, ove si afferma che il canone di buona fede e correttezza opera «per modo che l'ossequio alla legalità formale non si traduca in sacrificio della giustizia sostanziale e non risulti quindi disatteso quel dovere (inderogabile) di solidarietà, ormai costituzionalizzato (art. 2 Cost.), che applicato ai contratti ne determina integrativamente il contenuto e gli effetti (art. 1374 c.c.) e deve, ad un tempo, orientare l'interpretazione (art. 1366 c.c.) e l'esecuzione (art. 1375 c.c.)». Cfr. altresì le due ordinanze della Corte costituzionale, n. 248 del 2013 e n. 77 del 2014, nelle quali si afferma che «il precetto dell'art. 2 Cost. (per il profilo dell'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà), [...] entra direttamente nel contratto, in combinato contesto con il canone della buona fede, cui attribuisce vis normativa».

<sup>26</sup> La prospettiva della rinegoziazione del contratto è stata peraltro caldeggiata da vari studiosi che si sono confrontati con le problematiche poste dall'emergenza sanitaria relativamente ai rapporti *inter privatos* in essere. Sul punto cfr. F. DI MARZIO, *Il diritto patrimoniale nell'emergenza*, cit., p. 1199 ss. L'A. evidenzia l'inadeguatezza della legislazione civilistica, calibrata su una società regolarmente funzionante in tempo di pace, a disciplinare i rapporti privatistici in tempo di emergenza, ove l'insolvenza rischia di non costituire più un'eccezione alla regola. Di qui la necessità di un diritto *nell'emergenza*, diritto alla cui formazione possono contribuire la giurisprudenza e i comportamenti delle persone. Si auspica in tal senso una collaborazione tra gli attori economici portatori di interessi contrapposti per far fronte alla crisi, in nome dell'interesse superiore a preservare la fiducia nel mercato. Si fa leva sul canone di buona fede, che impone comportamenti improntati a

## 7. *Ubi voluit, dixit.*

Infine, il Tribunale fa ricorso a un argomento “di contorno”, volto a convalidare le conclusioni cui è già pervenuto in ordine all’inapplicabilità dei rimedi civilistici preordinati a far fronte al sopravvenuto squilibrio del rapporto. Il Legislatore dell'emergenza sanitaria, si sostiene, è già intervenuto con meccanismi volti a ripristinare un equilibrio sinallagmatico o ridurre lo squilibrio per determinate categorie di rapporti. Si richiama l'art. 65 del d.l. 18/2020, il quale ha previsto un credito di imposta per i conduttori di negozi e botteghe. Altra agevolazione è prevista all'art. 95 del medesimo decreto per quanto riguarda i canoni di locazione e concessori relativi all'affidamento di impianti sportivi pubblici dello Stato e degli enti territoriali.

Non rileva in senso contrario l'art. 3, comma 6-bis, d.l. 6/2020 che impone di valutare il rispetto delle misure di contenimento previste dal decreto per far fronte alla pandemia, ai fini della esclusione della responsabilità del debitore, ai sensi e per gli effetti degli artt. 1218 e 1223 c.c. La norma non potrebbe giustificare il mancato pagamento dei canoni, ma andrebbe presa in considerazione solo per valutare il ritardo nell'adempimento: sono irrilevanti, infatti, sotto il profilo della debenza dei canoni le difficoltà finanziarie temporanee di carattere soggettivo<sup>27</sup>. Sulla stessa linea

---

lealtà, alla luce dei doveri di solidarietà di cui all'art. 2 Cost. Le parti contraenti, specialmente nell'ambito di rapporti di durata, dovrebbero quindi rinegoziare il contenuto del contratto al fine di «*cooperare per riallineare il programma contrattuale alle sopravvenienze che possono verificarsi compromettendo sensibilmente l'equilibrio della relazione e facendola cadere in crisi*». Si mette peraltro in evidenza che in alcuni Paesi, quali Francia e Argentina, sono state introdotte nell'ordinamento norme specifiche recanti l'obbligo di rinegoziazione secondo buona fede, mentre in altri ordinamenti, come quello tedesco, la regola di rinegoziazione, per quanto inespressa, è considerata immanente al sistema. Interessante poi l'osservazione fatta dall'A., secondo cui: «*Avviare nuove trattative sugli impegni presi significa prendere sul serio quegli impegni e comprendere lo spirito di collaborazione che presiede all'obbligo di rispettare le promesse*». Infine, l'A. prefigura le conseguenze di una sottrazione ingiustificata all'obbligo di rinegoziazione: la possibilità per il contraente in buona fede di ottenere dal giudice l'equa modifica delle condizioni del contratto, salvo il diritto al risarcimento del danno. Sul tema dell'ammissibilità del “rimedio” della rinegoziazione v. anche C. GIUSTI, *Tutela e rinegoziazione contrattuale ai tempi del Coronavirus*, in G. PALMIERI (a cura di), *Oltre la pandemia*, cit., p. 1263 ss. In senso critico, invece, v. A. PALMIERI, *Emergenza epidemica e locazioni commerciali*, *ivi*, p. 1211 ss. e in particolare p. 1225 ss.

<sup>27</sup> Sull'interpretazione della norma v. A. PALMIERI, *Emergenza epidemica e locazioni commerciali*, cit., p. 1213 ss. L'A. riconosce peraltro che il campo di applicazione della norma deve circoscriversi alle ipotesi di ritardo nell'adempimento. Più in generale, il contributo si segnala per la ricostruzione del rapporto di locazione (di immobile urbano destinato ad uso diverso dall'abitativo, particolarmente), evidenziando le difficoltà a far fronte allo squilibrio sopravvenuto del sinallagma contrattuale ai tempi del Coronavirus. Le conclusioni cui giunge l'A. sono in più punti combacianti con quelle fatte proprie dal Tribunale di Roma: in tal senso, oltre a quanto visto poco sopra, cfr. quanto sostenuto in ordine alla insensibilità dell'obbligazione di pagamento del canone alle vicende di rilievo economico relative all'attività commerciale svolta dal conduttore e alle

argomentativa si richiama l'art. 216 del decreto c.d. "rilancio", che ha disposto una automatica riduzione del canone locatizio *inter privatos*, nei rapporti colpiti dalla sospensione delle attività sportive. Peraltro, questa norma prescrive anche che tale sospensione venga sempre valutata ai sensi degli art. 1256, 1464, 1467 e 1468 c.c. quale fattore di sopravvenuto squilibrio dell'assetto di interessi pattuito.

Quindi, laddove ha voluto, il Legislatore è intervenuto, dettando disposizioni specifiche per rimediare alle alterazioni di alcuni rapporti contrattuali. Se ne ricava che alla generalità dei casi non contemplati restino inapplicabili gli istituti civilistici generali, altrimenti non avrebbe senso la normativa evocata.

È però questo un argomento di per sé insufficiente a trarre conclusioni definitive circa l'inapplicabilità degli articoli del codice civile, potendo invero essere convertito in astratto nel suo contrario: il Legislatore, che talvolta richiama espressamente tali articoli, ne presuppone comunque l'applicabilità generale, salvo per alcuni rapporti particolarmente colpiti, dettare norme speciali o che comunque specificino le modalità applicative degli istituti generali (imponendo, come visto per l'art. 216 del decreto rilancio, di tenere sempre in considerazione le restrizioni imposte alle attività sportive). Peraltro, questa diversa ricostruzione non sarebbe priva di argomenti dottrinali a supporto<sup>28</sup>.

## 8 . Riflessioni conclusive.

Concludendo, si propone qualche ulteriore spunto di riflessione sull'ordinanza analizzata. Essa presenta una pluralità di risvolti giuridici: come visto, il Giudice ordinario civile estende la sua cognizione su materie di diritto pubblico, effettuando valutazioni che a loro volta hanno significative implicazioni socio-economiche. Per quanto riguarda la ritenuta illegittimità dei decreti-legge "legittimanti" i d.p.c.m. si rinvia alle osservazioni formulate *supra*, § 5.

Per quanto invece pertiene il giudizio prognostico sui vizi di legittimità dei d.p.c.m., è da notare che la cognizione del G.o. si spinge a valutare la conformità alla

---

conseguenze civilistiche cui si esporrebbe quest'ultimo in caso di mancato pagamento, nonché quanto affermato circa la non invocabilità, da parte del conduttore, dell'impossibilità di godere della cosa locata. Una ricostruzione alternativa viene invece ipotizzata per giungere ad affermare la riduzione della prestazione del conduttore: occorre a tal fine muovere dall'assunto che le misure di contenimento del virus hanno reso impossibile, in parte, la prestazione del locatore di far godere la cosa locata, per fare quindi applicazione dell'art. 1463 c.c.

<sup>28</sup> Cfr. F. DI MARZIO, *Il diritto patrimoniale nell'emergenza*, cit., p. 1197, il quale ritiene che «*sul piano del diritto civile, la legislazione dell'emergenza si limita a precisare dettagli, e ad enfatizzare conseguenze già desumibili dall'ordito del diritto civile*».

legge (a diritto) di atti amministrativi, non essendo questo controllo preordinato al potere tipico di disapplicazione<sup>29</sup>. Lo scrutinio è piuttosto funzionale a valutare in termini di negligenza la condotta di una delle parti in causa, ossia della conduttrice intimata. La conclusione per cui quest'ultima avrebbe potuto e dovuto eliminare gli effetti lesivi dei d.p.c.m. è suscettibile di generalizzazione: tutti gli imprenditori che non abbiano tempestivamente impugnato in tempi di Covid i provvedimenti lesivi dei diritti e delle libertà costituzionalmente garantiti versano in uno stato di rimproverabile colpa, da cui risulterebbe loro preclusa l'invocabilità degli strumenti civilistici volti a far fronte a uno squilibrio sopravvenuto del sinallagma contrattuale. Quindi, al danno subito per la chiusura degli esercizi commerciali concorrerebbe il comportamento colposo e omissivo degli stessi danneggiati.

Questi esiti possono far sorgere qualche perplessità. Invero, potrebbe a monte discutersi se rientri o no nel rischio di impresa quello di esporsi al pericolo del contagio in tempo di pandemia. Ma come detto, il Tribunale risolve in senso affermativo il quesito. Ad ogni modo, si dà per certo che il Giudice amministrativo, in sede di impugnativa, avrebbe senz'altro riscontrato l'illegittimità dei d.p.c.m., emettendo sentenza di annullamento, caducatoria dei loro effetti.

Senza indugiare sulla verosimiglianza che il TAR addivenisse effettivamente alle medesime conclusioni del G.o. (ciò implicherebbe un giudizio sulla correttezza delle argomentazioni di quest'ultimo che esula dall'intento della presente trattazione), si fa notare che il quadro risulta problematico alla luce della giurisprudenza del Consiglio di Stato che riconosce il potere di modulare nel tempo gli effetti delle pronunce di annullamento<sup>30</sup>. È possibile immaginare che il Giudice amministrativo di tale potere avrebbe fatto uso in tempo di pandemia, avendo dovuto altrimenti dar corso alla immediata riapertura degli esercizi commerciali e alla riaffermazione della libertà di movimento degli individui, magari in pieno lockdown e comunque con i rischi sanitari conseguenti, a fronte di un virus ancora poco conosciuto.

Ancora, lascia perplessi come lo stesso Tribunale ordinario ammetta, nel corpo del provvedimento commentato, che le modalità di ostensione dei verbali del C.T.S. siano state tali da non consentire la tutela giurisdizionale, altresì vulnerata dalla

---

<sup>29</sup> Cfr. art. 5, l. n. 2248/1865, all. E: «*In questo, come in ogni altro caso, le autorità giudiziarie applicheranno gli atti amministrativi e i regolamenti generali e locali in quanto siano conformi alle leggi*».

<sup>30</sup> Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 10 maggio 2011, n.2755, ove si afferma che il Giudice amministrativo può escludere del tutto gli effetti caducatori dell'annullamento disponendo esclusivamente gli effetti conformativi, in quanto, con osservazione di carattere generale si prende atto che «*La legislazione ordinaria non preclude al giudice amministrativo il potere di determinare gli effetti delle proprie sentenze di accoglimento*».

chiusura degli uffici giudiziari nei primi tempi di lockdown (v. *supra*, § 5.1.), per poi rimproverare il privato per la mancata attivazione della tutela stessa.

Per conseguire un qualche risultato utile, poi, questi avrebbe dovuto quantomeno proporre istanza cautelare, onde ottenere una misura che nell'immediato consentisse una riapertura delle attività commerciali. Sul punto è appena il caso di segnalare un indirizzo alquanto rigoroso del Consiglio di Stato in ordine all'accoglimento di istanze cautelari volte a paralizzare gli effetti di atti amministrativi adottati per contrastare il contagio e la diffusione del virus. Stando a tale indirizzo, le «*disposizioni fortemente compressive di diritti anche fondamentali della persona - dal libero movimento, al lavoro, alla privacy*» sono da ritenersi necessarie «*in nome di un valore di ancor più primario e generale rango costituzionale, la salute pubblica, e cioè la salute della generalità dei cittadini, messa in pericolo dalla permanenza di comportamenti individuali (pur pienamente riconosciuti in via ordinaria dall'Ordinamento, ma) potenzialmente tali da diffondere il contagio, secondo le evidenze scientifiche e le tragiche statistiche del periodo*»<sup>31</sup>. Il rigore dell'indirizzo in parola, seguito anche dai Giudici di merito<sup>32</sup>, si giustifica quindi in virtù di una non comprimibile «*primaria esigenza di cautela avanzata nell'interesse della collettività, corrispondente ad un interesse nazionale dell'Italia oggi non superabile in alcun modo*»<sup>33</sup>.

È ovvio, di contro, che il solo annullamento occorso a distanza di svariati mesi non avrebbe impedito la produzione dei danni derivanti dalla chiusura. Si tratta comunque di una pluralità di oneri gravanti sulla parte conduttrice, legati ad eventi imprevedibili e straordinari, il cui assolvimento potrebbe di per sé rendere eccessivamente onerose le sue prestazioni.

In ultimo, dovrebbe allora coerentemente concludersi per la possibilità degli imprenditori di far valere le loro pretese risarcitorie nei confronti dello Stato. Sarebbe questo un risvolto atto a "riequilibrare" la posizione deteriorata degli esercenti attività commerciali ristretti nelle loro libertà economiche dai provvedimenti illegittimi dell'Esecutivo. Tali pretese andrebbero fatte valere davanti al Giudice amministrativo, sempre che non decaduti dalle relative azioni, salva l'ipotesi di una

<sup>31</sup> Cons. Stato, sez. III, decreto 30 marzo 2020, n. 1553.

<sup>32</sup> Ad es. TAR Sicilia, Palermo, sez. I, decreto 18 aprile 2020 n. 459; sull'istanza cautelare di sospensione del d.p.c.m. del 10 aprile 2020, cfr. il secco rigetto disposto da TAR Lazio, Roma, sez. I, decreto 28 aprile 2020, n. 3322. Per una ricognizione delle posizioni manifestate dai Giudici amministrativi in ordine alla legittimità delle misure anti Covid, adottate a diversi livelli di governo, v. A. CIOFFI, *Emergenza e teoria della necessità*, cit., p. 944 ss. Emerge dal contributo come la giurisprudenza amministrativa abbia accordato considerazione prioritaria alla tutela della salute pubblica a fronte della compressione di altri interessi costituzionalmente protetti.

<sup>33</sup> Cons. Stato, sez. III, decreto 31 marzo 2020, n. 1611.

rimessione in termini per errore scusabile, oppure davanti al Giudice ordinario<sup>34</sup> nei termini di prescrizione del diritto, ove prevalesse la tesi del difetto assoluto di attribuzione in capo all'amministrazione che ha operato con d.p.c.m. (*supra*, § 5.). Anche volendosi considerare un concorso colposo dei danneggiati nella causazione del danno, per la loro (colpevole?) inerzia, ciò non potrebbe verosimilmente condurre in sede di liquidazione a un azzeramento del dovuto in capo allo Stato per le inevitabili conseguenze, di carattere patrimoniale e non<sup>35</sup>, della illegittima e/o illecita compressione dei diritti e delle libertà costituzionalmente garantiti. Ma proprio tale conclusione può indurre a rivalutare le premesse.

---

<sup>34</sup> Nella direzione di escludere la competenza esclusiva del Giudice amministrativo ai sensi dell'art. 133, c. 1, lett. p), valga il rinvio alle osservazioni contenute in A. ARCURI, *Cose vecchie e cose nuove sui d.p.c.m. dal fronte (... dell'emergenza coronavirus)*, cit., ove si mette in luce che il potere esercitato con i d.p.c.m. dell'emergenza sanitaria è in larga misura non riconducibile al sistema di protezione civile e al fondamento normativo di cui all'art. 5 del d. lgs. 1/2018.

<sup>35</sup> Ciò evidentemente sulla scorta di quanto affermato dalla Corte di Cassazione a Sezioni Unite, nelle cd. sentenze di San Martino, depositate in data 11 novembre 2008, nn. 26972, 26973, 26974, 26975. Secondo l'insegnamento della Suprema Corte, una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 conduce a ritenere risarcibili i danni non patrimoniali derivanti da lesioni gravi a diritti inviolabili della persona, tutelati dall'art. 2 Cost. Sul tema, anche per gli aspetti problematici della ricostruzione della Corte, specialmente in riferimento al carattere della tipicità delle ipotesi di danno non patrimoniale risarcibile, cfr. F.D. BUSNELLI, *Le Sezioni Unite e il danno non patrimoniale*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, II, 97 ss.; S. MAZZAMUTO, *Il rapporto tra gli artt. 2059 e 2043 c.c. e le ambiguità delle Sezioni unite a proposito della risarcibilità del danno non patrimoniale*, in *Contr. impr.*, 2009, p. 589 ss.; E. NAVARRETTA *Il valore della persona nei diritti inviolabili e la complessità dei danni non patrimoniali*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, I, p. 63 ss.; A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Le Sezioni Unite e il danno non patrimoniale: luci ed ombre*, in *Dir. giur.*, 2008, p. 526 ss.; P. ZIVIZ, *Il danno non patrimoniale: istruzioni per l'uso*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, I, p. 94 ss.

# ALCUNE CONSIDERAZIONI SU RUOLO E FUNZIONI DELLA CORTE SUPREMA DEGLI STATI UNITI D'AMERICA

**Saverio F. Regasto**

*Università degli Studi di Brescia*

**ABSTRACT** [ITA]: Il saggio descrive la Corte Suprema analizzando termini e modalità del giudizio di costituzionalità.

**ABSTRACT** [ENG]: *The essay describes the Supreme Court by analyzing the terms and modalities of the judicial review.*

**SOMMARIO:** **1.** La Supreme Court e la judicial review of legislation nell'ordinamento giuridico statunitense. – **2.** La composizione della Supreme Court. – **3.** La judicial review of legislation. – **3.1.** L'accesso alla Supreme Court... – **3.2.** ...e l'instaurazione del giudizio dinanzi alla stessa. – **3.3.** Lo svolgimento del giudizio... – **3.4.** ...e la definizione dello stesso.

## 1. La *Supreme Court* e la *judicial review of legislation* nell'ordinamento giuridico statunitense.

Il modello di controllo di costituzionalità delle leggi e le attribuzioni della Corte Suprema degli Stati Uniti appaiono sempre più di attualità, in particolare dopo gli eventi, drammatici, che hanno contraddistinto la fine del mandato presidenziale di Donald Trump.

Questo contributo intende offrirne una panoramica soffermandosi in particolare sulle sue modalità di esplicazione, proprio perché, per un lungo periodo di tempo, ha rappresentato il « principale modello di controllo di costituzionalità delle leggi, al quale gli operatori del diritto si sono ispirati ». Negli ultimi decenni, poi, la circolazione dei modelli di controllo di costituzionalità ha dato luogo a una impressionante contaminazione, tanto nel merito, quanto talvolta nella struttura organizzativa e nei paradigmi decisionali.

## 2. La composizione della *Supreme Court*.

Prima di procedere alla disamina delle modalità mediante le quali il vaglio concernente la conformità di una data disposizione normativa ai precetti contenuti nella Costituzione ad opera della *Supreme Court* si estrinseca, è opportuno offrire una panoramica in ordine a quella che è la composizione dell'organo in questione. La Corte Suprema statunitense si compone di nove membri, i quali si suddividono in otto *associated justices* e un *Chief justice*, la cui nomina, spettante al Presidente degli Stati Uniti, necessita della ratifica, a maggioranza semplice, da parte del Senato<sup>1</sup>. Quanto appena scritto abbisogna di una precisazione, dal momento che, in realtà, le nomine presidenziali debbono essere sottoposte all'esame di un'apposita commissione di senatori, che prende il nome di *Judicial Committee*, alla quale è rimesso il compito di condurre una serie di audizioni, sentendo il candidato, i soggetti istituzionali e politici e le associazioni che ritengono di poter dedurre argomenti a favore o contro la nomina dei soggetti in questione; possono essere inoltre ascoltati, su sollecitazione di uno o più membri della commissione, privati

---

<sup>1</sup>BIANCHI, La giustizia costituzionale negli Stati Uniti, in (a cura di) LUTHER, ROMBOLI, TARCHI, Esperienze di giustizia costituzionale, I, Torino, 2000, p. 22.

cittadini, allorché gli stessi debbano riferire fatti di cui sono a conoscenza. Il *Judicial Committee* conclude i propri lavori raccomandando o meno al Senato di esprimere l'assenso richiesto e il Senato, a seguito di apposita discussione, vota sulla proposta del Presidente, che viene, nel caso in cui la discussione abbia avuto esito positivo, approvata a maggioranza semplice. Si può quindi evincere come tale procedura identifichi un potere condiviso che, almeno secondo l'intenzione dei costituenti statunitensi, avrebbe dovuto funzionare attraverso l'accordo di due organi distinti: nata come compromesso tra due opposte fazioni, la *Appointments Clause*, la quale dispone che la scelta presidenziale dei giudici debba essere valutata e confermata dal Senato attraverso la procedura di "*advise and consent*" (art. II, sez. 2), fu una delle clausole maggiormente discusse nei lavori della Convenzione ed è oggi comunemente ritenuta una delle disposizioni più controverse del diritto costituzionale americano<sup>2</sup>. Ciò è da ricondursi all'elevato tasso di politicizzazione connaturante la nomina dei giudici della *Supreme Court*, la quale, posta in relazione al fatto che gli studi comparati sui modelli di nomina di tali giudici hanno evidenziato <<una maggior politicizzazione della selezione dei giudici costituzionali rispetto ai giudici comuni>><sup>3</sup> (si tenga presente che, in Italia, la scelta di un terzo dei componenti la Consulta è rimessa al Parlamento in seduta comune), permette di comprendere perché sia stato scritto, magari anche al fine di enfatizzare il concetto, che <<non esiste Corte costituzionale (o altra Corte alla quale sia affidato il compito di giudicare della legittimità costituzionale delle leggi) in cui gli organi politici non esercitano un potere determinante nella scelta del giudice>><sup>4</sup>. La Costituzione, che, <<oltre a stabilire l'esistenza della Corte Suprema Federale (art. III)>><sup>5</sup> stessa, disciplina alcuni aspetti concernenti i componenti dell'organo in questione<sup>6</sup>, <<non

<sup>2</sup> VANONI, La nomina dei giudici supremi tra scontro politico e diritto costituzionale: il caso americano, in *Dir. pubb. comp. eur.*, 2017, fasc. 3, p. 835

<sup>3</sup> LUTHER, La composizione dei tribunali costituzionali e le autonomie territoriali, in ANZON, AZZARITI, LUCIANI (a cura di), *La composizione della Corte costituzionale. Situazione italiana ed esperienze straniere*. Atti del seminario di Roma del 14 marzo 2003, Torino, 2004, p. 68.

<sup>4</sup> FALCON, *Le Corti costituzionali e i loro giudici*, in *Forum Quad. cost.*, 18 maggio 2011, p. 2.

<sup>5</sup> TIRIO, *L'organizzazione e il funzionamento della Corte Suprema Federale statunitense*, in COSTANZO (a cura di), *L'organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale*, Torino, 1996, p. 750.

<sup>6</sup> Ciò è desumibile dalla lettura dell'art. 3, sezione 1, della Costituzione degli Stati Uniti d'America, a norma del quale: << The judicial power of the United States, shall be vested in one supreme Court, and in such inferior Courts as the Congress may from time to time ordain and establish. The Judges, both of the Supreme and inferior Courts, shall hold their offices during good behavior, and shall, at stated Times, receive for their Services, a Compensation, which shall not be diminished during their continuance in office >>. Il testo dell'art. in questione, corredato da quello dell'intera costituzione statunitense, è rinvenibile presso il sito del Senato statunitense, tal

prevede alcun particolare requisito (di cittadinanza, di età, di sesso) per rivestire tale funzione>><sup>7</sup>. La stessa, però, prevede, all'art. 3, sez. 1, che i giudici, sia della Corte Suprema che delle Corti inferiori, restino in carica finché mantengono un buon comportamento e ciò permette di sancire che la durata della carica sia vitalizia: <<la durata vitalizia della carica implica, o dovrebbe implicare, la massima cura nella selezione di soggetti che possono rimanere nella più importante carica giudiziaria federale anche più di trent'anni>><sup>8</sup>. La rimozione dalla carica può conseguire solamente a una procedura di *impeachment*, la quale viene instaurata a seguito di un atto di accusa da parte della Camera dei rappresentanti a maggioranza assoluta e deve concludersi con la condanna approvata dai due terzi del Senato, in caso di tradimento, concussione o altri gravi reati da parte del *justice*<sup>9</sup>. Sembra opportuno sottolineare che, a differenza di quanto previsto dall'ordinamento giuridico italiano, all'interno del quale vige il *principio di collegialità* dell'operato della Consulta, la Corte Suprema è l'apoteosi dell'individualismo, al punto che si è parlato dei nove giudici come di altrettanti piccoli studi legali e ciò è dovuto al fatto che gli stessi svolgono, al fine di poter fornire il proprio voto ai casi sottoposti alla loro attenzione, un lavoro strettamente individuale<sup>10</sup>: prima della votazione, la quale rappresenta il momento in cui le idee dei giudici si "incontrano"<sup>11</sup> per formare una decisione, la fase di studio del caso è svolta singolarmente da ogni giudice, assistito dai propri *law clerks*, e si conclude con la redazione di una bozza di decisione. In un sistema di siffatto tipo,

---

quale si pu accedere mediante il seguente link: [https://www.senate.gov/civics/constitution\\_item/constitution.htm#a3](https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm#a3). La traduzione in lingua italiana del testo sopra riportato è la seguente: << Del potere giudiziario degli Stati Uniti saranno investite una Corte Suprema e le Corti inferiori che di tempo in tempo il congresso potrà istituire e disciplinare. I giudici, sia della Corte suprema sia di quelle inferiori, conserveranno le loro cariche finché manterranno buona condotta, e riceveranno per i loro servizi, a tempi prefissati, un compenso che non potrà esser diminuito durante la loro permanenza in carica >>. La traduzione in discorso, assieme a quella di tutta la Costituzione degli Stati Uniti d'America, pu essere rinvenuta presso il seguente indirizzo: <http://www.dircost.unito.it/cs/docs/stati%20uniti%201787.htm>.

<sup>7</sup> TIRIO, L'organizzazione e il funzionamento della Corte Suprema Federale statunitense, in COSTANZO (a cura di), L'organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale, Torino, 1996, pp. 750-751.

<sup>8</sup> BIANCHI, La giustizia costituzionale negli Stati Uniti, in (a cura di) LUTHER, ROMBOLI, TARCHI, Esperienze di giustizia costituzionale, I, Torino, 2000, p. 24.

<sup>9</sup> TIRIO, L'organizzazione e il funzionamento della Corte Suprema Federale statunitense, in COSTANZO (a cura di), L'organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale, Torino, 1996, p. 752.

<sup>10</sup> BIANCHI, La giustizia costituzionale negli Stati Uniti, in (a cura di) LUTHER, ROMBOLI, TARCHI, Esperienze di giustizia costituzionale, I, Torino, 2000, p. 24.

<sup>11</sup> L'utilizzo del virgolettato non è affatto casuale: ci si chiede, infatti, se sia opportuno utilizzare, in riferimento alle idee dei componenti della Corte Suprema, il termine "incontrarsi", dal momento in cui è prevista, nell'ordinamento giuridico statunitense e a differenza che in quello italiano, la possibilità che gli stessi esprimano un'opinione dissenziente (c.d. *dissenting opinion*).

imperiato attorno all'individualizzazione, e, conseguentemente, alla personalizzazione, della fase di studio del caso, la posizione attribuita al *Chief Justice* non può che essere, al pari, anche se per ragioni differenti, di quella rivestita dal Presidente della Corte costituzionale all'interno dell'ordinamento giuridico italiano, quella di un *primus inter pares*, il quale deve tentare di ricercare un minimo di coesione tra i diversi componenti della Corte. Nonostante la carica di *Chief Justice* sia, ovviamente, individuale, lo stesso è coadiuvato, nello svolgimento delle proprie funzioni, da un ufficio di presidenza, che si compone di cinque assistenti giudici, tre segretari e un commesso<sup>12</sup>. Al *Chief Justice* è inoltre rimessa, dal 1972, la facoltà di nominare un Assistente Amministrativo, le cui funzioni e i cui doveri sono determinati direttamente dal soggetto nominante.

### 3. La judicial review of legislation.

Una delle principali caratteristiche del modello statunitense di giustizia costituzionale, e, a ben vedere, di tutto l'ordinamento giuridico statunitense, è rappresentata dalla centralità del giudice, la quale viene generalmente ricondotta a due ragioni principali: la prima consiste nel fatto che il *common law* è, per definizione, *judge-made law* e, conseguentemente, il funzionamento di un ordinamento giuridico di siffatto tipo non può non essere imperniato attorno alla figura del giudice; la seconda, invece, nel fatto che il soggetto in parola sia titolare del potere di *judicial review*, che è istituzione unicamente e tipicamente statunitense. Il fatto che il giudice sia depositario di tale potere, consistente nella facoltà di sancire la conformità (o, se del caso, la difformità) di una determinata disposizione normativa ai precetti sanciti dalla Costituzione, permette, se posto in relazione alla circostanza che «la Corte Suprema è posta al vertice dell'ordinamento giudiziario federale»<sup>13</sup>, di qualificare tale organo «come decisore ultimo in fatto di costituzionalità e come asse portante del sistema politicocostituzionale»<sup>14</sup>: l'utilizzazione del termine «sistema politico-

<sup>12</sup> TIRIO, L'organizzazione e il funzionamento della Corte Suprema Federale statunitense, in COSTANZO (a cura di), L'organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale, Torino, 1996, p. 753.

<sup>13</sup> BIANCHI, La giustizia costituzionale negli Stati Uniti, in (a cura di) LUTHER, ROMBOLI, TARCHI, Esperienze di giustizia costituzionale, I, Torino, 2000, p. 29.

<sup>14</sup> FERRARESE, Due concezioni del ruolo giudiziario negli Stati Uniti, in Materiali per una storia della cultura giuridica, 1998, fasc. 2, p. 232.

costituzionale>> non è affatto casuale, ma, al contrario, è dettata dal fatto che in un sistema di questo tipo, all'interno del quale la selezione dei soggetti cui è attribuita la facoltà di vagliare la costituzionalità di una data disposizione normativa avviene ad opera del Presidente degli Stati Uniti, ossia un (e, oserei dire, il massimo) organo di livello politico, e dev'essere ratificata dal Parlamento, altro organo di natura politica, la materia costituzionale sia destinata ad innervarsi necessariamente di connotazioni, appunto, politiche. Il fatto che la Corte Suprema sia posta, come si è già avuto modo di indicare al lettore, al vertice dell'ordinamento giudiziario federale abbisogna, però, di un precisazione, poiché non sarebbe altrimenti possibile comprendere il ruolo effettivamente svolto da tale organo all'interno dell'ordinamento giuridico statunitense: si reputa infatti necessario sottolineare che <<essa è invero un super-potere>><sup>15</sup>, che ha saputo conquistarsi<sup>16</sup>, come nel caso della *judicial review*, un ruolo di forza istituzionale ineguagliabile e ciò permette di sancire come la stessa, lungi dall'essere il "mero" vertice dell'ordinamento giudiziario federale, sia un organo che <<non ha paragoni istituzionali altrove, né nella tradizione di *civil law*, né in quella di *common law*>><sup>17</sup>. A ben vedere, il fatto che la Corte si sia potuta "conquistare", come scritto in tale paragrafo, o "arrogare", come scritto sopra nel testo, la facoltà di conoscere della conformità (o della difformità) di una data disposizione normativa ai precetti sanciti dalla Costituzione, emblematica del ruolo di super-potere che la

<sup>15</sup> MATTEI, *Common law: il diritto anglo-americano*, Torino, 1992, p. 193.

<sup>16</sup> Si veda, in relazione alla tematica della "conquista" di tale potere ad opera della Supreme Court, e, più in generale, dei "giudici delle leggi", quanto scritto da Theo Öhlinger, il quale la riconduce, tra le altre cose, alla sempre maggiore accettazione, da parte dell'opinione pubblica, dell'operato di tali organi. L'autore in questione, dopo essersi domandato <<How can this development be justified? >>, continua scrivendo che: <<First, it is in pragmatic sense justified by the fact that public opinion largely accepts the role the Constitutional Court plays in the field of politics. As far as I can see, that is the case in all European countries where a constitutional court exists. In all those countries the Constitutional Court is highly respected by the public and is considered to form an important element of the institutional arrangement of the State, notwithstanding sometimes harsh criticism of a specific decision >>. ÖHLINGER, *The legitimacy of judicial review of legislation*, in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI (a cura di), *La circolazione dei modelli e delle tecniche del giudizio di costituzionalità in Europa. Atti del XXI Convegno annuale, Roma, 27-28 ottobre 2006: 50° anniversario della Corte costituzionale della Repubblica italiana*, Napoli, 2010, p. 13. La traduzione del passaggio sopra riportato, ad opera dell'autore in questione (il quale tiene a scusarsi, pertanto, anticipatamente per eventuali imperfezioni), è la seguente: <<Come può essere giustificato questo sviluppo? In primo luogo, è in senso pragmatico giustificato dal fatto che l'opinione pubblica accetta largamente il ruolo che la Corte costituzionale gioca in campo politico. Per quanto mi è dato vedere, questo è il caso di ogni Paese europeo all'interno del quale esista una Corte costituzionale. In tutti questi Paesi la Corte costituzionale è altamente rispettata dal pubblico ed è considerata un elemento importante dell'assetto istituzionale dello Stato, nonostante le talvolta dure critiche di una decisione specifica >>.

<sup>17</sup> MATTEI, *Common law: il diritto anglo-americano*, Torino, 1992, p. 193.

stessa viene a rivestire all'interno del sistema federale statunitense, si pone in linea di continuità logica con la struttura secondo la quale sono concepiti l'ordinamento giuridico statunitense e, più in generale, lo Stato costituzionale di diritto<sup>18</sup>: in uno Stato di siffatto tipo, all'interno del quale la legge viene ad assumere un ruolo cardine, anche il Parlamento, ossia l'organo al quale è rimessa la facoltà di produrre le leggi, è esso stesso vincolato dalla legge, dal momento in cui la Costituzione, che si atpeggia, appunto, a "legge fondamentale" di un determinato ordinamento, è legalmente vincolante anche con riguardo alle modalità di estrinsecazione del processo parlamentare di *law-making* e al contenuto delle leggi stesse, che non può contrastare con quanto dalla Costituzione medesima stabilito; da cui si può evincere come, all'interno di tale tipologia di Stato, il compito del "giudice delle leggi" sia quello di esaminare la costituzionalità dei testi approvati dal Parlamento, ossia di valutare la compatibilità dei medesimi con i precetti contenuti nella Costituzione, e, in caso di accertata incompatibilità, di dichiararne l'incostituzionalità. Alla luce di quanto appena scritto si può ben comprendere la scelta di parole di Alexander

---

<sup>18</sup> Ad una conclusione non dissimile da questa era giunto, nel tentare di fornire una risposta alla domanda << What legitimates a court's review of an act of legislation? >> anche Theo Öhlinger. L'autore in questione, dopo essersi posto tale quesito, continuava infatti così scrivendo: << This question raises a central problem of constitutional review: The law in the form of statutes is enacted by elected representatives of the people. Statute law therefore represents the will of the people. Law-making by elected members of parliament is the core of a parliamentary democracy. How it is compatible with democracy that a non-elected committee of lawyers may overrule parliamentary statutes? The answer seems to be simple: In a constitutional state governed by the rule of law, the law making body, parliament, is itself bound by the law. It is the Constitution as the supreme law of a country which is legally binding for the parliamentary process of law-making. It is the task of a constitutional court to examine the constitutionality of the text of a statute by comparing it with the text of the Constitution and assessing whether the former is consistent with the latter. If the answer is no, then - and only then - may the constitutional court declare the statute unconstitutional >>. ÖHLINGER, The legitimacy of judicial review of legislation, in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI (a cura di), La circolazione dei modelli e delle tecniche del giudizio di costituzionalità in Europa. Atti del XXI Convegno annuale, Roma, 27-28 ottobre 2006: 50° anniversario della Corte costituzionale della Repubblica italiana, Napoli, 2010, p. 11. La traduzione del passaggio sopra riportato, ad opera dell'autore in questione (il quale tiene a scusarsi, pertanto, anticipatamente per eventuali imperfezioni), è la seguente: Cosa legittima il controllo di un atto legislativo da parte di un tribunale? Questa domanda solleva un problema centrale concerne la revisione costituzionale: la legge sotto forma di statutes è emanata ad opera di rappresentanti eletti dal popolo. La statute law rappresenta quindi la volontà del popolo. Il processo di law-making esercitato dai membri eletti del Parlamento è il fulcro di una democrazia parlamentare. Com'è compatibile con la democrazia che un comitato non eletto di avvocati possa annullare gli statutes parlamentari? La risposta sembra essere semplice: in uno stato costituzionale governato dalla rule of law, l'organo legislativo, ossia il Parlamento, è anch'esso vincolato dalla legge. E' la Costituzione, in qualità di legge superiore di un Paese, ad essere legalmente vincolante per il processo legislativo parlamentare. E' compito di una Corte costituzionale esaminare la costituzionalità del testo di uno statute comparandolo con il testo della Costituzione e valutando se il primo è coerente con il secondo. Se la risposta è no, allora - e solo allora - la Corte costituzionale pu dichiarare lo statute incostituzionale >>.

Hamilton, il quale descrive il potere di *judicial review*, o, comunque, l'ideologia ad esso sottesa (la *ratio*, per meglio dire, dello stesso), come una facoltà che deriva <<from the nature and reason of the thing>>. La "conquista" della facoltà in discorso è inoltre dovuta all'indeterminatezza, più o meno evidente a seconda degli ordinamenti di riferimento, degli enunciati costituzionali, la quale ha storicamente reso, e tutt'ora rende, possibile il fenomeno in discorso: solamente in un contesto collettivo all'interno del quale nessuno è in grado di accordarsi in ordine alla veridicità delle condizioni che legittimano la sussistenza di un giusto governo politico e di classificare come irragionevoli le posizioni ideologiche contrapposte alle proprie si può infatti individuare un *quid* che funga da <<base di libero rispetto per le interpretazioni della Costituzione, quand'anche non immuni da dissensi morali, e con essa il fondamento di un costituzionalismo dialogico>><sup>19</sup>, il quale è idoneo a stimolare la riconsiderazione critica degli assunti iniziali di ciascuno e a fare, conseguentemente, del pluralismo una virtù. Muovendo da una premessa di siffatto tipo, si può ben comprendere come i processi di interpretazione costituzionale, i quali si atteggiavano a necessari e indefettibili in relazione all'estrinsecazione della *judicial review of legislation*, vengano ad acquisire un carattere democratico, nella misura in cui agli stessi sia rimessa la facoltà di rendere il proprio esito meritevole di rispetto. Dalle considerazioni sino ad ora svolte si può chiaramente evincere come la *judicial review* sia strettamente connaturata all'ideologia, e, conseguentemente, alla struttura con la quale è concepito l'ordinamento giuridico statunitense e cioè permette di meglio comprendere per quale motivo sia stato scritto che quella in discorso sia istituzione unicamente e tipicamente statunitense.

### 3.1. L'accesso alla *Supreme Court*...

La giurisdizione della Corte Suprema federale è disciplinata dall'art. 3, sez. 2, della Costituzione, il quale dispone che la stessa sia da considerarsi suddivisa in una *original jurisdiction*, che si estrinseca unicamente in relazione alla materia dei conflitti

---

<sup>19</sup> PINELLI, Il dibattito sulla legittimazione della Corte Suprema, in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONISTI (a cura di), La circolazione dei modelli e delle tecniche del giudizio di costituzionalità in Europa. Atti del XXI Convegno annuale, Roma, 27-28 ottobre 2006: 50° anniversario della Corte costituzionale della Repubblica italiana, Napoli, 2010, p. 46.

fra i diversi Stati<sup>20</sup>, e una *appellate jurisdiction*, che si estrinseca, invece, in tutte le altre ipotesi disciplinate dall'articolo in parola. Tale ultima funzione viene dalla Corte esercitata, sia nei confronti delle Corti federali inferiori che in quelli dell'ultima istanza delle Corti statali, nell'ipotesi in cui si debba decidere in ordine ad una *federal question*, ossia una questione che abbia rilevanza con riguardo all'ordinamento federale: <<la mancanza di giurisdizione della Corte Suprema federale sulle decisioni fondate in diritto statale è un principio base del diritto statunitense, stabilito nel celeberrimo caso *Murdock v. City of Memphis*, e ribadito in molti successivi casi>><sup>21</sup>. Tralasciando, per economicità della trattazione, la *original jurisdiction*, e proseguendo invece con l'esame della *appellate jurisdiction*, si intende indicare al lettore che alla stessa, che viene esercitata dalla Corte Suprema federale in qualità di giudice di ultima istanza, si può, almeno teoricamente, ricorrere attraverso due diversi *writ*: l'*appeal*, il quale, nella struttura dei processi federali, incardina la giurisdizione in capo alla Corte solamente a seguito dell'esperimento dei primi due gradi di giudizio (rispettivamente presso le Corti statali federali di prima istanza e di appello) e attribuisce alla giurisdizione stessa la connotazione dell'obbligatorietà, nel senso che l'organo in parola è tenuto a pronunciarsi in ordine alla richiesta nei confronti dello stesso effettuata, accogliendo o rigettando il ricorso, e il *writ of certiorari*, il quale attribuisce, invece, giurisdizione facoltativa. Tale sistema di accesso alla Corte funziona <<almeno teoricamente>> e la scelta delle parole in questione non è affatto casuale, ma, al contrario, è dettata dal fatto che mediante un provvedimento legislativo del 27 maggio del 1988, <<il Congresso degli Stati Uniti ha decretato il definitivo sopravvento del *Writ of Certiorari* su ogni altro sistema di accesso alla Corte suprema>><sup>22</sup> e ciò consente di comprendere, se posto in relazione alla funzione che il *writ of certiorari* viene a rivestire all'interno dell'ordinamento giuridico statunitense (ossia quella di consentire alla Corte una selezione discrezionale, attraverso il rilascio e, soprattutto, il diniego dello stesso, dei casi da esaminare)<sup>23</sup>, per quale motivo sia

<sup>20</sup> È infatti questo l'unico caso in cui la *original jurisdiction* è rimasta esclusiva; in tutte le altre ipotesi prese in considerazione dall'art. 3 Cost., infatti, la stessa è oramai concorrente con quella delle District Courts.

<sup>21</sup> MATTEI, *Common law: il diritto anglo-americano*, Torino, 1992, p. 194.

<sup>22</sup> MATTEI, *L'imperialismo del writ of certiorari: il tramonto della giurisdizione obbligatoria nella U.S. Supreme Court*, in Riv. dir. civ., 1990, fasc. 1, p. 131.

<sup>23</sup> Si veda, in relazione a tale punto, quanto scritto da Paolo Bianchi, il quale ci ricorda di come: <<Formalmente la Corte è tenuta a pronunciarsi, accogliendo o rigettando il ricorso. In realtà le cose stanno in modo almeno parzialmente diverso, poiché la giurisdizione obbligatoria (*mandatory jurisdiction*) è oramai poco più di un relitto storico, e l'attività della Corte suprema si concentra quasi esclusivamente sul riesame facoltativo dei casi,

stato scritto che, <<a partire da quella data, la Corte Suprema Federale ha pieno controllo discrezionale del proprio ruolo>><sup>24</sup>. Il summenzionato articolo 3, sez. 2, della Costituzione sancisce inoltre che il potere giudiziario federale possa essere esercitato solamente in relazione a “*cases and controversies*”, senza però specificare cosa si intenda indicare mediante l’utilizzo di tale espressione. La formula in parola viene a rivestire un’importanza fondamentale in relazione alla ricognizione dei contrasti di interessi suscettibili di essere composti giudizialmente<sup>25</sup>, e quindi, in via mediata, di dar luogo a una questione di legittimità costituzionale, dal momento in cui le Corti federali (tutte, beninteso, le Corti federali e, conseguentemente, anche la Corte Suprema) sono competenti a conoscere, appunto, solamente di “*cases and controversies*” e, dunque, soltanto dai medesimi può sorgere una questione di costituzionalità: ciò è dovuto al fatto che <<la giustizia costituzionale americana è infatti, in linea di principio, esercitata in forma diffusa dai giudici “ordinari”, sia a livello statale che federale>><sup>26</sup>. In considerazione della sussistenza di un’espressione di siffatta ambiguità (o, se si preferisce, indefinitezza), la Corte Suprema, attraverso l’utilizzo di una giurisprudenza alquanto complessa e tutt’altro che lineare, ha proceduto all’elaborazione di una teoria volta all’individuazione delle circostanze in cui i tribunali federali possono evitare di esercitare la funzione giurisdizionale e tale teoria è espressa dalle *doctrines of justiciability*<sup>27</sup>. La giurisprudenza della Corte Suprema ha inteso fare riferimento, mediante l’utilizzazione del termine in discorso, a tutti i casi che presentino questioni non ancora mature (*ripeness*), nei quali non vi sia una reale controversia (*mootness*), in cui non vi siano soggetti legittimati (*standing*) e in cui alla Corte venga richiesto, piuttosto che di risolvere una controversia

---

attraverso il rilascio (o, soprattutto, il diniego) di writs of certiorari >>. BIANCHI, La giustizia costituzionale negli Stati Uniti, in (a cura di) LUTHER, ROMBOLI, TARCHI, Esperienze di giustizia costituzionale, I, Torino, 2000, p. 32-33.

<sup>24</sup> MATTEI, L’imperialismo del writ of certiorari: il tramonto della giurisdizione obbligatoria nella U.S. Supreme Court, in Riv. dir. civ., 1990, fasc. 1, p. 131. Si reputa che quanto scritto dall’autore ora menzionato, ossia il fatto che la Corte Suprema abbia il << pieno controllo discrezionale del proprio ruolo >>, abbisogni di una, seppur minima, precisazione: qualche ipotesi di giurisdizione obbligatoria, infatti, permane ancora oggi, seppur si tratti di casi talmente sporadici da essere considerati insignificanti sul piano quantitativo.

<sup>25</sup> BIANCHI, La giustizia costituzionale negli Stati Uniti, in (a cura di) LUTHER, ROMBOLI, TARCHI, Esperienze di giustizia costituzionale, I, Torino, 2000, p. 29.

<sup>26</sup> BIANCHI, La giustizia costituzionale negli Stati Uniti, in (a cura di) LUTHER, ROMBOLI, TARCHI, Esperienze di giustizia costituzionale, I, Torino, 2000, p. 1.

<sup>27</sup> BARSOTTI, L’arte di tacere: strumenti e tecniche di non decisione della Corte Suprema degli Stati Uniti, Torino, 1999, p. 47.

concreta, di pronunciare una c.d. *advisory opinion*<sup>28</sup>, ossia una decisione la cui pronuncia si atteggi ad ininfluenza in relazione, appunto, alla controversia concreta che sia oggetto d'esame da parte della Corte, o di pronunciarsi in ordine ad una *political question*, ossia una questione concernente l'ambito di competenza del Governo o del Congresso. Le *doctrines of justiciability*, essendo, come si è già avuto modo di dire, elaborate e definite dagli stessi giudici, sono <<*self-regarding*>><sup>29</sup> e la funzione che le stesse vengono a rivestire all'intento dell'ordinamento giuridico statunitense, ossia quella di permettere ai giudici di selezionare i casi in relazione ai quali esercitante la propria funzione, è indissolubilmente connaturata <<al ruolo pubblicistico che le corti, in particolare la Corte Suprema, hanno assunto nel secolo scorso a seguito dell'affermarsi di un ruolo sempre più interventista dello Stato>><sup>30</sup>: di fronte, infatti, alla necessità di tutelare diritti differenti rispetto a quelli tradizionalmente riconosciuti in un ordinamento di *common law* ovvero interessi c.d. diffusi<sup>31</sup>, la Corte Suprema si serve di tale teoria al fine di selezionare, appunto, le questioni da sottoporre al proprio esame, limitando, in tal modo, gli ambiti del proprio intervento, nell'ottica di evitare di invadere le sfere di competenza riservate agli altri poteri (come nel caso, già ricordato, delle *political questions*) o di evitare di affrontare questioni particolarmente controverse. Da ciò si può comprendere come un caso <<"speciale ed importante" ai fini della concessione del *writ of certiorari*>><sup>32</sup> non debba necessariamente atteggiarsi a causa suscettibile di essere decisa in sede

<sup>28</sup> Si ritiene opportuno indicare, in relazione a tale considerazione, quanto scritto da Ugo Mattei, il quale ci ricorda di come: << La Corte Suprema federale è da sempre attentissima ad evitare di pendere decisioni ininfluenti sull'esito della concreta controversia, e dunque << advisory >>; di conseguenza ha elaborato una serie di tecniche volte a verificare la sufficienza dello State ground of decision, per declinare la giurisdizione in tutte quelle ipotesi in cui esso debba risultare sufficiente >>. MATTEI, *Common law: il diritto anglo-americano*, Torino, 1992, p. 194.

<sup>29</sup> BARSOTTI, *L'arte di tacere: strumenti e tecniche di non decisione della Corte Suprema degli Stati Uniti*, Torino, 1999, p. 47.

<sup>30</sup> SPERTI, *Corti supreme e conflitti tra poteri: spunto per un confronto Italia-USA sugli strumenti e le tecniche di giudizio del giudice costituzionale*, Torino, 2005, p. 59.

<sup>31</sup> Si veda, in relazione a tale argomento, quanto scritto da Vittoria Barsotti in relazione al celebre caso *Lujan vs Defenders of Wildlife*, la quale, per sottolineare l'importanza della pronuncia in discorso e dell'intera tematica degli interessi diffusi, ha scritto quanto segue: << Quando si parla di interessi diffusi - tema caro ai comparatisti - accade spesso di pensare alla tutela dell'ambiente e al diritto giurisprudenziale, che, non solo in passato ma anche oggi, sembra essere il principale protagonista della battaglia per l'affermazione e la protezione degli interessi superindividuali che ruotano attorno alla natura >>. BARSOTTI, *La sentenza Lujan della Corte suprema degli Stati Uniti sulla legittimazione ad agire delle associazioni ambientaliste*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1996, fasc. 4, p. 1175.

<sup>32</sup> BIANCHI, *La giustizia costituzionale negli Stati Uniti*, in (a cura di) LUTHER, ROMBOLI, TARCHI, *Esperienze di giustizia costituzionale*, I, Torino, 2000, p. 1.

giudiziaria: la Corte Suprema ha infatti, mediante la teorizzazione delle *doctrines of justiciability* in discorso, elaborato un meccanismo che le consente di evitare di decidere anche casi ammessi alla discussione nel merito, mediante la torsione di concetti propri del diritto processuale, che nella sede di questo particolare giudizio vengono ad assumere una valenza differente rispetto a quella loro normalmente propria. La sussistenza di un tale doppio vaglio, nel merito e processuale, e, più precisamente, la strumentalizzazione che dello stesso è stata fatta ad opera della Corte Suprema, permette di meglio comprendere per quale motivo sia stato scritto, come si è già avuto modo di dire, che l'organo in discorso abbia «pieno controllo discrezionale del proprio ruolo». L'uso strategico delle *doctrines of justiciability* e del diniego di *writs of certiorari* rivela infatti come la funzione di *policymaking* del giudice non si espliciti esclusivamente attraverso l'attività interpretativa del diritto, intesa come l'attribuzione di significato a una data disposizione normativa, ma anche mediante la semplice propensione per la non decisione: con le scelte in tema di giustiziabilità, così come attraverso la ripetuta negazione di *certiorari* rispetto a determinate categorie di ricorrenti, «la Corte si attribuisce ora un ruolo tradizionale, volto a proteggere il diritto del singolo individuo, ora un ruolo maggiormente pubblicistico volto all'affermazione di nuovi diritti»<sup>33</sup>. Tale ultima ipotesi, a ben vedere, discosta il modello processuale di giustizia costituzionale vigente negli Stati Uniti d'America da quello teorizzato da *Chief Justice* Marshall nel 1803, mediante la pronuncia, è bene ricordarlo, di quello che viene generalmente considerato come uno dei «più grandi discorsi fondativi della giustizia costituzionale», ossia la sentenza *Marbury vs Madison*: il giudizio, a causa dei motivi in discorso, tende infatti a staccarsi dal caso concreto, ossia a discostarsi dal carattere della «incidentalità» che dovrebbe necessariamente connaturare lo stesso, e a farsi più astratto. Il discostamento in questione, che, a ben vedere, permette di comprendere come la funzione del giudizio in esame si svincoli sempre maggiormente da quanto originariamente dedotto in giudizio, ossia la tutela dei diritti dell'individuo, per risolversi, invece, nella tutela della costituzionalità dell'ordinamento, permette di intravedere un «progressivo avvicinamento tra la Corte Suprema e le Corti

---

<sup>33</sup> BARSOTTI, L'arte di tacere: strumenti e tecniche di non decisione della Corte Suprema degli Stati Uniti, Torino, 1999, p. 192.

costituzionali che derivano dal modello austriaco>><sup>34</sup> (fra le quali bisognerebbe annoverare la Corte costituzionale italiana). La comunanza della funzione ultima ora citata, ossia la tutela della costituzionalità dell'ordinamento, parrebbe condurre ad una visione della *judicial review* quale procedimento non troppo dissimile dal giudizio di costituzionalità c.d. *all'europea*: in ambedue i modelli processuali, infatti, non residua molto spazio per il cittadino, attore o convenuto, che voglia far valere i propri diritti.

### 3.2. ...e l'instaurazione del giudizio dinanzi alla stessa.

Si è avuto modo di indicare al lettore, nel corso del paragrafo precedente, come, a seguito della riforma del 27 maggio del 1988, il ricorso alla *appellate jurisdiction* esercitata dalla *Supreme Court* possa avvenire (quasi) esclusivamente mediante il *writ of certiorari*. Si reputa doveroso specificare, in relazione a ciò, come la disciplina concernente la concessione dello stesso sia contenuta nelle *Rules* della Corte Suprema: all'interno delle stesse, <<espressione del potere di autonormazione proprio degli organi giudiziari di *common law*>><sup>35</sup>, è inoltre contenuta la disciplina riguardante lo svolgimento del processo e delle singole udienze, il ruolo delle parti, la formulazione delle decisioni e la proposizione dei ricorsi. Le *Rules* non esauriscono però la disciplina processuale, dal momento che la Corte esercita le proprie funzioni nel quadro della giurisdizione regolata dall'art. 3 della Costituzione, <<al quale si aggiunge la disciplina ordinaria dettata dal Congresso per ripartire le attribuzioni dell'art. III tra i vari livelli della giurisdizione>><sup>36</sup>. Si deve, inoltre, indicare come il quadro normativo concernente l'esplicazione delle funzioni della Corte Suprema sia completato dai principi generali del processo di *common law*, i quali hanno la funzione di orientare l'interpretazione delle summenzionate *Rules* stesse, e da un complesso di norme convenzionali atte a operare nelle fasi del processo che siano sottratte al principio di pubblicità. Si cercherà, nonostante la "frammentazione" della

<sup>34</sup> BIANCHI, Il contraddittorio davanti alla Corte Suprema degli Stati Uniti, in Il contraddittorio nel giudizio sulle leggi: atti del seminario di Milano svoltosi il 16 e 17 maggio 1997, Torino, 1998, p. 241.

<sup>35</sup> BIANCHI, La giustizia costituzionale negli Stati Uniti, in (a cura di) LUTHER, ROMBOLI, TARCHI, Esperienze di giustizia costituzionale, I, Torino, 2000, p. 34.

<sup>36</sup> BIANCHI, La giustizia costituzionale negli Stati Uniti, in (a cura di) LUTHER, ROMBOLI, TARCHI, Esperienze di giustizia costituzionale, I, Torino, 2000, pp. 34-35.

disciplina normativa concernete il medesimo (la quale, a ben vedere, accomuna, almeno sotto tale profilo, l'esperienza statunitense a quella italiana)<sup>37</sup>, di offrire al lettore una panoramica generale dello svolgimento del procedimento dinanzi alla Corte Suprema. La *petition for a writ of certiorari*, ossia l'atto mediante il quale viene richiesto alla Corte Suprema di pronunciarsi in ordine a una determinata questione, dev'essere rivolta alla Corte stessa entro novanta giorni dal deposito della pronuncia che dinanzi alla medesima si intenda impugnare: «è peraltro accordato ad ogni giudice della Corte Suprema il potere di concedere, in presenza di comprovate buone ragioni, un ulteriore lasso di tempo non eccedente in ogni caso i sessanta giorni per la proposizione del ricorso»<sup>38</sup>. Il ricorso in parola dev'essere depositato, in un numero di copie pari a 40, al *Clerk's office*<sup>39</sup> istituito presso la *Supreme Court*, il quale procede alla verifica dei requisiti di forma, abbastanza minuziosi, dettati dalle *Rules* con riguardo alla ricevibilità di ogni atto. La *petition* deve inoltre contenere una serie di requisiti, i quali debbono essere presenti secondo l'ordine espressamente sancito dalle *Rules* stesse<sup>40</sup>, tra cui, a titolo meramente esemplificativo, si reputa opportuno citare: l'elenco delle parti in causa, le questioni oggetto di revisione, «una dichiarazione, mirata a dimostrare la sussistenza della giurisdizione della Corte, contenente (tra l'altro) le disposizioni legislative conferenti la giurisdizione alla Corte e le disposizioni (costituzionali, di trattati, legislative, di ordinanza e regolamentari) rilevanti nel caso oggetto di revisione»<sup>41</sup>, «un'argomentazione diretta e concisa volta ad evidenziare le ragioni per le quali il *writ of certiorari* dovrebbe essere concesso»<sup>42</sup>. La mancata osservanza delle indicazioni prescritte dalle *Rules* determina l'irricevibilità della domanda da parte del *Clerk's office*, mentre la carenza dei requisiti di brevità, chiarezza e accuratezza nell'esposizione degli elementi considerati essenziali ai fini di un'immediata e adeguata comprensione della

<sup>37</sup> Si veda, in relazione a tale considerazione, quanto riportato nella nota n. 321 di tale elaborato.

<sup>38</sup> TIRIO, *Il writ of certiorari davanti alla Corte suprema: principi, strategie, ideologie*, Milano, 2000, p. 43.

<sup>39</sup> Si reputa opportuno indicare al lettore, dal momento in cui si è ben consci del fatto che il nome dello stesso possa trarre in inganno, che l'ufficio in discorso non debba essere confuso con i *law clerks*: il primo, infatti, è un ufficio amministrativo, incardinato stabilmente nella struttura della Corte e all'interno del quale prestano servizio funzionari pubblici, assimilabile alle cancellerie dei nostri tribunali, i secondi, invece, sono, come si è già avuto modo di indicare nel corso di tale elaborato, gli assistenti di studio dei *Justices*, i quali svolgono la propria opera sulla base di contratti a termine e sono al servizio non della Corte ma dei singoli *Justices* che li hanno chiamati.

<sup>40</sup> BIANCHI, *La giustizia costituzionale negli Stati Uniti*, in (a cura di) LUTHER, ROMBOLI, TARCHI, *Esperienze di giustizia costituzionale*, I, Torino, 2000, p. 36.

<sup>41</sup> TIRIO, *Il writ of certiorari davanti alla Corte suprema: principi, strategie, ideologie*, Milano, 2000, p. 43.

<sup>42</sup> Ivi, pp. 43-44.

questione sottoposta all'attenzione della Corte costituisce una ragione sufficiente al fine della negazione del *writ*: tale ultima considerazione, unita al fatto che la valutazione dei medesimi debba essere operata dalla Corte stessa e al fatto che le nozioni in discorso siano abbastanza "vaghe", permette di meglio addivenire a comprendere quanto discrezionale sia la scelta concernente la concessione del *writ* e ciò consente, ancora una volta, di concepire per quale motivo sia stato scritto che l'organo in discorso abbia <<pieno controllo discrezionale del proprio ruolo>>. Il deposito del ricorso in parola deve avvenire contestualmente a quello della prova dell'avvenuta notificazione a tutte le altre parti, le quali possono, nel termine di 30 giorni dal deposito, presentare le proprie controdeduzioni, e a quello di una somma pari a 200 dollari. Il versamento della medesima può essere evitato solamente nel caso in cui il ricorso sia proposto *in forma pauperis*<sup>43</sup>, ossia in modo del tutto informale, dal momento in cui il procedimento instaurato a seguito di tale modalità di proposizione del ricorso è gratuito e semplificato nelle forme. <<Una volta che siano pervenute le memorie dei convenuti i casi vengono inseriti in una lista inviata ai *justices*. Teoricamente ogni giudice è posto in condizione di avere piena cognizione del caso sottoposto>><sup>44</sup> al vaglio della Corte e ciò, a ben vedere, si pone in linea di continuità col fatto che la fase di studio del caso sia svolta singolarmente da ogni giudice, assistito dai propri *law clerks*: si reputa interessante indicare che è proprio in sede di *case selection* che l'apporto degli "assistenti di studio" risulta maggiormente pregnante, dal momento in cui i giudici risultano più propensi, in tale fase, a deferire la questione agli stessi. Il passo successivo consiste nella compilazione, da parte del *Chief Justice*, della c.d. *Discuss List*, all'interno della quale sono annoverati tutti i casi ritenuti da quest'ultimo meritevoli, appunto, di discussione, che verrà poi fatta circolare tra i giudici per permettere agli stessi di inserirvi ogni ulteriore caso ritenuto passibile di trattazione: essa, potrebbe essere definita come una tecnica di

---

<sup>43</sup> Si veda, in relazione a ciò, quanto scritto da Ugo Mattei, il quale ci ammaestra di come: << Non è affatto infrequente che la Corte si occupi proprio di questi casi. Nel term 1976-1977, ad esempio, metà dei casi trattati dalla U.S. Supreme Court sono stati introdotti attraverso questo meccanismo, che dà ad ogni cittadino degli Stati Uniti che giuri di non potersi permettere le ordinarie e costose forme di giudizio, il diritto di iniziare un procedimento in qualsiasi corte federale. *Gideon v. Wainwright*, per esempio, uno dei fiori all'occhiello della Warren court, il caso che ha garantito a tutti il diritto all'assistenza del legale come parte essenziale della due process clause, arrivò alla Corte Suprema sotto forma di una lettera scritta a matita da un carcere della Florida >>. MATTEI, *Common law: il diritto anglo-americano*, Torino, 1992, p. 195.

<sup>44</sup> BIANCHI, *La giustizia costituzionale negli Stati Uniti*, in (a cura di) LUTHER, ROMBOLI, TARCHI, *Esperienze di giustizia costituzionale*, I, Torino, 2000, p. 37.

pre-selezione dei casi, dal momento che, salvo alcune sporadiche eccezioni, i ricorsi non compresi nella *Discuss List* non verranno più vagliati. La lista in discorso viene esaminata durante un'apposita *conference*, ossia un incontro dai caratteri informali che si svolge, ogni venerdì, tra i soli giudici, durante la quale viene definito l'elenco delle cause che saranno effettivamente discusse nel merito: in tale sede il *Chief Justice*, nel caso in cui si debba votare in ordine a una causa inserita dal medesimo all'interno della *Discuss list*, provvede <<a esaminare brevemente il caso prima della votazione>><sup>45</sup>, dopodiché gli altri giudici, seguendo un ordine di anzianità decrescente, esaminano il caso e annunciano immediatamente il proprio voto; nel caso in cui, invece, la causa oggetto di valutazione sia stata inserita nella lista in discorso ad opera di un altro giudice, sarà lo stesso a dover iniziare la discussione. Tale fase di *case selection* è regolata dalla c.d. *rule of four*, che non presenta alcun appiglio normativo, in base alla quale <<il *certiorari* è concesso quando almeno quattro giudici su nove si esprimano a favore>><sup>46</sup>: nonostante si verifichi qualche caso in cui sia ritenuto necessario un esame approfondito, <<la discussione in sede collegiale è usualmente assai sommaria>><sup>47</sup> e ciò a causa del fatto che la fase di studio del caso sia, in tale momento, già stata svolta individualmente da ogni singolo giudice (coadiuvato, è bene ricordarlo, dai propri *law clerks*), il quale arriva dunque in sede di *conference* con un'idea ben precisa. La decisione in ordine alla concessione o al diniego del *writ of certiorari* non è affatto definitiva: lo stesso, infatti, può sempre essere revocato tramite una dichiarazione di *certiorari improvidently granted* o, viceversa, concesso mediante revoca del precedente diniego e di tale ultima considerazione risultano emblematiche le parole di Ugo Mattei, il quale ci ricorda di come il diniego del *writ* stia a significare solamente che <<la Corte ha rifiutato di occuparsi del caso. Non significa nulla di più>><sup>48</sup>. Ciò, a ben vedere, permette di comprendere per quale motivo <<generalmente il diniego di *certiorari* non è neppure

---

<sup>45</sup> TIRIO, L'organizzazione e il funzionamento della Corte Suprema Federale statunitense, in COSTANZO (a cura di), L'organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale, Torino, 1996, p. 753.

<sup>46</sup> BIANCHI, La giustizia costituzionale negli Stati Uniti, in (a cura di) LUTHER, ROMBOLI, TARCHI, Esperienze di giustizia costituzionale, I, Torino, 2000, p. 40. Si reputa interessante indicare al lettore, in relazione alle modalità di votazione, come i giudici, in realtà, possano votare anche "join three", ossia dirsi disposti a concedere il proprio voto solamente in presenza di altri tre giudici che siano intenzionati a vagliare il caso in esame.

<sup>47</sup> TIRIO, Il writ of certiorari davanti alla Corte suprema: principi, strategie, ideologie, Milano, 2000, p. 53.

<sup>48</sup> MATTEI, Common law: il diritto anglo-americano, Torino, 1992, p. 198.

motivato>><sup>49</sup>: se così non fosse, infatti, dovrebbero essere, all'atto dell'assunzione della decisione implicante il diniego in discorso, indicate, almeno sommariamente, le ragioni che hanno fatto propendere per la non trattazione della causa sottoposta all'attenzione dei giudici e ciò non potrebbe conciliarsi con il fatto che la discussione in sede di conference si espliciti secondo una modalità <<assai sommaria>>. Ciò permette, sulla base di un ragionamento *a contrario*, di scorgere un nesso eziologico intercorrente tra la mancata motivazione del diniego in parola e l'individualismo che connota il funzionamento della *Supreme Court*: il fatto che i giudici svolgano singolarmente la fase di studio del caso e si presentino dunque in *sede di conference* con un'idea già ben definita, unita alle (oserei definirle conseguenti) <<assai sommarie>> modalità di estrinsecazione della discussione in tale sede, permette infatti di comprendere come la necessità di motivazione della decisione di diniego non potrebbe evitare di venire ad incarnare il principio dell'individualismo caratterizzate lo svolgimento dell'attività dell'organo in discorso. Nonostante ciò, è opportuno indicare al lettore, a conclusione di tale paragrafo, che la prassi del *dissent*<< ha contribuito all'instaurazione della non infrequente pratica di formulare una opinione <<a sostegno del diniego di *certiorari*>>, con la quale uno o più giudici dichiaratisi contrari alla revisione del caso provvedono ad evidenziare le ragioni sottese al loro rifiuto>><sup>50</sup>.

### 3.3. Lo svolgimento del giudizio...

Qualora i giudici della *Supreme Court*, riuniti in sede di *conference*, propendano per la trattazione del merito della questione sottoposta alla loro attenzione, sarà compito dei medesimi emanare un *order*, ossia una richiesta, rivolta nei confronti del giudice che per ultimo si è pronunziato in ordine alla stessa, di trasmissione del fascicolo di causa: in ciò si può scorgere una differenza, in fase di instaurazione del giudizio dinanzi all'organo preposto al vaglio della legittimità costituzionale di una data disposizione normativa, tra l'ordinamento giuridico italiano e quello statunitense, dal momento che all'interno dell'ordinamento giuridico italiano la trasmissione del

<sup>49</sup>BIANCHI, La giustizia costituzionale negli Stati Uniti, in (a cura di) LUTHER, ROMBOLI, TARCHI, Esperienze di giustizia costituzionale, I, Torino, 2000, p. 41.

<sup>50</sup>TIRIO, Il writ of certiorari davanti alla Corte suprema: principi, strategie, ideologie, Milano, 2000, p. 86.

fascicolo, corredato dagli atti di causa, è conseguenza automatica, legislativamente predeterminata, dell'emanazione dell'ordinanza di rimessione e non è dunque necessario alcun atto di richiesta. L'*order* dev'essere notificato alle parti in causa, al fine di permettere al ricorrente di presentare una nuova memoria, il *brief*, da depositarsi presso la Corte Suprema entro 45 giorni dell'emanazione dell'*order* e contenente i profili di fatto e di diritto del caso; il *brief* dev'essere inoltre notificato alle controparti, affinché le stesse possano, entro il 30° giorno successivo a quello della notifica, presentare una propria memoria sul merito e procedere a loro volta alla notifica della stessa<sup>51</sup>. Il processo che si svolge dinanzi alla Corte Suprema, oltre ad essere <<una fase eventuale di un giudizio ordinario>><sup>52</sup> (ed è ciò, a ben vedere, a far sì che, come si avuto modo di dire, <<il quadro normativo concernente l'esplicazione delle funzioni della Corte Suprema sia completato dai principi generali del processo di *common law*>>), è anche <<una sorta di "vetrina" degli ordinamenti politici e culturali>><sup>53</sup>: tale ultima considerazione permette di comprendere per quale motivo, nel processo che si svolge dinanzi alla più alta giurisdizione federale, sia frequente la presentazione di memorie scritte da parte di soggetti esterni alla causa ma interessati alla decisione della questione di legittimità costituzionale (i c.d. *amici curiae*), i quali non difendono una delle parti ma un punto di vista politico-costituzionale. Quanto in discorso permette di concepire per quale motivo sia stato scritto, da autorevole dottrina, che <<la consapevolezza dell'ineliminabile aspetto di politicità insito nel giudizio è una delle molle principali che hanno spinto la Corte Suprema ad impiegare strumenti atti a garantire la massima visibilità del conflitto d'interessi>><sup>54</sup>.

L'*amicus curiae*, dal momento in cui lo stesso, a causa della particolarità degli interessi di cui il medesimo (che, è bene sottolinearlo, non sono assimilabili a quelli di una delle parti) si fa portatore all'interno del processo, non è una parte e, pertanto, <<non ha i diritti ad essa riconosciuti, ma si limita a sottoporre all'attenzione del collegio giudicante argomenti ulteriori rispetto a quelli che emergono dalla causa in

---

<sup>51</sup> BIANCHI, La giustizia costituzionale negli Stati Uniti, in (a cura di) LUTHER, ROMBOLI, TARCHI, Esperienze di giustizia costituzionale, I, Torino, 2000, p. 43.

<sup>52</sup> BIANCHI, Il contraddittorio davanti alla Corte Suprema degli Stati Uniti, in Il contraddittorio nel giudizio sulle leggi: atti del seminario di Milano svoltosi il 16 e 17 maggio 1997, Torino, 1998, p. 306.

<sup>53</sup> BIANCHI, La giustizia costituzionale negli Stati Uniti, in (a cura di) LUTHER, ROMBOLI, TARCHI, Esperienze di giustizia costituzionale, I, Torino, 2000, p. 43.

<sup>54</sup> BIANCHI, Un'amicizia interessata. L'*amicus curiae* davanti alla Corte Suprema degli Stati Uniti, in Giur. cost., 1995, fasc. 2, p. 4753.

discussione>><sup>55</sup>: basti pensare, al fine di una più agevole comprensione, che lo stesso <<non ha poteri di iniziativa processuale, essendogli preclusa ad esempio l'allegazione di mezzi di prova, non è vincolato dal giudizio della Corte, ed infine non può proporre appello>><sup>56</sup>. <<La nomina dell'*amicus* è sempre giudiziale, ma può avvenire per chiamata o dietro autorizzazione (*leave*)>><sup>57</sup>: il primo caso si verifica quando la Corte reputi necessaria la partecipazione di un consulente qualificato al quale sottoporre questioni di natura tecnica e, addirittura, quesiti giuridici, il secondo, invece, quando sia il soggetto estraneo alla causa a chiedere di potervi partecipare. Le parti in causa, durante lo svolgimento del giudizio dinanzi alla *Supreme Court*, debbono necessariamente essere patrocinata da *attorneys* e assistite da *conselors*, i quali, al fine di poter esercitare la propria attività dinanzi alla più alta giurisdizione federale, devono essere stati abilitati a esplicitare la propria attività dinanzi ad una corte statale di ultimo livello durante il decorso dei tre anni precedenti ed essere in possesso di requisiti di idoneità morale e disciplinare. Seppur ciò costituisca dato incontrovertibile, bisogna dar conto del fatto che la Corte <<può comunque autorizzare in via straordinaria soggetti non in possesso del primo requisito e legali stranieri>><sup>58</sup> e, inoltre, del fatto che, pur non essendo prevista l'autodifesa, siano previste, come si è già avuto modo di indicare al lettore durante il corso del paragrafo precedente, agevolazioni, sia economiche che formalistico-procedurali, per chi agisce in *forma pauperis*. <<Nell'esperienza moderna, caratterizzata da una mole di lavoro eccessiva, il tempo a disposizione di ciascun avvocato non supera i sessanta-novanta minuti>><sup>59</sup>: ciò è vero nel caso in cui la Corte non decida di adottare una *summary disposition*, ossia una forma di trattazione sommaria del merito della questione, la quale, presupponendo che la decisione venga presa sulla base di quanto contenuto negli atti di causa e nelle memorie scritte, non concede alla parti la garanzia di un contraddittorio orale in udienza e non consente, conseguentemente, agli avvocati di esercitare la propria funzione. Ciò permette di comprendere come gran parte della dottrina sia concorde nel ritenere che

<sup>55</sup> BIANCHI, La giustizia costituzionale negli Stati Uniti, in (a cura di) LUTHER, ROMBOLI, TARCHI, Esperienze di giustizia costituzionale, I, Torino, 2000, p. 43.

<sup>56</sup> BIANCHI, Un'amicizia interessata. L'*amicus curiae* davanti alla Corte Suprema degli Stati Uniti, in *Giur. cost.*, 1995, fasc. 2, p. 4757.

<sup>57</sup> *Ivi*, p. 4759.

<sup>58</sup> BIANCHI, Il contraddittorio davanti alla Corte Suprema degli Stati Uniti, in *Il contraddittorio nel giudizio sulle leggi: atti del seminario di Milano svoltosi il 16 e 17 maggio 1997*, Torino, 1998, p. 306.

<sup>59</sup> MATTEI, *Common law: il diritto anglo-americano*, Torino, 1992, p. 210.

<<non tutte le cause per le quali sia stato deciso il riesame vengono ritenute meritevoli di una piena trattazione>><sup>60</sup>. I casi che non siano ritenuti meritevoli di trattazione approfondita nel merito vengono solitamente decisi mediante una *per curiam opinion*, ossia una decisione, al pari di quanto avviene all'interno dell'ordinamento giuridico italiano adottata dalla Corte in qualità di <<collegio giudicante>>, senza che sia data ai singoli *justices* la possibilità di esprimere posizioni individuali. Nel caso invece in cui la Corte, ravvisata l'importanza della questione costituzionale sottesa alla stessa, ammetta che la causa sia decisa a seguito di pubblica udienza, il *Clerk's office*, sulla base delle indicazioni allo stesso fornite dai componenti il collegio, stabilisce il calendario delle udienze e provvede a comunicare agli avvocati la data fissata per la discussione (*oral argument*). Il ruolo degli avvocati, in sede di discussione della causa, dovrebbe essere quello di chiarire ed enfatizzare le argomentazioni contenute nelle memorie sul merito: seppur ciò costituisca dato incontrovertibile, dal momento in cui il quadro normativo delineato dalle *Rules* stesse cerca di valorizzare il dibattito in quanto fase volta a tale scopo, lo svolgimento in concreto della fase orale è, nella prassi, <<profondamente influenzato dalla personalità dei *justices*, che possono adottare la classica linea di nonintervento, limitandosi ad arbitrare la discussione, oppure parteciparvi con domande sui fatti e richieste di approfondimento>><sup>61</sup>.

### 3.4. ...e la definizione dello stesso.

La decisione della questione viene presa dalla Corte in sede di *conference*, durante la quale <<il *Chief Justice* procede per primo a discutere il caso riassumendo anche i principali argomenti sollevati dalle parti e poi invita gli altri *Justices* a prendere la parola in ordine di anzianità>><sup>62</sup>. La discussione in parola, che deve vertere in ordine a ogni aspetto, di fatto e di diritto, contenuto nelle memorie e precisato nel corso dell'udienza, si conclude con una dichiarazione di voto, a partire dal giudice con

---

<sup>60</sup> BIANCHI, La giustizia costituzionale negli Stati Uniti, in (a cura di) LUTHER, ROMBOLI, TARCHI, Esperienze di giustizia costituzionale, I, Torino, 2000, p. 44.

<sup>61</sup> BIANCHI, Il contraddittorio davanti alla Corte Suprema degli Stati Uniti, in Il contraddittorio nel giudizio sulle leggi: atti del seminario di Milano svoltosi il 16 e 17 maggio 1997, Torino, 1998, p. 308.

<sup>62</sup> TIRIO, L'organizzazione e il funzionamento della Corte Suprema Federale statunitense, in COSTANZO (a cura di), L'organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale, Torino, 1996, p. 753.

minore anzianità di servizio presso la Corte. «La Corte pronuncia a maggioranza dei componenti il collegio. Il *Chief Justice*, se è nella maggioranza, oppure il più anziano tra i giudici in maggioranza assegna la redazione della *opinion of the Court*»<sup>63</sup>: quello di assegnare la redazione dell'*opinion* «è un potere non indifferente nella mani di giudici-legislatori, quali quelli che siedono in Corte»<sup>64</sup>, che hanno storicamente, mediante una strumentalizzazione della stessa, «fatto dell'arte di assegnare l'*opinion* una delle più efficaci armi per assurgere ad un ruolo diverso rispetto a quello istituzionale di *primi inter pares*»<sup>65</sup>. All'*opinion of the Court* possono venire ad affiancarsi *concurring opinions*, ossia opinioni che, seppur poggiate su argomentazioni giuridiche differenti, conducono alla stessa soluzione adottata dalla maggioranza, o *dissenting opinions*, ossia opinioni sulla base delle quali si perviene invece a una soluzione del caso sottoposto all'attenzione della Corte differente rispetto a quella fatta propria dalla maggioranza. La *dissenting opinion*, lungi dall'essere la mera espressione di un "dissenso" rispetto alla soluzione raggiunta dalla maggioranza, è «il prodotto naturale della oralità della discussione del caso fra giudici e avvocati»<sup>66</sup> e ciò ben si concilia con il fatto che, come si è già avuto modo di indicare al lettore, i casi che non siano ritenuti meritevoli di una trattazione approfondita nel merito, la cui decisione avviene sulla base di quanto contenuto negli atti di causa e nelle memorie scritte, siano decisi mediante *per curiam opinion*, senza che sia data ai singoli giudici la possibilità di esprimere posizioni individuali. Tale «prodotto naturale della oralità della discussione del caso», ossia la *dissenting opinion*, è stato razionalizzato al fine di indicare un istituto e ciò si pone in linea con le caratteristiche contraddistinguenti gli ordinamenti giuridici di *common law*, all'interno dei quali non rappresenta un accadimento eccezionale il fatto che un *quid* nato spontaneamente venga, appunto, razionalizzato e istituzionalizzato e, in particolar modo, con quelle che connotano l'ordinamento giuridico statunitense, all'interno del quale «le *opinions* dei giudici sono nella maggior parte dei casi scritte, cioè non vengono rese in udienza immediatamente dopo la discussione della

<sup>63</sup> BIANCHI, La giustizia costituzionale negli Stati Uniti, in (a cura di) LUTHER, ROMBOLI, TARCHI, Esperienze di giustizia costituzionale, I, Torino, 2000, p. 45.

<sup>64</sup> MATTEI, Common law: il diritto anglo-americano, Torino, 1992, p. 211.

<sup>65</sup> MATTEI, Common law: il diritto anglo-americano, Torino, 1992, p. 211.

<sup>66</sup> GORLA, La struttura della decisione giudiziale in diritto italiano e nella «Common Law»: Riflessi di tale struttura sull'interpretazione della sentenza, sui «Reports» e sul «Dissenting», in Giur. it., 1965, parte I, sez. I, p. 1255.

causa>><sup>67</sup>. La fase di elaborazione delle *opinions* può durare, a causa della complessità caratterizzante alcuni dei casi sottoposti al vaglio della *Supreme Court*, anche diversi mesi e, talvolta, un così ampio lasso di tempo dà adito a ripensamenti, i quali possono addirittura sfociare in cambi di maggioranza: è per tale motivo che è prevista la possibilità, per i *justices*, di presentare istanza di *reargument*, la quale, se è accolta dalla maggioranza dei suoi membri, fa sì che la Corte disponga una nuova udienza per la trattazione della causa nel merito e ridiscuta il caso anche al proprio interno. <<La *opinion* si presenta come un testo di notevole ampiezza e complessità>><sup>68</sup>, dal momento in cui la stessa deve discutere di ogni argomento oggetto delle altre *opinions*, fornire ulteriori ragioni a sostegno o a confutazione di quanto contenuto nella *opinion of the Court* e dev'essere, inoltre, corredata di note che rinvino alla dottrina e alla giurisprudenza aventi rilevanza in relazione al caso sottoposto al vaglio della Corte. Le considerazioni ora esposte, se lette "in combinato disposto" con quanto scritto in relazione alla modalità di formazione delle sentenze nel giudizio dinanzi alla Consulta permettono di agevolmente comprendere come le decisioni della Corte Suprema presentino <<una struttura, un modo di formazione e uno stile assai diversi da quelli delle decisioni dei tribunali dei sistemi a diritto codificato, e in particolare, delle Corti costituzionali proprie di questi ultimi>><sup>69</sup>. La sentenza delle Corti continentali, e, qui di maggior interesse, quella della Corte costituzionale italiana, si presenta infatti, in ossequio al principio di collegialità, come un atto ufficiale, imputato all'organo e, dunque, impersonale rispetto alle figure dei singoli giudici; quella della *Supreme Court*, viceversa, si presenta, a causa della propria discendenza da un modello di procedimento all'interno del quale la decisione consta della somma delle *opinions* dei membri del collegio, come il resoconto di una disputa tra i singoli *justices*, in cui ognuno sostiene una propria ben precisa posizione, e ciò, a ben vedere, altro non è che il corollario di un sistema in cui il funzionamento dell'organo chiamato a emettere la decisione è caratterizzato da un lavoro svolto in via strettamente individuale dai membri dello stesso. Dalla lettura di

---

<sup>67</sup> GORLA, La struttura della decisione giudiziale in diritto italiano e nella << Common Law >>: Riflessi di tale struttura sull'interpretazione della sentenza, sui << Reports >> e sul << Dissenting >>, in *Giur. it.*, 1965, parte I, sez. I, p. 1255.

<sup>68</sup> BIANCHI, La giustizia costituzionale negli Stati Uniti, in (a cura di) LUTHER, ROMBOLI, TARCHI, *Esperienze di giustizia costituzionale*, I, Torino, 2000, p. 47.

<sup>69</sup> ANZON, La motivazione delle decisioni della Corte Suprema statunitense (struttura e stile), in RUGGERI (a cura di), *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale: atti del seminario di Messina, 7-8 maggio 1993*, Torino, 1994, p. 51.

quanto sino ad ora scritto si può chiaramente evincere come la possibilità di esprimere opinioni separate, che <<enfattizza il rapporto personale del giudice con la Costituzione>><sup>70</sup>, sia espressione degli ordinamenti giuridici di *common law*, nei quali la regola del dissenso costituisce quasi un contemperamento naturale alla possibilità di creare diritto, sulla base delle regola dello *stare decisis et quieta non movere*, attraverso le decisioni giudiziarie; nel modello continentale, invece, tale enfattizzazione del rapporto personale del giudice con la Costituzione non è possibile, dal momento che i singoli componenti il collegio, essendo incardinati in un apparato burocratico, con il fine di rivestire una funzione che, almeno idealmente, li trascende, ossia quella di procedere al vaglio della conformità di una data disposizione normativa ai precetti contenuti nella Costituzione, sono “mediati” dalla figura dell’organo<sup>71</sup>. Quanto in discorso permette di cogliere le profonde differenze strutturali intercorrenti fra la decisione giudiziale di *common law* e quella italiana e, in particolare, il fatto che, <<a differenza della nostra sentenza, non v’è nella decisione di *common law* unità né di dichiarazione, né documentale>><sup>72</sup>: come potrebbe essere diversamente in un sistema all’interno del quale, è bene sottolinearlo nuovamente, il funzionamento dell’organo chiamato a emettere la decisione è caratterizzato da un lavoro svolto in via strettamente individuale dai membri dello stesso? Si potrebbe scorgere, a seguito delle considerazioni sino ad ora effettuate, una linea di continuità logica intercorrente tra la motivazione dell’istituzione dell’organo e la possibilità, per i membri dello stesso, di esprimere una propria posizione individuale. Si può infatti agevolmente comprendere come all’interno dell’ordinamento giuridico statunitense, in cui la Corte Suprema sorge storicamente in qualità di “più alto grado della giurisdizione federale” e non con la funzione di valutare la costituzionalità di una data disposizione normativa, sia possibile concedere ai singoli membri la facoltà di

<sup>70</sup> D’AMICO, Riflessioni sul ruolo della motivazione nella Corte Suprema statunitense, in RUGGERI (a cura di), La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale: atti del seminario di Messina, 7-8 maggio 1993, Torino, 1994, p. 64.

<sup>71</sup> Si veda, in relazione a tale considerazione, quanto scritto da Marilisa D’Amico, la quale ci ricorda che: << come il principio di collegialità si fa espressione, nei paesi di Civil law, della concezione burocratico - organica della figura del giudice, così, nei paesi di Common Law, parlando l’uomo e non l’organo, diviene necessaria la presenza di opinioni separate rispetto a quella di maggioranza >>. D’AMICO, Riflessioni sul ruolo della motivazione nella Corte Suprema statunitense, in RUGGERI (a cura di), La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale: atti del seminario di Messina, 7-8 maggio 1993, Torino, 1994, p. 64.

<sup>72</sup> GORLA, La struttura della decisione giudiziale in diritto italiano e nella << Common Law >>: Riflessi di tale struttura sull’interpretazione della sentenza, sui << Reports >> e sul << Dissenting >>, in Giur. it., 1965, parte I, sez. I, p. 1248.

esprimere la propria posizione individuale e, così facendo, di “frammentare”, in un certo senso, la decisione stessa; all’interno dell’ordinamento giuridico italiano, viceversa, in cui la Corte costituzionale, a causa della fondamentale funzione che la stessa assolve all’interno della dinamica ordinamentale e che ne giustifica la nascita<sup>73</sup>, ossia quella di acquisire il consenso dei destinatari delle proprie decisioni (che, a ben vedere, si identificano con l’intera collettività) in ordine alla conformità delle medesime con il dettato costituzionale e, conseguentemente, di <<rinnovare quotidianamente il patto costituzionale posto a fondamento del nostro intero ordinamento giuridico>>, non è invece possibile che i singoli membri del collegio “personalizzino” la pronuncia, poiché la stessa verrebbe a perdere quella pregnanza che le permette, invero, di raggiungere il proprio scopo. Si può inoltre comprendere come l’apporto del *Chief Justice* Marshall, ossia quello di aver innovato, rispetto al previgente modello di Corte venuto consolidandosi nei Paesi in cui vigeva un modello di *common law* e fondato sull’esasperato individualismo dei giudici, la concezione della Corte e di aver fatto <<di un gruppo di giudici un vero e proprio organo collegiale>>, sia stato vanificato dall’introduzione della possibilità, per i singoli membri del collegio, di esprimere la propria posizione in maniera individuale e personale<sup>74</sup>. Quando le versioni definitive delle *opinions* siano state redatte dai

<sup>73</sup> Si tenga presente, in relazione a tale considerazione, quanto scritto nel cap. 1, par. 3.3.2, di tale elaborato, ossia che: << Non si ha dunque alcun tentennamento nel dire che, al di là delle indiscutibili divergenze di vedute, dovute all’apparenza a forze politiche differenti dei membri facenti parte dell’Assemblea costituente, alcuni punti ritenuti “comuni” dai membri della stessa, e, primi fra questi, la certezza del diritto e l’uniformità di interpretazione della Costituzione, ispirarono la scelta di un controllo di costituzionalità di tipo accentrato, ossia posto nella mani di un organo istituito ad hoc. Come si può evincere da quanto fino ad ora scritto, la (quasi) intera riflessione concernente la giustizia costituzionale svoltasi in seno all’Assemblea costituente, la quale, è bene ricordarlo, venne istituita con lo scopo primario di dotare la Repubblica italiana della propria Carta costituzionale, s’imperi attorno alla problematica relativa al controllo di legittimità delle Leggi, facendo sì che tutte le altre attribuzioni ricomprese nel novero di quelle riconducibili alla nozione di “giustizia costituzionale” furono qualificate come accessorie rispetto alla prima e ritenute dunque non sufficienti, se considerate singolarmente, a giustificare l’istituzione dell’organo in discorso e ci, volendo volgere per un momento lo sguardo al dato attuale, “a motivo”, dal momento in cui, ancora oggi, il controllo di costituzionalità delle leggi << rappresenta, per quantità ma soprattutto per qualità, la funzione tipica della Corte >>.

<sup>74</sup> Si veda, in relazione a tale considerazione, quanto scritto da Marilisa d’Amico, la quale ci ricorda di come: << D’altronde, l’estraneità dell’unanimità della motivazione alla cultura dei paesi di Common law è dimostrata proprio dalla nascita del “dissent”: com’è noto, nella storia della Corte Suprema fu Marshall a imporre, nei primi anni di funzionamento della Corte, l’unanimità, al fine di rafforzare il ruolo e l’immagine della Corte Suprema. E’ noto anche che solo pochi anni più tardi dalla scomparsa di Marshall furono formulati i primi “dissensi”, che non fecero fatica ad affermarsi come aspetto naturale del giudizio costituzionale >>. D’AMICO, Riflessioni sul ruolo della motivazione nella Corte Suprema statunitense, in RUGGERI (a cura di), La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale: atti del seminario di Messina, 7-8 maggio 1993, Torino, 1994, p. 64.

*justices*, <<la Corte pronuncia la sua decisione nel giorno che, una volta al mese, viene a ciò dedicato (*opinion day*) >><sup>75</sup>: a differenza che nel passato, in cui era data <<lettura della *opinion* da parte del relatore>><sup>76</sup> ed anche i dissensi venivano <<pubblicamente esposti>><sup>77</sup>, la prassi odierna prevede che sia, in sede di pubblica udienza, <<il giudice redattore (ed eventualmente i giudici concorrenti o dissenzienti) ad annunciare pubblicamente la decisione procedendo a dare un resoconto sommario del contenuto dell'opinione>><sup>78</sup>. La decisione, infine, <<viene notificata dal *Clerk* alle parti in causa e comunicata al giudice della sentenza impugnata. La conoscibilità della decisione è garantita dalla pubblicazione nel *Supreme Court Reporter* e negli *U.S. Report* e la caratteristica della pubblicità che contraddistingue la medesima è corollario essenziale della funzione della stessa, ossia quella di assurgere, sulla base del principio dello *stare decisis*, a <<supreme law of the land >>><sup>79</sup>.

---

<sup>75</sup> BIANCHI, La giustizia costituzionale negli Stati Uniti, in (a cura di) LUTHER, ROMBOLI, TARCHI, Esperienze di giustizia costituzionale, I, Torino, 2000, p. 48.

<sup>76</sup> MATTEI, Common law: il diritto anglo-americano, Torino, 1992, p. 211.

<sup>77</sup> Ibidem.

<sup>78</sup> TIRIO, L'organizzazione e il funzionamento della Corte Suprema Federale statunitense, in COSTANZO (a cura di), L'organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale, Torino, 1996, p. 754.

<sup>79</sup> MATTEI, Common law: il diritto anglo-americano, Torino, 1992, p. 211.

# IL PERCORSO DELLA TRANSIZIONE ENERGETICA: DA UN'ECONOMIA BASATA SULL'ENERGIA PULITA ALLA "RIVOLUZIONE VERDE E TRANSIZIONE ECOLOGICA" DEL RECOVERY PLAN

**Luisa Giurato**

**ABSTRACT** [ITA]: Il presente contributo analizza il percorso della transizione energetica, ripercorrendo le tappe fondamentali che hanno segnato l'evoluzione della materia energetica a partire dai primi riconoscimenti normativi a livello europeo fino alla progettazione, mediante il *Recovery Plan*, di una vera e propria rivoluzione verde e transizione ecologica. E' evidente che un ruolo fondamentale è attribuito all'energia sostenibile e quindi all'importanza dell'implementazione delle fonti rinnovabili, di cui si dà ampia trattazione nel contributo, al fine di comprendere le coordinate normative che stanno portando gli Stati membri verso una Unione europea ad impatto climatico zero. Infine, il contributo si sofferma sullo schema di *Recovery Plan* formulato dal precedente Governo e sulle possibilità di investimento dei fondi europei del *Recovery Fund* nel modo più opportuno per realizzare una transizione energetica in linea con le aspettative europee.

**ABSTRACT** [ENG]: This paper analyzes the path of the energy transition, retracing the milestones that have marked the evolution of energy from the first regulatory awards at European level to design, through the *Recovery Plan*, of a real green revolution and ecological transition. It is clear that a fundamental role is given to sustainable energy and therefore to the importance of the implementation of renewable sources, which is widely discussed in the contribution, in order to understand the regulatory coordinates that are leading Member States towards a European Union with zero climate impact. Finally, the paper focuses on the *Recovery Plan* scheme formulated by the previous Government and on the investment opportunities of the European Recovery Fund funds in the most appropriate way to achieve an energy transition in line with European expectations.

**SOMMARIO: 1.1.** Il diritto europeo dell'energia: nascita e limiti. - **1.2.** L'energia «sostenibile» ed il ruolo delle fonti rinnovabili. - **1.3.** Il nuovo pacchetto "Clean Energy for all Europeans": analisi della direttiva sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili (direttiva 2018/2001/UE). - **1.4.** La nuova agenda strategica dell'UE 2019-2024 ed il Piano nazionale integrato per l'Energia ed il Clima: l'Unione europea ad impatto climatico zero. - **1.5.** Il piano nazionale di ripresa e resilienza - Recovery Plan. - **1.6.** La missione della «rivoluzione verde e transizione ecologica».

### **1.1. Il diritto europeo dell'energia: nascita e limiti.**

Il diritto europeo dell'energia ha una storia recente e altalenante, che sconta inevitabilmente la difficoltà e, per alcuni versi, la diffidenza degli Stati membri a "concedere" spazi di sovranità in un settore caratterizzato, sin dalla sua origine, da una gestione economica di tipo monopolistico<sup>1</sup>. Bisogna, infatti, attendere il Trattato di Lisbona, firmato il 13 dicembre 2007 ed entrato in vigore il primo gennaio 2009, per avere una base giuridica che riconosca la competenza dell'Unione europea in materia di energia.

Come è noto, la delimitazione delle competenze dell'Unione si fonda sul principio di attribuzione<sup>2</sup>, in base al quale l'Unione europea può agire nei limiti delle competenze che gli Stati membri le attribuiscono nei trattati. Gli Stati membri, quindi, restano titolari di una competenza (generale) residuale, per cui tutte le

---

<sup>1</sup> Il termine monopolio descrive una forma di mercato, in cui un unico venditore offre un prodotto o un servizio per il quale non esistono sostituti stretti. Si parla di "monopolio naturale", quando il monopolio appare inseparabile dai caratteri obiettivi dell'attività economica. L'esempio di scuola di monopolio naturale è quello delle attività produttive che per il loro esercizio richiedono la disponibilità di infrastrutture che non sono facilmente duplicabili per ragioni di carattere fisico ovvero che sono duplicabili a costi molto elevati, come avviene nei servizi a rete. Si parla, invece, di "monopolio legale" quando i poteri pubblici sottraggono all'iniziativa privata alcune attività, riservandole ad un unico operatore economico. Si rinvia a F. TRIMARCHI BANFI, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 63 ss.

<sup>2</sup> Oggi tale principio è riportato nell'art.5 TUE, che al par. 2, prima frase, definisce il principio nei seguenti termini: "In virtù del principio di attribuzione, l'Unione agisce esclusivamente nei limiti delle competenze che le sono attribuite dagli Stati membri nei trattati per realizzare gli obiettivi da questi stabiliti".

competenze non espressamente attribuite all'Unione europea appartengono ad essi. Per tale ragione diviene fondamentale individuare la base giuridica che "legittima" l'intervento dell'Unione europea, nel rispetto del principio *de quo*<sup>3</sup>.

Solo con il Trattato di Lisbona si attua, da un lato, il riconoscimento della competenza energetica ai sensi dell'art. 194 TFUE<sup>4</sup> e dall'altro, l'esplicitazione della natura concorrente della stessa, ai sensi dell'art. 4, lett. i), TFUE, al fine di rafforzare l'azione dell'Unione europea nella disciplina dell'energia, chiarendo anche la ripartizione delle competenze tra l'Unione e gli Stati membri<sup>5</sup>.

Prima del Trattato di Lisbona, quindi, il diritto europeo dell'energia è apparso più che mai frammentato<sup>6</sup>. L'Unione europea, in assenza di un fondamento normativo unitario, è intervenuta in via indiretta, con una produzione normativa di diritto derivato, riguardante ora il diritto della concorrenza, ora il diritto ambientale, ora i rapporti bilaterali, ora le relazioni esterne. Attraverso la regolazione di tali ambiti,

---

<sup>3</sup> Il collegamento tra il principio di attribuzione e la necessità di una base giuridica presente nei trattati è stato ribadito dalla Corte di Giustizia in più occasioni. In particolare, nella sentenza 25 ottobre 2017, causa C-687/15, Commissione c. Consiglio (CMR-15) la Corte ha sottolineato che la scelta della base giuridica appropriata riveste: "un'importanza di natura costituzionale, dato che l'Unione, disponendo soltanto di competenze di attribuzione, deve ricondurre gli atti che essa adotta alle disposizioni del Trattato FUE che la legittimino effettivamente a tal fine".

<sup>4</sup> L'art. 194 apre il titolo XXI "Energia" e stabilisce che: "la politica energetica europea in uno spirito di solidarietà tra gli Stati membri, ha lo scopo: a) di assicurare il funzionamento del mercato interno dell'energia; b) di garantire la sicurezza dell'approvvigionamento energetico; c) di preservare la tutela ambientale attraverso il risparmio energetico e lo sviluppo di energie nuove e rinnovabili, d) promuovere l'interconnessione delle reti energetiche. La procedura di adozione degli atti di diritto europeo dell'energia è la procedura di co-decisione elevata nel nuovo trattato al rango di procedura legislativa ordinaria. In deroga a quanto previsto nell'art. 194, par. 1, TFUE si applica una procedura legislativa speciale che prevede il voto all'unanimità in Consiglio previa la consultazione del Parlamento europeo, del Comitato economico e sociale e del Comitato delle regioni, qualora un atto del diritto dell'Unione incida sul diritto di uno Stato membro di determinare le condizioni di utilizzo delle sue fonti energetiche, la scelta delle sue fonti di energia e la struttura generale del suo approvvigionamento energetico. Infine, ai sensi dell'art. 194, par. 3, TFUE, il voto all'unanimità in Consiglio e la previa consultazione del Parlamento europeo sono, altresì, richiesti nel caso in cui le misure energetiche adottate abbiano principalmente una natura fiscale.

<sup>5</sup> L'ingresso formale dell'energia fra le competenze esplicite delle istituzioni europee è stato conseguito grazie ad un'applicazione dinamica e positiva del principio di sussidiarietà: il riconoscimento dell'esistenza di interessi transnazionali in merito alle politiche energetiche ha evidenziato come gli obiettivi di tutela ambientale e approvvigionamento energetico perseguiti non potevano essere disciplinati in modo soddisfacente a livello di singoli Stati membri. Si veda sul punto M. COCCONI, *Poteri pubblici e mercato dell'energia. Fonti rinnovabili e sostenibilità ambientale*, Milano, Franco Angeli, 2014, p. 22. Si veda anche M.A. SCINO, *La politica energetica europea: dalle origini alle più recenti evoluzioni*, in *Rassegna Avvocatura dello Stato*, 3, 2012, p. 80 ss.

<sup>6</sup> Tale frammentarietà ha, inoltre, impedito al legislatore europeo di adottare un approccio globale ed integrato sulle scelte energetiche di lungo termine.

l'Unione europea ha inteso disciplinare anche il settore energetico, contemplando (solo) gli aspetti materiali di cui il profilo energetico costituiva una componente rilevante<sup>7</sup>.

Tale *modus operandi* ha avuto delle ripercussioni sia da un punto di vista formale, con una normativa sovranazionale settoriale e non integrata, che dal punto di vista sostanziale, con la debolezza del contenuto vincolante di taluni istituti giuridici previsti dalla regolamentazione energetica. Gli Stati membri, nell'esercizio della propria competenza sullo sfruttamento delle risorse energetiche e sulla sicurezza degli approvvigionamenti, hanno così allargato le maglie delle deroghe ai principi della libera concorrenza, strumentalizzando l'adempimento degli obblighi di servizio pubblico per proteggere i propri spazi nazionali<sup>8</sup>.

A ciò si unisce la difficoltà di una costruzione del mercato unico dell'energia legata al carattere strategico che l'energia riveste per ciascuno Stato membro.

L'energia nelle sue fasi di produzione, trasmissione/trasporto (con l'aggiunta, nel caso del gas, delle attività di stoccaggio), distribuzione e fornitura ha sempre rappresentato un importante fattore a livello industriale. Inoltre, l'energia rientra tra i servizi pubblici economici c.d. "a rete"<sup>9</sup>, con la connessa difficoltà di duplicazione

---

<sup>7</sup> Così R. MICCÙ, *Lineamenti di diritto europeo dell'energia. Nuovi paradigmi di regolazione governo multilivello*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 3 ss.

<sup>8</sup> Per un esame più approfondito della questione si rinvia a A. ILIOPOLOU, *La méthode ouverte de coordination: un nouveau mode de gouvernance dans l'Union Européenne*, in *Cah. de droit europ.*, 4, 2006, pp. 315-341; Si veda anche F. MUNARI, *Il nuovo diritto dell'energia: il contesto comunitario e il ruolo degli organi europei*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 4, 2006, p. 892 ss.

<sup>9</sup> In base al diritto interno, i servizi pubblici si distinguono in servizi aventi una rilevanza economica (energia elettrica, trasporti, telecomunicazioni) e servizi non economici (scuola, assistenza sociale, sanità). I primi si prestano ad essere svolti in forma imprenditoriale, i secondi sono solitamente svolti dalle p.a. con oneri a carico della fiscalità generale.

All'interno del diritto europeo si è soliti distinguere tra i SIEG (servizi di interesse economico generale) e i SIG (servizi di interesse generale) che sono i servizi non suscettibili di valutazione economica finalizzati a garantire i bisogni primari del cittadino, quali, ad esempio: la scuola, la sanità, l'assistenza sociale. All'interno dei SIEG rientrano due diverse tipologie di servizi pubblici: gli "obblighi di servizio pubblico" (OSP) e gli "obblighi di servizio universale" che dei primi costituiscono una specificazione. I primi vengono in rilievo nell'ambito dei servizi a rete. La presenza di monopoli naturali (la rete) impone la normale previsione di tale tipologia di obblighi che, attraverso la segmentazione del mercato e la conseguente imposizione del dovere di interconnessione e di praticare tariffe eque, consentono l'attuazione della concorrenza "a valle". Gli obblighi di servizio universale in capo alle imprese, obbligano le stesse ad erogare prestazioni per garantire "a tutti" quel servizio, qualunque sia la collocazione geografica dell'utente, a condizioni eque e non discriminatorie, così da assicurare a tutti la fruizione di interessi essenziali. Per una disamina completa ed esaustiva dei SIEG, vedi V. LOPILATO, *Manuale di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 657 ss.

delle infrastrutture attraverso cui passa l'energia: ciò ha comportato una condizione di monopolio naturale statale, attraverso cui sono state gestite le reti elettriche e del gas, con esclusione di possibili altri soggetti in un'ottica concorrenziale.

Per tale ragione, nel settore dell'energia, tradizionalmente, gli Stati hanno esercitato un ruolo diretto nell'economia, nelle vesti di "Stato imprenditore", o comunque particolarmente pregnante<sup>10</sup>.

Tale situazione ha, di fatto, costituito per molto tempo un ostacolo al raggiungimento dell'intento del legislatore europeo di implementare la concorrenza e garantire ad un numero sempre maggiore di operatori di accedere al mercato dell'energia. Nella costruzione del percorso che ha condotto *in primis* alla nascita del mercato unico dell'energia ed oggi verso quella (auspicata) dimensione che prende il nome di «unione dell'energia», l'azione liberalizzatrice dell'Unione europea è stata inevitabilmente improntata a criteri di gradualità e di bilanciamento.

## 1.2. L'energia «sostenibile» ed il ruolo delle fonti rinnovabili.

Nel percorso di costruzione del mercato unico dell'energia, certamente nel tempo ha assunto sempre più rilevanza il principio di sostenibilità. Quest'ultimo, oltre che in materia ambientale, in cui sicuramente ha avuto (e tutt'ora conserva) la sua massima espressione, la cui applicazione diviene essenziale al fine di preservarne la sua essenza e di combattere il c.d. cambiamento climatico, si sposa anche con la materia energetica: la disciplina delle energie rinnovabili rientra, infatti, nel *genus* più ampio della energia sostenibile.

---

<sup>10</sup> Si pensi, da questo punto di vista, al ruolo assegnato allo Stato dall'art.43 della Costituzione. Lo Stato si definisce "imprenditore" quando gestisce direttamente aziende di produzione ed erogazione di un'ampia gamma di beni e servizi. Da un punto di vista economico, esistono diversi modelli di Stato (Stato sociale, Stato guardiano notturno, Stato regolatore). Per un approfondimento sul punto si rinvia a M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, il Mulino, Bologna, 2017, p. 26 ss. e, se si vuole, R. MICCÙ, *Lo Stato regolatore e la nuova Costituzione economica: paradigmi di fine secolo a confronto*, in P. CHIRULLI, R. MICCÙ (a cura di), *Il modello europeo di regolazione. Atti della giornata di studio in memoria di Salvatore Cattaneo*, Jovene, Napoli, 2011, p. 142 ss. Sul modello europeo di regolazione si rimanda a P. CHIRULLI, R. MICCÙ (a cura di), *Il modello europeo di regolazione. Atti della giornata di studio in memoria di Salvatore Cattaneo*, Jovene, Napoli, 2011 e, *ivi*, agli scritti di: D. SORACE, T. PROSSER, R. CARANTA, M. CLARICH, AUTIN, R. MICCÙ, V. SBRESCIA.

Il significato di tale principio viene, secondo l'orientamento più accreditato, inteso nel senso di "soddisfare i bisogni delle generazioni presenti senza compromettere la possibilità delle generazioni future di soddisfare i propri". Poi, in base al settore in cui si colloca, tale principio assume ulteriori connotazioni.

Il principio di sostenibilità che, com'è noto, nasce in ambito internazionale<sup>11</sup>, a livello europeo, trova la sua principale affermazione con il Trattato di Lisbona,<sup>12</sup> nel quale si prevede una espressa base giuridica. In particolare, ai sensi dell'art. 3 del Trattato sull'Unione europea (TUE), l'Unione europea "si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente (...)" e nelle relazioni con il resto del mondo: "contribuisce alla pace, alla sicurezza, allo sviluppo sostenibile della Terra (...)".

Rispetto alla salvaguardia dell'ambiente, l'art. 11 TFUE afferma che "le esigenze connesse con la tutela dell'ambiente devono essere integrate nella definizione e nell'attuazione delle politiche e azioni dell'Unione, in particolare nella prospettiva di promuovere lo sviluppo sostenibile". Dalla lettura di queste disposizioni si può constatare come lo sviluppo sostenibile costituisca un criterio guida per l'azione dell'Unione europea, tra l'altro tale principio viene declinato non solo nel contesto ambientale ma anche in altri temi di natura economica e sociale.

---

<sup>11</sup> Il principio di sostenibilità conosce un suo primissimo riconoscimento in ambito internazionale. Si pensi alle convenzioni internazionali, principalmente legate alla tutela ambientale, che a partire dagli anni '70 del secolo scorso hanno introdotto il tema della necessaria tutela delle risorse naturali globali, con la finalità di garantire la fruizione da parte delle generazioni future. Volendone citarne alcune non si può non menzionare, ad esempio, la Convenzione di Stoccolma del 1972, la Convenzione di Rio de Janeiro del 1992, quella di Helsinki del 1992 e di New York dello stesso anno. In ambito internazionale, tale principio nasce e si diffonde con la finalità principale di tutelare i bisogni essenziali dell'essere umano in un determinato contesto ambientale e sociale e nel tempo, grazie alla sua "duttilità" e sempre a livello internazionale, è stato declinato in ambiti materiali diversi come quello socio-demografico e quello economico-finanziario. Per un maggiore approfondimento sul tema si rinvia a D. PORENA, *Il principio della sostenibilità. Contributo allo studio di un programma costituzionale di solidarietà intergenerazionale*, Torino, 2017, p.106.

<sup>12</sup> Con il Trattato di Lisbona, in altri termini, il concetto di "sviluppo sostenibile", oltre a caratterizzare le relazioni della stessa Unione con i paesi terzi (al fine di «combattere i cambiamenti climatici»), ha ricevuto un sistematico riconoscimento in diverse disposizioni dei Trattati istitutivi. Dalla lettura, in combinato disposto delle norme del Trattato è possibile infatti affermare che tale principio sia capace di operare in modo "trasversale" sulle materie oggetto delle competenze sia concorrenti che esclusive dell'Ue. Così M. FRANCAVIGLIA, "Le ricadute costituzionali del principio di sostenibilità a dieci anni dal Trattato di Lisbona. Spunti ricostruttivi alla luce della giurisprudenza europea e costituzionale" in *Federalismi.it*, n.19/20, p. 56.

In ambito strettamente energetico, inoltre, l'art. 194 TFUE che alla lett.c) del paragrafo 1 individua tra le finalità della politica dell'Unione nel settore dell'energia quella di "promuovere il risparmio energetico, l'efficienza energetica e lo sviluppo di energie nuove e rinnovabili". La politica dell'Unione europea nel settore energetico si muove, dunque, nell'ottica di garantire, da un lato uno sviluppo sostenibile e dall'altro di preservare e migliorare l'ambiente. Su queste due direttrici l'azione europea punta al maggiore funzionamento del mercato dell'energia, all'insegna della sicurezza dell'approvvigionamento energetico, del risparmio energetico, dell'efficienza energetica e dello sviluppo di energie nuove e rinnovabili<sup>13</sup>. È bene precisare che quando si parla di "energia da fonti rinnovabili" o "energia rinnovabile" si fa riferimento all'energia proveniente da fonti rinnovabili non fossili, vale a dire energia eolica, solare (termico o fotovoltaico) e geotermica, energia dell'ambiente, energia mareomotrice, del moto ondoso ed altre forme di energia marina, energia idraulica, biomassa, gas di discarica, gas residuali dai processi di depurazione e biogas.

Il maggiore ricorso all'energia da fonti rinnovabili e l'uso di modelli di regolazione che puntano a risparmi energetici e ad un aumento dell'efficienza energetica costituiscono l'indice di importanti adempimenti, rispetto ad alcuni accordi quali, il protocollo di Kyoto<sup>14</sup>, per la riduzione delle emissioni di gas a effetto serra entro il 2012, nell'ambito della convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti

---

<sup>13</sup> L'energia, infatti, si caratterizza come "risorsa ecologica", per cui l'utilizzo dell'energia non deve inquinare o deve farlo nel minore modo possibile. A questo obiettivo si collegano sia lo sviluppo delle fonti rinnovabili che quelle di promozione dell'efficienza energetica. Si rinvia alla lettura di F. DE LEONARDIS, *Il ruolo delle energie rinnovabili*, in R. MICCÚ (a cura di), *Multilevel Regulation and Government in Energy Markets*, Jovene, Napoli, 2016, p. 379 ss. Sul punto si veda anche G. NAPOLITANO, *L'energia elettrica ed il gas*, cit., p. 2207. Sui rapporti tra energia e ambiente si vedano M.S. GIANNINI, *Funzioni e competenze nella vicenda energetico-ambientale e loro coordinamento*, in *Rass. giur. ENEL*, 1987, p. 631 ss.; F.A. ROVERSI MONACO, *Ambiente ed energia: nuovi strumenti costituzionali e procedimenti autorizzativi* in *Rass. giur. ENEL*, 1985, p. 487; G. PERICU, *Energia e ambiente: emersione e composizione dei vari interessi concorrenti*, in *Rass. giur. ENEL*, 1987, p. 575. Sulle politiche comunitarie in tema di energia si rimanda alla lettura di B. POZZO, *Le politiche comunitarie in campo energetico*, in *Riv. giur. ambiente*, 2009, 6, p. 841.

<sup>14</sup> A livello internazionale, assume una rilevanza centrale il Protocollo di Kyoto del 7 dicembre 1997 sulla riduzione di emissioni nocive per contrastare il *climate change*, con la finalità principale di promozione delle fonti alternative di energia e delle misure di efficienza energetica. La produzione di energia rinnovabile costituisce uno degli strumenti più efficaci per contrastare il *climate change* poiché concorre a ridurre le emissioni nocive nella prospettiva della tutela ambientale, si veda F. FRACCHIA, *Sviluppo sostenibile ed energie rinnovabili*, in F. CORTESE, F. GUELLA, G. POSTAL (a cura di), *La regolamentazione della produzione di energie rinnovabili nella prospettiva dello sviluppo sostenibile*, Cedam, Padova, 2013, p. 6.

climatici e agli ulteriori impegni assunti a livello comunitario ed internazionale, si pensi, ad esempio all'accordo sul clima di Parigi del 2015<sup>15</sup>.

A livello di diritto europeo derivato è doveroso in questa sede, sia pure sinteticamente, ricordare le direttive che hanno segnato le tappe verso una transizione energetica sostenibile. Ad esempio, la direttiva 2001/77/CE<sup>16</sup>, finalizzata alla produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili e la direttiva 2003/30/CE, tesa a favorire il ricorso a biocarburanti nel settore dei trasporti. Inoltre, nel 2008 è stato approvato il c.d. "Pacchetto Clima Energia" che ha fissato nuovi obiettivi per il 2020 in materia di politiche energetiche e cambiamenti climatici al fine di creare un quadro giuridico stabile per il prossimo decennio.

L'Unione europea con il "Pacchetto Clima Energia" ha inteso perseguire l'obiettivo di conseguire, entro il 2020, un aumento del 20% dell'efficienza energetica, di garantire una riduzione del 20% delle emissioni di gas serra e quello di coprire il 20% della domanda di energia dell'Unione europea attraverso il ricorso a fonti rinnovabili<sup>17</sup>.

La direttiva 2009/28/CE, nel fissare un quadro comune per la promozione dell'energia da fonti rinnovabili ha provveduto a indicare criteri e modalità per l'attuazione degli obiettivi stabiliti dal pacchetto in esame, definendo un quadro nuovo, più generale, di promozione delle fonti di energia rinnovabile nell'Unione

---

<sup>15</sup> L'Accordo di Parigi del 2015 è stato firmato da 195 Paesi, i cui governi hanno concordato il raggiungimento di alcuni obiettivi a tutela del clima e dell'ambiente. Essi hanno stabilito di mantenere l'aumento medio della temperatura mondiale ben al di sotto di 2°C rispetto ai livelli preindustriali come obiettivo a lungo termine; di puntare a limitare l'aumento a 1,5°C, così da ridurre in misura significativa i rischi e gli impatti dei cambiamenti climatici e fare in modo che le emissioni globali raggiungano il livello massimo al più presto possibile, pur riconoscendo che per i paesi in via di sviluppo occorrerà più tempo, per procedere successivamente a rapide riduzioni in conformità con le soluzioni scientifiche più avanzate disponibili.

<sup>16</sup> L'utilizzo delle direttive attesta una scelta ben precisa del legislatore europeo, cioè quella di ricorrere ad un'armonizzazione "a maglie larghe", lasciando gli Stati membri liberi nella scelta dei mezzi giuridici concreti per raggiungere gli obiettivi comuni fissati a livello europeo. Si rinvia a L. CUOCOLO, *Le energie rinnovabili tra Stato e Regioni*, in R. MICCÚ (a cura di), *Multilevel Regulation and Government in Energy Markets*, Jovene, Napoli, 2016, p.107 ss. La direttiva 2001/77/CE dedicava particolare attenzione alla riduzione e semplificazione degli oneri normativi e amministrativi, le c.d. *non-cost barriers*. L'art. 6, par. 1, della direttiva *de qua* chiedeva agli Stati membri di rivedere il proprio quadro normativo in materia di energia da fonti rinnovabili, per attuare la riduzione degli ostacoli normativi e promuovere la razionalizzazione e l'accelerazione delle procedure amministrative.

<sup>17</sup> Per tale ragione, tale pacchetto è conosciuto anche come Pacchetto (o Piano) 20-20-20.

europea<sup>18</sup>. Ha provveduto, altresì, a fissare gli obiettivi nazionali obbligatori per l'informazione, la formazione nonché per l'accesso alla rete elettrica per l'energia da fonti rinnovabili. In questo modo, gli Stati membri sono stati chiamati ad adottare una politica di incentivazione, al fine di ottemperare agli obblighi dettati dall'Unione europea e di quelli internazionali di riduzione delle emissioni nocive discendenti *in primis* dal Protocollo di Kyoto e dall'accordo di Parigi del 2015.

### **1.3. Il nuovo pacchetto "Clean Energy for all Europeans": analisi della direttiva sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili (direttiva 2018/2001/UE).**

Il tema della transizione dell'energia verso un'economia basata sull'energia pulita, della riforma della progettazione e del funzionamento del mercato dell'elettricità dell'Unione europea è stato oggetto del nuovo pacchetto energia, denominato "Winter Package"<sup>19</sup>.

<sup>18</sup> La direttiva ha comportato prima la modifica e poi la definitiva caducazione (a partire dal 1° gennaio 2012) delle precedenti direttive vigenti in materia (direttiva 2001/77/CE sulla promozione di elettricità da fonti rinnovabili e direttiva 2003/30/CE sulla promozione dei biocarburanti o di altri carburanti rinnovabili nei trasporti). Essa costituisce il presupposto per una significativa innovazione dello scenario delle energie rinnovabili per i prossimi decenni.

<sup>19</sup> È bene osservare come l'UE sia stata la prima grande potenza a livello internazionale a produrre energia pulita. In un primo momento si è proceduto con la fissazione nel 2009 di ambiziosi obiettivi energetici e climatici per il 2020 (riduzione delle emissioni di gas serra del 20%, aumento del 20% di energie rinnovabili e del 20% di efficienza energetica). Si tratta del *c.d.* "obiettivo 20-20-20", che pone la base per un nuovo intervento normativo comunitario in materia di energie rinnovabili, in particolare, con la direttiva 2009/28/CE del Parlamento e del Consiglio, sulla "promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili". Sul tema, si rinvia a G. PIZZANELLI, *Gli impianti alimentati da fonti energetiche rinnovabili: organizzazione e procedimenti alla luce del principio di integrazione*, in C. BUZZACCHI (a cura di), *Il prisma energia. Integrazione di interessi e competenze*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 85 ss.

All'incirca dieci anni dopo l'UE, con il pacchetto Energia pulita, è nuovamente intervenuta al fine di conseguire questi obiettivi per il 2020, con un'azione volta a coordinare l'attività economica con la protezione dell'ambiente. Inoltre, da un lato l'energia rinnovabile è diventata molto più economica e dall'altro con l'Accordo sul clima di Parigi del 2015, l'UE si è impegnata a raggiungere riduzioni delle emissioni di gas serra di almeno il 40% entro il 2030. È questo il senso della sfida verso una transizione energetica globale che la Commissione ha lanciato, attraverso la proposta di una serie di nuove ambiziose regole raccolte nel pacchetto "Energia pulita per tutti gli europei".

Oltre agli atti legislativi del pacchetto, la Commissione, per garantire una transizione giusta ed equa in cui nessuno e nessuna regione siano lasciati indietro, ha anche proposto una serie di iniziative non legislative, quali: l'iniziativa per le regioni del carbone in transizione, l'iniziativa "Energia pulita per le isole dell'UE"; le misure per definire e monitorare meglio la povertà energetica in Europa.

Il pacchetto “*Clean Energy for all Europeans*” o “*Winter Package*” comprende otto diversi atti legislativi: la direttiva sul rendimento energetico nell’edilizia (direttiva 2018/844/UE), la direttiva sulla promozione dell’uso dell’energia da fonti rinnovabili (direttiva 2018/2001/UE), la direttiva sull’efficienza energetica (direttiva 2018/2002/UE), il regolamento sulla *governance* (regolamento n. 1999/2018), la direttiva relativa alle norme comuni per il mercato interno dell’energia elettrica (direttiva 2019/944/UE), il regolamento sul mercato interno dell’energia elettrica (regolamento n. 943/2019), il regolamento sulla preparazione ai rischi nel settore dell’energia elettrica (regolamento n. 941/2019) ed il regolamento che istituisce l’Agenzia per la cooperazione fra i regolatori nazionali dell’energia – ACER (regolamento n. 942/2019)<sup>20</sup>.

Con il “*Winter Package*”, la Commissione ha voluto incidere, in modo significativo, su quelle che vengono definite le “*cinque dimensioni dell’Unione dell’energia*”, vale a dire: la sicurezza energetica, il mercato interno dell’energia, l’efficienza energetica, la decarbonizzazione dell’economia e della ricerca, l’innovazione e la competitività<sup>21</sup>. Da questo punto di vista, significative sono le due nuove direttive sulla efficienza energetica (direttiva 2018/2002/UE) e sulla prestazione energetica nell’edilizia (direttiva 2018/844/UE).

La prima, che modifica la direttiva 2012/27/UE, fissa sotto forma di obiettivo del

Vedi sul punto L. DI MARTE, *La Commissione Europea presenta il Pacchetto “Clean Energy for all Europeans”*, 20 dicembre 2016, in [www.amministrazioneincammino.luiss.it](http://www.amministrazioneincammino.luiss.it).

<sup>20</sup> Tutti gli atti normativi compresi nel nuovo pacchetto Energia pulita sono stati formalmente approvati e pubblicati nella Gazzetta Ufficiale dell’Unione europea. Il recepimento e l’implementazione delle direttive e dei regolamenti costituenti il *Clean Energy Package* nella normativa nazionale è già in corso e richiederà l’impegno degli Stati membri sino all’estate del 2021. Per conformarsi alla nuova legislazione comunitaria prevista dal *Clean Energy Package*, gli Stati membri dovranno adeguare la propria legislazione in materia di energia. Nel 2019 troveranno diretta applicazione: il regolamento (UE) n. 942/2019 relativo all’ACER ed il regolamento (UE) n. 1999/2018 sulla *governance* dell’Unione dell’energia e dell’azione per il clima. Nel corso del 2020 dovranno essere recepite le disposizioni contenute nelle direttive sul mercato dell’elettricità e le nuove disposizioni in materia di efficienza energetica, cui seguirà, nel 2021, l’implementazione della maggior parte delle norme relative alla promozione dell’uso dell’energia da fonti rinnovabili.

<sup>21</sup> Si veda sul punto L. AMMANNATI, *The Governance of Renewable Energy. The renewables directive for the period after 2020*, in *The European Union Renewable Transition*, Wolters Kluwer, 2019, p. 46 ss. In un passaggio del suo contributo, l’A. afferma come: “*The strategy of the Energy Union is an attempt to reconcile divergent goals: on the one side the EU’s more than ten-year policy of liberalisation for a fully integrated energy market and, on the other, the new imperative to achieve specific outcomes of emission reduction thanks to interventions in the energy market. The ‘way forward’ entails ‘five mutually-reinforcing and closely interrelated dimensions designed to bring greater energy security, sustainability and competitiveness’ (energy security, solidarity and trust; a fully integrated European energy market; energy efficiency contributing to moderation of demand; decarbonising the economy; research, innovation and competitiveness)*”.

32,5% per il 2030 la necessità che l'Unione consegua i risultati di efficienza energetica, espressi in consumo di energia primaria e/o finale. La seconda direttiva punta a massimizzare il potenziale di risparmio energetico di edifici più intelligenti ed ecologici. Rispetto al tema delle fonti rinnovabili, il principale intento che l'UE si è prefissata di conseguire attiene *all'aumento delle fonti*<sup>22</sup>.

Un altro aspetto di particolare rilevanza su cui si è intervenuti è la *governance* in ambito energetico. Il nuovo regolamento (UE) n. 1999/2018 contiene regole che impongono ad ogni Stato membro di redigere Piani nazionali per l'Energia e il Clima (NECP)<sup>23</sup> per il 2021-2030 che stabiliscono le modalità attraverso cui raggiungere gli obiettivi in materia di unione energetica. In particolare, ci si riferisce agli obiettivi per il 2030 in materia di efficienza energetica ed energia rinnovabile.

Infine, rispetto al mercato specifico dell'elettricità, il nuovo intervento del legislatore europeo è volto a rendere tale mercato più competitivo con strumenti di efficienza e trasparenza, promuovendo il piano della sicurezza dell'approvvigionamento, prevedendo una integrazione delle energie rinnovabili nella rete, gestendo i rischi e migliorando la cooperazione transfrontaliera.

Alla luce di quanto appena illustrata, è possibile riassumere le principali novità del pacchetto "*Clean Energy for All Europeans*" in tre punti: *i*) efficienza energetica, *ii*) uso e regolazione delle energie rinnovabili e *iii*) ruolo attivo dei consumatori<sup>24</sup>.

Come visto, l'art. 194, par. 1, del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea (TFUE) individua tra gli obiettivi della politica energetica dell'Unione la promozione dello sviluppo di energie nuove e rinnovabili stabilisce una serie di interventi volti a

---

<sup>22</sup> È stata prevista, infatti, una percentuale di (almeno) il 32% di energie rinnovabili entro il 2030, con disposizioni specifiche per promuovere gli investimenti pubblici e privati, affinché l'UE mantenga la propria *leadership* globale sulle energie rinnovabili.

<sup>23</sup> Il 18 giugno 2019, la Commissione ha pubblicato una comunicazione che valuta i 28 progetti di NECPs (National Energy and Climate Plans) nel loro complesso, insieme a raccomandazioni specifiche e ad un "documento di lavoro del personale" dettagliato per ciascuno Stato membro e due allegati dettagliati sulla metodologia. Gli Stati membri hanno tempo fino alla fine del 2019 per presentare il proprio NECP finale. La traduzione italiana di NECP è "Piano nazionale integrato per l'Energia ed il Clima" (PNIEC).

<sup>24</sup> Non è questa la sede per soffermarsi su un ulteriore aspetto che, certamente, merita attenzione e che viene affrontato nel nuovo pacchetto energia; si tratta del riconoscimento e, di conseguenza, della tutela di più diritti in capo ai consumatori. Attraverso la nuova regolamentazione, infatti, l'UE intende rendere più agevole per i singoli cittadini, diretti consumatori di energia, la possibilità di autoproduzione della stessa. Le nuove regole, da un lato rendono più facile per i cittadini produrre, conservare o vendere la propria energia e dall'altro rafforzano i diritti dei consumatori con maggiore trasparenza sulle bollette ed una maggiore flessibilità di scelta.

realizzare tale obiettivo, nel rispetto del bene ambiente <sup>25</sup>.

In particolare, è opportuno soffermarsi sulla direttiva 2018/2001/UE contenuta nel *Winter Package*, ed entrata in vigore il 24 dicembre 2018, che persegue la finalità di cui all'art. 194 TFUE <sup>26</sup>.

La nuova direttiva, infatti, contiene norme sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili ed effettua una sostanziale revisione del quadro normativo previsto dalla direttiva 2009/28/CE, che resterà in vigore sino al 30 giugno 2021.

Il maggiore ricorso all'energia da fonti rinnovabili costituisce una parte importante del pacchetto di misure necessarie per ridurre le emissioni di gas ad effetto serra e per rispettare gli impegni dell'Unione nel quadro dell'accordo di Parigi del 2015 sui cambiamenti climatici<sup>27</sup>. Con tale direttiva si punta a superare le criticità esistenti che, di fatto, stanno ostacolando lo sviluppo dell'energia rinnovabile per la transizione verso il 2030, quali: l'incertezza degli investitori, gli (onerosi) adempimenti burocratici, l'eccessivo costo legato allo sviluppo delle stesse fonti rinnovabili. L'obiettivo vincolante in materia di energie rinnovabili a livello dell'Unione europea per il 2030 è quello di raggiungere la quota di energia da fonti rinnovabili nel consumo finale lordo (di energia) almeno pari al 32%. Ed i contributi

---

<sup>25</sup> Un nesso esplicito tra l'utilizzo delle fonti rinnovabili e la tutela ambientale è contenuto nel considerando n. 48 della direttiva 2009/28/CE, laddove si specifica che *“gli Stati membri, al fine di accelerare la fissazione di livelli minimi per l'uso di energia da fonti rinnovabili negli edifici, prevedano che tali livelli siano conseguiti con l'inserimento di un fattore di energia da fonti rinnovabili per il rispetto delle prescrizioni minime di rendimento energetico previste dalla direttiva 2002/91/CE, correlato a una riduzione ottimale in termini di costi delle emissioni di carbonio per edificio”*.

Ed oggi, nel considerando n. 45 della direttiva 2018/2001 che, così, espressamente prevede: *“È opportuno assicurare la coerenza tra gli obiettivi della presente direttiva e il diritto dell'ambiente dell'Unione. In particolare, durante le procedure di valutazione, pianificazione o concessione di licenze per gli impianti di energia rinnovabile, gli Stati membri dovrebbero tener conto di tutto il diritto dell'ambiente dell'Unione e del contributo dell'energia da fonti rinnovabili al conseguimento degli obiettivi in materia di ambiente e cambiamenti climatici, specialmente rispetto agli impianti di energia non rinnovabile”*.

<sup>26</sup> Ai sensi dell'art. 36 della direttiva 2008/2001/UE, gli Stati membri attuano le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi agli artt. da 2 a 13, agli artt. da 15 a 31, all'art. 37 e agli allegati II, III e da V a IX entro il 30 giugno 2021. Essi comunicano immediatamente alla Commissione il testo di tali disposizioni.

<sup>27</sup> A ben vedere, l'implementazione delle fonti rinnovabili può avere delle conseguenze positive anche rispetto ad altri fattori. Infatti, ciò consente di: promuovere la sicurezza degli approvvigionamenti energetici, garantire un'energia sostenibile a prezzi accessibili, favorire lo sviluppo tecnologico e l'innovazione, oltre alla leadership tecnologica ed industriale (offrendo nel contempo vantaggi ambientali, sociali e sanitari), creare numerosi posti di lavoro e sviluppo regionale, specialmente nelle zone rurali ed isolate, nelle regioni o nei territori a bassa densità demografica o soggetti a parziale deindustrializzazione.

degli Stati membri a tale obiettivo, comprese le quote di riferimento in relazione ai rispettivi obiettivi nazionali generali per il 2020, rientrano tra gli elementi di importanza fondamentale per la politica energetica e ambientale dell'Unione.

La nuova direttiva, a differenza della precedente (dir.2009/28/CE), non traspone gli obiettivi complessivi vincolanti dell'Unione in obiettivi nazionali, ma prevede ex art. 3, par. 2, che siano gli Stati membri a fissare i propri contributi nazionali al fine di conseguire "collettivamente" l'obiettivo vincolante complessivo dell'Unione per il 2030, inserendo le relative scelte strategiche di politica energetica come parte dei loro Piani nazionali integrati per l'Energia ed il Clima previsti dall'art. 3 del regolamento (UE) n. 1999/2018.

La direttiva in esame, inoltre, persegue la finalità ulteriore di contribuire al potenziale impatto positivo che l'Unione e gli Stati membri possono avere nel promuovere lo sviluppo del settore delle energie rinnovabili nei paesi terzi. Si punta a conferire all'UE la *leadership* nelle fonti rinnovabili: l'Unione e gli Stati membri dovrebbero promuovere la ricerca, lo sviluppo e gli investimenti nella produzione di energie rinnovabili nei paesi in via di sviluppo e in altri paesi *partner* nel pieno rispetto del diritto internazionale, rafforzando così la loro sostenibilità ambientale ed economica e la loro capacità di esportazione di energie rinnovabili. Inoltre, la direttiva 2018/2001/UE, sul percorso tracciato già in precedenza dalla direttiva 2009/28/CE interviene in tema di trasferimenti statici prevedendo un elemento di novità, rappresentato dalla piattaforma dell'Unione per lo sviluppo delle rinnovabili (*Union renewable development platform – URDP*), volta a consentire lo scambio di quote di energia rinnovabile tra gli Stati membri, oltre agli accordi bilaterali di cooperazione. Gli Stati membri possono presentare all'URDP, su base volontaria, i dati annuali relativi ai propri contributi nazionali rispetto all'obiettivo dell'Unione o eventuali parametri di riferimento definiti per il monitoraggio dei progressi nel regolamento (UE) n. 1999/2018, incluso l'ammontare previsto del *deficit* o dell'eccedenza rispetto al loro contributo e un'indicazione del prezzo al quale accetterebbero di trasferire le eventuali eccedenze di produzione di energia da fonti rinnovabili da o verso un altro Stato membro. Il prezzo di tali trasferimenti è fissato caso per caso sulla base del meccanismo dell'URDP di incontro tra domanda e

offerta<sup>28</sup>. Per ragioni di completezza è bene precisare che la direttiva 2018/2001/UE contiene anche norme relative ai regimi di sostegno per l'energia da fonti rinnovabili, alla stabilità del sostegno finanziario per l'energia elettrica da fonti rinnovabili, all'autoconsumo di tale energia elettrica, all'uso di energia da fonti rinnovabili nel settore del riscaldamento e raffrescamento e nel settore dei trasporti, alla cooperazione regionale tra gli Stati membri e tra gli Stati membri ed i Paesi terzi, alle garanzie di origine, alle procedure amministrative, all'informazione e alla formazione ed alla c.d. comunità di energia rinnovabile<sup>29</sup>.

#### **1.4. La nuova agenda strategica dell'UE 2019-2024 ed il Piano nazionale integrato per l'Energia ed il Clima: l'Unione europea ad impatto climatico zero.**

La nuova agenda strategica dell'UE 2019-2024 adottata dal Consiglio europeo, svoltosi a Bruxelles il 20 e 21 giugno 2019 individua tra le priorità dell'UE quella di costruire *un'Europa verde, equa, sociale e a impatto climatico zero*<sup>30</sup>.

Per il raggiungimento del suddetto scopo, L'UE ha individuato, in questo

---

<sup>28</sup> La Commissione è tenuta, altresì, a garantire che l'URDP sia effettivamente in grado di fare incontrare la domanda e l'offerta di quantitativi di energia da fonti rinnovabili che sono presi in considerazione nel calcolo della quota di energia rinnovabile di uno Stato membro sulla base dei prezzi o di altri criteri specificati dallo Stato membro che accetta il trasferimento.

<sup>29</sup> Non è questa la sede per soffermarsi sulla disciplina dei regimi di sostegno e della stabilità del sostegno finanziario, su quella volta alla semplificazione delle procedure autorizzative per la costruzione, modifica della potenza e gestione degli impianti per la produzione di energia da fonti rinnovabili e per le opere necessarie per la relativa connessione alla rete e, infine, su quella che introduce un nuovo soggetto giuridico, definito "comunità di energia rinnovabile". Sul punto sia consentito rinviare all'approfondimento di L. GIURATO, *Aspetti innovativi del nuovo Pacchetto "Winter Package"*, in R. MICCÚ (a cura di), *Lineamenti di diritto europeo dell'energia. Nuovi paradigmi di regolazione e governo multilivello*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 132 ss.

<sup>30</sup> Il tema dei cambiamenti climatici è stato discusso dal Consiglio europeo del 20 e 21 giugno 2019 sulla base di una bozza di conclusioni già esaminata durante la riunione del Consiglio Affari generali del 18 giugno 2019. Dal dibattito in Consiglio europeo è emersa una crescita e una maggiore compattezza dello schieramento dei Paesi favorevoli all'enunciazione e al conseguimento di obiettivi ambiziosi entro il 2050 (in particolare, neutralità climatica entro il 2050). Nonostante, una lunga e complessa discussione, in quella sede, non si è riusciti a definire una posizione condivisa dell'UE sul 2050 in tempo per il Summit ONU che si è tenuto a settembre. In particolare, Polonia, Ungheria e Repubblica Ceca si sono dichiarate non pronte a vincolarsi su obiettivi ambiziosi, tanto più in assenza di piene garanzie sulle auspiccate "compensazioni". Di qui la scelta, non consueta, di procedere con l'inserimento di una nota a piè di pagina nelle conclusioni, nella quale si rileva come "per un'ampia maggioranza di Stati membri la neutralità climatica deve essere raggiunta entro il 2050".

documento, alcune azioni specifiche da intraprendere. Tra le tante, quella di intensificare le azioni dell'UE al fine di gestire la minaccia dei cambiamenti climatici, attraverso modalità che tengano conto delle situazioni nazionali e che siano eque dal punto di vista sociale; assumere come UE il ruolo di *leader* globale in un'economia verde, mediante politiche coerenti con l'accordo di Parigi; incoraggiare una mobilitazione di investimenti privati e pubblici ed un'efficace economia circolare, nonché promuovere un mercato europeo dell'energia, che sia sempre più integrato, interconnesso e ben funzionante; accelerare la transizione verso le energie rinnovabili, potenziare l'efficienza energetica, ridurre la dipendenza dalle fonti esterne, diversificare le fonti di approvvigionamento ed investire in soluzioni per la mobilità del futuro.

La discussione su condizioni e modalità della transizione è stata ripresa dagli Stati membri nei mesi successivi al fine di superare le difficoltà emerse e rimuovere gli ostacoli alla definizione condivisa di un'ambiziosa *strategia* a lungo termine dell'UE<sup>31</sup>.

La scelta di puntare ad un'Europa a impatto climatico zero passa anche attraverso il nuovo meccanismo di *governance* delineato nel regolamento (UE) n. 1999/2018<sup>32</sup>, il quale si basa sulle c.d. strategie a lungo termine per la riduzione dei gas ad effetto serra<sup>33</sup> e principalmente sui Piani nazionali integrati per l'Energia e il Clima (PNIEC) che coprono un periodo di dieci anni a partire dal decennio 2021-2030, sulle

---

<sup>31</sup> Nel successivo Consiglio ambiente, tenutosi in data 26 giugno 2019, si è avuto un primo dibattito sull'attuazione della politica ambientale negli Stati membri, partendo dalla Comunicazione della Commissione europea del 4 aprile "Riesame dell'attuazione delle politiche ambientali 2019" (COM (2019) 149), e delle 28 relazioni per Paese che la accompagnano.

Con riguardo alla Relazione sull'Italia (SWD (2019) 123), viene registrato lo stato dell'arte per quanto attiene alle quattro maggiori problematiche riscontrate nelle verifiche precedenti. Vale a dire: necessità di migliorare la gestione dei rifiuti, attraverso la riduzione del collocamento in discarica ed aumentando la raccolta differenziata nelle regioni meridionali (si sono registrati progressi incoraggianti ma ancora fortemente incompleti); migliorare il trattamento delle acque reflue urbane tramite investimenti adeguati (qui si sono registrati progressi alquanto limitati); diminuire le emissioni di particolato fine e di biossido di azoto contenendo la congestione del traffico e la combustione di biomassa (anche qui si sono registrati progressi limitati); designare i siti Natura 2000 restanti come zone speciali di conservazione e fare in modo che la rete Natura 2000 venga gestita in modo da assicurare il raggiungimento di uno stato di conservazione soddisfacente di tutti gli habitat e le specie (alcune zone speciali ancora da designare).

<sup>32</sup> Il nuovo regolamento è entrato in vigore il 24 dicembre 2018 ed è già direttamente applicabile in ciascuno Stato membro, fatta eccezione per alcune disposizioni che diverranno efficaci a partire dal 1° gennaio 2021.

<sup>33</sup> Definite agli artt. 15 e 16 del regolamento (UE) n. 1999/2018.

corrispondenti relazioni intermedie nazionali integrate sull'energia e il clima, trasmesse dagli Stati membri e sulle modalità integrate di monitoraggio della Commissione.

Il Piano nazionale integrato per l'Energia ed il Clima (PNIEC) rappresenta, dunque, uno degli strumenti chiave richiesti dal c.d. pacchetto dell'UE sull'Energia pulita<sup>34</sup>.

Nei PNIEC sono descritte le politiche e le misure nazionali finalizzate al raggiungimento degli obiettivi europei per il 2030 in linea con le "cinque dimensioni" dell'Unione dell'energia<sup>35</sup>. In particolare, l'art. 3 del regolamento (UE) n. 1999/2018 rubricato "*Piani nazionali integrati per l'Energia e il Clima*" stabilisce che ciascuno Stato membro, entro il 31 dicembre 2019 e successivamente ogni dieci anni, debba notificare alla Commissione un piano nazionale integrato per l'Energia ed il Clima. I piani contengono gli elementi di cui al par. 2 del presente articolo e all'allegato I. Il primo piano copre il periodo 2021-2030, tenuto conto della prospettiva a più lungo termine. I piani successivi coprono ciascuno il decennio immediatamente successivo al periodo coperto dal piano precedente.

Tale modello faciliterà il confronto e l'aggregazione pur assicurando sufficiente flessibilità per gli Stati membri nello stabilire i dettagli dei singoli piani<sup>36</sup>. Dalla normativa richiamata si evince che nei PNIEC dovranno essere descritti una serie di elementi in modo sufficientemente dettagliato, tra cui: la procedura utilizzata, gli

---

<sup>34</sup> Ai sensi del *considerando* n. 25 del regolamento (UE) n. 1999/2018 si stabilisce che: "*I piani nazionali integrati per l'energia e il clima dovrebbero estendersi su periodi di dieci anni e dovrebbero fornire una panoramica del sistema energetico e dell'assetto programmatico correnti. I piani dovrebbero stabilire obiettivi nazionali per ciascuna delle cinque dimensioni dell'Unione dell'energia e per le corrispondenti politiche e misure volte a conseguire tali obiettivi e dovrebbero, inoltre, avere una base analitica. I piani nazionali integrati per l'energia e il clima per il primo periodo (2021-2030) dovrebbero dedicare particolare attenzione agli obiettivi 2030 relativi alla riduzione delle emissioni di gas a effetto serra, all'energia rinnovabile, all'efficienza energetica e all'interconnessione elettrica. Gli Stati membri dovrebbero mirare a garantire che i piani nazionali integrati per l'energia e il clima siano coerenti con gli obiettivi di sviluppo sostenibile delle Nazioni Unite e contribuiscano alla loro realizzazione (...)*".

<sup>35</sup> Come visto esse sono: la sicurezza energetica, il mercato interno dell'energia, l'efficienza energetica, la decarbonizzazione dell'economia e della ricerca e l'innovazione e competitività.

<sup>36</sup> Va sottolineato che il regolamento in esame (vedi art. 3, comma 3, lett. *d*) e *considerando* n. 26) richiede agli Stati membri, nella redazione dei propri piani nazionali integrati per l'Energia ed il Clima, di valutare il numero delle famiglie in condizioni di povertà energetica, tenendo conto dei servizi energetici domestici necessari per garantire un tenore di vita di base nel rispettivo contesto nazionale, della politica sociale esistente e delle altre politiche pertinenti, nonché degli orientamenti indicativi della Commissione sui relativi indicatori, compresa la dispersione geografica, che sono basati su un approccio comune alla povertà energetica. Qualora uno Stato membro riscontri la presenza di un numero elevato di famiglie in condizioni di povertà energetica, esso dovrebbe includere nel suo piano un obiettivo indicativo nazionale di riduzione della povertà energetica.

obiettivi da raggiungere per ciascuna delle cinque dimensioni, le politiche previste, il rispetto degli obblighi di efficienza energetica. Gli Stati dovranno, inoltre, tenere conto delle interrelazioni tra le cinque dimensioni dell'Unione dell'energia e, in particolare, del principio "efficienza energetica al primo posto" (art. 3, comma 3, lett. b). Gli obiettivi, i traguardi ed i contributi nazionali dovranno rispettare specifiche indicazioni a seconda della dimensione, ai sensi dell'art. 4 del regolamento in esame. Inoltre, gli Stati membri, nella definizione dei contributi nazionali agli obiettivi dell'UE in materia di energie rinnovabili ed efficienza energetica, dovranno, *ex artt.* 5 e 6 del regolamento, tenere conto di alcuni obblighi derivanti dalle norme UE, pur disponendo di un margine di flessibilità legato alle circostanze che incidono sulla diffusione dell'energia rinnovabile, quali, per esempio: il potenziale economico, i vincoli geografici e naturali, i livelli di interconnessione tra gli Stati membri ed il consumo di energia (evoluzioni e previsioni del PIL, le variazioni nel commercio di energia). In ogni caso è chiesto agli Stati di assicurare, collettivamente, che la somma dei rispettivi contributi ammonti ad almeno il 32% di energia da fonti rinnovabili nel consumo finale lordo di energia a livello di Unione entro il 2030.

Per espressa previsione, contenuta nell'art. 7 del regolamento (UE) n. 1999/2019, all'interno dei PNIEC, gli Stati membri descrivono, in conformità dell'allegato I, le principali politiche e misure vigenti previste per conseguire gli obiettivi definiti nel piano nazionale, comprese, se del caso, le misure volte ad assicurare la cooperazione regionale ed i finanziamenti adeguati a livello nazionale e regionale, anche per quanto riguarda la mobilitazione di programmi e strumenti dell'Unione. Gli Stati membri forniscono, altresì, una panoramica generale degli investimenti necessari per conseguire gli obiettivi, i traguardi e i contributi indicati nel piano nazionale, nonché una valutazione generale delle fonti di tali investimenti<sup>37</sup>.

L'art. 9 del regolamento prevede poi che gli Stati membri trasmettano alla Commissione europea le bozze dei primi piani<sup>38</sup>, entro il 31 dicembre 2018 (e

---

<sup>37</sup> Infatti, in base a quanto previsto dal successivo art. 8 del regolamento, gli Stati membri, nei loro PNIEC dovranno descrivere la situazione attuale per ciascuna delle cinque dimensioni e le proiezioni per il primo decennio. Quindi sono tenuti a fornire una valutazione a livello nazionale, e se del caso regionale, degli impatti delle misure vigenti (in termini di emissioni di gas a effetto serra, assorbimenti, profilo macroeconomico, ambientale, sociale) e delle loro interazioni.

<sup>38</sup> Nella preparazione delle bozze dei piani da sottoporre alla Commissione, gli Stati membri sono tenuti ad una consultazione pubblica. Ciascuno Stato membro provvede affinché al pubblico siano offerte tempestive ed

successivamente ogni dieci anni). Ogni Stato membro è stato chiamato ad elaborare e trasmettere alla Commissione la proposta del piano nazionale integrato per l'Energia e il Clima conformemente all'art. 3, par. 1 e all'allegato I del regolamento (UE) n. 1999/2018.

La Commissione europea è l'organo deputato alla valutazione di tali proposte. Essa può rivolgere raccomandazioni specifiche ad ogni Stato membro in conformità dell'art. 34 del regolamento<sup>39</sup>, al più tardi sei mesi prima della scadenza del termine per la presentazione di tali piani nazionali integrati per l'Energia e il Clima fornendo raccomandazioni sul livello di ambizione degli obiettivi nazionali e su specifiche politiche e misure incluse nel piano.

Nel rispetto dell'art. 9 del regolamento sulla *governance* dell'Unione dell'energia, il governo italiano ha inviato alla Commissione europea la proposta di PNIEC in data 8 gennaio 2019.

I principali obiettivi della proposta del PNIEC italiano possono essere così sintetizzati: a) una percentuale di energia da fonti energetiche rinnovabili (FER) nei consumi finali lordi di energia pari al 30%, in linea con gli obiettivi previsti per il nostro Paese dalla UE; b) una quota di energia da FER nei consumi finali lordi di energia nei trasporti del 21,6% a fronte del 14% previsto dalla UE; c) una riduzione dei consumi di energia primaria rispetto allo scenario PRIMES 2007 del 43% a fronte di un obiettivo UE del 32,5%; d) la riduzione dei "gas serra", rispetto al 2005, per tutti

---

effettive opportunità di partecipare all'elaborazione della proposta del piano – per quanto riguarda i piani nazionali integrati per l'Energia e il Clima per il periodo dal 2021 al 2030, in preparazione dei piani finali ben prima della loro adozione – nonché delle strategie a lungo termine di cui all'art. 15. Gli Stati membri dovranno, inoltre, instaurare un dialogo multilivello con le autorità locali, le organizzazioni della società civile, la comunità imprenditoriale, gli investitori e gli altri soggetti interessati (art. 11) e dovranno altresì garantire forme di collaborazione a livello regionale e con gli Stati membri confinanti (art. 12).

<sup>39</sup>L'art. 34, rubricato "Raccomandazioni della Commissione agli Stati membri" stabilisce che: "*Laddove opportuno, la Commissione rivolge raccomandazioni agli Stati membri affinché conseguano gli obiettivi dell'Unione dell'energia. La Commissione mette immediatamente tali raccomandazioni a disposizione del pubblico. Quando nel presente regolamento si fa riferimento al presente articolo, si applicano i seguenti principi: a) lo Stato membro interessato tiene in debita considerazione la raccomandazione in uno spirito di solidarietà tra Stati membri e Unione e tra gli Stati membri; b) nella relazione intermedia nazionale integrata per l'energia e il clima, elaborata nell'anno successivo a quello in cui è stata formulata la raccomandazione, lo Stato membro precisa in che modo ha tenuto in a debita considerazione la raccomandazione. Se lo Stato membro interessato decide di non dare seguito a una raccomandazione o a una parte considerevole della stessa, tale Stato membro motiva la propria decisione; c) le raccomandazioni dovrebbero essere complementari alle ultime raccomandazioni specifiche per paese formulate nel contesto del semestre europeo*".

i settori non ETS del 33%, obiettivo superiore del 3% rispetto a quello previsto dall'UE<sup>40</sup>. Il testo definitivo del PNIEC, in base a quanto previsto dall'art. 3 del regolamento sulla *governance* dell'Unione dell'energia è stato notificato alla Commissione europea entro il 31 dicembre 2019 e dovrà essere aggiornato (e conseguentemente ritrasmesso alla Commissione) con cadenza decennale.

Dunque, gli Stati membri hanno avuto tempo fino al 31 dicembre 2019 per presentare i piani nazionali definitivi, nei quali dovranno tenere conto delle raccomandazioni della Commissione europea<sup>41</sup>, fornendo, in caso contrario, una motivazione.

Rispetto all'Italia, sulla proposta di Piano nazionale integrato per l'Energia ed il Clima dell'Italia 2021-2030, la Commissione ha espresso alcune raccomandazioni specifiche<sup>42</sup> racchiuse in nove punti<sup>43</sup>, tra questi, si è suggerito di rivedere l'aspetto

---

<sup>40</sup> Si invita alla lettura del documento del Piano nazionale integrato per l'Energia e Clima Italiano, a cura del Ministero dello Sviluppo Economico. Rintracciabile sul sito del suddetto Ministero: [https://www.mise.gov.it/images/stories/documenti/Proposta\\_di\\_Piano\\_Nazionale\\_Integrato\\_per\\_Energia\\_e\\_il\\_Clima\\_Italiano.pdf](https://www.mise.gov.it/images/stories/documenti/Proposta_di_Piano_Nazionale_Integrato_per_Energia_e_il_Clima_Italiano.pdf).

<sup>41</sup> Come si legge nel Comunicato stampa del 18 giugno 2019 (vedi [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/it/IP\\_19\\_2993](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/it/IP_19_2993)) la Commissione ritiene che “i piani nazionali rappresentino già un impegno considerevole, ma rileva i margini di miglioramento esistenti sotto diversi aspetti, in particolare per politiche mirate e personalizzate che consentano di centrare gli obiettivi per il 2030 e mantenere anche a lungo termine la rotta verso l'impatto climatico zero”. Inoltre – prosegue la Commissione – “i contributi verso le fonti rinnovabili e l'efficienza energetica previsti attualmente dai piani non sono sufficientemente ambiziosi da permettere all'UE nel suo insieme di raggiungere gli obiettivi che si è data in materia di energia e clima; per far ciò sarà necessario un salto di qualità collettivo”. La Commissione afferma che “ha analizzato le proposte di piani nazionali valutandone il contributo aggregato, a livello di UE, verso gli obiettivi dell'Unione dell'energia e i traguardi per il 2030. Allo stato attuale le proposte di PNIEC presentano contributi insufficienti sia per le fonti rinnovabili sia per l'efficienza energetica: per le fonti rinnovabili la lacuna da colmare potrebbe arrivare a 1,6 punti percentuali; per l'efficienza energetica, addirittura potrebbe essere di 6,2 punti percentuali (se si considera il consumo di energia primaria) o di 6 punti percentuali (se si considera il consumo di energia finale)”.

<sup>42</sup> La raccomandazione della Commissione risale al 18 giugno 2019 ed è consultabile online all'indirizzo: [https://ec.europa.eu/energy/sites/ener/files/documents/it\\_rec\\_it.pdf](https://ec.europa.eu/energy/sites/ener/files/documents/it_rec_it.pdf).

Si rinvia anche all'opuscolo di sintesi che si trova sul sito ufficiale dell'UE: [https://ec.europa.eu/energy/sites/ener/files/documents/necp\\_factsheet\\_it\\_final.pdf](https://ec.europa.eu/energy/sites/ener/files/documents/necp_factsheet_it_final.pdf).

<sup>43</sup> Tali raccomandazioni possono essere così sintetizzate. In primo luogo, la Commissione europea richiede all'Italia di intervenire per sostenere l'apprezzato livello di energia da fonti rinnovabili fissato con la quota del 30%; di innalzare il livello di ambizione per le fonti rinnovabili nel settore del riscaldamento e del raffrescamento al fine di garantire il raggiungimento dell'obiettivo indicativo fissato dall'art. 23 della direttiva 2018/2001/UE; di presentare misure per conseguire l'obiettivo dei trasporti fissato dall'art. 25 della medesima direttiva e di ridurre la complessità normativa e l'incertezza in materia di autoconsumo di energia. In secondo luogo, si chiede all'Italia di accertare che gli strumenti politici in materia di efficienza energetica permettano risparmi adeguati anche nel 2021-2030; di dare adeguato riscontro ai previsti aggiornamenti e miglioramenti dei regimi di sostegno vigenti e di continuare ad operare per rafforzare le misure di efficienza energetica nell'edilizia e nei trasporti. In terzo luogo, in materia di sicurezza energetica, l'Italia deve precisare le misure di diversificazione e riduzione della dipendenza energetica comprese le misure che consentono flessibilità. Nel

della transizione, nel senso di una transizione che sia più giusta ed equa, illustrando meglio gli effetti degli obiettivi e delle misure previsti su società, occupazione, competenze e distribuzione del reddito, completare l'approccio al superamento della povertà energetica, includendo obiettivi specifici misurabili e dettagli sulle risorse finanziarie destinate all'attuazione delle politiche indicate, come richiesto dal regolamento (UE) n. 1999/2018. L'Italia alla luce delle suddette raccomandazioni ha provveduto poi ad inviare il PNIEC definitivo a dicembre 2019<sup>44</sup>.

### **1.5. Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza – *Recovery Plan*.**

Il Consiglio dei Ministri ha approvato lo scorso 12 gennaio la proposta del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) che dovrà essere valutato dal Parlamento per acquisirne le sue valutazioni prima della sua stesura definitiva e dell'invio alla Commissione UE previsto entro il 30 aprile 2021.

Il piano dovrà dare attuazione al programma *Next Generation EU*<sup>45</sup>, varato

---

settore dell'energia elettrica, deve valutare l'adeguatezza delle risorse tenendo conto del contesto regionale e delle potenzialità effettive degli interconnettori e delle capacità di produzione nei paesi limitrofi e precisare la misura in cui il previsto sviluppo nel settore del gas sia compatibile con gli obiettivi di decarbonizzazione dichiarati e con il programmato abbandono graduale degli impianti termoelettrici a carbone. In quarto luogo, si richiede di fissare un calendario chiaro e definito per la realizzazione delle riforme dei mercati dell'energia, di precisare gli obiettivi nazionali e di finanziamento per la ricerca, innovazione e competitività con particolare riferimento all'Unione dell'energia. La Commissione ha, altresì, chiesto all'Italia di accrescere la consultazione transfrontaliera e nel gruppo ad alto livello sull'interconnessione del gas nell'Europa centrale e sudorientale (CESC), di esaminare ulteriormente le potenzialità transfrontaliere e gli aspetti macro-regionali di una politica coordinata in materia di energia e clima, in particolare nell'Adriatico, al fine di ridurre l'impronta di carbonio della regione e di attuare un approccio ecosistemico, sfruttando maggiormente le potenzialità di una più intensa cooperazione nel Mediterraneo. Da ultimo, le raccomandazioni chiedono all'Italia di specificare nel proprio Piano individualizzato, le azioni volte all'eliminazione delle sovvenzioni con particolare riferimento ai combustibili fossili, completare l'analisi delle interazioni con la politica sulla qualità dell'aria e sulle emissioni atmosferiche.

<sup>44</sup> Per un approfondimento sul PNIEC definitivo italiano si rinvia alla pagina istituzionale del MISE, all'indirizzo: <https://www.mise.gov.it/index.php/it/2040668>

<sup>45</sup> Si tratta del c.d. "*Recovery Fund*", anche noto come *Next Generation EU*, è un fondo garantito dal bilancio dell'Ue. Si tratta di un fondo per la ripresa ritenuto necessario come risposta dell'Europa alla crisi causata dalla pandemia da coronavirus nel 2020. Questo fondo si finanzia tramite l'emissione di *recovery bond*, con la garanzia del bilancio UE. La liquidità raccolta con tale meccanismo viene distribuita ai paesi membri che si trovano ad affrontare maggiormente le difficoltà legate alla gestione dell'emergenza pandemica in atto. A tutti i paesi coinvolti, tra cui ovviamente l'Italia, è stato chiesto di presentare un piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) nel quale specificare come i fondi saranno utilizzati. Il PNRR deve essere presentato entro il 30 aprile

dall'Unione Europea per integrare il Quadro Finanziario Pluriennale 2021-2027 alla luce della crisi economica e sociale innescata dall'emergenza Covid – 19. L'azione di rilancio del Paese definita nel piano è guidata da obiettivi di *policy* ed interventi legati ai tre assi strategici condivisi a livello europeo, vale a dire: la digitalizzazione e innovazione, la transizione ecologica e l'inclusione sociale<sup>46</sup>.

Con il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) si punta a rendere l'Italia un Paese più sostenibile e inclusivo, con un'economia più avanzata e dinamica. È un Piano di "Ripresa", poiché intende fronteggiare l'impatto economico e sociale della crisi pandemica, cogliendo le opportunità connesse alla transizione ecologica e digitale. È un Piano di "Resilienza", perché la resilienza indica la capacità di preparare il futuro, di governare le trasformazioni senza subirle, affrontando così la pandemia e l'emergenza ecologica, da parte dello Stato, delle imprese e di tutti gli attori sociali. Ed, infine, è anche un Piano di "Riforma", in quanto le linee di investimento sono accompagnate dall'adozione di una strategia di riforme, come elemento "abilitante" e catalizzatore, in linea con le Raccomandazioni al Paese (*Country Specific Recommendations* - CSR) della Commissione europea e i Piani Nazionali di Riforma (PNR) adottati dal Governo.

Come è noto, la proposta di PNRR<sup>47</sup> si articola in sei macro missioni che

---

2021 ed il Governo italiano, nella notte tra il 12 e 13 gennaio 2021, ha già approvato il progetto di PNRR, che ora passa all'esame delle Camere.

Il *Recovery Fund* si compone di tre grandi pilastri, suddivisi in diverse azioni di finanziamento: a) sostegno agli Stati membri per investimenti e riforme; b) rilancio dell'economia dell'UE incentivando l'investimento privato; c) imparare dalla crisi. All'interno del primo pilastro (lett. a) sono ricompresi: lo strumento per la ripresa e la resilienza - *Recovery and resilience facility-RRF*; l'iniziativa ReactUE; l'implementazione del Fondo sociale europeo Plus; il potenziamento del *Just transition Fund*; un rinforzo per il Fondo europeo agricolo per lo sviluppo rurale. Nel secondo pilastro (lett. b) si punta a: un nuovo meccanismo di sostegno alla solvibilità; il potenziamento di InvestEU, il programma faro d'investimento europeo; un nuovo dispositivo per gli investimenti strategici (*Strategic investment facility*) incorporato in InvestEU. Infine nell'ultimo pilastro (di cui alla lett. c) rientrano: il nuovo programma per la salute EU4Health con il quale si intende aumentare la sicurezza sanitaria per prepararsi alle crisi sanitarie del futuro; l'ampliamento del meccanismo di protezione civile dell'Unione RescEU; il potenziamento di *Horizon Europe*; il rafforzamento dello strumento di vicinato, cooperazione allo sviluppo e cooperazione internazionale; il potenziamento dello strumento per gli aiuti umanitari.

<sup>46</sup> Va osservato che la "dimensione europea del Piano" conduce le misure nazionali verso obiettivi comuni, nel rispetto di precisi criteri di ammissibilità dei progetti di investimento e di riforma, conferendo maggiore coerenza e impatto all'azione di rilancio dell'economia europea e creando una sinergia che certamente contribuirà ad un rafforzamento complessivo del mercato unico.

<sup>47</sup> Per ulteriori informazioni si rinvia alla lettura del PNRR consultabile alla pagina: [http://www.governo.it/sites/new.governo.it/files/PNRR\\_2021\\_0.pdf](http://www.governo.it/sites/new.governo.it/files/PNRR_2021_0.pdf)

rappresentano aree tematiche strutturali di intervento. Esse sono: la digitalizzazione, l'innovazione<sup>48</sup>, la competitività e cultura (a cui sono destinati circa 46,1 miliardi), la rivoluzione verde e transizione ecologica (con circa 68,9 miliardi); le infrastrutture per una mobilità sostenibile (31,9 miliardi), l'istruzione e la ricerca (28,4 miliardi); l'inclusione sociale (27,6 miliardi); la salute (19,7 miliardi).

Le misure in campo ambientale sono ricomprese nella seconda missione, intitolata "rivoluzione verde e transizioni ecologica", a cui sono stati assegnati circa 68,9 miliardi. La missione è a sua volta declinata in obiettivi e misure specifiche che vanno dall'efficientamento energetico, alla mobilità sostenibile, fino all'economia circolare e alla tutela della risorsa idrica. Le suddette missioni sono a loro volta articolate in sedici componenti volte a perseguire gli obiettivi economico-sociali definiti nella strategia del Governo. Tali componenti si suddividono in altre linee di intervento più dettagliate per progetti di investimento che sono stati selezionati secondo criteri volti a concentrare gli interventi su quelli trasformativi, a maggiore

---

<sup>48</sup> Tra le linee strategiche di sviluppo del PNRR, l'innovazione e la digitalizzazione rappresentano due *driver* fondamentali nel percorso verso la *carbon neutrality* e sono essenziali per realizzare soluzioni ispirate ai modelli dell'economia circolare. Così si legge dall'ARERA nella Memoria dell'Autorità (348/2020/I/COM) del 28 settembre 2020. In particolare, nella memoria citata, L'ARERA mette in evidenza i vantaggi che l'innovazione e la digitalizzazione possono garantire allo sviluppo del mercato energetico. Infatti, si legge espressamente che: "L'Autorità ha da tempo dimostrato particolare attenzione a questi temi, soprattutto in relazione all'innovazione e alla sperimentazione, anche attraverso un "pacchetto di stimolo" per i soggetti regolati. La promozione di soluzioni innovative, attraverso sperimentazioni in campo e di scala adeguata, è un primo passo già compiuto nel settore elettrico e in corso di applicazione anche al settore gas, in logica *whole energy system* (per esempio, il *power-to-gas*) che, in prospettiva, potranno essere estese in generale ai settori ambientali. Un esempio in tale senso è fornito dai progetti-pilota, avviati dall'Autorità già nel 2017, per favorire la partecipazione delle risorse distribuite al mercato dei servizi di dispacciamento (deliberazione 5 maggio 2017, 300/2017/R/eel). Con riferimento alla digitalizzazione, un tema di valenza trasversale, che preme qui evidenziare, riguarda gli strumenti e la qualità dei servizi relativi alla misura, strumento fondamentale a garanzia della correttezza delle transazioni commerciali, a beneficio degli operatori e dei clienti/utenti finali. La digitalizzazione offre rilevanti opportunità di miglioramento e perfezionamento dei sistemi esistenti. A questo riguardo, da una parte, l'Autorità sta predisponendo meccanismi regolatori tesi a favorire l'accelerazione del passaggio alla seconda generazione di misuratori di energia elettrica, riducendo il ritardo temporale che separa il principale operatore dalle altre imprese distributrici, e dall'altra, è in corso il completamento del piano di digitalizzazione dei misuratori gas (seppure con le difficoltà dovute alle misure di contrasto alla pandemia, in particolare, per l'accesso alle abitazioni). Le prestazioni innovative dei contatori telegestiti, in particolare di seconda generazione per l'energia elettrica, offrono già oggi la possibilità di mettere a disposizione dati di prelievo tempestivi ed aggiornati presupposto per operare scelte di consumo consapevoli e per la partecipazione sempre più attiva ai mercati con la possibilità di reagire ai segnali di prezzo anche attraverso la diffusione delle tecnologie di automazione".

impatto sull'economia e sul lavoro<sup>49</sup>.

## 1.6. La missione della «rivoluzione verde e transizione ecologica».

La fetta maggiore delle risorse del *Recovery Plan*<sup>50</sup> va alla missione due che prende il nome di “rivoluzione verde e transizione ecologica”<sup>51</sup>, strutturata come un grande contenitore in cui rientrano una serie di interventi, tra cui: la proroga del superbonus, l’ampliamento di rinnovabili e idrogeno e la mobilità sostenibile. Come detto, per questo settore il PNRR ha previsto un investimento economico pari a 68,9 miliardi. Tale somma dovrebbe essere, salvo modifiche, così ripartita: 6,3 miliardi in agricoltura sostenibile ed economia circolare, 15,03 in tutela del territorio e della risorsa idrica, 18,22 in energia rinnovabile, idrogeno e mobilità sostenibile, 29,35 in efficienza energetica e riqualificazione degli edifici.

Del resto, la previsione di una predisposizione maggiore dei finanziamenti nel campo della efficienza e riqualificazione energetica non stupisce se si considera il grande interesse mostrato a livello europeo anche nell’ultimo pacchetto energia con la previsione di ben due direttive: la direttiva 2018/2002/UE sulla efficienza energetica<sup>52</sup> (attuata con d.lgs. n. 73 del 14 luglio 2020) e la direttiva 2018/844/UE sul

<sup>49</sup> A tali criteri è stata orientata anche l’individuazione e la definizione sia dei “progetti in essere” che dei “nuovi progetti”. Per ogni missione, inoltre, sono indicate le riforme necessarie a una più efficace realizzazione, collegate all’attuazione di una o più componenti.

<sup>50</sup> Il *Recovery Plan* costituisce un piano di ripresa collettiva, sostenibile e resiliente, volto tra l’altro ad imprimere “un’accelerazione della transizione verde verso un’economia climaticamente neutra, per riparare i danni causati dalla crisi pandemica e preparare un futuro migliore per la prossima generazione”. Così A. BUONFRATE, *Principi del nuovo diritto dello sviluppo sostenibile*, Wolters Kluwer, Milano, 2020, p. 41 ss.

<sup>51</sup> La missione due concerne i grandi temi dell’agricoltura sostenibile, dell’economia circolare, della transizione energetica, della mobilità sostenibile, dell’efficienza energetica degli edifici, delle risorse idriche e dell’inquinamento e comprende tre dei programmi *flagship* del NGEU identificati dalla Commissione Europea nella Strategia Annuale di Crescita Sostenibile 2021 e ribadite nelle Linee Guida per i Piani di Ripresa e Resilienza: *Power up* (rinnovabili e produzione e trasporto di idrogeno verde), *Renovate* (efficienza energetica degli edifici), *Recharge and Refuel* (sviluppo della mobilità sostenibile tramite reti di distribuzione di elettricità e idrogeno). Si rinvia alla lettura degli atti della Camera, all’indirizzo [https://temi.camera.it/leg18/post/OCD15\\_14293/le-risorse-e-interventi-transizione-verde-e-infrastrutture-nel-pnrr.html](https://temi.camera.it/leg18/post/OCD15_14293/le-risorse-e-interventi-transizione-verde-e-infrastrutture-nel-pnrr.html)

<sup>52</sup> La direttiva 2018/2002/UE è entrata in vigore il 24 dicembre 2018 e la maggior parte delle relative disposizioni dovrà essere recepita nel diritto nazionale di ciascuno Stato membro entro diciotto mesi dalla sua entrata in vigore. In particolare, l’art. 2 della direttiva in esame stabilisce che gli Stati membri devono conformarsi alla stessa entro il 25 giugno 2020. Tale atto normativo interviene sulla direttiva 2012/27/UE

rendimento energetico nell'edilizia<sup>53</sup> (attuata con il d.lgs. n. 48 del 9 giugno 2020). Inoltre, come visto nel precedente paragrafo, dei tre punti essenziali del pacchetto "Clean Energy for all Europeans", al primo posto vi è proprio l'efficienza energetica<sup>54</sup>. Nel *Recovery Plan*, peraltro, un'altra fetta considerevole di denaro viene destinata all'energia rinnovabile, idrogeno e mobilità sostenibile. La volontà di aumentare la quota di energia prodotta da fonti rinnovabili si pone anch'essa in linea con gli obiettivi europei, dal momento che l'uso e la regolazione (nonché promozione) di energie rinnovabili costituisce, infatti, il secondo pilastro dell'intervento comunitario previsto dal Pacchetto energia del 2019.

La missione in esame, volta a realizzare la transizione verde ed ecologica della società e dell'economia italiana coerentemente con il *Green Deal* europeo e il PNIEC, si struttura in quattro componenti.

La prima componente della "rivoluzione verde e transizione energetica" è dedicata alla "agricoltura sostenibile ed economia circolare": il PNRR mira a conseguire una filiera agroalimentare sostenibile, migliorando la logistica e competitività delle aziende agricole e le loro prestazioni climatico-ambientali. Inoltre, si punta anche allo sviluppo di impianti di produzione di materie prime secondarie e all'ammodernamento e alla realizzazione di nuovi impianti, in particolare nelle grandi aree metropolitane del centro e sud Italia, per la valorizzazione dei rifiuti in linea col piano d'azione europeo per l'economia circolare.

---

sull'efficienza energetica modificando le disposizioni vigenti direttamente collegate al raggiungimento degli obiettivi 2030 e introducendo nuove norme volte ad estendere i diritti dei consumatori e migliorare l'accesso agli strumenti di misurazione intelligente (*smart metering system*), alla fatturazione e alle informazioni sui consumi.

<sup>53</sup> È entrata in vigore il 9 luglio 2018, con obbligo per gli Stati membri di recepirla entro il 10 marzo 2020, che modifica principalmente la precedente direttiva 2010/31/UE sulle prestazioni energetiche nell'edilizia. Questa direttiva, come modificata dalla direttiva 2018/844/UE, contiene disposizioni relative a target di efficientamento energetico degli edifici, certificazione energetica, modalità di verifica, monitoraggio e controllo dell'uso dell'energia e la fissazione di obblighi relativi all'installazione di punti di ricarica elettrica. La direttiva 2018/844/UE effettua anche un riesame delle disposizioni fondamentali della direttiva 2012/27/UE del Parlamento europeo e del Consiglio.

<sup>54</sup> Dal concetto di efficienza energetica va tenuto distinto quello di risparmio energetico, sebbene l'uno incide in positivo anche sull'altro. Per efficienza energetica si intende la capacità di utilizzare l'energia nel modo migliore, intervenendo soprattutto sugli usi finali rappresentati da industria, trasporti, agricoltura e abitazioni. Dunque, lo scopo dell'efficienza energetica è consumare meglio l'energia. Ad esempio, gli edifici c.d. ad alta efficienza energetica sono quelli che vengono progettati e realizzati con nessuno o minimo spreco energetico, massimo sfruttamento e ottimizzazione delle risorse energetiche rinnovabili. Per risparmio energetico, invece, si intende la capacità di consumare meno.

L'economia circolare viene valorizzata ed implementata al fine di ridurre l'uso delle materie prime naturali, sempre più scarse nel pianeta, e si promuove l'utilizzo di "materie prime secondarie", ricavate dagli scarti, residui, rifiuti<sup>55</sup>. La strategia sull'economia circolare interviene su un processo lungo e complesso teso a rendere l'Italia meno dipendente dall'approvvigionamento di materie prime e conseguentemente più forte e competitiva sui mercati internazionali<sup>56</sup>.

La seconda fase è quella della "energia rinnovabile, idrogeno e mobilità sostenibile", volta a promuovere l'aumento della quota di energia prodotta da fonti rinnovabili e lo sviluppo di una filiera industriale in questo settore, inclusa quella dell'idrogeno. Un apporto rilevante sarà dato dalla realizzazione di parchi eolici e fotovoltaici *offshore*<sup>57</sup>. Nell'industria siderurgica primaria, l'idrogeno rappresenta in prospettiva un'alternativa al gas naturale per la produzione di ferro ridotto diretto (c.d. DRI)<sup>58</sup>. Alla promozione dello sviluppo della mobilità sostenibile è rivolto un significativo piano di potenziamento delle infrastrutture per il trasporto rapido di massa e delle ciclovie di ambito urbano, metropolitano, regionale e nazionale, al quale si collega un rilevante piano di rinnovamento del parco circolante di mezzi per

---

<sup>55</sup> Con particolare riferimento ai rifiuti, per incrementare il tasso di circolarità si pensa a predisporre interventi volti a realizzare impianti di trasformazione dei rifiuti finalizzati al loro recupero, partendo in particolare dai rifiuti della raccolta differenziata.

<sup>56</sup> Al fine di potenziare gli interventi in questo ambito si prevede la costituzione di un fondo operativo per fare leva sulle risorse del PNRR destinato ad incentivare lo sviluppo dell'economia circolare.

<sup>57</sup> Nello specifico, sono previste sovvenzioni a sostegno dello sviluppo di progetti fotovoltaici galleggianti ed eolici *offshore*, progetti *onshore* realizzati su siti di proprietà della PA o a basso consumo di suolo o abbinati a tecnologie di stoccaggio, nonché supporto finanziario tramite finanziamenti (prestiti *senior/junior* e/o *credit enhancement*) per sistemi di *grid parity* (pareggiamento fra costo dell'energia elettrica autoprodotta con un impianto fotovoltaico e costo al chilowattora dell'energia prodotta con fonti tradizionali). Tali contributi serviranno a mitigare il rischio commerciale, mentre i prestiti faciliteranno la bancabilità del progetto e/o la sostenibilità finanziaria con un *focus* specifico su iniziative di *grid parity*. Gli obiettivi stabiliti al 2026 sono rappresentati da un aumento di 4,5-5 GW della capacità di rinnovabili installata, nel rispetto, altresì dello scopo previsto nel PNIEC per il 2025. Assieme alla installazione di impianti eolici, saranno anche progettati e installati impianti fotovoltaici galleggianti da 100 MW in un'area ad alto irraggiamento, al fine precipuo di elevare la quantità di produzione totale di energia. Si punta, così, alla realizzazione di un primo gruppo di impianti integrati eolici/fotovoltaici/storage e relative infrastrutture di connessione. Al contempo sarà, altresì, sviluppata l'infrastruttura di trasmissione elettrica per supportare le tecnologie rinnovabili *offshore* emergenti.

<sup>58</sup> In conformità ai parametri europei di riduzione delle emissioni, è previsto un investimento per lo sviluppo del DRI connesso al progetto di decarbonizzazione dell'ex ILVA a Taranto e alla transizione per la produzione di acciaio verde in Italia.

il trasporto pubblico locale<sup>59</sup>.

La terza fase attiene alla “efficienza energetica e riqualificazione degli edifici” e punta all’efficientamento energetico del patrimonio edilizio pubblico e privato e con annessa messa in sicurezza e digitalizzazione delle strutture<sup>60</sup>.

La quarta ed ultima componente, intitolata “tutela del territorio e della risorsa idrica”, contiene interventi sul dissesto idrogeologico, sulla forestazione e tutela dei boschi, sugli invasi e la gestione sostenibile delle risorse idriche e sulle infrastrutture verdi urbane.

Tali previsioni erano state approvate dal Governo il 12 gennaio 2021 ed erano passate all’analisi del Parlamento. Tuttavia, a seguito della nascita del nuovo esecutivo presieduto da Draghi, l’iter di approvazione del *Recovery Plan* ha subito, inevitabilmente, un arresto. Pertanto, bisognerà attendere lo sviluppo del programma del nuovo Governo, per verificare se, alla luce delle nuove prospettive politico-governative, lo schema di PNRR rimanga “intatto” senza subire modifiche rilevanti e strutturali.

---

<sup>59</sup> Nella definizione e promozione di questa linea di azioni giocheranno un ruolo fondamentale, le regioni e gli enti locali più vicini ai cittadini. Inoltre, va evidenziato che la distribuzione territoriale degli investimenti di questa componente destinerà al Mezzogiorno, una quota significativa di risorse, pari al 50%.

<sup>60</sup> Certamente una priorità sarà data alle scuole, agli ospedali (si veda, in particolare, la missione n.6) e alle case di edilizia popolare.

# I PARLAMENTARISMI DEL NOVECENTO FRA RAPPRESENTANZA E GOVERNABILITÀ. UNA RIFLESSIONE PER IL FUTURO

**Saverio F. Regasto**

*Università degli Studi di Brescia*

**ABSTRACT** [ITA]: Il saggio propone una lettura di alcune forme di governo parlamentari del secolo scorso (in particolare di Francia e Germania), nel tentativo di cogliere utili elementi per una riflessione complessiva del parlamentarismo.

**ABSTRACT** [ENG]: *The essay proposes a reading of some forms of parliamentary government of the last century (in particular of France and Germany), in an attempt to grasp useful elements for an overall reflection of parliamentarism.*

**SOMMARIO:** **1.** Introduzione. – **2.** La Costituzione francese del 1946. – **3.** La Legge Fondamentale di Bonn: un modello perfetto di razionalizzazione del parlamentarismo con-temporaneo? – **3.1.** Il Parlamento federale. – **3.2.** Il ruolo del Presidente federale. – **3.3.** Cancelliere e Governo federale. – **3.4.** Il Bundesverfassungsgericht. Cenni. – **4.** Alcune considerazioni sulla forma di governo della Repubblica Federale Tedesca. – **5.** Pluripartitismo temperato e ruolo dell'opposizione nel Cancellierato tedesco. – **6.** Su alcune contraddizioni del parlamentarismo razionalizzato tedesco.

## 1. Introduzione.

Nel periodo compreso tra le due guerre mondiali ed in concomitanza con la fine di Weimar, i regimi liberali europei entrano definitivamente in crisi.

Il forte senso di libertà e la fiducia negli istituti rappresentativi, radicati in una base sociale sostanzialmente omogenea, permettono ad alcune democrazie occidentali, quali quella inglese, quella dei Paesi Bassi, della Scandinavia e della Svizzera, di non farsi travolgere completamente dai drammatici eventi.

Nei movimenti di 'resistenza' contro l'oppressione nazista e fascista e quindi nell'ambito degli Stati assoggettati ai regimi totalitari<sup>1</sup> primeggia l'idea politica di una 'forma di governo democratico' che prenda in esame, questa volta, i rimedi per ovviare alle cause di debolezza dei precedenti regimi. Tuttavia, i principi che si affermano non possono essere considerati del tutto nuovi, rispetto all'esperienza parlamentare passata.<sup>2</sup> Emblematico è l'esempio del Comitato di Liberazione di Algeri, principale organo della resistenza francese, dedito più degli altri alla predisposizione di piani che garantissero un assetto costituzionale libero alla Francia nel futuro, ebbe come schema di riferimento, senza peraltro discostarsene più di tanto, il regime parlamentare legato alla propria tradizione. Ciò è facilmente spiegabile. Fra un sistema parlamentare, quello della III Repubblica, che l'esperienza aveva dimostrato instabile e caotico e regimi che avevano garantito un alto tasso di democraticità, calati in ambiti socio-culturali non solo profondamente diversi, ma soprattutto difficilmente riproducibili, la resistenza francese ha propeso per il primo. D'altra parte, di fronte ad un regime presidenziale con rigida separazione tra potere legislativo e potere esecutivo e un regime direttoriale che impediva uno svolgimento lineare dell'indirizzo politico, solo il parlamentarismo avrebbe potuto coordinare i vari poteri di cui lo Stato contemporaneo necessitava. Naturalmente occorre

---

<sup>1</sup> Questo il destino di Italia, Germania e Giappone, Paesi sconfitti nella seconda guerra mondiale. Spagna e Portogallo, anche essi oppressi dai regimi di Franco e Salazar, non parteciparono del conflitto bellico, dovranno attendere gli anni '70 per il loro ritorno nell'alveo delle democrazie.

<sup>2</sup> Cfr. MORTATI, *Lezioni sulle forme di governo*, Padova, 1973.

congegni di perfezionamento finalizzati al perseguimento di soddisfacenti risultati similmente a quelli garantiti dal bipartitismo anglosassone.

Pur avendo ben presenti le Costituzioni del primo dopoguerra, i testi elaborati dopo il secondo conflitto mondiale, molto simili fra loro, fortemente influenzati dalla dottrina costituzionalistica del tempo<sup>3</sup> e impostati, ancora una volta, sulla linea razionalizzatrice, adottarono meccanismi che nelle intenzioni degli estensori avrebbero dovuto accrescerne la stabilità. Tuttavia, proprio perché i problemi da risolvere non erano di mera ingegneria costituzionale, ma richiedevano uno sforzo più complessivo e una revisione più dettagliata degli stessi presupposti del regime parlamentare, i testi costituzionali non sempre riuscirono nel loro nobile intento.

Nell'ambito di quella che avrebbe dovuto essere una nuova stagione della razionalizzazione, viene allontanato lo spettro weimariano, per le note e tragiche vicende a cui si faceva testé riferimento: una forma di governo parlamentare pluralistica nelle intenzioni dei costituenti, ma dualistica nella realtà, in quanto si risolse con la preminenza del Capo dello Stato sul Parlamento. L'obiettivo da perseguire, ora, era quello di assicurare al governo una maggiore stabilità, neutralizzando le potenziali crisi, il tutto però all'interno di un 'normale' e 'democratico' rapporto fra esecutivo e legislativo.

Dopo il secondo conflitto bellico, la razionalizzazione delle istituzioni parlamentari, più penetrante e meglio indirizzata a garantire tanto la democraticità quanto un efficiente sistema di governo, si manifesta attraverso due principali filoni. Il primo è caratterizzato dalla Costituzione francese del 1946, da quella italiana del 1948, dalla Legge Fondamentale della Repubblica Federale Tedesca del 1949 e dalla Costituzione danese del 1953. Il secondo filone, invece, riguarda le costituzioni di più recente adozione fra le quali distinguiamo quella svedese del 1975 e, per le vicende particolari dei relativi Paesi, la Costituzione greca del 1975, la portoghese del 1976 e, infine, quella spagnola del 1978. Alcune delle costituzioni europee, nel contempo, ispirate a un parlamentarismo puro non razionalizzato, subiscono profonde trasformazioni (Paesi Bassi, Norvegia).

---

<sup>3</sup> Cfr. BISCARETTIDIRUFFIA, *Diritto costituzionale*, Napoli, 1986.

Caratteristica pressoché comune ai tentativi di razionalizzazione delle costituzioni del secondo dopoguerra è la tendenza equilibratrice. Secondo tale tendenza era necessario far intervenire, accanto al legislativo e all'esecutivo – posti ora in una situazione ben diversa rispetto alle antiche concezioni moniste – non solo il Capo dello Stato, in qualità di organo di controllo e di coordinamento, ma anche il corpo elettorale, dotato di un potere decisionale effettivo, nei casi limite, sulle più importanti attività istituzionali. Nell'ambito delle forme di governo parlamentari contemporanee vengono altresì concepiti puntuali attribuzioni di garanzia al Capo dello Stato e alla Corte costituzionale, ai quali sono riconosciuti compiti di mediazione fra i potenziali conflitti fra i poteri dello Stato, impedendo, così, il verificarsi di effetti distruttivi paragonabili a quelli manifestatisi tra le due guerre mondiali.<sup>4</sup>L'impostazione ampiamente pluralistica facilita il superamento della forma di governo parlamentare classica, dualistica e razionalizzata, ma tutta incentrata sul perseguimento dell'obiettivo monista.<sup>5</sup>

Con riguardo agli aspetti attraverso i quali si manifesta questa nuova ondata di razionalizzazione, deve essere presa in considerazione, in primo luogo, la figura del *Premier* che, nella sua qualità di capo politico della maggioranza parlamentare, 'determina' l'indirizzo politico e si distingue dai singoli ministri nell'ambito dell'organizzazione interna del Governo. In secondo luogo, si tende a escludere, generalmente, che al voto di sfiducia debba essere riconosciuta la portata di un voto contrario, da parte del Parlamento, nei confronti dei progetti di legge presentati dall'esecutivo. Contemporaneamente sono previsti sia una maggiore e migliore disciplina dei casi di scioglimento – evitandone l'utilizzo arbitrario per piegare in modo autoritario la volontà del Parlamento – che una delimitazione abbastanza puntuale dei poteri e delle funzioni del Presidente della Repubblica, impedendogli così di assumere una posizione politica autonoma in palese contrasto con la maggioranza parlamentare. Infine si segnala la scelta fra il sistema unicamerale e quello bicamerale e, in questa ipotesi, la struttura e la tipologia della seconda camera. In base a tale orientamento – comprendente elementi che potenzialmente potrebbero

<sup>4</sup> Cfr. CHIMENTI, *Introduzione alla forma di governo italiana*, Rimini, 1985.

<sup>5</sup> Cfr. MIRKINE-GUETZÉVICH, *Le régime parlementaire dans les récentes Constitutions européennes*, in ReIDC, 4, 1950, p. 605.

incidere sul rapporto fiduciario Parlamento-Governo – la razionalizzazione dello schema dà vita ad una contaminazione fra regime parlamentare e forma presidenziale. Valga per tutte l'ipotesi in cui è prevista contestualmente l'elezione diretta del Capo dello Stato e la garanzia, però, tanto dell'autonomia costituzionale del Governo quanto del rapporto fiduciario di esso con il Parlamento.

A tal proposito va detto che gli 'sconvolgimenti' subiti dalla Costituzione di Weimar attestano inequivocabilmente come una tale commistione di elementi appartenenti a realtà istituzionali diverse, non dà origine ad una distinta forma di governo rispetto a quella originaria, poiché l'evoluzione nel tempo delle varie situazioni politiche, sociali e istituzionali favoriscono, in modo ciclico, il prevalere di questa o quella forma di governo.<sup>6</sup>

Tuttavia, l'attenzione mostrata dai costituenti alla disciplina dei rapporti Parlamento-Governo è stata assai ampia. Infatti nelle costituzioni più recenti si evidenzia particolarmente la disciplina del rapporto di fiducia nella sua tripartizione investitura del Governo, mozione di fiducia e questione di fiducia.<sup>7</sup>

Il processo di razionalizzazione, influenzato dall'adozione di diversi sistemi elettorali oltre che, ovviamente, dal contesto politico e sociale in cui si inserisce, presenta ampiezza ed effetti assai diversi a seconda dei Paesi considerati. Particolarmente limitato e debole risulta in Italia;<sup>8</sup> al contrario, nella IV Repubblica francese e in Germania, nonostante siano applicati meccanismi di razionalizzazione dei rapporti Governo-Parlamento abbastanza simili, i risultati ottenuti sono fra loro contrapposti.

Dunque la razionalizzazione del regime parlamentare, già collaudata dopo la prima guerra mondiale con alterne fortune, viene rilanciata con maggiore enfasi ma,

---

<sup>6</sup> Ben presente è la delusione derivante dagli aridi schemi normativi razionalizzati, la cui motivazione deve essere ricercata nel fatto che la natura dei rapporti fra poteri costituzionali è tale che "le relative formule organizzative tanto astratte quanto logicamente rifinite" hanno poca rilevanza nella loro disciplina. Fondamentale è, invece, il solido contenuto offerto alla forma di governo da una base sociale omogenea. Da essa, e solo da essa, emaneranno quelle norme in grado di assicurare un buon funzionamento ai suddetti rapporti, perché capaci di rinnovarli nella sostanza. Cfr. MORTATI, *Lezioni sulle forme di governo*, cit.

<sup>7</sup> Cfr. PENSOVECCHIOLIBASSI, *Recenti costituzioni europee*, Palermo, 1979; ID., *Gli organi di governo nelle costituzioni europee degli anni 1975-1978*, Torino, 1988.

<sup>8</sup> Cfr. D'ANDREA, *La razionalizzazione della forma di governo italiana: ordinamenti stranieri e prospettive della riforma costituzionale*, in S. GAMBINO (a cura di), *Democrazia e forma di governo. Modelli stranieri e riforme costituzionali*, Rimini, 1997

questa volta, con la certezza di creare una migliore stabilità governativa attraverso un più rigido controllo della dinamica dei rapporti fra legislativo ed esecutivo. Sarà, tuttavia, il clamoroso fallimento dell'esperienza della IV Repubblica ad indurre la dottrina a ricredersi sulle "virtù taumaturgiche di tale ingegneria costituzionale".<sup>9</sup>

Per quanto riguarda la Legge Fondamentale di Bonn, memori dell'inefficienza dei complessi meccanismi weimariani, i costituenti mettono in atto congegni di stabilizzazione dai quali non poteva che originarsi un parlamentarismo razionalizzato efficiente, vitale ed equilibrato.<sup>10</sup> Essi, unitamente a fattori politici favorevoli, contribuiscono a garantire la *leadership* al Cancelliere, che riveste un ruolo prevalente ed egemone senza con ciò mutilare i poteri di intervento del Parlamento. Ma piuttosto che limitarsi ad esprimere apodittici giudizi di valore sulle forme di governo del secondo dopoguerra, ci sembra più interessante tentare di spiegarne e comprenderne i relativi contesti.

Nel periodo compreso fra il 1946 e il 1949 le carte costituzionali francese, italiana e tedesca tentarono di rinverdire il parlamentarismo razionalizzato con scelte opzioni e, si vedrà, risultati assai diversi.<sup>11</sup>

Elaborata sulla scorta dei forti contrasti della III Repubblica, il cui fallimento è da ascrivere alla instabilità governativa causata dal parlamentarismo ambiguo e confusionario introdotto dai testi costituzionali del 1875,<sup>12</sup> la Costituzione francese del 1946 resta indubbiamente la più discussa ed emblematica nel panorama politico-istituzionale del tempo. E nonostante il ricorso a congegni istituzionali tutti finalizzati a rafforzare la stabilità ministeriale quali, ad esempio, il previsto scioglimento dell'Assemblea in caso di due consecutive crisi nel corso di 18 mesi, la IV Repubblica non riuscì efficacemente a fronteggiare i suoi problemi.<sup>13</sup> Infatti se si considera che nel corso della III Repubblica e precisamente dal 1875 al 1940 si succedettero in Francia ben 100 governi della durata media di otto mesi ciascuno e se si considera, altresì, che nei dodici mesi di vita della IV Repubblica, dal 1946 al 1958,

<sup>9</sup> Cfr. MIRKINE-GUETZÉVICH, *L'échec du parlementarisme 'rationalisé'*, cit.

<sup>10</sup> Cfr. ZORZI GIUSTINIANI, *Forma di governo e disciplina dell'economia nell'evoluzione del pensiero di Costantino Mortati*, in *Dir. Soc.*, 1995.

<sup>11</sup> Cfr., a tal proposito, De VERGOTTINI, *Diritto costituzionale comparato*, Padova, 2019.

<sup>12</sup> Cfr. BURDEAU, *Manuel de droit constitutionnel*, Parigi, 1997.

<sup>13</sup> Cfr. CUOCOLO, *Il difficile cammino della Costituzione francese*, in *Civitas*, 7-8, 1954.

si ebbero 24 governi con una durata media di sei mesi, ne possiamo concludere che la IV Repubblica anche “se non aggravò i suddetti problemi, di certo non vi pose rimedio”.<sup>14</sup>

Una prima sommaria conclusione che può trarsi è che la razionalizzazione del rapporto di fiducia, al fine di assicurare la governabilità, rappresenta una condizione necessaria ma non sufficiente. Una simile valutazione potrebbe applicarsi pedissequamente alla stessa esperienza italiana, le cui crisi di governo, come è noto, sono state tutte di tipo extraparlamentare piuttosto che frutto dei meccanismi previsti dall’art. 94 Cost., anche se spesso camuffate dai dibattiti in Parlamento.<sup>15</sup>

Per quanto riguarda il regime parlamentare tedesco, per anticipare in parte conclusioni successive, la sua stabilità sembra essere garantita più che dal rapporto di fiducia disciplinato costituzionalmente, dal sistema elettorale e dal contesto nel quale le forze politiche agiscono.

## **2. La Costituzione francese del 1946.**

Che la Costituzione francese del 1946 preveda una razionalizzazione ampia della forma di governo parlamentare è innegabile.

Il processo formativo che, nel 1946, ha portato in Francia all’adozione di una nuova Costituzione presenta, come principale caratteristica, un elevato grado di mutabilità. Il primo progetto, infatti, approvato da una apposita Assemblea Costituente, ricevette la netta opposizione nel referendum popolare ma, soprattutto, dal “movimento repubblicano popolare” radicalmente contrario al sistema unicamerale previsto nel progetto stesso. Esito migliore ebbe il nuovo progetto approvato da una nuova Assemblea Costituente.

Approvata così nell’ottobre del 1946 con referendum popolare ed entrata immediatamente dopo in vigore, la nuova Costituzione francese subì, tanto nel 1954

---

<sup>14</sup> Cfr. MENDÈSFRANCE, *La repubblica moderna*, Torino, 1963, p. 83

<sup>15</sup> Cfr. BARILE, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1987; BALBONI, D’ADDABBO, D’ANDREA, GUIGLIA, *La difficile alternanza. Il sistema parlamentare italiano alla prova, 1985-1987*, Milano, 1988; D’ANDREA, *Accordi di governo e regole di coalizione: profili costituzionali*, Torino, 1991; D’ANDREA (a cura di), *Verso l’incerto bipolarismo. Il sistema parlamentare italiano nella transizione 1987-1999*, Milano, 1999.

quanto negli anni compresi fra il 1957 e 1958, svariati tentativi di revisione, tutti miranti alla organica riforma sia della forma di governo che del sistema elettorale.

Tale tipo di instabilità e variabilità conferma una tradizione che ha sempre caratterizzato l'esperienza francese, segnata da numerosi mutamenti costituzionali e, conseguentemente, da Costituzioni di breve (o brevissima) durata. Paradossalmente, l'unica Carta, quella del 1875, che era stata voluta con il carattere della provvisorietà – ed in quanto tale incompleta ed inorganica – fu quella destinata a durare più a lungo.

La oggettiva sproporzione, invece, tra l'obiettivo di garantire un efficiente sistema parlamentare dotato di una direzione politica stabile e gli strumenti limitati ed insufficienti utilizzati a tal fine, perché non compatibili con il principio della sovranità del Parlamento, rappresenta la caratteristica tipica della forma di governo instauratasi con la Costituzione del 1946.

L'obiettivo, quello di frenare il predominio dell'assemblea rappresentativa, si rivelò perseguito solo in maniera teorica, soprattutto quando si osserva il bicameralismo francese: esso più che 'paritario' si dimostrò, sostanzialmente, 'diseguale'. Tale incongruenza venne maggiormente evidenziata nel momento in cui i Costituenti, nel tentativo di qualificare le due Camere, utilizzarono il termine omnicomprensivo di Parlamento, volendo intendere, ovviamente, il perseguimento di un obiettivo di assoluta parità fra i due rami e non già, come nei fatti è accaduto, la circostanza per cui l'esclusività del potere decisionale risiedesse, in maniera riservata, nella prima Camera.

Una spiegazione a questo tipo di contraddizione può essere data dal fatto che i francesi, secondo un loro tipico *esprit de géométrie*,<sup>16</sup> vedevano nel predominio dell'assemblea rappresentativa l'espressione diretta del principio della sovranità popolare, principio postulato come valore assoluto.<sup>17</sup>

Un cenno, ora, alla regolamentazione degli organi costituzionali. Il Presidente della Repubblica, come è noto, è eletto non dalla sola Camera rappresentativa

---

<sup>16</sup> Cfr. MORTATI, *Lezioni sulle forme di governo*, cit.

<sup>17</sup> Interessanti, a tal proposito, sono anche le vicende relative alla evoluzione della giustizia costituzionale in Francia e del difficile rapporto fra la legge, espressione della volontà generale, e la Costituzione, norma fondamentale dell'ordinamento giuridico francese. Cfr., per tutti, GAMBINO, *Sistema delle fonti e controllo di costituzionalità in Francia*, Torino, 1987.

(l'Assemblea Nazionale) come in passato ma dal Parlamento o, meglio, dalle due Camere in seduta comune. Eletto per sette anni, a maggioranza assoluta dei componenti, al Presidente sono stati notevolmente ridotti i poteri rispetto alla III Repubblica. Infatti, vincolato alla scelta operata dall'Assemblea Nazionale, egli nomina il Presidente del Consiglio e i Ministri. I poteri esecutivi, come ad esempio la nomina di alcuni alti funzionari dello Stato, sono presidenziali solo formalmente; altri ancora, come l'emanazione dei regolamenti, la presentazione dei progetti di legge, la nomina di funzionari militari spettano, invece, al Presidente del Consiglio ed esigono, a pena di nullità, la sola firma del ministro competente. Lo stesso potere di grazia, tradizionalmente prerogativa del Capo dello Stato, secondo quanto prevede la Costituzione, è esercitato dal Consiglio Superiore della Magistratura.

Estese, al contrario, risultano le sue funzioni onorifiche; non a caso il Presidente della Repubblica presiede il Consiglio dei Ministri, il Comitato della Difesa Nazionale, il Consiglio Superiore della Magistratura, il Comitato Costituzionale e, infine, l'Unione Francese. Un emblematico esempio del suo ruolo essenzialmente protocollare è dato dal fatto che egli è il 'Capo dell'Armata', mentre al Presidente del Consiglio spettano tanto la direzione delle forze armate quanto il coordinamento della difesa nazionale. Infine, per ciò che concerne l'attività legislativa, il Presidente della Repubblica promulga le leggi ma ha un attenuato potere di veto sospensivo.

Il Parlamento è composto dall'Assemblea Nazionale e dalla seconda Camera, il Consiglio della Repubblica. Esso è eletto in base a un sistema che privilegia le regioni rurali e, quindi, le tendenze dei partiti conservatori che, dopotutto, ne avevano, in passato, sostenuto la nascita, opponendosi, insieme al centro, all'unicameralismo sostenuto dalle sinistre. Sostituitosi al precedente Consiglio dell'Unione Francese, il Consiglio della Repubblica ampliò notevolmente i suoi poteri decisionali, anche se permane, come si diceva, una sostanziale diseguaglianza rispetto a quelli attribuiti all'Assemblea. Ricordiamo, tra questi, la partecipazione all'elezione del Presidente della Repubblica, l'elezione dei tre membri che compongono il Comitato costituzionale, l'elezione di un terzo dei membri dell'Assemblea dell'Unione Francese, la partecipazione al procedimento di revisione costituzionale attraverso l'individuazione delle leggi che debbono essere sottoposte al Comitato Costituzionale.

Il controllo di costituzionalità, promosso dal solo Consiglio della Repubblica, essendo di natura politica, presenta una portata assai limitata se si considera il suo carattere sussidiario e soprattutto la brevità temporale entro cui è necessario prendere le decisioni sulle materie riguardanti la sola parte organizzativa della Costituzione.

Prima della revisione del 1954, volendoci riferire alla competenza attiva in materia legislativa, il Consiglio della Repubblica aveva solo un potere di veto sospensivo (nel senso che una volta espresso parere difforme, l'Assemblea si vedeva costretta a riesaminare un determinato progetto di legge, decidendo "definitivamente e sovraneamente"). Le condizioni appena evidenziate, cui è sottoposto il diritto di veto del Consiglio della Repubblica ne dimostrano l'inconsistenza pratica nell'ostacolare la decisione dell'Assemblea Nazionale.

L'iniziativa legislativa, eccezion fatta per la materia finanziaria, spetta esclusivamente ai membri del Consiglio della Repubblica (o senatori), anche se l'assenza di una decisione presa dall'organo nel suo complesso fece sì che tale diritto di iniziativa rimanesse praticamente lettera morta. La competenza legislativa passiva, al contrario, permetteva al governo di presentare i progetti di legge all'Assemblea Nazionale, piuttosto che al consiglio della Repubblica.

Con la revisione posta in essere ed entrata in vigore nel 1954, i poteri del Consiglio della Repubblica, nell'ambito legislativo, vengono decisamente ampliati, ed in base ad essi i progetti di legge vengono adottati dalla prima Camera e poi trasmessi all'altro ramo del Parlamento. Ciò consente, in primo luogo, di dare un peso maggiore ai progetti di legge dei membri del Consiglio e, in secondo luogo, di presentare tutti i progetti di legge tanto al Consiglio quanto all'Assemblea. Inoltre, ed infine, l'effettivo potere di veto sospensivo conferito al Consiglio favorisce lo svolgimento di una sana ed efficace funzione politica di opposizione/riequilibrio rispetto all'Assemblea.

Nell'ambito dei rapporti fra Assemblea Nazionale e Governo importanti sono, a nostro avviso, l'investitura del Governo, la revoca dello stesso e lo scioglimento dell'Assemblea.

Riguardo alla formazione del governo, l'art. 45 Cost. stabilisce l'investitura a maggioranza assoluta del Presidente della Repubblica da parte dell'Assemblea

Nazionale, previa designazione del Presidente della Repubblica. Dotato di una maggioranza parlamentare solida e di una posizione di supremazia all'interno del Governo, rafforzata dalla fiducia espressa tanto sulla sua persona quanto sul suo programma, il primo ministro assume da un punto di vista teorico una forte posizione garantita proprio dai meccanismi appena citati.

Nella realtà, però, il Presidente del Consiglio, nonostante le fiducie ottenute all'interno di un Parlamento fortemente frazionato, perché frutto di un multipartitismo estremo, difficilmente riusciva a formare una compagine governativa che non fosse eterogenea e fragile e, di conseguenza, facilmente 'costringibile' alle dimissioni.

Da qui la necessità, nel 1954, di approvare una revisione, denominata *reformette*,<sup>18</sup> tutta incentrata sulla sua idoneità a garantire governi più stabili. Ma l'involuzione assembleare del regime, dato il contesto storico, politico e sociale, è inevitabile ed a nulla sono valsi ritocchi e riforme. Comunque, la revisione del '54 stabiliva che il Presidente del Consiglio e i Ministri fossero congiuntamente sottoposti al voto di fiducia per il quale era previsto però il raggiungimento della soglia della sola maggioranza semplice.

La Costituzione del 1946, oltre a distinguere la posizione del Presidente del Consiglio da quella dei singoli ministri, individua dei complicati congegni in base ai quali si sarebbe dovuta garantire la stabilità dell'esecutivo. Infatti, la nomina del Presidente del Consiglio e su sua scelta dei ministri, avviene successivamente a 'voto di investitura', relativo alla persona e al suo programma politico, espresso dall'Assemblea Nazionale a maggioranza dei suoi membri. Si risolve così in una fiducia condizionata alla designazione di ministri graditi alla maggioranza parlamentare.

Solo il Presidente, dunque, deve ricevere la fiducia, non il governo considerato nel suo complesso.

Tuttavia, la designazione e l'investitura del Presidente non necessariamente implica la sua riuscita nella costituzione del ministero e, quindi, nell'accordo relativo alla scelta dei ministri. Inoltre l'art. 48 della Costituzione prevede che – nonostante la

---

<sup>18</sup> Cfr. CHIMENTI, Introduzione alla forma di governo italiana, cit.

suddetta preminenza del Presidente nei confronti dei ministri – la responsabilità della politica generale del Gabinetto sia di tipo collegiale. Il potere di direzione politica viene così attribuito, non senza una qualche contraddizione, al governo nel suo complesso.

La revisione del 1954 favorisce la formazione del governo accrescendone la relativa stabilità attraverso l'eliminazione di un voto di fiducia determinato dalla maggioranza assoluta dell'Assemblea. La fiducia stessa, altresì, non è attribuita alla sola persona del Presidente del Consiglio e al suo programma ma all'intero esecutivo.

Per ciò che concerne la revoca del governo e, di conseguenza, il problema della sua stabilità, la Costituzione della IV Repubblica si è avvalsa di congegni 'razionalizzati'. A tal proposito è opportuno menzionare, almeno, la questione di fiducia posta dal Governo e la mozione di censura proveniente dall'Assemblea. Entrambe, da strumenti di verifica della solidità della maggioranza, da utilizzarsi, quindi, con cautela, rispetto alle ordinarie procedure costituzionali, divengono momenti di aspro scontro fra maggioranze labili e minoranze prevaricatrici, sfociando sistematicamente in crisi di governo.

Ora, la suddetta questione di fiducia dà luogo in Francia alla prassi delle 'pseudoquestioni di fiducia', nel senso che il Governo non pone delle questioni sull'indirizzo politico generale, ma su singoli e parziali aspetti di esso. Ciò, mentre da una parte facilita apparentemente l'azione dell'esecutivo, perché permette ad esso di far valere la sua volontà su misure sì singole, ma giudicate indispensabili per il perseguimento di determinate questioni, dall'altra giova sicuramente alla sua stabilità, ottenendo un sostegno frammentato ma ripetuto nel tempo. Ma a causare l'inefficienza di una tale regolamentazione sta il fatto che il governo, in conformità ai principi del sistema parlamentare, si dimette anche in presenza di un voto contrario della sola maggioranza relativa dell'Assemblea, ritenendo di non potere espletare le sue funzioni quale governo minoritario.

Una situazione del tutto simile – se si eccettua il potere di iniziativa spettante qui al singolo deputato – si riscontra per ciò che riguarda la mozione di censura che, anche se votata a maggioranza relativa, implica in ogni caso l'obbligo di dimissioni del governo.

L'efficacia pratica dei suddetti meccanismi di razionalizzazione o, meglio, congegni volti alla stabilità del governo, si è dimostrata molto limitata, se si considera che le crisi di governo riscontrate erano del tipo extraparlamentare ovvero derivanti da un singolo voto contrario della maggioranza relativa dell'Assemblea.

Di particolare rilievo, inoltre, è che la suddetta regolamentazione della questione di fiducia e della mozione di censura contribuisce a paralizzare l'istituto dello scioglimento dell'Assemblea, opzione di fondamentale importanza nel favorire la stabilità di governo proprio nell'ambito dei sistemi parlamentari, perché in grado di attenuare la preminenza dell'Assemblea rappresentativa.

Il potere di scioglimento, disciplinato dalle rigide condizioni dell'art. 5, al fine di impedirne un uso arbitrario da parte del Governo, spetta al Consiglio dei Ministri previo parere formale del Presidente della Repubblica. Si tratta, quindi, di uno scioglimento di tipo 'governativo' le cui modalità ne rendono assai difficoltoso l'impiego. Non a caso le condizioni prescritte sono il verificarsi di due crisi ministeriali nell'arco di 18 mesi e non prima che siano trascorsi almeno 18 mesi dall'inizio della legislatura. Se a ciò si aggiunge la non osservanza della regola della maggioranza assoluta ed il verificarsi di crisi extraparlamentari piuttosto che parlamentari, si comprende meglio la non operatività dello scioglimento previsto dalla Costituzione del 1946. Tale istituto è così minuziosamente circoscritto da diventare una sorta di *boomerang* per il Governo.<sup>19</sup> Non a caso l'unico scioglimento anticipato che si verifica nel periodo di vigenza della Costituzione del 1946 è quello che si verifica verso la fine di quell'esperienza, nel 1955, per volontà dell'allora Primo Ministro Faure.<sup>20</sup> Sarà, in particolare, l'inefficacia di tale istituto ad affermare progressivamente la tendenza assembleare del regime del '46. Tale tendenza non sarà eliminata neppure dalla revisione del 1954, in quanto in essa era previsto che in caso di scioglimento restava in carica il governo che l'ha disposto, nella sua composizione originaria. In passato, al contrario, nel caso di scioglimento la Costituzione disponeva la permanenza nella carica, per gli affari correnti, del Gabinetto, eccezion fatta per il

---

<sup>19</sup> Cfr. ZORZIGIUSTINIANI, Forma di governo e disciplina dell'economia nell'evoluzione del pensiero di Costantino Mortati, cit.; CECCANTI, La forma di governo parlamentare in trasformazione, Bologna, 1997.

<sup>20</sup> Cfr. CHIMENTI, Introduzione alla forma di governo italiana, cit.; VOLPI, Le forme di governo contemporanee tra modelli teorici ed esperienze reali, in GAMBINO (a cura di), Democrazia e forma di governo, cit.;

Presidente del Consiglio e per il Ministro degli Interni, obbligatoriamente rimpiazzati dal Presidente dell'Assemblea e da un soggetto indicato d'accordo con il *Bureau* dell'Assemblea stessa.

La tendenza rigidamente assembleare della IV Repubblica francese può essere individuata non solo nel rapporto di fiducia tra Assemblea e Governo, così come è stato appena delineato, ma anche nelle questioni riguardanti il settore legislativo e, in particolare, la delegazione legislativa, da ritenersi sempre più necessaria in uno Stato, quale quello contemporaneo, fondato sempre di più sulla consapevolezza dell'intervento pubblico nei diversi settori della vita economica e sociale del Paese. Ebbene, la Francia del tempo non riconosce la potestà di delegazione legislativa in attuazione di due fondamentali principi, appartenenti alla tradizione giuridica occidentale ma ben presenti nella dottrina d'Oltralpe a partire dalla Rivoluzione del 1789. In primo luogo la circostanza secondo cui *delegata potestas non potest delegari*, cioè il Parlamento, nella sua qualità di delegato del corpo elettorale, non può delegare i propri poteri ad altri soggetti e, in secondo luogo, la legge, manifestazione assoluta della sovranità nazionale, può essere l'esclusiva espressione del Parlamento. In base a tale circostanza la Costituzione del 1946, all'art. 13, esclude espressamente, come già si diceva, la possibilità di delegazione legislativa. Naturalmente la delegazione verrà esercitata in parte comunque, ma in presenza di un divieto espresso in Costituzione, la sua realizzazione finisce, quanto meno, per non garantire i diritti dei singoli costituzionalmente riconosciuti. La stessa questione della potestà legislativa, condizionata dalla pregiudiziale ideologica compendiata nella nota formula la *loi expression de la volonté generale*, non viene affatto risolta dal costituente del 1946.<sup>21</sup>

La prassi parlamentare e governativa saprà ovviare al divieto di delegazione legislativa sancito dall'art. 13, ricorrendo alle formule più disparate che anticiperanno le soluzioni più organiche offerte dalla Costituzione della V Repubblica del 1958.<sup>22</sup>

---

<sup>21</sup> Cfr. CARRÉDEMALBERG, *La loi expression de la volonté generale*, cit.; GAMBINO, *Sistema delle fonti e controllo della costituzionalità in Francia*, cit.; D. AMIRANTE, *Giudice costituzionale e funzione legislativa: l'esperienza francese*, Padova, 1991.

<sup>22</sup> Cfr., a tal proposito, CECCANTI, *La forma di governo parlamentare in trasformazione*, cit.; D. AMIRANTE, *Brevi note sul semi-presidenzialismo 'alla francese': le difficoltà di esportazione di un modello di successo*, in GAMBINO (a cura di) *Democrazia e forma di governo*, cit., p. 189.

La prima consisteva nel c.d. 'decreto legge', inteso sia come autoabilitazione del governo ad emanare atti aventi forza di legge in caso di necessità, sia come autorizzazione al governo da parte del Parlamento per l'emanazione di atti capaci di derogare o abrogare precedenti disposizioni di legge. Il secondo percorso seguito riguardava le leggi-quadro, cioè apposite leggi in cui il Parlamento fissava i principi ed i criteri generali su una data materia, affidandone poi al Governo lo svolgimento della disciplina mediante l'emanazione di norme aventi anch'esse valore di legge. Infine, l'ultimo via consisteva nell'autorizzazione del Parlamento al Governo ad emanare regolamenti capaci di modificare e integrare le disposizioni della legge ordinaria. In tal caso però la legge, consentendo al regolamento di modificare le sue disposizioni, diveniva essa stessa regolamento, producendo una sorta di meccanismo di autodelegificazione. A far sì che nella prassi francese il potere regolamentare equivalesse sostanzialmente ad una vera e propria delegazione legislativa stava senz'altro la scarsa rilevanza assunta, nell'ambito della Costituzione del 1946, del principio della riserva di legge, nonché la pressoché inesistenza di un controllo di costituzionalità che, come è noto, in quella esperienza, riguardava esclusivamente la parte organizzativa e non quella concernente i diritti individuali.

A completare il modello di parlamentarismo della IV Repubblica francese del 1946 concorrono gli organi ausiliari e, fra questi, il Consiglio Economico ed il Comitato Costituzionale. Espressione di una tendenza innovatrice corrispondente alle nuove esigenze dello Stato contemporaneo, al Consiglio Economico sono riconosciute funzioni consultive in materia economica e sociale; esso finisce per svolgere una funzione di condizionamento effettivo su aspetti importanti dell'indirizzo politico determinati tanto dal Parlamento quanto dal Governo. Con riferimento, in particolare, al Parlamento, il Consiglio prende in esame non solo tutti i progetti di legge in materia economica e sociale, ad esclusione delle sole leggi di bilancio, ma anche tutte le convenzioni internazionali di carattere economico e sociale.

Nei confronti del governo al Consiglio Economico è riconosciuta la potestà di esprimere pareri sia obbligatori (tassativamente previsti in una serie di materie) che facoltativi, i quali possono essere richiesti dall'esecutivo ogni qual volta lo ritiene opportuno.

Il Consiglio Economico, che può essere considerata l'unica innovazione istituzionale della IV Repubblica rispetto alla precedente Costituzione – dando voce alle categorie professionali ed alle associazioni che tutelano gli interessi collettivi – rappresenta un soddisfacente tentativo di raccordo tra organi costituzionali ed articolazioni della società civile bisognosi di una tutela specifica in sede istituzionale. Tanto i poteri consultivi quanto quelli arbitrari conferiscono a questo organo “una funzione di condizionamento effettivo, anche se non decisivo, su importanti aspetti dell’indirizzo politico determinato dagli organi costituzionali attivi: Parlamento e Governo”.<sup>23</sup> Ma le disfunzioni del sistema parlamentare faranno dello stesso Parlamento una ‘cassa di risonanza’ delle tensioni politiche e dei conflitti sociali che caratterizzano il Paese nei primi anni ‘50, rendendo, di fatto, inefficace il ruolo del Consiglio Economico.

Fino all’entrata in vigore della Costituzione del 1875,<sup>24</sup> come è noto, la Francia aveva sempre escluso il controllo sulla costituzionalità delle leggi ordinarie considerandolo una contraddizione rispetto alla ‘volontà generale’ sovrana ed assoluta di cui la legge è unica depositaria. Ad impedire l’affermarsi non solo di un controllo formale ha contribuito, altresì, l’assoluto predominio del principio della sovranità del Parlamento. Con la Costituzione del 1946 viene ammesso un controllo sulle leggi approvate dall’Assemblea; si tratta di un blando controllo preventivo e astratto. Tale compito viene affidato al Comitato Costituzionale, apposito organo nel quale peraltro si riflette, vista la sua composizione, l’atteggiamento politico dell’Assemblea.

In realtà, come è stato, peraltro, autorevolmente sostenuto, non di vero e proprio controllo di costituzionalità si tratta, dovendosi più correttamente parlare di potere di rinvio all’Assemblea per una nuova deliberazione, similmente alle attribuzioni riconosciute, ad esempio nel nostro Paese, al Capo dello Stato.<sup>25</sup>

Sostanzialmente non del tutto diversa dalla forma di governo instaurata dalla Costituzione del 1875, soprattutto in relazione agli effetti derivanti dalla instabilità

---

<sup>23</sup> Cfr. MORTATI, *Lezioni sulle forme di governo*, cit., p. 78.

<sup>24</sup> Si potrebbe anche dire, fino all’entrata in vigore della Costituzione del 1946, che prevede un controllo di costituzionalità solo embrionale e del tutto atipico.

<sup>25</sup> Cfr. GAMBINO, *Sistema delle fonti e controllo della costituzionalità in Francia*, cit.

governativa, la IV Repubblica francese presenta una forma di governo parlamentare a fortissima tendenza assembleare. Ma se le due Costituzioni francesi (della III e della IV Repubblica), almeno dal nostro punto di vista, presentano una certa similitudine, possiamo considerare, però, assai gravi le conseguenze prodotte da quella del '46 in termini di instabilità, non foss'altro che per i tentativi di stabilizzazione ricercati mediante l'adozione di complesso meccanismi istituzionali. Ma mentre la III Repubblica – nonostante la sua nota instabilità governativa – riesce a realizzare un solido indirizzo politico grazie principalmente ad una base sociale omogenea, nella IV Repubblica l'instabilità governativa va ad intaccare profondamente l'organicità e la continuità dell'indirizzo politico.<sup>26</sup>

Tra le principali cause del fallimento dell'ultima esperienza parlamentare francese è opportuno menzionare, innanzi tutto, gli effetti controproducenti dei congegni che erano stati disposti al fine di garantire maggiore stabilità ed 'attenuare' il dominio dell'Assemblea sull'esecutivo. È appena il caso di sottolineare, comunque, che la stabilità governativa, nelle forme di governo parlamentari, non può essere fatta dipendere dalla stabilità dei soggetti chiamati a ricoprire funzioni pubbliche, bensì e prevalentemente, se non esclusivamente, dalla organicità e continuità dell'indirizzo politico. Di conseguenza, anche se un governo mantenesse la sua stabilità a lungo, ma fosse costretto, suo malgrado, a mutare spesso il suo indirizzo politico perché contraddittorie pronunce del Parlamento ne impediscono il regolare svolgimento, pur non causando le dimissioni, ciò non basterebbe a farci affermare, oltre ogni ragionevole dubbio, di essere in presenza di un esecutivo forte e stabile. Dunque, condizione necessaria ma sembra, anche sufficiente, per garantire la governabilità può essere considerata non già la predisposizione di meccanismi e complicati congegni formalmente intesi, quanto l'esistenza di una maggioranza parlamentare omogenea e non dilaniata da cronici e patologici contrasti interni. Da qui la causa profonda della crisi della IV Repubblica: una società eterogenea che si esprime attraverso forze politiche polverizzate e diverse, con finalità antitetiche. Il tutto, come si ricorderà, profondamente aggravato dalla situazione internazionale del tempo e, in

---

<sup>26</sup> Cfr. CECCANTI, La forma di governo parlamentare in trasformazione, cit.

particolare, dalla crisi in cui definitivamente entrano i rapporti fra la Francia e il suo antico 'impero' d'oltremare.

La revisione del 1954 avendo proceduto ad una modifica solo di determinati e particolari istituti senza mutarne, quindi il loro significato sostanziale, può essere considerata come un intervento a carattere essenzialmente marginale.

In definitiva e sulla scorta delle riflessioni dottrinarie ormai unanimemente concordi al riguardo, tanto le divisioni politico-sociali riflesse sulla composizione del Parlamento e sull'azione dei governi, quanto il principio della sovranità assoluta del Parlamento radicato nella tradizione francese, possono essere considerate le cause del fallimento della razionalizzazione nella IV Repubblica. Lo stesso Mortati, forse con eccesso, giudico addirittura controproducenti "i complicati congegni" predisposti dalla Costituzione del 1946.<sup>27</sup>

Tuttavia, sarà la fase ultima e più critica di tale fallimento ad alimentare nuove proposte relative alle modifiche dell'assetto costituzionale avanzate dalla dottrina d'Oltralpe.

A tal proposito Mendès-France, partendo da un sistema parlamentare fondato sul rapporto fiduciario Governo-Parlamento propose 'governi di legislatura' basati su accordi fra partiti dotati di un programma comune. L'eventuale rottura dell'accordo produceva necessariamente scioglimento automatico del Parlamento e nuove elezioni.<sup>28</sup>

Un modello di 'ibridazione' tra regime parlamentare e regime presidenziale ad elezione contemporanea dell'assemblea rappresentativa e del Presidente del Consiglio venne proposto da Duverger. Punto fermo sarebbe stato senz'altro il rapporto di fiducia Governo-Parlamento con dimissioni del primo nel caso di voto di sfiducia da parte del Parlamento che avrebbe, di conseguenza, dovuto procedere all'autoscioglimento, indicando nuove elezioni. Si trattava di un sistema ingegnoso, che prevedeva tanto la stabilità del Governo quanto il controllo del Parlamento, entrambi subordinati al verdetto popolare.<sup>29</sup> Non sembra, tuttavia, del tutto improbabile, che i risultati di un tale meccanismo avrebbero potuto disattendere le

<sup>27</sup> Cfr. MORTATI, *Lezioni sulle forme di governo*, cit.

<sup>28</sup> Cfr. MENDÈS-FRANCE, *La République moderne*, Paris, 1962.

<sup>29</sup> Cfr. DUVERGER, *La Repubblica tradita*, Roma, 1960.

aspettative, perché incapaci di risolvere quello che rappresenta il problema fondamentale delle democrazie contemporanee: una società eterogenea e divisa nell'ambito della quale, generalmente, il voto popolare altro non fa che riprodurre la situazione parlamentare preesistente, causa della precedente crisi.

Il precipitare degli eventi non favorì la realizzazione di una ulteriore riforma, rispetto alla quale la stessa dottrina continuava ad elaborare proposte e progetti,<sup>30</sup> Come è noto, nel 1958, mentre l'Assemblea Nazionale approvava una bozza di riforma costituzionale, il generale De Gaulle accetta la direzione del governo e vara una nuova Costituzione sottoposta, successivamente, a referendum. Si conclude, così, il parlamentarismo francese ed inizia, con la V Repubblica, una nuova era sotto il segno di quella che gli studiosi definiranno il semi-presidenzialismo 'alla francese'.<sup>31</sup>

### **3. La Legge Fondamentale di Bonn: un modello perfetto di razionalizzazione del parlamentarismo contemporaneo?**

Come è noto nel maggio del 1945, alla conclusione del secondo conflitto mondiale in Europa, il territorio tedesco viene suddiviso, ad opera delle potenze vincitrici, in zone di occupazione. In un primo momento la ripartizione comprende, ad occidente il Regno Unito di Gran Bretagna e gli Stati Uniti d'America e ad oriente l'Unione delle Repubbliche Socialiste Sovietiche; successivamente si darà vita ad una quarta zona, mediante suddivisione di quella occidentale, assegnata alla Francia.

Le funzioni di coordinamento delle quattro potenze occupanti spettava ad un Consiglio di Controllo Alleato che, in qualità di organo comune e paritetico, deliberava su ogni questione seguendo la regola dell'unanimità. Tuttavia, i forti dissensi fra gli alleati, aggravatisi con l'esplosione della guerra fredda ed il blocco di

---

<sup>30</sup> La dottrina del tempo era sostanzialmente divisa fra chi sosteneva la necessità di un superamento definitivo del parlamentarismo e l'adozione di un regime presidenziale sul modello statunitense (Vedel), chi, invece immaginava un nuovo parlamentarismo fondato su una più estesa competenza legislativa del governo (Philip) e chi, infine, propendeva per un ulteriore intervento razionalizzatore fondato sul voto di sfiducia costruttivo analogo al quello previsto nella Legge Fondamentale di Bonn e sul riconoscimento del potere di scioglimento al Presidente della Repubblica, su richiesta del Presidente del Consiglio, scioglimento possibile solo trascorsi i primi 18 mesi della legislatura (Gaillard).

<sup>31</sup> Cfr. D. AMIRANTE, Brevi note sul semi-presidenzialismo 'alla francese': le difficoltà di esportazione di un modello di successo, in GAMBINO (a cura di) *Democrazia e forma di governo*, cit., p. 189.

Berlino, misero in difficoltà il funzionamento del Consiglio di Controllo causandone la definitiva crisi nel 1948.

Di fronte al vasto problema di amministrare la suddetta divisione territoriale, le potenze occidentali promossero un processo che culminò nella restaurazione di entità statuali, i *Länder*, ai quali era stato fin d'allora riconosciuta la capacità di creare, successivamente, un patto federale che li riunisse.<sup>32</sup>

Dopo la Conferenza di Londra, i rappresentanti dei vari *Länder* vennero convocati in una assemblea con finalità costituenti. Espressione di una sola parte del popolo tedesco e consapevoli di svolgere una funzione costituente mediata, in ogni caso, dall'orientamento delle autorità militari che si riservavano il diritto di approvare il testo finale elaborato dal Consiglio, i componenti di tale assemblea rifiutarono di autodefinirsi Assemblea Costituente o Convenzione. Il testo cui diedero vita non fu denominato, infatti, Costituzione, bensì *Grundgesetz*, Legge Fondamentale, proprio per sottolineare il suo carattere di provvisorietà che chiaramente emerge, fra l'altro, dalla lettura del suo Preambolo.<sup>33</sup>

La maggioranza dei componenti durante i lavori svolti nel Consiglio Parlamentare, propendeva per una struttura statale centralizzata, mentre, come già si diceva, gli Alleati imposero un accentuato federalismo.

Nonostante risultasse difficoltoso raggiungere un ragionevole accordo, l'8 maggio del 1949 si giunge ad un compromesso e finalmente viene votato dal Consiglio Parlamentare il testo definitivo che viene sottoposto, per l'approvazione, alle Diete dei singoli *Länder* e successivamente promulgato, il 23 maggio del 1949, come 'Legge Fondamentale della Repubblica Federale di Germania'.

Da alcuni è stato osservato come, nonostante tutto, le circostanze in cui il nuovo testo venne alla luce furono singolarmente favorevoli: "rari sono i momenti, nella

---

<sup>32</sup> La struttura federale della Germania di Bonn, dunque, è il frutto da una parte della tradizione organizzativa di quel Paese ma, soprattutto, nasce da una vera e propria imposizione delle potenze vincitrici. Cfr., a tal proposito, C. AMIRANTE, *Diritti fondamentali e sistema costituzionale nella Repubblica federale Tedesca*, Cosenza, 1980.

<sup>33</sup> Il carattere di Costituzione in senso formale della Legge Fondamentale di Bonn non può essere negato per il fatto che tale testo non abbia assunto il *nomen juris* di Costituzione e si autodefinisca, nel suo Preambolo "Nuovo ordinamento per un periodo transitorio" che cesserà di avere vigore nel giorno in cui subentrerà una Costituzione approvata con libera deliberazione del popolo (art. 146). Invero il testo legislativo presenta tutti gli elementi sufficienti per la qualifica di Costituzione in senso formale. Cfr. ALPET, *Betrachtungen zum Bonner Grundgesetz*, in NSW, 1949.

storia di un Paese, in cui si producono condizioni favorevoli per introdurre riforme istituzionali adatte a migliorare il funzionamento dell'ordinamento statale. Uno di questi momenti si ebbe in Germania dopo la caduta del regime nazista".<sup>34</sup> Ciò conferma, ancora una volta, la validità del famoso aforisma *iln'y a que le provisoire qui dure!*<sup>35</sup>

A sottolineare, *ictu oculi*, la differenza rispetto al regime nazionalsocialista è, sicuramente, l'inclusione dei diritti fondamentali nel testo della Legge Fondamentale in una posizione di particolare rilievo, proprio all'inizio del documento. Evidente, in ciò, è la similitudine tra la Legge Fondamentale e la nostra Costituzione Repubblicana.<sup>36</sup>

Si deve però sottolineare, ancora una volta, che essa non è il risultato dell'esercizio di una piena sovranità del popolo tedesco poiché oltre ad essersi formata in regime di occupazione militare ed essere stata preventivamente approvata dagli Alleati, è stata anche costretta ad adottare una forma di federalismo del tutto sconosciuta affidandone la sua approvazione al preventivo assenso delle Diete dei *Länder*.<sup>37</sup>

La Legge Fondamentale di Bonn, così definita in attesa della riunificazione del popolo tedesco, ma che dal dicembre del 1990 possiamo serenamente definire la Costituzione della Germania unificata, adotta una forma di governo parlamentare razionalizzata la cui caratteristica principale è quella di garantire al Cancelliere una posizione determinante.<sup>38</sup>

<sup>34</sup> Cfr. ORTINO, *Riforme elettorali in Germania*, Firenze, 1970, p. 67.

<sup>35</sup> Cfr. GEORGE, *Une histoire de la République Fédérale Allemande*, Paris, 1971.

<sup>36</sup> La qual cosa non può stupire più di tanto, se si considera che entrambi i testi sono il frutto della medesima epoca storica, cioè l'uscita dei Paesi dalle tragiche vicende dei regimi totalitari e della guerra mondiale, rispetto alle quali si voleva assumere una posizione del tutto antitetica.

<sup>37</sup> Solo successivamente, nel 1967 e nel 1969, alcuni provvedimenti in materia economica e finanziaria tendono a riequilibrare il patto federativo a favore del *Bund*.

<sup>38</sup> Sulla problematicità di una definizione esaustiva della forma di governo tedesca cfr., fra gli altri, FORSTHOFF, *La Repubblica federale tedesca come stato di diritto e stato sociale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1956 e, infine, MANGIAMELI, *La forma di governo parlamentare. L'evoluzione nelle esperienze di Regno Unito, Germania ed Italia*, Torino, 1998. La riunificazione della Germania è avvenuta, come è a tutti noto, sotto forma di adesione dei cinque *Länder*, appositamente ricostituiti nel territorio della ex Repubblica Democratica Tedesca, alla Repubblica Federale, utilizzando quanto previsto dall'art. 23 LF, in luogo del procedimento di cui all'art. 146, che avrebbe richiesto una nuova costituzione da sottoporre all'approvazione dell'intero popolo tedesco. In pratica, la Legge Fondamentale è divenuta la Costituzione dell'intera Germania subendo minime modificazioni se si esclude quella della composizione del *Bundesrat* per garantire la rappresentanza dei governi dei nuovi *Länder*.

### 3.1. Il Parlamento federale.

Volendo passare ad analizzare gli organi sui quali è basata la forma di governo della Germania di Bonn, consideriamo, in primo luogo, la struttura dell'organo rappresentativo che, pur non essendo qualificato nella Legge Fondamentale con tale termine, prende comunemente il nome di Parlamento.

Come tutti gli Stati federali anche la Germania presenta un Parlamento bicamerale. L'organo rappresentativo del popolo è la Dieta Federale (*Bundestag*), composto da membri eletti direttamente a suffragio universale con una legge elettorale proporzionale 'corretta', per quattro anni; l'organo invece rappresentativo dei *Länder* (anzi in questo caso dei governi dei *Länder*) è il Consiglio Federale o *Bundesrat*.

Mentre il *Bundestag* è soggetto ad un rinnovamento totale periodico, fatto salvo il caso di scioglimento anticipato, il *Bundesrat* è un organo "che non muore mai",<sup>39</sup> nel senso che esso è rinnovato parzialmente ogni qual volta si verificano modificazioni nelle compagini governative di ciascuno dei *Länder*. Anche in Germania, come in tutte le esperienze federali, il costituente ha delineato un bicameralismo diseguale, in quanto la Legge Fondamentale riconosce al *Bundestag*, organo espressione diretta ed immediata della sovranità popolare, pienezza di poteri legislativi e di indirizzo politico, riservando al *Bundesrat* altre prerogative, pur rilevanti, ma non paragonabili, per qualità e quantità, a quelle.

Per ciò che concerne l'elezione dei membri del *Bundestag*, la Legge Fondamentale non prevede l'adozione di alcun sistema elettorale specifico e, in particolare, non costituzionalizza il sistema proporzionale, memore degli effetti negativi causati da una simile previsione nella Costituzione di Weimar. D'altra parte, lo scopo principale dei costituenti fu sempre quello di realizzare una ragionevole stabilità dell'esecutivo pensando a sistemi che eliminassero, gradualmente, i partiti minori e favorendo una loro costante concentrazione.

Il sistema elettorale prescelto riflette l'intento del legislatore di realizzare una *contaminatio* fra sistema uninominale maggioritario e proporzionale, cercando di

---

<sup>39</sup> Questa la brillante espressione utilizzata da LUCIFREDI, *Appunti di diritto costituzionale comparato. Il sistema tedesco*, Milano, 1990.

combinarne i relativi vantaggi e minimizzandone gli effetti indesiderati. Ma un ruolo notevole nella semplificazione degli schieramenti politici rappresentati al *Bundestag* è la ormai nota *Sperrklausel*, o clausola di sbarramento, che a partire dal 1961 ha lentamente consentito la riduzione dei partiti politici in lizza a tre (a partire dagli anni '90, quattro).

Tuttavia, nonostante prevalgano ampiamente gli aspetti proporzionalistici, rispondenti ad un criterio di maggiore giustizia, ma spesso non ad un criterio di efficienza e funzionalità, il sistema adottato in Germania conserva, rispetto a quello uninominale, il contatto diretto fra elettore ed eletto, nonché un certo margine di indipendenza del candidato dal partito. Ecco perché spesso molto opportunamente lo si indica con la formula rappresentanza proporzionale personalizzata.<sup>40</sup>

Similmente a quanto accade in altre esperienze, il *Bundestag* gode di una autonomia costituzionale che si manifesta, innanzi tutto, nella elezione del suo Presidente, normalmente scelto fra i parlamentari appartenenti al partito politico di maggioranza. Ma tale tradizione, che affonda le sue radici nel parlamentarismo classico, ha subito in Germania una certa attenuazione se si considera che contro le decisioni del *Bundestag* in ordine alla verifica delle elezioni dei suoi membri è possibile proporre ricorso al *Bundesverfassungsgericht*.

Il *Bundesrat*, la seconda Camera, rappresenta il *trait d'union* giuridico fra la federazione e i *Länder*. Si tratta dell'organo federale attraverso il quale si esprimono gli Stati membri del *Bund*. Infatti, secondo quanto dispone l'art. 50 LF, "attraverso il *Bundesrat* i *Länder* collaborano alla legislazione ed alla amministrazione del *Bund*".<sup>41</sup>In uno dei primi commenti alla Legge Fondamentale, Schmid (più tardi vice Presidente del *Bundestag*) sosteneva che "il *Bundesrat* è un fattore di elasticità all'interno della struttura complessiva del *Grundgesetz*. Esso può divenire un organo

---

<sup>40</sup> "...la metà dei membri del *Bundestag* è eletta in collegi uninominali con il sistema maggioritario (relativo), l'altra metà attraverso liste regionali (*Landeslisten*) con riparto proporzionale. In questo sistema combinato ogni elettore dispone di due voti. Il primo è destinato alla scelta tra i candidati dei collegi uninominali; il secondo a quello della lista, che è bloccata, per cui non è possibile esprimere alcun voto di preferenza. La *ratio* dei due voti (e dei due sistemi) è evidente: con il voto nei collegi l'elettore sceglie in base alla personalità dei candidati, mentre col voto alla lista opta per un partito". Cfr. MANGIAMELI, *La forma di governo parlamentare*, cit., p. 33 ed *ivi* l'ampia e articolata bibliografia.

<sup>41</sup> Il *Bundesrat*, come già si diceva, è composto dai rappresentanti dei governi dei *Länder*, nominati e revocati da essi. L'attenuazione del principio proporzionalistico, presente in Germania a tutti i livelli istituzionali, favorisce, peraltro, le regioni con minore popolazione.

operante in un senso assolutamente centripeto, se esso si considera come il completamento popolare del *Bundestag* e non come strumento di opposizione delle parti di fronte a tutto. Tuttavia, il presupposto di una tale evoluzione è che il principio federale venga inteso in senso associativo e non dissociativo e che l'interesse della parte non venga sentito se non come un riflesso dell'interesse generale".<sup>42</sup> Dunque, lo scopo era l'unità nella pluralità, scopo che può dirsi essere stato raggiunto in quella esperienza. In tal senso il federalismo e le sue istituzioni sono divenuti gli irrinunciabili pilastri angolari dello Stato di diritto, democratico e sociale, tedesco.

Come in ogni sistema parlamentare, al Parlamento federale sono affidate, oltre alla fondamentale attività legislativa, funzioni quali la determinazione dell'indirizzo politico ed il controllo sull'attività del Governo. La prima di tali funzioni, attribuita al solo *Bundestag*, si esplica, essenzialmente, attraverso l'elezione del Cancelliere ovvero nella mozione di sfiducia nei suoi confronti, come meglio si chiarirà nel prosieguo.

Riguardo alla discussione ed approvazione delle leggi federali occorre precisare che al *Bundesrat* viene riconosciuto – nell'ambito di un bicameralismo diseguale – un effettivo potere di veto sospensivo nei riguardi dei progetti licenziati dall'altro ramo del Parlamento. Si tratta, senza dubbio di un potere di veto assoluto anche se previsto esclusivamente per le norme riguardanti la struttura territoriale del *Länder*, le cc.dd. 'leggi federative'. La seconda Camera è comunque partecipe, secondo quanto previsto dalla Legge Fondamentale, in maniera paritaria, all'attività legislativa avente ad oggetto alcune materie tassativamente indicate dalla medesima Legge Fondamentale.

Naturalmente si tratta di una parità derivante dal carattere rappresentativo del *Bundesrat* rispetto ai *Länder* – voluta dal costituente di Bonn in ossequio al principio federale – e non già di una parità fra *Bundestag* e *Bundesrat* riguardante l'indirizzo politico generale.<sup>43</sup>

---

<sup>42</sup> Il passo è riportato da KLEIN, Il Bundesrat della Repubblica federale in Germania: la "Seconda Camera", in Riv. trim. dir. pubbl., 1984.

<sup>43</sup> Diversa è la situazione quando si discute dell'esercizio dell'attività di controllo. Infatti anche il *Bundesrat* esercita, attraverso i tradizionali strumenti ispettivi, una effettiva funzione di controllo sia sull'indirizzo politico costituzionale che sull'indirizzo politico del Governo. Orbene, nel primo caso (indirizzo politico costituzionale), tanto il *Bundesrat* quanto il *Bundestag* godono di una posizione di parità, con riferimento ai meccanismi previsti

### 3.2 Il ruolo del Presidente federale.

Fortemente intenzionati ad impedire il ripetersi di una esperienza simile a quella del regime di Weimar, i costituenti tedeschi hanno concentrato molto la loro attenzione sulla figura del Presidente federale. Tale attenzione si manifesta, principalmente, nella disciplina riguardante il procedimento previsto per la sua elezione, affidata ad un organo particolare, l'Assemblea federale. Composta dai deputati del *Bundestag* e da un egual numero di delegati eletti dalle rappresentanze popolari dei *Länder*, l'Assemblea federale elegge il Presidente che resta in carica per un quinquennio.<sup>44</sup>

Il ricorso a un'assemblea *ad hoc*, in luogo del Parlamento in seduta comune – scelta adottata, ad esempio, dal costituente italiano – per l'elezione del Presidente federale deriva tanto dall'esigenza di evitare la preminenza del *Bundestag*, essendo quest'organo dieci volte più numeroso, in termini di composizione, del *Bundesrat*, quanto dall'esigenza di una forte democraticità, dal momento che i componenti della seconda Camera sono designati dai governi e non dalle assemblee dei *Länder*.

L'orientamento dei costituenti di Bonn era quello di fare del Capo dello Stato un organo dotato di poteri estremamente limitati e comunque tali da non consentire un intervento attivo in materia di indirizzo politico, conferendogli, quindi, un ruolo puramente neutrale ed investendolo di funzioni prevalentemente rappresentative e protocollari. Non è un caso, quindi, che tali competenze siano state tassativamente indicate nella Legge Fondamentale.

Le attribuzioni di maggior peso sono quelle che si riferiscono al Governo e al Parlamento. I poteri relativi alla formazione e alla stabilità del governo, disciplinati

---

per la revisione costituzionale. Nel secondo (indirizzo politico del governo), di fronte ad eventuali contrasti fra legislativo ed esecutivo, è necessario l'assenso della seconda camera al fine di dichiarare lo 'stato d'urgenza legislativa' e la conseguente adozione di atti aventi forza di legge da parte del governo federale. Da ciò deriva, secondo autorevole dottrina, la qualifica per il *Bundesrat* di organo "di riserva della legalità". Cfr. MORTATI, *Lezioni sulle forme di governo*, cit.; PEZZINI, *Il Bundesrat della Germania federale: il modello tedesco e la riforma del bicameralismo nello Stato a base regionale*, Milano, 1990.

<sup>44</sup> È opportuno sottolineare che la composizione paritetica dell'Assemblea federale rappresenta un tentativo, molto ben congegnato, per evitare la prevalenza assoluta del *Bundestag* nel procedimento di elezione del Presidente.

dagli artt. 63 e 81 LF, attribuiscono al Presidente il potere di nomina e di 'stabilizzazione' di un governo di minoranza<sup>45</sup> nonché la dichiarazione dello stato di emergenza legislativa.<sup>46</sup>

Il Presidente federale, oltre ad avere il potere di chiedere la convocazione in ogni tempo del *Bundestag*, detiene, naturalmente, quello di scioglimento dello stesso. Esso è però esercitabile soltanto in quei casi in cui non risulta possibile tanto la formazione di un governo attivo quanto la necessaria collaborazione fra esecutivo e legislativo. Tuttavia un limite di carattere generale al potere di scioglimento risiede nella finalità stessa che la Legge Fondamentale attribuisce a tale potere. Infatti, poiché esso ha lo scopo di 'eliminare' una camera incapace di esprimere una maggioranza necessaria per la formazione di un governo, il potere stesso si 'estingue' nell'esatto momento in cui il *Bundestag* riesce ad eleggere un Cancelliere, oppure ad accordare la fiducia ad una rinnovata richiesta del governo.<sup>47</sup>

<sup>45</sup> Art. 63 LF:

“Il Cancelliere federale viene eletto senza dibattito dal *Bundestag* su proposta del Presidente federale. È eletto chi riunisce su di sé i voti della maggioranza dei membri del *Bundestag*. L'eletto deve essere nominato dal Presidente federale.

Se il proposto non viene eletto il *Bundestag* può, entro quattordici giorni dalla votazione, eleggere un Cancelliere federale a maggioranza dei suoi membri.

Se non si effettua una votazione entro tale termine, ha luogo immediatamente una nuova elezione, nella quale è eletto colui che ottiene il maggior numero di voti. Se l'eletto riunisce su di sé i voti della maggioranza dei membri del *Bundestag*, il Presidente federale lo deve nominare entro sette giorni dall'elezione. Se l'eletto non raggiunge tale maggioranza, il Presidente Federale, entro sette giorni, deve nominarlo o sciogliere il *Bundestag*.”

<sup>46</sup> Art. 81 LF:

“Se nel caso previsto dall'art. 68 il *Bundestag* non viene sciolto, il Presidente federale, su proposta del Governo federale, può dichiarare, con l'assenso del *Bundesrat*, lo stato di emergenza legislativa per un progetto di legge, qualora il *Bundestag* l'abbia respinto pur se il Governo federale l'abbia dichiarato urgente. Ciò vale anche se un progetto di legge è stato respinto ancorché il Cancelliere federale abbia collegato ad esso la mozione di cui all'art. 68.

Se il *Bundestag* respinge nuovamente il progetto di legge dopo la dichiarazione dello stato di emergenza legislativa oppure l'approva in una stesura inaccettabile per il Governo federale, la legge si considera approvata se il *Bundesrat* vi assenta. Ciò vale anche se il progetto non è approvato dal *Bundestag* entro quattro settimane dalla ripresentazione.

Durante la permanenza in carica di un Cancelliere federale anche qualsiasi altro progetto di legge respinto dal *Bundestag* può essere approvato entro un termine di sei mesi dalla prima dichiarazione dello stato di emergenza legislativa, ai sensi dei commi 1 e 2. Decorso il termine non è ammessa, durante la permanenza del medesimo Cancelliere federale, una successiva dichiarazione dello stato di emergenza legislativa.

La Legge Fondamentale non può essere né modificata, né in tutto o in parte abrogata o sospesa, da una legge approvata in base al comma 2.”

<sup>47</sup> Da qui, in una situazione di equilibrio istituzionale e di sostanziale omogeneità delle forze politiche, il ruolo quasi esclusivamente notarile esercitato dal Presidente federale.

Come in tutte le forme di governo parlamentari moderne, la Legge Fondamentale di Bonn prevede l'istituto della controfirma ministeriale che assume particolare significato in Germania per meglio qualificare la posizione del Presidente federale nel sistema costituzionale. Tutti i decreti e le disposizioni presidenziali devono recare la controfirma del Cancelliere o del ministro competente, a pena di nullità. Sono però espressamente esclusi da tale novero e considerati atti autonomi del Presidente, la nomina e le dimissioni del Cancelliere, nonché la richiesta al Cancelliere medesimo di permanenza nella carica per gli affari correnti fino alla nomina del suo successore.

Sotto il profilo della responsabilità, infine, in Germania è prevista – analogamente ad esempio a quanto prescritto nella Costituzione italiana – la messa in stato d'accusa da parte del *Bundestag* (ovvero del *Bundesrat*) e, conseguentemente, il giudizio della Corte costituzionale per “deliberata violazione della Legge Fondamentale o di altra legge federale”. Le modalità e la sostanza dell'accusa evidenziano come la responsabilità del Presidente sia più facilmente perseguibile ed ampia, rispetto a quanto previsto in altre e contemporanee esperienze. Il procedimento d'accusa, infatti, può essere promosso anche solo per deliberata e premeditata violazione di una 'semplice' legge federale, campo ben più vasto rispetto ad esempio, alla nostra ipotesi delittuosa di 'attentato alla Costituzione'.

### **3.3 Cancelliere e Governo federale.**

L'asse portante del sistema costituzionale elaborato dal costituente di Bonn è senza dubbio rappresentato dal Cancelliere federale, similmente alla precedente esperienza weimariana. Tuttavia, a differenza della Costituzione del '19 – la quale disponeva nel suo art. 54 che Cancelliere e Ministri abbisognano della fiducia del Parlamento – la Legge Fondamentale non contiene in alcuna delle sue disposizioni, espressamente, tale principio da alcuni considerato 'asse portante' per la qualificazione del sistema parlamentare. Si tratta, ovviamente, di una mera disquisizione terminologica (assenza-presenza formale della locuzione voto di fiducia), poiché dalle più svariate disposizioni può agevolmente desumersi la necessarietà di tale istituto. Infatti, vi si dice che il Cancelliere è eletto con la maggioranza assoluta dei voti della Camera (art.

63) e che quest'ultima, mediante un voto di sfiducia e in determinate condizioni, può costringere il Cancelliere alle dimissioni (art. 67).

Il principio della fiducia parlamentare subisce, però, importanti deroghe, nei casi previsti, come più sopra si accennava, dagli artt. 63 e 81, allorché al Presidente federale è consentita la facoltà di nomina di un Cancelliere che non abbia ottenuto la maggioranza dei voti al *Bundestag*; come può anche mantenere in carica, dichiarando lo stato di necessità legislativa, un Cancelliere che abbia chiesto e non ottenuto il voto di fiducia dalla maggioranza parlamentare.

A differenza di quanto accade, ad esempio, nell'ordinamento italiano (ricordiamo che l'art. 94 Cost. stabilisce che "il governo deve avere la fiducia delle Camere") il rapporto di fiducia, in Germania, intercorre direttamente fra il *Bundestag* ed il Cancelliere federale, senza investire il Governo nel suo complesso. Infatti, dotato di una posizione di netta preminenza nell'ambito del Governo e coerentemente con la sua assunzione di responsabilità politica, solo il Cancelliere, e non l'intero Governo ovvero il singolo ministro, può essere il destinatario di un voto di sfiducia. Una tale disposizione ha, evidentemente, notevoli conseguenze in termini di rafforzamento giuridico e politico del Cancelliere nella dinamica dei poteri in quella sistema.

Al Cancelliere spetta, inoltre il potere di determinare le direttive di politica generale del governo, ai sensi dell'art. 65 LF, alle quali i singoli ministri devono uniformarsi nella direzione dei rispettivi dicasteri, di assumerne la responsabilità e di dirigerne l'attività. Ed è proprio su questo principio che, secondo la dottrina, si fonda la sua netta supremazia.<sup>48</sup> Naturalmente simili disposizioni hanno, in questo cinquantennio, sensibilmente rafforzato la stabilità dell'intero governo limitando, di conseguenza, l'uso del voto di fiducia ed impedendo, nel contempo, che un voto di censura, diretto ad un singolo ministro, potesse privare il Cancelliere di personalità ritenute necessarie al buon funzionamento dei singoli dicasteri.<sup>49</sup>

---

<sup>48</sup> ANSELMO, La competenza del Cancelliere federale tedesco a stabilire le direttive generali della politica dello Stato, Palermo, 1969.

<sup>49</sup> I singoli ministri, pertanto, sono politicamente responsabili nei confronti del Cancelliere e non già nei confronti del *Bundestag*; di conseguenza la loro eventuale rimozione o sostituzione non provoca, almeno da un punto di vista teorico, una crisi di governo.

Tra le altre attribuzioni del Cancelliere ricordiamo, infine, che oltre alla nomina e alla revoca dei ministri, egli propone al Presidente federale la questione di fiducia e, nel caso di sua mancata approvazione, lo scioglimento del *Bundestag*.

L'esame dei fattori che nel sistema costituzionale tedesco contribuiscono a determinare la forza e la stabilità del Cancelliere non può che partire che dalla sua elezione da parte del *Bundestag*. Il primo rilevante aspetto è che il *Bundestag* elegge il solo Cancelliere federale, a cui dà la fiducia, ma non l'intero governo.

La prima fase dell'elezione del Cancelliere, la quale prevede che il *Bundestag* si pronunci con la maggioranza dei suoi membri su una proposta del Presidente federale, è stata fino ad oggi anche l'unica. Il Cancelliere, teoricamente libero, è in realtà fortemente condizionato dalla composizione politica del *Bundestag* e dai rapporti maggioranza-opposizione che in quella sede vanno delineandosi. Se il candidato non ottiene i voti richiesti dalla Legge Fondamentale, si passa alla seconda fase durante la quale il Presidente federale non può più esercitare la sua potestà di proposta e spetta al solo *Bundestag*, nel termine perentorio di quattordici giorni, la elezione a maggioranza dei suoi membri, di un Cancelliere. La terza fase, infine, prevede, di fronte all'impossibilità per il *Bundestag* di esprimere un Cancelliere a maggioranza, che il Presidente federale entro sette giorni opti fra due distinte soluzioni: sciogliere il *Bundestag* ed indire contestualmente nuove elezioni generali, oppure nominare un Cancelliere minoritario.

Tale complesso procedimento, come già si diceva quasi mai utilizzato, in particolare sotto il profilo della maggioranza richiesta, è stato escogitato dal costituente tedesco conscio dell'infelicissima esperienza weimariana, con il precipuo scopo di assicurare al Cancelliere, *aborigine*, una solida e forte maggioranza parlamentare.

La giustificata 'sindrome' di assicurare quanto più possibile la stabilità del governo risulta ancora più evidente dalla regolamentazione del voto di sfiducia. Infatti l'innovazione di particolare rilievo, che differenzia in maniera netta l'attuale sistema tedesco sia rispetto a Weimar sia rispetto alle coeve carte costituzionali, è stato introdotto dall'art. 67 che disciplina, appunto, quello che viene ormai unanimemente definito 'voto di sfiducia costruttivo'. Nel caso in cui parta dal *Bundestag*, la Legge Fondamentale prescrive che "il *Bundestag* può esprimere sfiducia

al Cancelliere federale soltanto eleggendogli, a maggioranza dei suoi membri, un successore e chiedendo al Presidente federale di congedare il Cancelliere federale". Analoga iniziativa è prevista nel caso in cui l'iniziativa del voto di sfiducia parta dal Cancelliere, anche se l'ipotesi di un Cancelliere che pone la questione di fiducia è rarissima nel contesto politico-istituzionale tedesco.<sup>50</sup>

La disposizione crea un nesso stretto fra voto di sfiducia ed elezione del Cancelliere in modo da non fornire un riconoscimento giuridico forte a maggioranze parlamentari puramente negative, incapaci, cioè, di dar vita ad un governo. Ecco perché tale manifestazione di volontà del *Bundestag* viene giustamente definito 'voto di sfiducia costruttivo' ovvero 'positivo' o, ancora 'produttivo'. Si tratta di denominazioni che pongono in rilievo come la funzione del voto di sfiducia debba necessariamente assolvere alla formazione di un nuovo governo.<sup>51</sup>

### 3.4. Il Bundesverfassungsgericht. Cenni.

Istituzione fondamentale dell'architettura elaborata dal Costituente di Bonn – e nuova rispetto alla precedente esperienza di quel Paese – è sicuramente la Corte costituzionale federale.<sup>52</sup> Si tratta di organo cui spetta, oltre al controllo di costituzionalità delle leggi, anche un ruolo politico di notevole spessore, nella sua qualità di equilibratore fra i poteri.

<sup>50</sup> Art. 67 LF:

"Il *Bundestag* può esprimere al Cancelliere la sfiducia soltanto quando elegge a maggioranza dei suoi membri un successore e chiede al Presidente federale di revocare il Cancelliere federale. Il Presidente federale deve aderire alla richiesta e nominare l'eletto.

Tra la mozione e l'elezione debbono trascorrere quarantotto ore.

Particolare curioso, a tal riguardo, è la circostanza secondo la quale il *Bundestag*, chiamato ad eleggere il Cancelliere, vota ma non discute, mentre nella mozione di sfiducia costruttiva il voto è preceduto dal dibattito parlamentare.

<sup>51</sup> La prima mozione di sfiducia coronata da successo si realizzò il 1° ottobre del 1982 e consentì ad Helmut Kohl di estromettere il Cancelliere in carica e di assumerne le funzioni.

<sup>52</sup> Le opere dedicate al *Bundesverfassungsgericht* e al modello di controllo di costituzionalità in Germania sono ormai numerosissime anche in lingua italiana. Per gli approfondimenti ci sia consentito rinviare a REGASTO, *L'interpretazione costituzionale. Il confronto fra valori e principi in alcune esperienze costituzionali*, Rimini, 1997.

I costituenti furono senza dubbio influenzati dal concetto ricorrente negli Stati Uniti d'America della Costituzione come *paramount law*, cioè come sintesi dei principi su cui si fonda la convivenza civile e democratica, documento sacro cui si guarda con venerazione e rispetto. E proprio per evitare gli arbitrii cui aveva dato luogo il nazismo, vollero disegnare e realizzare uno Stato di diritto mediante l'adozione di strumenti che ne rappresentassero le fondamenta, a partire dal testo costituzionale. La conseguenza logica è l'istituzione di una Corte costituzionale alla quale spetta di pronunciarsi sulla costituzionalità delle varie attività, dei diversi comportamenti degli organi statali e di altri soggetti operanti nel sistema.<sup>53</sup>

Composta a partire dal 1963 da sedici membri, eletti in maniera eguale tanto dal *Bundestag* quanto dal *Bundesrat*, la Corte vede riconosciute le proprie competenze non solo dalla Legge Fondamentale ma anche da una apposita legge ordinaria.

Menzioniamo, in primo luogo, la sua competenza a giudicare "le controversie sulla portata dei diritti e dei doveri di un organo supremo federale o di altri interessati, ai quali siano stati conferiti propri diritti dalla Legge Fondamentale". Tale funzione è pressoché simile a quella prevista nella nostra Costituzione al riguardo dei conflitti di attribuzione fra i poteri dello Stato, anche se presenta una portata ben più ampia in quanto è riconosciuta, ad esempio, la sindacabilità dei regolamenti parlamentari.

Ai nostri fini, tuttavia, di fondamentale rilievo è la competenza a dichiarare l'incostituzionalità e, conseguentemente, lo scioglimento dei partiti politici che "a causa del loro programma o del comportamento dei loro membri, risultino tendere alla distruzione dell'ordine costituzionale liberale e democratico ovvero all'eliminazione o alla messa in pericolo della esistenza della Repubblica Federale Tedesca" (art. 21 LF); nonché quella di poter proclamare la decadenza dai principali diritti pubblici soggettivi per coloro i quali ne abbiano abusato "per combattere i principi del libero ordinamento democratico" (art. 18 LF).<sup>54</sup>

L'esperienza ha dimostrato, ogni oltre ragionevole dubbio, che il ruolo giocato dai giudici costituzionali tedeschi è stato di fondamentale importanza, attraverso le

---

<sup>53</sup> Cfr. FRIESENHAHN, *La giurisdizione costituzionale nella Repubblica Federale Tedesca*, Milano, 1973.

<sup>54</sup> Cfr. DESANCTISRICCIARDONE, *Il controllo delle idee politiche nella Repubblica Federale Tedesca*, in *Giur. it.*, 1976.

pronunce di scioglimento del vecchio partito comunista (secondo la ormai famosa teoria degli 'opposti estremismi') per la conservazione di quegli equilibri tanto ricercati nella elaborazione del testo costituzionale e tutto sommato realizzati, che consentono, quasi unanimemente, alla dottrina di esprimere giudizi assai lusinghieri su tale esperienza di razionalizzazione della forma di governo parlamentare.

#### **4. Alcune considerazioni sulla forma di governo della Repubblica Federale Tedesca.**

Le modalità di funzionamento della forma di governo nella Repubblica Federale Tedesca non si possono pienamente comprendere se non si tengono nella debita considerazione le conseguenze che, tanto la guerra perduta quanto il susseguente formarsi dei blocchi, hanno avuto sulle basi politiche, sociali ed economiche del sistema stesso.

Diversamente da quanto avvenne nel primo tentativo di instaurazione di una democrazia in Germania, nel periodo, cioè, successivo alla prima guerra mondiale, la struttura democratica è oggi ampiamente compresa ed accettata. La presenza di una mentalità tradizionalmente statocentrica ha, tuttavia, fortemente accentuato il carattere rappresentativo della democrazia. Decisioni radicali e rapide sono estranee ad un tale sistema, mentre aumentano azioni suscettibili di consenso. D'altra parte i sistemi democratici possono giungere a modifiche radicali, senza turbamenti, solo molto lentamente.

Basandoci, per il momento, su una valutazione complessiva della forma di governo della Germania di Bonn, possiamo affermare che la Legge Fondamentale presenta due tendenze.

La prima tendenza mira a realizzare un sistema parlamentare 'equi-librato', evitando i congegni controproducenti della precedente esperienza di Weimar che avevano, come abbiamo sottolineato, alterato il dualismo Parlamento-Presidente a favore di quest'ultimo. Scopo principale di una tale tendenza è sì il ridimensionamento della figura del Presidente, che nella Costituzione di Weimar aveva assunto tutto il potere esecutivo, ma anche di eliminare le stesse premesse che

a tanto avevano condotto. Così, poteri e prerogative prima attribuiti al Presidente del *Reich* sono ora trasferiti e distribuiti ad organi costituzionali, quali il *Bundesrat* e, soprattutto, la Corte costituzionale federale, capaci di controbilanciare efficacemente i tradizionali organi costituzionali attivi, raggiungendo un buon equilibrio.

La seconda tendenza, tipica degli Stati contemporanei, avvalendosi di strumenti finalizzati al superamento di maggioranze parlamentari poco solide ed omogenee, persegue la finalità di assicurare massima stabilità ed efficienza al governo, in un quadro di rispetto, formale e sostanziale, dei presupposti democratici e rappresentativi.

Infatti, il processo di formazione del Governo è garantito da solide basi parlamentari proprio perché necessita di una maggioranza assoluta e di un Cancelliere eletto, su designazione del Presidente, senza dibattito preventivo' da parte del *Bundestag* al fine di impedire che i gruppi parlamentari assumano posizioni troppo rigide sul programma politico dello stesso. Essendo, infatti, il voto di investitura un momento sempre difficile nella vita di ogni governo, la soluzione adottata è quella di rendere quel momento meno impegnativo rispetto alla linea politica assunta dai partiti.

Un congegno che possiamo considerare nuovo nella storia del regime parlamentare e che, soprattutto, va a minare alla base il rischio, sempre presente, di voti di sfiducia meramente negativi, è senza dubbio il 'voto di sfiducia costruttivo'. Tuttavia a garantire stabilità ed efficienza dell'esecutivo intervengono, in quella esperienza, anche il potere di scioglimento del *Bundestag*, nel caso in cui esso respinga una questione di fiducia e la c.d. 'legislazione di riserva' nei periodi in cui l'ordinamento rischierebbe di rimanere senza i necessari strumenti normativi, perché il *Bundestag* pur disapprovando la politica del governo non vuole o non può dar vita ad un nuovo esecutivo.

Tra le due tendenze di cui si diceva, nella Germania di Bonn prevale la seconda, favorendo, così, una effettiva 'preminenza' dell'esecutivo, o, più correttamente, del Cancelliere, sul potere legislativo, ma sempre e comunque nell'ambito delle basilari regole che governano il regime parlamentare. In definitiva, gli importanti istituti, con carattere coerente e deciso, previsti dalla Legge Fondamentale, hanno permesso alla

Germania di conseguire risultati simili a quelli raggiunti nel Regno Unito per evoluzione spontanea e non predeterminata.

Alcuni considerano tali risultati come il frutto della 'genialità' dell'immissione nel sistema del voto di sfiducia costruttivo, altri li considerano la naturale conseguenza dell'esistenza di un sostanziale bipartitismo, peraltro sufficientemente omogeneo. Naturalmente ove tale condizione venisse meno, la conseguenza del tutto logica sarebbe quella di una progressiva accentuazione, nella prassi, delle funzioni presidenziali, in netto contrasto con i dettami costituzionali ma con un preoccupante 'riavvicinamento' all'esperienza weimariana.

In ogni caso l'azione del Cancelliere è continuamente ed attivamente supportata dai poteri del Presidente federale, in particolare nell'ipotesi di utilizzazione della norma relativa al Cancelliere minoritario. In un certo senso, in quest'ultimo caso, non sembra del tutto scorretto sostenere che il Presidente assume la quasi titolarità dell'esecutivo, con i limiti e i contrappesi degli altri organi costituzionali quali il *Bundesrat* e il *Bundesverfassungsgericht*: ed è proprio sull'azione di controllo di tali organi che poggia l'equilibrio della Legge Fondamentale di Bonn.

Mentre nel regime di Weimar il Presidente era collegato alle forze politiche in virtù della sua elezione diretta e plebiscitaria, nella forma di governo di Bonn, allontanatasi da quello schema parlamentare, vista la possibilità di una sua evoluzione in senso presidenziale, il Presidente, privo di responsabilità politica, può effettuare un intervento decisivo e personale in assenza di una stabile maggioranza parlamentare. Lo si potrebbe considerare, addirittura, l'organo più adatto ad assicurare la direzione politica dello Stato.<sup>55</sup>

Dunque, l'effettivo funzionamento e la concreta evoluzione della Legge Fondamentale di Bonn derivano dalla reale condizione delle forze politiche e dai loro reciproci rapporti. Gli anni che si sono susseguiti, inoltre, estraniando il Presidente dall'attività di indirizzo politico, hanno accentuato il consolidamento del regime parlamentare escludendone ogni possibilità di involuzione.

L'esame della forma di governo tedesca, quindi, non può non prendere le mosse se non dall'analisi del ruolo riconosciuto ai partiti politici dalla Legge Fondamentale:

---

<sup>55</sup> Cfr. WINKLER, *Der Bundespräsident. Repräsentant oder Politiker?*, Opladen 1967; WELAN, *Der Bundespräsident. Kein Kaiser in der Republik*, Wien-Köln-Graz, 1992.

essi sono, infatti, non esclusivi, ma principali mediatori della volontà politica dello Stato, anche se alcuni freni istituzionali non consentono un eccessivo accentramento di potere. Solo nel 1967, una legge ne descriveva in maniera esaustiva le funzioni: “I partiti collaborano alla formazione della volontà politica del popolo in tutti i settori della vita pubblica, prendendo parte alla presentazione di candidati alle elezioni al *Bund*, nei *Länder* e nei comuni; influenzando gli sviluppi politici nel Parlamento e nel Governo; immettendo gli obiettivi politici che essi elaborano nel processo di formazione della volontà statale...”.<sup>56</sup> Il complesso meccanismo elettorale condiziona il sistema dei partiti influenzando, così, l’assetto complessivo dell’esecutivo.

Ad impedire la loro diretta ed immediata influenza sul processo di formazione della volontà statale stanno le accentuate forme di pluralismo nella distribuzione del potere, determinate da numerosi fattori istituzionali. Infatti, scontando l’ovvia assenza di un vincolo giuridico che impegni gli organi dello Stato al rispetto delle decisioni elaborate dai partiti, tali fattori possono essere ben rappresentati dalla suddivisione della federazione in *Länder* e la partecipazione di questi ultimi alla formazione della volontà del *Bund*, l’elevato grado di autonomia degli enti locali democraticamente organizzati e, soprattutto, la libertà di associazione, garantita costituzionalmente che consente l’organizzazione degli interessi.

## **5. Pluripartitismo temperato e ruolo dell’opposizione nel Cancellierato tedesco.**

L’ordinamento tedesco, caratterizzato da un multipartitismo temperato, presenta un sistema politico sostanzialmente bipolare.<sup>57</sup>

Il sistema partitico si è però rapidamente concentrato su tre partiti. Non a caso nelle prime elezioni per il Parlamento, nel 1949, il 70% dei suffragi andò a favore dei tre partiti; nella successiva legislatura il consenso salì all’83%. La ragione ‘positiva’ di questo concentrarsi è da attribuire, a nostro giudizio, alla fondazione – nonché alla

---

<sup>56</sup> Cfr., per tutti, FRIESENHAHN, La posizione dei partiti politici nella Legge Fondamentale, Karlsruhe, 1969.

<sup>57</sup> Cfr. PEISER, L’institutionalisation des partis politiques dans la RFA, in RDPSP, 1959; AVRIL, Saggio sui partiti, Torino, 1990; CECCANTI, La forma di governo parlamentare in trasformazione, cit.; MANGIAMELI, La forma di governo parlamentare, cit.

forza di attrazione in continuo aumento – di un partito di orientamento cristiano, ma biconfessionale, che andò sempre più prosciugando le già scarse riserve dei partiti minori. Al contrario, la ragione ‘negativa’ è da ricercarsi nella clausola di sbarramento prevista nel sistema elettorale che impedisce ad un partito – che non ha almeno ottenuto il 5% dei voti validi in ambito federale – di poter concorrere all’assegnazione dei seggi.

Nel 1976 i tre partiti riuscirono a raccogliere il 99% dei suffragi. A sostegno di una tale concentrazione dei partiti, fondamentale per il buon funzionamento di quella forma di governo parlamentare, intervengono gli interessi organizzati che si orientano sempre più costantemente verso questo sistema di partiti, dando vita ad un effetto stabilizzante. Il fatto, poi, che nessuno dei suddetti partiti politici possa ragionevolmente sperare di ottenere la maggioranza assoluta dei seggi in Parlamento, ha condotto la forma di governo della Repubblica federale verso l’esperienza degli esecutivi di coalizione. Contrariamente a quanto avviene in altre esperienze – e in particolare nel nostro Paese – gli accordi di coalizione, consistenti nei punti modali del programma di governo reale da attuare e nella distribuzione e dimensione dei dicasteri, non hanno rappresentato in Germania un fattore di instabilità politica e istituzionale, se non in un brevissimo periodo funestato da seri problemi di ordine pubblico interno.<sup>58</sup>

Molti autori ritengono che la stabilità dell’esecutivo possa dipendere non tanto dall’istituto della sfiducia costruttiva quanto dalla stabilità delle coalizioni che hanno sostenuto i Cancellieri alternatisi al potere. Secondo alcuni, infatti, “il tipo di governo *Kanzlerdemokratie* deriva solo per una minima parte dalle norme costituzionali, in quanto il sistema partitico tedesco-occidentale ha giocato un ruolo più importante in questo contesto”.<sup>59</sup>

Le tre formazioni politiche rappresentate nel *Bundestag* dal 1961 al 1983 (Cdu/Csu, Spd e Fdp) hanno permesso di definire il sistema partitico tedesco un *systeme à deux*

---

<sup>58</sup> Ci riferiamo alla esperienza della *Großkoalition* della fine degli anni ’60. Per una puntuale ricostruzione del modello italiano cfr. D’ANDREA, *Accordi di governo e regole di coalizione: profili costituzionali*, cit.

<sup>59</sup> Cfr. RIZZA, *La Cancelleria nel sistema di governo della Repubblica Federale Tedesca*, in SPAGNAMUSSO (a cura di), *Costituzione e struttura del governo. L’organizzazione del governo negli Stati di democrazia parlamentare*, Padova, 1982.

*partis et demi*.<sup>60</sup> Sin dal principio il sistema partitico si è strutturato dando luogo ad una rapida separazione fra maggioranza di governo ed opposizione. I due maggiori partiti (Cdu/Csu e Spd) hanno ricoperto ora l'uno ora l'altro ruolo.<sup>61</sup>

L'evoluzione del sistema partitico ha dunque avuto una importanza decisiva per il consolidamento del Cancellierato e per la definizione dei rapporti fra esso e gli altri organi costituzionali tedeschi. L'introduzione della *Sperrklausel*, che tanta parte ha avuto in tale processo, fu, comunque, molto osteggiata.<sup>62</sup>

La riunificazione tedesca ha posto importanti problemi anche in materia elettorale. Bisognava dare vita ad un Parlamento che rappresentasse l'intero popolo tedesco e, contemporaneamente, dare piena espressione democratica al processo di integrazione fra la Repubblica Federale e la Repubblica Democratica. Il problema è stato, dunque, se le elezioni del dicembre del 1990 per il Parlamento pantedesco dovessero essere effettuate con la legge elettorale di Bonn ovvero con che modalità il contenuto della legge dovesse essere corretto per consentire ai partiti nati da pochissimo tempo nella Germania dell'Est di essere comunque rappresentati.

Come già si diceva, nel Preambolo della Legge Fondamentale si precisava che essa avrebbe dovuto regolare la vita statale "per un periodo transitorio", in attesa che la riunificazione consentisse l'adozione di una vera e propria Costituzione approvata da tutto il popolo tedesco. Ma nel dibattito seguito alle vicende della caduta del muro di Berlino, a prevalere è stata la posizione favorevole ad attuare la riunificazione attraverso le disposizioni di cui all'art. 23 LF, ai sensi del quale "nelle altre parti della Germania" la Legge Fondamentale avrebbe avuto efficacia dopo la loro 'annessione' al *Bund*.

Il trattato elettorale stipulato fra le due Germanie il 3 agosto 1990 ribadì che le elezioni del primo *Bundestag* pantedesco si sarebbero svolte sulla base della legge elettorale tedesco-occidentale. Si sostenne, infatti, a tal proposito, che "il Parlamento che deve essere eletto il 2 dicembre 1990 non risulta dalla combinazione di due Stati,

---

<sup>60</sup> Cfr. COLLIARD, *Les régimes parlementaires contemporains*, Paris, 1978, p. 53.

<sup>61</sup> Cfr. SCHNEIDER, *Die parlamentarische Opposition im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Berlin, 1974.

<sup>62</sup> Katz (Spd) si batté in particolare per quella che definì una 'disposizione di autorizzazione' la quale non avrebbe obbligato il Parlamento ad inserire una clausola di sbarramento nella legge elettorale, ma lo avrebbe reso semplicemente possibile. Il risultato di tale processo fu comunque quello da noi conosciuto: a partire dal 15 giugno del 1949 la legge elettorale conteneva una clausola di sbarramento del 5%.

che ancora esistono al momento delle elezioni; esso è, invece, il Parlamento di uno Stato unificato, un Parlamento che si può riferire solo ad un unico Stato unitario nel giorno delle elezioni".<sup>63</sup>

A tal proposito non è secondario sottolineare che la Legge Fondamentale, diversamente da altre forme di governo parlamentare, non contiene un riconoscimento formale del ruolo dell'opposizione, anche se tale problematica risulta essere fortemente correlata con i principi cardine sui quali si fonda l'intero assetto costituzionale vigente.<sup>64</sup> Al contrario essa, ricalcando lo schema tradizionale, si limita ad evidenziare una struttura dualistica fondata sulla contrapposizione organizzativa e funzionale fra Parlamento e Governo. Tuttavia, secondo la dottrina più autorevole ed unanimemente condivisa, nonostante la Legge Fondamentale non dedichi espressamente proposizioni normative alle problematiche dell'opposizione, esistono norme costituzionali che indirettamente la garantiscono.<sup>65</sup>

In primo luogo, fra le coordinate che contribuiscono a delineare lo "statuto"<sup>66</sup> dell'opposizione parlamentare in seno al *Grundgesetz* si pone in evidenza il principio democratico. In base ad esso l'istituto dell'opposizione parlamentare acquisisce una triplice importanza in quanto espressione della tutela della minoranza, garante di un governo responsabile e determinante nell'organizzazione alternativa del potere. Ecco spiegato perché accanto ai principi della responsabilità del governo, del pluripartitismo e della pari opportunità per tutti i partiti politici, ai sensi dell'art. 21 è stato ritenuto che "il diritto di formare ed esercitare una opposizione rientri fra i principi basilari dell'ordinamento fondamentale liberale e democratico".

Per quanto concerne il primo degli aspetti testé rammentati, l'opposizione parlamentare rappresenta la sede istituzionale nella quale trovano espressione gli orientamenti politici minoritari che tendono ad inserirsi nel processo decisionale della volontà statale. A tal proposito gli strumenti giuridici di azione e controllo all'interno e all'esterno del Parlamento rappresentano un 'termometro' infallibile,

---

<sup>63</sup> Cfr. NICLAUSS, *Kanzlerdemokratie: Bonner Regierungspraxis von Konrad Adenauer bis Helmut Kohl*, Berlin, 1990.

<sup>64</sup> Cfr. SCHNEIDER, ZEH, *Parlamentsrecht und Parlamentspraxis in der Bundesrepublik Deutschland*, Berlin-New York, 1989.

<sup>65</sup> Op. loc. ult. cit.

<sup>66</sup> Di statuto dell'opposizione parla GAMBINO, *Forme di governo e sistemi elettorali*, cit.

tanto del livello qualitativo quanto di quello quantitativo, di tutela delle minoranze che una maggioranza democratica, al fine di legittimare il proprio potere, è disposta a riconoscere.<sup>67</sup> Dunque, le norme della Legge Fondamentale e del regolamento interno del *Bundestag*, che si riferiscono alla previsione degli strumenti di controllo politico-parlamentare sull'operato dell'esecutivo federale, in realtà, rappresentano mezzi di garanzia per la funzione critica delle minoranze di opposizione.

Il secondo aspetto, invece, si riferisce, per così dire, alla durata del potere politico nel tempo, per cui a scadenze regolari esso necessita di una nuova legittimazione mediante elezioni. "Anche mediante la sua mera esistenza ed efficacia essa ricorda sempre che i giorni di ogni governo sono contati e che potrebbe darsi una direzione statale potenzialmente migliore e più attraente".<sup>68</sup>

Infine vi è il ruolo svolto dall'opposizione nell'ambito di un sistema parlamentare che, caratterizzato dal conflitto latente tra esercizio del potere ed esigenza di stabilità del governo, tende a risolvere tale conflitto attraverso meccanismi istituzionali congrui. Se riteniamo che il principio motore del parlamentarismo democratico risieda nella possibilità di realizzare un ricambio di potere, allora ben si comprende come la funzione dell'opposizione sia indefettibile in un ordinamento come quello tedesco, dotato di meccanismi finalizzati a razionalizzare il sistema costituzionale e, soprattutto, ad assicurare una forte stabilità governativa.<sup>6970</sup>

Con riferimento alla struttura federale dell'ordinamento, il riconoscimento della legittimità dell'opposizione parlamentare acquista una notevole importanza. Infatti, il sistema federale, consentendo la formazione di governi sostenuti da forze politiche all'opposizione in seno al *Bundestag*, permette all'opposizione di assumere

---

<sup>67</sup> Cfr. GEHRIG, *Parlament-Regierung-Opposition. Dualismus als Voraussetzung für eine parlamentarische Kontrolle der Regierung*, München, 1969.

<sup>68</sup> Cfr. SCHNEIDER, *Verfassungsrechtliche Bedeutung und politische Praxis der parlamentarischen Opposition*, in SCHNEIDER, ZEH, *Parlamentsrecht und Parlamentspraxis in der Bundesrepublik Deutschland*, cit.

<sup>69</sup> Cfr. GAMBINO, *Forme di governo e sistemi elettorali*, cit.

<sup>70</sup> Una riflessione ulteriore potrebbe farsi sulla correlazione fra l'istituto dell'opposizione parlamentare e il principio costituzionale dello Stato di diritto. Infatti, in un sistema parlamentare nel quale la separazione dei poteri assume un significato diverso rispetto a quello classico, necessarie divengono la delimitazione dei poteri e la funzione di controllo nei confronti dell'esecutivo. Così l'opposizione, esercitando la funzione non solo di controllo ma anche di 'freno' del governo, contribuisce a moderare il potere statale e a rafforzare la libertà individuale, esplicando funzioni tipiche tanto del principio democratico quanto di quello dello Stato di diritto.

responsabilità governative al livello centrale mediante scelte prese in sede decentrata.<sup>71</sup>

Infine al pari della libertà di opposizione, risulta indefettibile, allo scopo di realizzare una democrazia fondata sull'alternanza, il principio della uguaglianza di opportunità fra governo e opposizione, anche se tale principio non ha ancora trovato un riscontro nella giurisprudenza del *Bunneverfassungsgericht*.<sup>72</sup>

Ma scontando tali garanzie indirette dell'opposizione, sembra opportuno ricordare la piccola riforma parlamentare del 18 giugno 1969, che ha introdotto una modifica di grande rilievo quanto al riconoscimento di tale funzione: "dopo l'intervento di un membro o di un rappresentante del governo federale deve essere sentita una opinione dissenziente", recita il regolamento novellato. Ciò ci consente di affermare che anche in Germania, accanto al dualismo derivante dal parlamentarismo classico, basato sul Parlamento unitariamente inteso e sul governo – con o senza 'prerogativa' del Capo dello Stato, come abbiamo già visto – si è affermato un dualismo fatto di maggioranza parlamentare e governo da una parte e minoranza e opposizione dall'altra.<sup>73/74</sup>

## 6. Su alcune contraddizioni del parlamentarismo razionalizzato tedesco.

La dottrina ha variamente definito la forma di governo accolta dalla Repubblica Federale Tedesca. Si è infatti parlato di sistema parlamentare affievolito,<sup>75</sup> di sistema misto, per la presenza contemporanea di elementi dell'esecutivo dipendente ed elementi del regime parlamentare,<sup>76</sup> di una forma di parlamentarismo deviato ed

<sup>71</sup> Cfr. FRIEDRICH, *Landsparlament in der Bundesrepublik*, Berlin, 1975.

<sup>72</sup> Cfr. LIPPARDT, *Die Gleichheit der politischen Parteien vor der öffentlichen Gewalt*, München, 1970.

<sup>73</sup> Cfr. ORTINO, *Diritto costituzionale comparato*, Bologna, 1994.

<sup>74</sup> L'originale federalismo germanico, peraltro, offre il vantaggio di avere personale dirigente all'opposizione ma in posizione di governo nei singoli *Länder*. Tale diffusione della responsabilità di direzione politica nei singoli *Länder* impedisce che un partito di opposizione passi del tutto 'all'opposizione', dal momento che comunque riveste responsabilità di governo in alcune regioni della Repubblica federale.

<sup>75</sup> Cfr. MANGOLDT, *Das Verhältnis von Regierung Parlament*, in BÖR, 1950.

<sup>76</sup> Cfr. REDSLOB, *La Charte de Bonn. Son caractère en doctrine constitutionnelle*, in *Revue internationale d'histoire politique et constitutionnelle*, 1952.

impraticabile,<sup>77</sup> e, infine, di una eccessiva forma di razionalizzazione che nega l'essenza stessa del regime che intende realizzare.<sup>78</sup>

L'intenzione dei costituenti di Bonn era indubbiamente quella di adottare una forma di governo parlamentare introducendo opportune correzioni allo scopo di eliminare quelli che sono stati considerati i punti deboli della prima esperienza repubblicana tedesca: l'instabilità e la precarietà dei governi e l'incapacità delle camere elettive ad esprimerli. Ora la questione concerne l'analisi delle varianti, o meglio le deroghe alla forma classica del governo parlamentare e, in particolare, se queste siano state introdotte nei limiti di elasticità del sistema stesso oppure contrastino con l'essenza stessa della forma di governo parlamentare, impedendo di qualificare la Germania di Bonn come una nuova varietà della forma di governo parlamentare.

Rispetto allo schema tradizionale, la prima 'deviazione' riguarda il procedimento di nomina del Cancelliere che, come abbiamo già detto, il Presidente federale può soltanto designare nella prima votazione, mentre nelle successive è eletto dal *Bundestag*, senza l'intervento del Presidente; a ciò deve essere aggiunto che la stessa Camera elegge il successore del Cancelliere cui ha negato la fiducia, nel corso di una legislatura, con l'obbligo per il Presidente della sua nomina.

In sostanza, al Capo dello Stato viene disconosciuto il potere di scelta del Primo Ministro. Una tale previsione è, secondo la dottrina, in palese contraddizione con il sistema parlamentare, il cui carattere di distinzione è rappresentato dalla necessità che il governo sia sempre scelto dal Capo dello Stato, che non sia mai destituito, ma si dimetta e, infine, che non vi sia un diretto rapporto fra l'eletto alla carica di cancelliere e i propri elettori.<sup>79</sup>

Ma se la forma tradizionale del governo parlamentare prevede che i membri dell'esecutivo siano sempre nominati dal capo dello Stato, una razionalizzazione di tale sistema, diretta ad attribuire al Parlamento l'investitura del Governo, non può che concordare con lo sviluppo storico necessitato del sistema stesso.<sup>80</sup>

<sup>77</sup> Cfr. GRIMMER, *Parlamentslehre*, München-Wien, 1996.

<sup>78</sup> Cfr. MIRKINE-GUETZÉVICH, *Le Costituzioni europee*, Milano, 1954.

<sup>79</sup> Cfr. REDSLOB, *La Charte de Bonn. Son caractère en doctrine constitutionnelle*, cit.

<sup>80</sup> Cfr. BURDEAU, *Il regime parlamentare*, cit.

D'altra parte, poiché nel sistema parlamentare il governo per poter operare deve ottenere la fiducia delle Camere, il potere del Capo dello Stato di nominare il Presidente del Consiglio e su proposta di questi i singoli ministri, non può più essere considerato effettivo e sostanziale, bensì apparente, dovendo egli operare una scelta su un soggetto che presumibilmente possa risultare gradito alla maggioranza parlamentare. Da qui quelle regole di correttezza costituzionale che disciplinano e limitano il potere del Capo dello Stato in ordine alla nomina ed alla revoca dei ministri.<sup>81</sup>

Questo 'diritto' del Capo dello Stato di nominare il responsabile dell'esecutivo diviene allora solo formalmente un diritto pieno, essendo sostanzialmente vincolato alla volontà del Parlamento.<sup>82</sup> In altri ordinamenti, sempre a regime parlamentare, la formazione del governo presenta ulteriori varianti che, in ogni caso, convergono tutte nel principio in base al quale il governo non assume i propri poteri costituzionalmente riconosciuti se non ha ottenuto la fiducia del Parlamento. Si potrebbe dire, di conseguenza, che l'attribuzione dell'investitura del Primo Ministro direttamente al Parlamento rappresenta la logica evoluzione del sistema parlamentare. Infatti, ripercorrendo velocemente un lunghissimo periodo storico, inizialmente il Parlamento limita la prerogativa del Capo dello Stato di nominare i ministri, successivamente diventa organo di collaborazione nell'esercizio di tale diritto da parte del Capo dello Stato, infine diviene organo con competenza propria ed esclusiva. Tale trasformazione si evidenzia principalmente in molte costituzioni del primo dopoguerra, quella austriaca, quella estone e di numerosi *Länder* tedeschi.<sup>83</sup> Successivamente, modificato o razionalizzato, tale potere del Parlamento diviene patrimonio comune di tutte le costituzioni più recenti.

Tuttavia questo affievolirsi dei poteri presidenziali non incide in modo decisivo sulla posizione costituzionale del Capo dello Stato. Infatti la Legge Fondamentale, con norma eccezionale, ammette la facoltà di nomina di un Cancelliere privo della fiducia delle Camere, senza che ciò possa rappresentare, a nostro giudizio, una

---

<sup>81</sup> Una tale intuizione era già presente, ad esempio, nella dottrina italiana del periodo statutario. Cfr., al riguardo, CROSA, *La monarchia nel diritto pubblico italiano*, Torino, 1922.

<sup>82</sup> Cfr. BADURA, *Staatsrecht*, München, 1996.

<sup>83</sup> DEFRANCESCO, La nomina e la revoca dei ministri nelle costituzioni del dopoguerra, in Riv. dir. pubbl., 1932.

negazione o, peggio, una aberrazione della forma di governo parlamentare, ma semplicemente una sua ulteriore evoluzione.

Nell'ordinamento tedesco occidentale anche gli istituti della responsabilità ministeriale e dello scioglimento ricevono una configurazione del tutto particolare. Lo scioglimento, tanto nel caso in cui esso promani autonomamente dal Presidente federale, quanto in quello su proposta del Cancelliere, non rappresenta un mezzo di azione del potere esecutivo di contrasto al legislativo, ma ha semplicemente l'obiettivo di garantire l'efficienza funzionale della Camera.<sup>84</sup> Infatti, siamo convinti che mantenere in vita un governo minoritario può considerarsi come una possibilità, nei casi di emergenza, di assicurare comunque una stabilità, ancorché precaria, e non, come superficialmente si è indotti a pensare, una soppressione del principio democratico e di quello della responsabilità governativa.

Certo la concezione classica del governo parlamentare, tutta fondata sul principio dell'esistenza di un equilibrio fra legislativo ed esecutivo, non trova nella Legge Fondamentale di Bonn e nel suo sviluppo, accogliamento. Ma tale concezione, peraltro mai integralmente osservata, perché si è sempre assistito ad un contrasto ed alla conseguente prevalenza di un potere sull'altro, è collegata ad una determinata fase storica nel processo di trasformazione della forma del parlamentarismo. Tale fase esprimeva il dualismo fra potere del sovrano e assemblee legislative rappresentanti la 'sovranità' del popolo in lotta per la propria affermazione.<sup>85</sup>

Orbene, la logica e naturale conseguenza di una maggioranza parlamentare che 'impone' la propria volontà nella scelta del governo è rappresentata dalla previsione di una prevalenza netta del Cancelliere sugli altri membri dell'esecutivo, senza che

---

<sup>84</sup> Di scioglimento come mezzo per risolvere una irreversibile controversia fra Governo e Parlamento parla GUARINO, *Lo scioglimento delle assemblee parlamentari*, Napoli, 1948.

<sup>85</sup> Cfr. REDSLOB, *Le regime parlementaire*, cit. In estrema sintesi è utile ricordare che la formazione di un insopprimibile dualismo fra poteri diede luogo alla elaborazione della teoria dell'equilibrio dei poteri medesimi, consistente nella possibilità conferita all'esecutivo di sciogliere il Parlamento, ed il quella offerta al legislativo di provocare le dimissioni del gabinetto mediante voto di sfiducia. Al dualismo, come è noto, succede il monismo, caratterizzato dalla disciplina dei rapporti fra i supremi organi del sistema rappresentativo. Tali caratteri divengo per così dire 'patrimonio genetico' della Legge Fondamentale di Bonn. Basti pensare all'assunzione della direzione politica da parte delle Camere e all'istituto dello scioglimento come competenza del Parlamento che, più correttamente, dovrebbe definirsi 'autoscioglimento'.

ciò possa intendersi come la negazione dell'esistenza della forma di governo parlamentare in quel Paese.<sup>86</sup>

Rafforzando la posizione del Cancelliere all'interno del Governo, il costituente ha posto le premesse per il raggiungimento dell'obiettivo dell'omogeneità e dell'efficace coordinamento del governo e della sua azione. Ma come si diceva, la stabilità governativa viene perseguita attraverso il 'corretto dosaggio' di tale previsione e delle altre che riguardano due particolari momenti della vita di un governo parlamentare: il voto di sfiducia e lo scioglimento anticipato.

Nelle esperienze di parlamentarismo fino ad allora conosciute, il voto di sfiducia si atteggiava come un puro atto negativo volto ad impedire il regolare funzionamento del sistema di governo; i costituenti di Bonn, al contrario, riconobbero al governo una propria autonomia sostanziale trasformando il voto di sfiducia in un 'atto costrittivo' di elezione di un nuovo Cancelliere. Conseguentemente i diversi comportamenti quali la crisi di governo, le dimissioni, le consultazioni del Capo dello Stato, la nomina, l'accettazione con riserva, l'investitura del Primo ministro e degli altri componenti il governo e la presentazione dinanzi alle Camere per ottenerne la fiducia vengono formalizzati e 'ristretti' in una unica procedura: l'elezione del nuovo Cancelliere.<sup>87</sup>

Per ciò che riguarda il potere di scioglimento è da dire che, sebbene tale istituto corrisponda ad esigenze tipiche del regime parlamentare sintetizzabili, in buona sostanza, nella necessaria corrispondenza fra volontà popolare, volontà parlamentare e volontà governativa, la tradizione costituzionale europea è sempre stata molto laconica nell'attribuire tale attribuzione al Capo dello Stato. La Legge Fondamentale di Bonn, onde evitare che tale istituto potesse dare origine a situazioni peggiori

---

<sup>86</sup> Proprio in virtù della concentrazione nella figura del Cancelliere sia dell'organizzazione burocratico-amministrativa che della costituzione e del mantenimento della maggioranza parlamentare, si usa denominare il sistema tedesco, esprimendo fra le righe anche un giudizio di valore, come una forma di governo a *Kanzlerdemokratie*. Cfr., da ultimo, MANGIAMELI, *La forma di governo parlamentare*, cit.

<sup>87</sup> Resta inteso che un sistema dei partiti frammentato e rissoso può rappresentare, ovviamente, un fattore di crisi della procedura del voto di sfiducia costruttivo, sebbene in Germania, fino ad oggi, il contesto più squisitamente politico non ha mai rappresentato un quadro particolarmente critico. Cfr., FRIESENHAHN, *Parlament und Regierung in modernen Staat*, Berlin, 1958.

rispetto a quelle da cui si voleva uscire, disciplinò tale potere secondo rigorose regole procedurali.<sup>88</sup>

In definitiva la tesi che definisce l'esperienza tedesca come una forma di governo parlamentare può essere accolta, ma solo se si ammettono le varianti che il processo di razionalizzazione ha apportato al concetto classico di governo parlamentare.<sup>89</sup> La dottrina ritiene ormai unanimemente che l'ordinamento federale tedesco si fondi su un notevolissimo grado di stabilità governativa. In molti però dubitano che alla base dell'evoluzione del sistema di governo attualmente operante vi sia il parlamentarismo razionalizzato. Infatti leggi ordinarie – come quella relativa alla clausola di sbarramento per l'elezione dei membri del *Bundestag* – e disposizioni costituzionali che impongono lo scioglimento di determinati partiti politici, hanno certamente contribuito alla stabilità del governo federale in misura ben più determinante del c.d. 'parlamentarismo razionalizzato'.<sup>90</sup>

Il costituente tedesco, ponendo Governo e Parlamento sullo stesso piano, ha fatto sì che entrambi, in ragione delle competenze proprie, si orientassero verso i fini generali dell'ordinamento. Di recente, tuttavia, la contemporanea presenza di una normativa costituzionale modellata sulla base della concezione di una democrazia rappresentativa e di una realtà politico-istituzionale tendente verso una democrazia plebiscitaria, ha determinato nel parlamentarismo razionalizzato, introdotto dalla Legge Fondamentale del 1949, una situazione contraddittoria. Infatti, da una parte gli attuali cancellieri desidererebbero ottenere una legittimazione diretta dal voto popolare, resa possibile dalla semplificazione del sistema-partito e dallo schieramento sostanzialmente bipolare, dall'altra l'elettorato è posto di fronte a scelte non pienamente soddisfacenti i principi di una democrazia plebiscitaria.

I ruoli degli antagonisti non corrispondono alle reali funzioni svolte in passato, poiché la politica dei partiti e gli accordi parlamentari sempre più spesso anticipano e

---

<sup>88</sup>Di conseguenza è stato politicamente depotenziato il ruolo del Presidente federale a netto favore di quello del Cancelliere.

<sup>89</sup>Cfr. MANGIAMELI, La forma di governo parlamentare, cit.

<sup>90</sup>Almeno se non si considerano le disposizioni a cui si faceva testé riferimento (clausola di sbarramento e scioglimento dei partiti antisistema) come facenti parte dell'opera di razionalizzazione.

condizionano il giudizio popolare. Ciò ha finito per determinare una assenza di garanzie reali per gli elettori della chiarezza dei rapporti politici.<sup>91</sup>

---

<sup>91</sup>Cfr. PUTTNER, *Vorzeitige Neuwahlen. Ein ungelöstes Reformproblem*, in *NJW*, 1983. D'altra parte, dal punto di vista della democrazia plebiscitaria, il parlamentarismo razionalizzato 'alla tedesca' è incapace di garantire stabilità governativa in presenza di un forte frazionamento delle forze politiche. Quando tali condizioni si verificano invocare l'esercizio della democrazia diretta può provocare una alterazione importante nel regolare svolgimento delle consultazioni popolari.

## «SI JE DEVIENS ARCHEVEQUE, JE NE POURRAI PLUS ETRE VOTRE AMI»

*Ricordo di Vincenzo Uccellatore<sup>1</sup>*

**Agatino Cariola**

**ABSTRACT** [ITA]: Vincenzo Uccellatore è stato presidente del Consiglio di Stato dal 1976 al 1979. Lo scritto prende in esame due scritti dallo stesso pubblicati, una riflessione sulla democrazia che volle inserire negli studi per i centocinquanta anni del Consiglio di Stato ed il discorso d'insediamento tenuto il 25 novembre 1976. In quell'occasione Uccellatore dettò il suo programma riguardo l'organo che dalla sua istituzione svolge funzioni di consulenza a favore del Governo e dal 1889 esercita il controllo giurisdizionale sull'attività amministrativa. Uccellatore insisteva sulla democrazia come partecipazione effettiva del popolo alla vita istituzionale in applicazione dell'art. 3 Cost. Da Presidente del Consiglio di Stato intese qualificarne l'azione come organo dello Stato-comunità e non solo dello Stato-apparato e si preoccupò di garantirne l'indipendenza e l'immagine di imparzialità.

**ABSTRACT** [ENG]: Vincenzo Uccellatore was president of the Council of State from 1976 to 1979. The paper examines two writings published by the same: a reflection on democracy included in the studies for the one hundred and fifty years of the Council of State, and the inauguration speech given on November 25, 1976. On that occasion Uccellatore dictated his program regarding the body that since its establishment has been carrying out consultancy functions for the Government and since 1889 has exercised judicial control over administrative activity. Uccellatore insisted on democracy as the effective participation of the people in institutional life in application of art. 3 of the Constitution. As President of the Council of State, he intended to qualify its action as an organ of the State-community and not only of the State-apparatus and was concerned to guarantee its independence and the image of impartiality.

---

<sup>1</sup> Il testo riprende con le citazioni complete dei lavori del Presidente Uccellatore l'intervento svolto presso il Palazzo Comunale di Biancavilla il 23 settembre 2017, città natale di Vincenzo Uccellatore in occasione della cerimonia in sua memoria nel centenario della nascita.

1. In occasione del ricordo di un uomo che ha dedicato tutta la sua attività all'istituzione e quasi si identifica con esse, il pensiero va a Thomas Becket – e devo confessare che assumo il riferimento da uno scritto che tempo addietro ho letto sull'etica dei funzionari pubblici – il quale al re Enrico II che lo voleva nominare arcivescovo di Canterbury, disse subito che «*Si je deviens archeveque, je ne pourrai plus etre votre ami*»<sup>1</sup>. Penso che si ricordi tuttora il film *Becket e il suo re*, diretto da Peter Glenville nel 1964, con protagonisti Richard Burton e Peter O'Toole, premio Oscar 1965 per la miglior sceneggiatura non originale.

La frase di Becket è significativa perché indica che il funzionario pubblico, per quanto nominato dal potere politico, non può non essere imparziale, ancorato ad una logica che ne fa un contropotere o almeno un limite al primo, sino appunto al sacrificio personale. Essere dalla parte delle istituzioni è proprio questo: non assecondare sempre e comunque il potere, nemmeno quando esso si traveste del nome - se non della forma – dell'interesse pubblico (e magari di un interesse pubblico indicato a caratteri cubitali o che spesso assume le vesti del fatto compiuto); ma al contrario limitare il potere (anche in nome di interessi non proprio e non sempre ritenute "nobili" come sono state intese nel tempo appunto le proprietà della Chiesa – l'oggetto della contesa tra Beckett ed Enrico II – ovvero la giurisdizione ecclesiastica su tante vicende). Per questo la burocrazia assolve una funzione costituzionale vera e propria e si inserisce nel circuito della divisione dei poteri e dà concretezza all'impianto democratico, giacché per un verso è una delle forme di partecipazione all'esercizio del potere<sup>2</sup>, per altro verso è uno dei *checks and balances* che caratterizza il funzionamento del sistema. Si deve alle riflessioni sulla burocrazia la sua considerazione non solo come Stato-apparato, di necessità servente rispetto all'organo di direzione politica, ma quale espressione dello Stato-comunità o ordinamento, manifestazione allora di una socialità che potrebbe definirsi naturale.

2. Uccellatore sembra legato a questa cultura, che è poi in parte la cultura del diritto amministrativo italiano nella sua "ossessione" per lo Stato – mi si permetta di chiamarla in questa maniera.

Ne do due esempi tratti dai suoi scritti di sistema, e cioè il *Discorso di insediamento* da Presidente del Consiglio di Stato pronunciato il 25 novembre 1976<sup>3</sup>, e le *Notazioni sul*

---

<sup>1</sup> J. Anouilh, *Becket ou l'Honneur de Dieu*, 1959, II acte.

<sup>2</sup> Secondo la lezione di G. Pastori, *La burocrazia*, Padova, 1964.

<sup>3</sup> AA.VV. *I Presidenti del Consiglio di Stato. Biografie e relazioni d'insediamento*, Milano, 1981. L'intervento di V. Uccellatore è da pag. 269 ss.

contenuto giuridico del principio democratico nella Costituzione italiana, contenute negli Studi per il Centocinquantenario del Consiglio di Stato<sup>4</sup>.

Nelle Notazioni, infatti, Uccellatore si mostra avvertito che

*«l'avvento di dittature e di regimi autocratici è spesso legato proprio al graduale avvio della disapplicazione o fraudolenta applicazione delle norme giuridiche di garanzia dei diritti fondamentali predetti e quindi della partecipazione del popolo al potere, specie attraverso l'illimitato predominio di uno dei poteri sugli altri»<sup>5</sup>.*

Nel Discorso insiste di continuo sull'adeguamento della legislazione adottata nel 1865-1889 ai principi di una Costituzione che non può intendersi quale mera consacrazione dell'esistente:

*«dopo tanti anni di vigenza, quelle norme tradizionali che ancora regolano l'esercizio della giurisdizione amministrativa ordinaria incontrano ogni giorno di più difficoltà di interpretazione di applicazione nel doveroso coordinamento con i nuovi principi della Costituzione Repubblicana ormai costituenti la base di tutto l'ordinamento statale»<sup>6</sup>.*

3. Uccellatore indaga le nozioni di democrazia e – siamo nel 1981, all'interno ancora della contrapposizione tra ideologie partitiche che guardano a sistemi politici tanto diversi – le collega alle derivazioni dottrinali e politiche, alla contrapposizione cioè tra democrazie occidentali e cd democrazie socialiste. Il punto non è senza significato. L'esperienza istituzionale italiana ha visto la guerra di liberazione contro il nazifascismo, i governi ciellinistici, il referendum istituzionale, la formazione dal giugno 1947 di governi senza il PCI, le elezioni del 1948, il centrosinistra, il consociativismo, la tragedia del terrorismo con l'uccisione di tanti servitori dello Stato ed il sequestro Moro. Voglio dire che tali vicende non sono rimaste neutre per il magistrato che si occupa di fatti amministrativi, cioè di eventi pubblici per eccellenza. La giustizia amministrativa si iscrive in una cornice istituzionale che è prima di ogni altra cosa un contesto politico e Uccellatore ne è consapevole. Altri avrebbero

---

<sup>4</sup> AA.VV., *Studi per il Centocinquantenario del Consiglio di Stato*, Roma, 1981.

<sup>5</sup> *Notazioni*, cit., pag. 8 dell'estratto.

<sup>6</sup> *Discorso*, cit., pag. 278.

probabilmente glissato sul tema, preferendo adottare una nozione neutra di democrazia *bonne a tout faire* o direttamente avrebbero indagato su altri temi. Collegare la democrazia ai paradigmi ideologici significa nel 1981 ripercorrere senza infingimenti la storia dell'Italia, ma anche dare il senso delle trasformazioni che investivano in quel periodo il nostro Paese e, più a monte, insistere su un modello politico che portasse all'integrazione delle diverse forze sociali e politiche e, in fondo, al rafforzamento di quello Stato che gli attentati terroristici avevano messo in pericolo.

4. Ho parlato di ossessione per lo Stato nella concezione giuridica novecentesca. La riflessione era ancora in Uccellatore e può riassumersi nel contrasto: sovranità dello Stato-persona o sovranità del popolo/*id est* della società. Dopo averle esaminate arriva alla conclusione che

*«in sostanza il principio accolto dalla Costituzione ha operato una unificazione soggettiva del popolo quale aggregato di persone, indipendentemente da una organizzazione stabile generale quale si riscontra nelle persone giuridiche del tipo associativo tradizionale».*

*«La Costituzione della Repubblica [ha] accolto in linea di principio questo tipo di democrazia la quale identifica il popolo con la personalità giuridica dello Stato e con la titolarità del potere sovrano, deve rilevarsi che è questo in definitiva il vero contenuto giuridico del principio democratico accolto dalla Costituzione tra i suoi principi fondamentali; esso, a sua volta, da un lato ha come presupposti delle norme di base espresse dalla Costituzione stessa, quali la uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge ed il riconoscimento del valore assoluto della persona umana con i suoi diritti essenziali di libertà, dall'altro lato ispira vari principi per lo sviluppo dell'ordinamento attraverso la legislazione futura nel senso dell'ulteriore graduale perfezionamento di esso attraverso l'adeguamento alle esigenze di una democrazia sempre più perfetta; tali esigenze, perciò, non sono mai statiche ma in continua evoluzione, tendendosi a raggiungere l'uguaglianza sostanziale fra i cittadini e quindi una società fra uguali (art. 3, comma 2°, Cost.)»<sup>7</sup>.*

Si arriva a *«l'identificazione sostanziale fra società civile e stato corrispondente alla identificazione formale tra stato e popolo (compresi, in esso, le minoranze e i*

<sup>7</sup> Notazioni, cit., rispettivamente pagg. 15 e 16-17.

suoi gruppi intermedi) e quindi fra sovranità dello stato e sovranità del popolo che, come si è detto, sembra prevista dalla Costituzione»<sup>8</sup>.

Così, «Nel particolare campo delle forme e dei limiti dell'esercizio del potere sorgono numerosi e gravi problemi che vanno: dall'organizzazione dei partiti e delle forze sociali ai sistemi elettorali ai quali è affidata in modo rilevante la scelta da parte del popolo dei propri rappresentanti ai quali la Costituzione lascia il maggiore spazio per l'esercizio indiretto del potere; ai rapporti fra elettori ed eletti e a diversi altri problemi»<sup>9</sup>.

5. La mia opinione è che per questi giuristi formati alla scuola dello Stato liberale prima, e del fascismo poi, la scoperta del pluralismo sia stata una sorta di ebbrezza con la quale confrontarsi sino a doverne fare i conti. Lo Stato rappresentava per loro una sorta di ancora che permetteva di rimanere fedeli alle regole, non aderire agli stravolgimenti ideologici ed in fondo conservare le libertà. Allora, lo Stato – specie ora che era diventato pluriclasse – non era e non poteva diventare “feudo” di qualcuno, né identificarsi con un partito od un soggetto. Lo Stato era di necessità di tutti.

6. Questa riflessione si è aperta allo Stato delle autonomie e del primato della società. Da qui la necessità di ripensare anche al ruolo delle magistrature amministrative ed in particolare al Consiglio di Stato, la cui attività ha pure consacrazione in Costituzione. Vale la pena riprendere un'intera pagina del discorso di insediamento al Consiglio di Stato in cui si avverte il senso delle trasformazioni che si sono riflesse sull'istituzione sorta nell'Ottocento e che ora deve affrontare la realtà dello Stato pluriclasse e l'affermazione della sovranità popolare e del connesso principio di eguaglianza sostanziale tra i cittadini.

*«Con la Costituzione della Repubblica e le successive leggi di attuazione il Consiglio è stato inserito in una realtà nuova quale quella dello Stato regionale per cui la sua posizione tradizionale di organo unico centrale di giustizia nell'Amministrazione nel senso più lato dovette subire due modifiche imposte da altre norme costituzionali e precisamente: 1) l'istituzione del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana con funzioni consultive e*

<sup>8</sup> Notazioni, cit., pag. 17.

<sup>9</sup> Notazioni, cit., pag. 18.

giurisdizionali; 2) l'istituzione recente dei Tribunali Amministrativi Regionali quali organi di giustizia amministrativa di primo grado, e quindi con sola funzione giurisdizionale per tutte le altre Regioni della Repubblica in attuazione dell'art. 125 della Costituzione. Questa seconda modifica, estesa anche alla Regione Siciliana in virtù di una recente decisione della Corte Costituzionale, è certamente la più importante avendo comportato la soppressione delle vecchie, giurisdizioni amministrative locali e la trasformazione in organo di appello del Consiglio di Stato che sin dal 1889, con l'istituzione, della IV Sezione, era stato l'unico organo di giurisdizione generale della legittimità degli atti amministrativi. Oltre queste due modifiche di formale adeguamento della posizione del Consiglio di Stato al nuovo tipo di Stato in attuazione di espresse disposizioni costituzionali, in realtà nessun'altra innovazione di sostanza è stata ancora apportata nel sistema che regola le funzioni ed il funzionamento di questo Istituto, i cui caratteri essenziali sono quindi rimasti quelli dati nella seconda metà del secolo scorso con la nota legge sul Contenzioso amministrativo del 20 marzo 1865 con i relativi allegati, di cui uno, l'allegato D, riguardava proprio il Consiglio di Stato, alla quale seguì l'altrettanto nota legge del 31 marzo 1889 istitutiva della IV Sezione del Consiglio di Stato che segna la vera nascita in Italia della giustizia amministrativa giurisdizionale... Sono ancora in parecchi, autorevoli magistrati e giuristi a ritenere che il sistema nel suo complesso sostanziale regga tuttora, salva la necessità di opportuni coordinamenti fra le varie norme, non essendo ancora matura la delineazione di altri sistemi che possano sostituire radicalmente il primo, costruito dallo Stato liberale dell'800 sulla base dei principi che gli erano propri specie nel campo della Giustizia Amministrativa. D'altro canto voci non meno autorevoli si levano dal lato opposto, specie fra i giuristi più sensibili ai problemi sociali, sostenendo che, malgrado le modifiche apportate in attuazione della Costituzione e sopra accennate, il complesso delle norme che regolano questo Istituto vada modificato nell'essenza così da ispirarlo agli stessi principi ed alle stesse esigenze che ispirano, la Costituzione ed il nuovo tipo di Stato da questa stabilito. Tra questi principi particolare rilevanza assumono, nel campo in cui il Consiglio di Stato esercita le sue funzioni, oltre quello relativo alla forma regionale assunta dallo Stato ed alla quale ho già accennato, il principio della partecipazione diffusa alla titolarità e all'esercizio del potere attraverso la titolarità della sovranità attribuita direttamente al popolo, la rilevanza dei gruppi intermedi in un pluralismo sociale e giuridico, il principio di uguaglianza sostanziale dei cittadini come graduale operante sviluppo di quella giuridica e il riconoscimento

*generale del potere di azione per la tutela dei propri diritti ed interessi legittimi contro tutti gli atti della pubblica Amministrazione. È certo che la maggior parte delle norme che regolano il Consiglio di Stato, pur non ponendosi in contrasto con questi principi non possono ritenersi ispirate dagli stessi perché ben diversi erano i principi ispiratori dell'ordinamento dello Stato nell'Ottocento e della legislazione da questo espressa, che sotto l'assillo della preminente esigenza dell'unità politica si ispiravano specialmente ai principi del centralismo e dell'autoritarismo nelle cui varie forme lo Stato regolava prevalentemente i suoi rapporti con i cittadini. È evidente che un tipo di Stato il quale sconosceva ancora il suffragio universale non poteva essere che espressione di una classe politica ristretta e rimaneva lontano dalle esigenze di partecipazione diffusa del popolo al potere quale espressione della vera sovranità di esso. Queste considerazioni mi inducono ad unirmi alle istanze di coloro i quali ritengono che, oltre le modifiche finora apportate, sia necessario procedere ad un più incisivo adeguamento delle norme sul Consiglio di Stato ai nuovi rapporti tra Società e Stato posti dalla Costituzione e che da questa con un processo non sempre rapido, ma costante, vanno penetrando nel nuovo ordinamento dello Stato. Va, però, precisato che adeguare le norme del passato al nuovo tipo di ordinamento in corso di formazione, non significa respingerle tutte e capovolgere il sistema poiché è innegabile, come si è già detto e si ripete, che nessun vero sistema nuovo è stato finora ponderatamente studiato e predisposto specie nel campo della giustizia amministrativa che è certamente il più delicato. In tale situazione un rigetto completo o quasi delle norme tramandateci dall'ordinamento precedente la Costituzione repubblicana potrebbe costituire un salto nel buio che finirebbe col pregiudicare le finalità di ammodernamento di cui si avverte il bisogno, col risultato di danneggiare gli interessi pubblici e quelli dei cittadini più che tutelarli»<sup>10</sup>.*

La riflessione di Uccellatore si è pressoché da subito sviluppata sul piano sostanziale e processuale, dalla considerazione dell'interesse legittimo come «*posizione giuridica sostanziale*»<sup>11</sup>, alla considerazione dei gruppi intermedi, all'estensione dell'area della legittimazione ad agire in giudizio ad assicurare effettività all'art. 113 Cost.<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> *Discorso*, cit., pagg. 271-273.

<sup>11</sup> *Discorso*, cit. pag. 279.

<sup>12</sup> Sempre dal *Discorso*, cit., pag. 279-280. Val la pena notare che in quell'occasione, con un'osservazione dal contenuto che oggi si direbbe minuto, Uccellatore contestò la tesi che negava carattere di atti amministrativi, sottraendoli quindi al sindacato giurisdizionale, agli esiti dei procedimenti di controllo sugli atti degli enti locali. Si sarebbe integrata la violazione dell'art. 113 Cost. e – va aggiunto – sarebbero rimasti privi di tutela gli stessi enti locali, in contrasto con il riconoscimento della loro autonomia.

7. Dalla considerazione dello Stato che è di tutti – da ciò che ho chiamato l'ossessione dello Stato – derivavano alcuni criteri. Uccellatore, che non era certo un rivoluzionario, si poneva però il problema che la stessa giustizia amministrativa diveniva esercizio di un potere sociale e che, in quanto tale, il suo esercizio, ad iniziare dalla titolarità dell'azione, era espressione di quella partecipazione che l'art. 3, secondo comma, Cost. assegna quale obiettivo dell'azione pubblica.

*«E' opinione ormai diffusa che il ricorso alle giurisdizioni amministrative può anche costituire un mezzo indiretto per la partecipazione del cittadino all'esercizio del potere pubblico in quanto attraverso l'annullamento degli atti illegittimi tende alla correzione del potere illegalmente svolto dall'Amministrazione pubblica costringendola a rettificarlo per conseguire nella legalità quelle finalità di pubblico interesse che il legislatore le ha attribuite»<sup>13</sup>.*

Anzi, il passo era brevissimo per auspicare – si era nel 1976 e bisognerà attendere la legge sul procedimento amministrativo del 1990 – l'estensione della partecipazione dei cittadini alla formazione dei procedimenti con i quali si attua l'esercizio del potere.

8. Si viene qui alla considerazione dei profili di carattere organizzativo della giustizia amministrativa in Italia. Si sono già riportati taluni passaggi del programma riformista di Uccellatore a proposito dell'adeguamento da apportare all'organizzazione ed alle funzioni del Consiglio di Stato a seguito dell'introduzione della Costituzione repubblicana. Si è anche rilevato che da organo ausiliario dello Stato-apparato il Consiglio di Stato diveniva organo dello Stato-comunità. Da qui, ad esempio, la proposta di estendere la funzione consultiva alle Regioni e prevedere il previo parere del Consiglio sulle concessioni di beni e servizi, rendere effettiva la consulenza sull'attività normativa del Governo<sup>14</sup>.

L'oggetto delle sue attenzioni rimaneva il Consiglio di Stato. Si poneva subito il problema *«particolarmente delicato dell'indipendenza dell'Istituto e dei suoi magistrati»* e si compiaceva che il Governo applicasse *«rigorosamente»* il dpr n. 579/1973, senza *«mai discosta[rsi] dal parere del Consiglio di Presidenza nel procedere alle nomine dirette»<sup>15</sup>*, ma quasi avvertendo per il futuro e prevenendo diverse prassi. Affermazioni di tal tipo

<sup>13</sup> *Discorso*, cit., pag. 279.

<sup>14</sup> *Discorso*, cit., cfr. pagg. 273-276.

<sup>15</sup> *Discorso*, cit., pag. 282.

servono, infatti, più a monito che non a constatazioni rivolte al passato. Epperò, Uccellatore non si nascondeva che l'indipendenza del Consiglio di Stato – ed oggi si direbbe dell'intera magistratura, non solo quella amministrativa – è un problema che si ripropone per ogni legislatura.

*«Alle due funzioni essenziali del Consiglio di Stato accolte dalla Costituzione è collegato quello particolarmente delicato dell'indipendenza dell'Istituto e dei suoi magistrati. Questa, com'è noto, è garantita dall'art. 100 della Costituzione con una riserva di legge. Nell'attesa dell'intervento del legislatore nella delicata materia, è stato il Governo ad intervenire nel settore indubbiamente più esposto, quale quello delle nomine dirette autolimitando il proprio potere col Regolamento approvato con d.p.r. 29 settembre 1973, n. 579, col quale sono stati previsti, ai fini della nomina dei Consiglieri di Stato, particolari requisiti per la piena idoneità all'esercizio delle funzioni ed il preventivo parere non vincolante del Consiglio di Presidenza del Consiglio di Stato, su richiesta motivata della Presidenza del Consiglio dei Ministri per la nomina dei Presidenti di Sezione si tiene conto oltre che dell'anzianità, delle proposte dello stesso Consiglio di Presidenza. Posso affermare che detto decreto è stato applicato rigorosamente e che il Governo non si è mai discostato dal parere del Consiglio di Presidenza nel procedere alle nomine dirette. Queste norme non esauriscono di certo la previsione costituzionale ed appunto per ciò il relativo problema viene agitato in dottrina con una certa vivezza, giungendo fino a parlare del Consiglio di Stato quale giudice e amministratore. È, quindi, necessario che il legislatore provveda ad una disciplina completa della materia sotto i vari aspetti. Peraltro è chiaro che il problema della indipendenza di qualunque magistratura, e non solo di quella del Consiglio di Stato, è anzitutto un problema essenzialmente morale sul quale influiscono parecchi fattori interni ed esterni che non possono mai essere enumerati in modo completo poiché vi mancheranno sempre gli elementi intimi del convincimento morale e del carattere che sono assolutamente subiettivi e non possono essere forniti dal legislatore. È altresì chiaro almeno nel mio responsabile convincimento che la normativa che il legislatore crederà di adottare non deve mirare a rendere irrilevanti o quasi le nomine dirette poiché la migliore tradizione del Consiglio di Stato è basata proprio su questo sistema misto di nomine che è indispensabile a portare nell'esercizio delle funzioni di esso l'esperienza preziosa delle Amministrazioni attive. ... Ma oltre che nelle nomine l'indipendenza dei magistrati del Consiglio di Stato va particolarmente garantita nell'impiego di essi*

*al di fuori del Consiglio stesso col conferimento di incarichi da parte del Governo presso Amministrazioni pubbliche, espressamente previsto dalla legge da molti anni a somiglianza di quanto previsto anche all'estero per i Consigli di Stato di altri Paesi. Anche questa è una funzione di collaborazione col Governo che attiene al concetto di ausiliarità menzionata dalla Costituzione e che tradizionalmente si è risolta, da un lato, a vantaggio delle pubbliche amministrazioni e dall'altro è valso a perfezionare la formazione professionale degli stessi Consiglieri di Stato, specie se provenienti dalla carriera, acquisendo o aggiornando la conoscenza della vita dell'Amministrazione pubblica che poi devono consigliare o giudicare; attività queste che non sono logicamente possibili senza conoscere. Non può, peraltro, sottacersi che anche da questo fatto può pregiudicarsi la fiducia del pubblico nella indipendenza dei magistrati del Consiglio di Stato. A questa preoccupazione rispondono le critiche talvolta sollevate nella dottrina, e in qualche caso nella stessa classe forense. In verità si tratta di preoccupazioni puramente astratte, poiché il Consiglio di Stato opera sempre collegialmente ed un collegio di sette membri costituisce una garanzia di indipendenza difficilmente superabile. Ad ogni modo, poiché, come ho detto, l'indipendenza del magistrato non deve essere solo garantita nella realtà, ma anche nell'apparenza per rispondere alla fiducia dei cittadini, mi atterrò rigorosamente ai limiti imposti dalle leggi per il conferimento di incarichi esterni ai magistrati, con l'assistenza del Consiglio di Presidenza, ciò comporterà tra l'altro l'osservanza dei limiti numerici e di durata prescritti per il collocamento fuori ruolo, al quale dovrà di regola provvedersi quando trattasi di incarichi continuativi incompatibili col regolare esercizio di tutte le funzioni d'istituto. D'altro canto, poiché detti incarichi vengono sempre conferiti dall'autorità di Governo, mi permetto rivolgere alla stessa una viva preghiera di accertare prima del conferimento di ogni incarico, attraverso la preventiva richiesta del mio nulla osta, la sussistenza di tutti i presupposti e condizioni all'uopo richiesti dalla legge»<sup>16</sup>.*

Il profilo è sempre attuale, ad iniziare dalla preoccupazione per il calo di fiducia dei cittadini nell'indipendenza dei magistrati, giacché tale valore deve non solo essere effettivo ma anche visibile all'esterno. Uccellatore elaborava un vero e proprio programma di governo, che era rivolto agli esponenti politici ai quali si richiedeva di non procedere a nomine esterne meramente politiche, ma anche di non nominare magistrati amministrativi in uffici ministeriali e chiedere poi al Consiglio di

<sup>16</sup> Discorso, cit., pagg. 282-284

presidenza di rilasciare nulla osta, a consacrazione di un fatto compiuto. Era diretto anche ai colleghi magistrati perché non frequentassero salotti diversi dalla biblioteca di Palazzo Spada. Ogni nomina politica, infatti, getta ombre sulla qualità del servizio giustizia da prestare a mezzo di giudici terzi, indipendenti ed imparziali.

In un certo senso non importa che lo stesso Uccellatore avesse servito in incarichi ministeriali: il Presidente di un organo con funzioni giurisdizionali è un po' come il papa Alessandro III, Rolando Bandinelli, del quale sino a poco tempo fa si raccontava che da allievo di Graziano ne seguiva la tesi sul matrimonio, ma divenuto pontefice fu difensore dell'indissolubilità del matrimonio<sup>17</sup>. È stato comunque il papa che impose ad Enrico II la penitenza pubblica per l'omicidio di Tommaso Becket. Si ritorna alla figura di questo *public servant*, che una volta divenuto arcivescovo di Canterbury non poteva più essere al servizio del Re. Anche le istituzioni vivono di un'etica pubblica, a sostenere la quale occorrono regole e non basta affidarsi alla qualità delle persone. Vale sempre l'avvertenza del costituzionalismo statunitense che se gli uomini fossero angeli, non vi sarebbe bisogno di leggi. Epperò, queste ultime sono necessarie appunto perché si muove dal presupposto che occorre prevenire le forme di degenerazione di tutti i poteri.

9. Nel discorso di insediamento quale Presidente Uccellatore richiese più volte l'adeguamento dell'organizzazione e delle attività del Consiglio di Stato alla Costituzione ed ai suoi principi. Ovviamente si riferiva ad interventi di riforme organiche, non a singoli aggiustamenti ispirati a logiche contingenti. Purtroppo non può dirsi che ciò non avvenga. Né può trascurarsi di considerare che a mezzo dell'elusione delle norme o dell'adozione di leggi provvedimento<sup>18</sup> si arrivi a che il Governo si nomini il Presidente del Consiglio di Stato e della Cassazione, come purtroppo è avvenuto, senza che gli organi di autogoverno delle magistrature interessate abbiano espresso efficaci reazioni a tutela della loro stessa indipendenza nello svolgimento delle relative competenze. L'ovvio riferimento è alla nomina del Presidente del Consiglio di Stato avvenuta nel 2015 a seguito della richiesta da parte del Governo al Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa di espressione di parere su una rosa di nomi tra i quali scegliere; ed al decreto legge n. 168 del 2016,

---

<sup>17</sup> È da segnalare che gli storici escludono oggi che Rolando Bandinelli, divenuto appunto papa Alessandro III, fosse anche il canonista autore in precedenza di diverse posizioni.

<sup>18</sup> In *Notazioni*, cit., 8, Uccellatore faceva notare che «l'avvento di dittature e di regimi autocratici è spesso legato proprio al graduale avvento della disapplicazione o fraudolenta applicazione delle norme giuridiche di garanzia dei diritti fondamentali predetti e quindi della partecipazione del popolo al potere, specie attraverso l'illimitato predominio di uno dei poteri sugli altri».

che ha prorogato il periodo di servizio in ruolo dei soli magistrati di cassazione, dei consiglieri di Stato e di quelli contabili, degli avvocati dello Stato. La mia opinione sul primo profilo è che risulta urgente assegnare il potere di nomina del Presidente del Consiglio di Stato (e della Corte dei conti) al Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa, *ad instar* di quanto avviene per la nomina dei vertici della Cassazione ai sensi dell'art. 105 Cost. Riguardo la seconda vicenda mi pare che l'allungamento del periodo di servizio a favore dei magistrati sull'orlo della pensione violi – o comunque stressi – l'art. 105 Cost. che assegna al CSM di decidere sull'attribuzione degli uffici giudiziari, ed in particolar modo di quelli direttivi. Lo stesso è da dire per le discipline relative alle altre magistrature. Voglio dire che il conferimento di un incarico giudiziario ad un magistrato è fatto anche in considerazione del tempo che lo stesso può rimanere nell'ufficio. Questa è un'attribuzione esclusiva del CSM. Può aggiungersi che ciò ha rilievo anche in ordine alla partecipazione dei vari candidati alla procedura di selezione, anzi già a proposito della presentazione della domanda. Se il legislatore – peggio ancora il Governo a mezzo della decretazione d'urgenza – interviene a variare il periodo di servizio nell'ufficio di destinazione, si finisce per incidere sull'attribuzione costituzionale del CSM e su quelle degli organi di autogoverno delle altre magistrature.

10. Oggi la riflessione di Uccellatore sulla democrazia si sarebbe arricchita della considerazione sulla caratterizzazione democratica dell'Unione e degli Stati membri, specie ai sensi dell'art. 2 TUE. Anche per tali valori si tratta di farne concreta applicazione. Il problema della democrazia è quello della nostra convivenza, ma anche quello del contrasto alle oligarchie ed alle autocrazie, ai poteri che si affermano dall'alto con operazioni di vertice, alle cooptazioni comunque denominate, anche a quelle che si pretende di affermare a mezzo di sistemi elettorali che vedano l'affermazione di nominati e non di eletti.

Le sue parole sono estremamente attuali: nel 1981 si riferivano allo strapotere dei partiti, ma quasi hanno prefigurato l'evoluzione del sistema elettorale quale si è conformato nella legislazione sulle liste bloccate.

*«Può accadere, ed è accaduto anche per limitati periodi di tempo, che degli ordinamenti, pur comprendendo delle norme astratte che prevedono la partecipazione del popolo alla formazione degli organi del potere ed al funzionamento di questi, non corrispondano alla realtà nella quale il popolo di un paese viene realmente tenuto dagli stessi organi del potere. Ciò può accadere in*

*tutti i casi in cui le norme di democrazia di un ordinamento, pur essendo consacrate nella costituzione e nelle altre leggi, vengano disapplicate o vengano applicate con frode, come è pur possibile per ogni norma giuridica, oppure vengano applicate con modalità predeterminate ed imposte in via di fatto con mezzi di coazione, impedendo, così, l'effettiva partecipazione del popolo tanto alle strutture del potere che all'esercizio di questo. ... D'altro canto tale situazione, che può dirsi di falsa o pseudo democrazia, non è molto diversa da quella in cui pur esistendo più partiti, questi in realtà non sono effettivamente organizzati o non funzionano con la partecipazione consensuale effettiva della base, ma formano e manifestano le loro determinazioni in ordine all'esercizio del potere pubblico mediante le cosiddette operazioni di vertice con la partecipazione dei soli capi partito che pretendono di interpretare ed esprimere il consenso di un popolo o della sua maggioranza, mentre in realtà compiono delle vere operazioni di imposizione, che il popolo è costretto a subire anche contro il proprio volere; in questa ipotesi è breve il passo per la degenerazione in oligarchia che è certamente in contrasto con la vera democrazia. Queste ipotesi ben riscontrabili nella realtà storica valgono a dimostrare che se ogni ordinamento democratico richiede quali elementi essenziali delle norme giuridiche col contenuto garantistico sopra indicato; in realtà non ogni ordinamento comprensivo di quelle astratte norme di garanzia corrisponde ad una vera democrazia quando non è anche garantita l'effettiva applicazione di esse. Ciò dimostra altresì che con le norme procedurali debbono in ogni caso concorrere delle norme sostanziali di base che garantiscano in modo assoluto i diritti di libertà e di uguaglianza dei cittadini senza i quali non ci può essere vero consenso e quindi vera democrazia»<sup>19</sup>.*

sistema per fini di semplificazione.

---

<sup>19</sup> Notazioni, cit. pagg. 7-8.

# LA CERTEZZA GIURIDICA TRA PRINCIPI E REGOLE NELLA TRANSIZIONE DAL «DIRITTO AMMINISTRATIVO DELL'EMERGENZA» AL «DIRITTO AMMINISTRATIVO DEL RISCHIO»

Giuseppina Lofaro\*

**ABSTRACT** [ITA]: Il saggio analizza la certezza giuridica e la legalità in concreto, incentrandosi specialmente sulle norme comportamentali e sulle interferenze funzionali tra i poteri dello Stato, per riflettere sul modello di struttura istituzionale attuale, in considerazione della persistente emergenza pandemica che ha enfatizzato il ruolo del potere esecutivo. In un quadro normativo complesso e multilivello, la c.d. «liquidità» delle regole si riverbera sull'attività della giurisprudenza. Le tecniche manipolative del c.d. *prospective overruling* e del *distinguishing*, tipiche dei sistemi di *common law* consentono al giudice di contemperare le esigenze di certezza e flessibilità interne al sistema. Doveroso è il «servizio» legislativo in uno Stato di diritto in cui vi è l'esigenza di far ripartire l'economia e di riacquisire credibilità a livello internazionale, trasmettendo prevedibilità e stabilità agli *stakeholders* che, nonostante il Paese attraversi una congiuntura sfavorevole, decidano di farvi affidamento mediante investimenti materiali e immateriali. La *rule of law* dettata dalla giurisprudenza è condizionata dalla fattispecie del caso concreto, ancor di più se il giudice è, tra «società dell'emergenza» e «società del rischio», sovente esposto alle pressioni connesse agli effetti delle sue decisioni sull'economia. La giurisdizione può rispondere, nella fase socio-politico-economica attuale, all'emersione di nuovi bisogni e connesse istanze di protezione, può supplire a carenze del legislatore. Auspicabile è che tale sovrapposizione di ruoli avvenga meramente *pro tempore*.

---

\* Dottore di ricerca in Diritto ed Economia, Cultore della materia in Diritto Amministrativo-I Contratti Pubblici, in Diritto Urbanistico, Università degli Studi *Mediterranea* di Reggio Calabria.

**ABSTRACT** [ENG]: *The essay analyzes legal certainty and legality in practice, focusing especially on behavioral rules and functional interference between the powers of the State, to reflect on the model of current institutional structure, in view of the persistent pandemic emergency which has emphasized the role of executive power. In a complex and multilevel regulatory framework, the so-called «liquidity» of the rules reverberates on the activity of the jurisprudence. The manipulative techniques of the so-called prospective overruling and distinguishing, typical of common law systems allow the judge to reconcile the needs of certainty and flexibility within the system. The legislative «service» is a duty in a rule of law where there is the need to restart the economy and regain credibility at an international level, transmitting predictability and stability to the stakeholders who, despite the Country going through an unfavorable situation, decide to rely on it through tangible and intangible investments. The rule of law dictated by the jurisprudence is conditioned by the specific case, even more if the judge is between the «emergency society» and the «risk society», often exposed to the pressures connected to the effects of his decisions on the economy. The jurisdiction can respond, in the current socio-political-economic phase, to the emergence of new needs and related instances of protection, it can compensate for shortcomings of the legislator. It is desirable that this overlapping of roles occurs purely pro tempore.*

**Keywords:** *legal certainty - behavioral rules - «liquidity» of the rules - prospective overruling and distinguishing - rule of law - the «emergency society» - the «risk society».*

**SOMMARIO:** **1.** Principio di legalità e giurisprudenza amministrativa: analisi introduttiva. – **2.** La *quaestio* dei rapporti tra sicurezza giuridica e legalità sostanziale: profili applicativi. – **3.** La funzione suppletiva esercitata dalla giurisprudenza tra «società dell'emergenza» e «società del rischio»: aspetti critici. – **4.** Considerazioni sugli effetti dell'emergenza sanitaria in corso tra procedimento e processo: il ruolo del potere esecutivo. – **5.** Riflessioni sintetiche e conclusive propositive: il ruolo del giurista e della giurisprudenza nell'evoluzione della *rule of law* tra stato di emergenza e *spes* di ricostruzione.

## 1. Principio di legalità e giurisprudenza amministrativa: analisi introduttiva.

La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione (in acronimo P.A.) rappresenta un baluardo irrinunciabile nell'ambito della civiltà giuridica e dello Stato di diritto.

Al giudice amministrativo (g.a.) viene conferito il ruolo fondamentale, magari in teoria improprio, di contemperamento dei contrapposti interessi, complice la crisi pandemica e politica

<sup>1</sup> attuale che denota, sovente, una mancanza di consapevolezza nella gestione di problematiche e questioni che si pongono incessantemente all'attenzione del pubblico dibattito<sup>2</sup>. Tuttavia, il g.a. viene frequentemente lasciato senza pilastri di riferimento nello svolgimento di questo delicato compito di precisazione e/o identificazione delle regole del caso concreto.

Accade altresì di frequente che il g.a. venga frustrato nell'adempimento della sua articolata e delicata funzione conferitagli dalla Costituzione, a causa della necessità di pronunce *super* rapide e non adeguatamente motivate<sup>3</sup> che abbiano per effetto l'inibizione dell'esercizio illegittimo dei pubblici poteri. Per di più, quasi fosse un'applicazione della *teoria dei corsi e ricorsi storici*, periodicamente viene adombrato il

<sup>1</sup> Sotto un profilo collegato, L. CASINI, *Politica e amministrazione: «the Italian Style»*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1, 2019, 13-38, esamina il rapporto tra politica e burocrazia in Italia, riferendosi specialmente all'amministrazione centrale dello Stato. L'Autore ricostruisce le cause e gli effetti della mancata separazione tra politica e amministrazione nel sistema italiano, tra cui la «esondazione» legislativa — ad opera di Governo e Parlamento — nelle scelte amministrative. Dopo aver presentato i principali nodi problematici del rapporto tra politica e amministrazione, l'autorevole dottrina prospetta alcuni possibili rimedi attuabili nel breve e nel lungo periodo.

<sup>2</sup> Si cfr. per tutti il commento critico di S. CASSESE, *I problemi irrisolti e le liti quotidiane*, 26 Aprile 2019, in *www.corriere.it* ed altresì pubblicato dall'*Istituto di Ricerche sulla Pubblica Amministrazione* in *www.irpa.eu*. Lo scritto mette in particolare rilievo i nodi problematici scaturenti dalla situazione debitoria degli enti locali (specialmente delle città metropolitane) con le banche e la Cassa depositi e prestiti. Il celebre Giurista e Accademico italiano nonché Giudice emerito della Corte costituzionale propone un tentativo di rinegoziazione delle condizioni per scongiurare l'ipotesi di acollo da parte dello Stato, come accadde nella seconda metà degli anni '70. L'Autore evidenzia lucidamente la necessità di coordinamento delle attività di razionalizzazione, riqualificazione, revisione e tempestiva riduzione della spesa pubblica, per evitare che scatti la «clausola di salvaguardia» nonché un aumento dell'iva. Il Giurista rileva altresì le incertezze connesse alla questione del *regionalismo differenziato*, ossia della concessione ad alcune regioni di maggiore autonomia e dell'attuale e mai sopito conflitto Nord-Sud che essa ha sollevato, specialmente per la mancanza di uno studio ragionevole sottostante.

<sup>3</sup> M. RAMAJOLI, *Verso un declino della decisione motivata?*, Relazione a Seminari pisani di diritto amministrativo, Pisa, 2018, *passim*.

rischio di soppressione del g.a.<sup>4</sup>, da cui scaturisce direttamente una sorta di effetto di soggezione, sia pure temporanea.

Autorevole dottrina ha reiteratamente rilevato che la progressione del sistema socio-economico, ancorata all'avanzare delle nuove tecnologie, comporta il superamento delle fonti classiche, ovvero le norme stabilite in maniera generale ed astratta dagli organi che rappresentano la volontà popolare. Ciò avviene al fine di lasciare spazio agli orientamenti giurisprudenziali<sup>5</sup> nonché a regole più flessibili, tra cui linee guida e circolari, previste dalle amministrazioni e dalle autorità amministrative indipendenti<sup>6</sup>.

È stato altresì posto l'accento sull'incapacità di alcuni principi radicati di interfacciarsi con questioni recenti – specialmente quelle emergenziali – e sulla conseguente necessità di formulare principi ulteriori, attraverso queste nuove «fonti» leggere<sup>7</sup>. Illustri giuristi hanno anche messo in evidenza la necessità di modificare il

<sup>4</sup>«A fronte di tentativi di marginalizzazione, quando non di delegittimazione strisciante, della giurisdizione amministrativa, bisogna essere chiari: l'efficienza della macchina amministrativa, che è tale se si muove nella legalità, non può costituire un alibi per ridurre la garanzia dei diritti e la protezione degli interessi; l'incertezza nelle scelte politiche non può essere “scaricata” sull'amministrazione e sulla giurisdizione; l'inefficienza della macchina burocratica e l'illegittimo esercizio del potere pubblico non possono essere tollerati nemmeno in situazioni emergenziali e quindi men che mai in una fase di ricostruzione.

Alla politica e all'amministrazione il dovere di agire nella legalità in un quadro normativo chiaro e ben definito, al giudice il dovere di rispondere con tempestività e competenza alla domanda di giustizia». Cfr. Cons. St., *Relazione sull'attività della giustizia amministrativa del Presidente del Consiglio di Stato Filippo Patroni Griffi*, 2 febbraio 2021, Palazzo Spada, Roma, 13, in <http://www.astrid-online.it/>.

<sup>5</sup> Si v. per tutti G. MONTEDORO, *Il giudice e l'economia*, Roma, Luiss University Press, 2015, *passim.*, che esalta i valori dell'equilibrio, del dialogo e della prudenza quale metodo per affrontare problemi complessi.

<sup>6</sup> Sulla tematica *de qua*, si v. M. RAMAJOLI, *L'attuale configurazione delle Autorità indipendenti di regolazione dei mercati: la natura giuridica delle funzioni e la tipologia degli atti*, contenente la relazione per il corso di formazione per Magistrati amministrativi organizzato dall'ufficio studi, massimario e formazione della giustizia amministrativa in collaborazione con il Tar Lombardia, svoltosi il 14 e 15 febbraio 2019 presso il Tar Lombardia, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), che si sofferma particolarmente sulla problematica atipicità del modello di riferimento e del connesso difetto di legalità sostanziale, concludendo che nonostante si supporti la loro azione con un'attività ermeneutica che colma in via interpretativa le lacune normative, alcuni nodi problematici che il modello porta con sé non possono mai ritenersi risolti in maniera definitiva; si cfr. altresì la chiara ed equilibrata analisi ricostruttiva della *quaestio de qua* di A. MAZZA LABOCETTA, *Autorità amministrative indipendenti e principio di legalità*, in *Il diritto dell'economia*, 3, 2015, 633-648; per quel che concerne la correlata questione inerente il penetrante sindacato giurisdizionale nelle controversie in materia di provvedimenti adottati dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato, si v. sempre ID., *La giurisdizione debole sugli atti delle autorità amministrative indipendenti*, in *Studi in memoria di Antonio Romano Tassone*, II, Napoli, 2017, spec. 1908, in cui l'Autore mette in luce che il sindacato giurisdizionale *de quo* si estende sino al «controllo dell'analisi economica compiuta dall'Autorità», potendo sia concernere una rivalutazione delle opzioni tecniche compiute da questa sia applicare la corretta attività ermeneutica di concetti giuridici indeterminati alla fattispecie concreta in analisi.

<sup>7</sup> V. DESANTIS, *Covid-19: il dialogo di hard e soft law e le trasformazioni della normazione*, in *Istituzioni del Federalismo*, Numero Speciale, 107-131.

metodo di ricerca nel diritto amministrativo, rendendolo interdisciplinare, anche attraverso utili riferimenti all'analisi economica, ancorandolo altresì alla giurisprudenza, disancorandolo, quando indispensabile, dai tradizionali riferimenti di diritto positivo<sup>8</sup>. Pare a chi scrive che, in concreto, la nozione di certezza giuridica<sup>9</sup> non risulti più unicamente legata alla corretta declinazione della legge<sup>10</sup> ma includa necessariamente l'ambito giudiziario, a dimostrazione della sua valenza in chiave evolutiva. Tuttavia, in astratto, nel sistema delle fonti del diritto, la legge risulta sovraordinata alla giurisprudenza anche al fine di assicurare un'applicazione uniforme e certa (*id est*: sicura) delle norme comportamentali<sup>11</sup>, altresì al fine di sottrarle, per tale via, agli orientamenti interpretativi ondivaghi.

Allo stato attuale il nesso tra imparzialità, legalità<sup>12</sup> sostanziale e democraticità

<sup>8</sup> Si cfr. la Relazione illuminata di S. CASSESE, «Mezzo secolo di trasformazioni del diritto amministrativo», tenuta al XXII Congresso italo-spagnolo dei Professori di diritto amministrativo, presso l'Università degli Studi di Messina, 17-19 Maggio 2018, che rileva come anche l'insegnamento del diritto amministrativo debba seguire l'evoluzione *de qua*, non rimanendo unicamente ancorato al diritto nazionale, al metodo giuridico tradizionale, all'ordinamento positivo. L'illustre Giurista cita a titolo esemplificativo positivo l'Olanda, in cui hanno luogo corsi totalmente in inglese, senza alcun riferimento al diritto olandese. L'Autore altresì sostiene che sia opportuno partire dall'analisi delle questioni problematiche (e non dai principi, come tradizionalmente si ritiene) ai fini dell'individuazione di possibili soluzioni, in modo da far scaturire, da questo percorso di analisi, la costruzione di nuovi principi.

<sup>9</sup> Si v. sul concetto enciclopedico *de quo* M. CORSALE, voce *Certezza del diritto. I) Profili teorici*, in *Enc. giur. Treccani*, VI, 1988, 5 ss.; cfr. altresì le acute riflessioni di G. ALPA, *La certezza del diritto nell'età dell'incertezza*, Napoli, 2006 nonché le chiare note di G. TROPEA, *(In)certezza del diritto e Stato giurisdizionale: il caso dell'abuso del diritto e del processo*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, p. 1063 ss.; più di recente, si v. le efficaci considerazioni di F. MANGANARO, *Cenni sulla (in)certezza del diritto*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, p. 297 ss.

<sup>10</sup> B.G. MATTARELLA, *La concretezza dell'amministrazione e quella della legge*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 6, 2019, 714-718, analizza attentamente e criticamente la legge 19 giugno 2019, n. 56 recante «Interventi per la concretezza delle azioni delle pubbliche amministrazioni e la prevenzione dell'assenteismo» rilevando che «la legge sulla concretezza» si occupa del funzionamento della pubblica amministrazione in modo piuttosto astratto, tuttavia contiene alcune norme concrete, sostanzialmente apprezzabili, per le quali l'Autore avanza perplessità in merito alla necessità della previsione per legge.

<sup>11</sup> Per un'interessante applicazione del *behaviourismo* alle decisioni amministrative, si v. le chiare note di L. TORCHIA, *Teoria e prassi delle decisioni amministrative*, Relazione al Convegno AIPDA su «Decisioni amministrative e processi deliberativi», Bergamo 5-7 ottobre 2017, in *www.irpa.eu*, spec. par. 6; si cfr. altresì G. NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, Milano, Il Mulino, 2017, II, *passim.*, che evidenzia in chiave critica ed al contempo ricostruttiva come il diritto amministrativo ed i suoi mutamenti siano regolati da ben precise esigenze funzionali e dalla logica dell'azione collettiva. In questa prospettiva, il diritto amministrativo, da un lato, mira ad affrontare i problemi strutturali dell'organizzazione e dell'azione pubblica; dall'altro, è l'esito, «mutevole e instabile», di interazioni ripetute tra politici, burocrati, giudici e privati. Pertanto, l'analisi giuridica degli istituti e della normazione positiva, anche in chiave comparata con altri ordinamenti, è doverosamente integrata con quella economica e politologica, al fine di evidenziare i comportamenti strategici dei diversi soggetti operanti nella sfera pubblica, nonché per valutare gli effetti delle regole del diritto amministrativo sulle condotte individuali e sul benessere collettivo.

<sup>12</sup> In merito alla crisi di identità del principio di legalità, si v. l'analisi ricostruttiva di M. VOGLIOTTI, voce *Legalità*, in *Enc.dir.*, Annali, VI, 2013, 402 ss. che avanza l'idea di un moderno concetto di legalità ibrida, non più pura, che risulti preminente sulla legalità democratica.

pare a tratti sospeso, allorquando l'amministrazione non è più tenuta ad adeguarsi all'indirizzo legislativo, diretta espressione della volontà popolare. Alcuni interventi legislativi, degli organi consultivi<sup>13</sup> e giurisdizionali<sup>14</sup> risultano significativi nel senso poc'anzi prospettato.

Pertanto pare opportuno riflettere sul modello di struttura istituzionale.

Si denota altresì la sussistenza di un rapporto diretto tra i giudici ed i principi che sortisce l'effetto, idealmente non auspicabile, di ridimensionare il valore delle regole, specie in assenza di un legislatore che se ne occupi in maniera costante, sistematica, autonoma e *last but not least* costruttiva.

In particolare, di recente l'Adunanza plenaria<sup>15</sup>, ha avallato l'orientamento del diritto vivente, seguito dalla giurisprudenza amministrativa, circa l'individuazione del *dies a quo* della decorrenza del termine di impugnazione del provvedimento amministrativo, rispettivamente, nel momento di conoscenza della mera esistenza e della lesività del provvedimento per tutti i settori del diritto amministrativo e nel momento di conoscenza della motivazione del provvedimento e dei relativi atti endoprocedimentali per il settore degli appalti<sup>16</sup>.

---

<sup>13</sup> Nel Parere n. 1623 reso il 26 Giugno 2018, reperibile in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), in tema di modifica del Regolamento per il rilascio dei pareri precontenzioso ANAC, la commissione speciale del Consiglio di Stato si è pronunciata in senso negativo su svariate norme elaborate dall'Autorità, poiché prive di legittimazione da parte della normativa primaria. Sull'istituto del precontenzioso ANAC aggiornato alla riforma codicistica del 2016, si cfr. F. APERIO BELLA, *Tra procedimento e processo. Contributo allo studio delle tutele nei confronti della pubblica amministrazione*, Napoli, 2017, 466 ss.

<sup>14</sup> Con le tre ordinanze gemelle nn. 374, 375, 376 del 29 Giugno 2018, il Consiglio di giustizia amministrativa per la regione siciliana ha rimesso alla Corte costituzionale la questione di legittimità costituzionale inerente all'art. 3, comma 3, della legge regionale 11 Agosto 2016, n. 17, recante tra l'altro «Disposizioni in materia di elezione del sindaco e del consiglio comunale e di cessazione degli organi comunali», laddove prevede che «Le disposizioni del presente articolo si applicano anche per le elezioni dei consigli circoscrizionali», in relazione agli artt. 3 e 101, comma 2, Cost., per la parte in cui, per la sua imprecisione e vaghezza, è in contrasto col principio di ragionevolezza e con la soggezione del giudice alla legge.

<sup>15</sup> Cfr. Ad. Plen., Cons. St., sent. 2 luglio 2020 n.12, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>16</sup> Ancor prima, sempre l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, interpellata a pronunciarsi sulle regole acceleratorie del rito super speciale sui contratti pubblici, nello specifico sulla loro idoneità a giustificare l'onere di impugnazione immediata del bando altresì per le clausole non immediatamente escludenti, nella sentenza n. 4 del 2018, disattendendo l'orientamento manifestato dalla III sezione del Consiglio di Stato nella sentenza n. 2014 del 2017, ha specificato che, in mancanza di norme chiare nel senso *de quo* «laddove venissero ravvisati così imperiosi motivi per ritenere che l'obbligo di impugnazione immediata delle prescrizioni non escludenti del bando si imponga, ciò probabilmente non potrebbe avvenire in via ermeneutica ma dovrebbe passare per il vaglio della Corte costituzionale sulla compatibilità (rispetto ai precetti di cui agli articoli 24 e 97 della Costituzione) dell'inciso del comma 5 dell'art. 120 c.p.a. "autonomamente lesivi"». Si v. le chiare ed approfondite note di M.A. SANDULLI, *Ancora sui rischi dell'incertezza delle regole (sostanziali e processuali) e dei ruoli dei poteri pubblici. Postilla a «Principi e regole dell'azione amministrativa. Riflessioni sul rapporto tra diritto scritto e realtà giurisprudenziale» (federalismi.it, 6 Dicembre 2017)*, in [federalismi.it](http://federalismi.it), 23 Maggio 2018, *passim*; ID., *Processo amministrativo, sicurezza giuridica e garanzia di buona amministrazione*, in *Il Processo*, 3, 2018, spec. 49.

Alla luce di quanto finora evidenziato, può affermarsi che, in linea generale, trasparenza ed efficienza dovrebbero costituire un binomio inscindibile e che la legalità<sup>17</sup>, anziché causare un rallentamento dell'azione amministrativa, dovrebbe più opportunamente fungere da strumento per consentire di realizzare in concreto un'equilibrata gestione delle risorse umane e finanziarie disponibili<sup>18</sup>.

## 2. La *quaestio* dei rapporti tra sicurezza giuridica e legalità sostanziale: profili applicativi.

La legalità in concreto costituisce garanzia del cittadino a non doversi sottoporre a vincoli, limiti o a condizionamenti di varia natura, rispetto ai propri diritti e alle proprie azioni, che non discendano direttamente ed *ictu oculi* dalle opzioni del legislatore in qualità di rappresentante della volontà popolare.

Il principio *de quo*, oltre all'interesse sotto l'aspetto formale, disvela risvolti sostanziali rilevanti<sup>19</sup>.

Fra i valori formali di civiltà giuridica, come in parte già rilevato, vi sono la separazione dei poteri<sup>20</sup> nonché il primato della legge che funge teoricamente anche da limite e criterio orientatore della funzione giurisdizionale.

Può ritenersi che uno tra i fattori di rischio<sup>21</sup> per l'economia di un Paese sia rappresentato dalla mancanza di certezza delle norme che esplicano il corretto

---

<sup>17</sup> Per una disamina sempre attuale sulla legalità amministrativa, sia in chiave ricostruttiva che in una prospettiva futura, feconda di spunti riflessivi originali, si v. l'opera monografica di F. MERUSI, *La legalità amministrativa fra passato e futuro*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016, spec. 42, 60-61: in particolare, l'Autore rivaluta e riprende il pensiero di Romagnosi per cui la ricostruzione del diritto amministrativo deriva da un «fitto dialogo» con la giurisprudenza del contenzioso amministrativo, ossia con il Consiglio di Stato italiano e francese. Ancora, secondo F. Merusi, al legislatore può supplire l'integrazione dei principi generali «inverati» dalla giurisprudenza. Per cui, riprendendo un «sentiero interrotto», attraverso un ritorno a Romagnosi, è opportuno «tessere le "istituzioni" sulla base delle sollecitazioni del contesto normativo e giurisprudenziale contemporaneo».

<sup>18</sup> Si v. sotto il profilo *de quo* il d.m. del 17 Gennaio 2018, n. 35, contenente il «Regolamento sulle modalità di composizione e funzionamento dell'Osservatorio nazionale sul fenomeno degli atti intimidatori nei confronti degli amministratori locali» previsto dall'art. 6 della l. del 3 Luglio 2017, n. 105, in *Guida al diritto*, n. 23/2018. Nello specifico, pare a chi scrive che con il regolamento di cui al pocanzi citato d.m. del 17 Gennaio 2018, n. 35, il Ministero dell'interno abbia inteso evidenziare che l'unione fra la legalità e la sicurezza possa determinare una reale prospettiva di liberazione delle amministrazioni locali da pressioni sia interne che esterne.

<sup>19</sup> Si cfr. le Relazioni di F. FRANCIOSI, M.A. SANDULLI, *Giornate di studio sulla giustizia amministrativa su principio di ragionevolezza delle decisioni giurisdizionali e diritto alla sicurezza giuridica*, Modanella (Siena), 8-9 Giugno 2018, Napoli, parzialmente reperibili anche su [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it) nonché su [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it); v. altresì la lucida analisi di E. FOLLIERI, *Il deficit di democrazia nella legislazione, amministrazione e giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 505 ss.

<sup>20</sup> Sul principio di separazione dei poteri e sulle sue connessioni in ambito amministrativo si cfr. F. CARINGELLA, *I principi del diritto amministrativo*, Roma, 2016, 149-161.

esercizio dei pubblici poteri, siano essi amministrativi<sup>22</sup> che giurisdizionali, con cui gli *stakeholders* (*id est*: operatori) si interfacciano<sup>23</sup>.

Difatti, i soggetti investitori delle proprie risorse lavorative ed economiche in uno specifico settore o territorio necessitano di poter conferire fiducia al sistema di riferimento, senza essere costretti all'accettazione del rischio che i possessori dei pubblici poteri sottopongano a revisione, a titolo esemplificativo, le condizioni per la fruizione di benefici economici originariamente contrattualmente riconosciuti per incentivare l'attività intrapresa<sup>24</sup>.

Un riferimento attuale, a titolo esemplificativo, può esser costituito dai fenomeni di riconversione dell'attività produttiva di alcune note realtà industriali, orientate alla realizzazione di beni e strumenti indispensabili per affrontare la crisi sanitaria in atto.

In generale, può altresì ritenersi che la mancanza di certezza – in merito alla stabilità o alla validità *ab origine* nonché alla sussistenza dei titoli abilitanti rispetto all'esercizio di un'attività d'impresa, professionale, economica, o altresì delle condizioni di accesso a contratti pubblici o in relazione all'aleatorietà della possibilità di godimento dei risultati d'investimento di risorse materiali e immateriali – rappresenti un fattore di rischio economico per il Paese<sup>25</sup>.

Tale insicurezza risulta connessa all'incertezza delle norme che dovrebbero assicurare il corretto esercizio dei pubblici poteri, sia amministrativi<sup>26</sup> che

<sup>21</sup> Sotto un profilo collegato, si v. le chiare ed attuali riflessioni di S. BUDELLI, *La società del rischio e il governo dell'emergenza. Le ordinanze extra ordinem*, in *Riv. giur. AmbienteDiritto.it*, 2, 2019, 1-39.

<sup>22</sup> Sempre illuminante, A. ROMANO TASSONE, *Amministrazione pubblica e produzione di «certezza»: problemi attuali e spunti ricostruttivi*, in *Dir. amm.*, 2005, 867 ss.

<sup>23</sup> «È noto infatti che le grandi riforme hanno bisogno di tempo per essere metabolizzate compiutamente; esattamente il tempo che la giurisprudenza prende per elaborare quel reticolo di principi e criteri di risoluzione del caso concreto, necessario a dare certezza, chiarezza e concretezza all'amministrazione, alle persone e agli operatori economici». Il virgolettato è di Cons. Stato, *Relazione sull'attività della giustizia amministrativa del Presidente del Consiglio di Stato Filippo Patroni Griffi*, cit., 25, in <http://www.astrid-online.it/>.

<sup>24</sup> Cfr. ad es. la c.d. legge «spalma incentivi», ossia il d.l. 24 Giugno 2014 convertito nella l. 11 Agosto 2014, n. 116, con cui lo Stato italiano ha fissato la netta riduzione, a partire dall'1 Gennaio 2015, delle tariffe incentivanti precedentemente riconosciute tramite convenzioni ai produttori di energia fotovoltaica; pertanto, hanno subito una *reformatio in peius*, a decorrere dal mese di Luglio 2014, le connesse modalità di erogazione. La Corte costituzionale ha ritenuto tali previsioni conformi al canone di ragionevolezza in quanto contenenti misure giustificate dalle superiori esigenze dell'economia del Paese. Nello specifico, essa ha negato che l'impegno convenzionalmente assunto dallo Stato fosse idoneo a far sorgere negli operatori un legittimo affidamento alla stabilità delle tariffe per l'intera durata del contratto alle condizioni stabilite dalla legge che aveva esercitato la *vis attractiva* degli investimenti in Italia.

<sup>25</sup> In relazione agli effetti della pandemia sugli appalti, si v. M. MAGRI, *Il «collasso» del sistema degli appalti nella prima fase dell'emergenza sanitaria*, in *Istituzioni del federalismo*, Numero Speciale, 2020, 77-88.

<sup>26</sup> Si v. su tale profilo il saggio, ancora oggi estremamente attuale, di M. D'ALBERTI, *Giannini dalle pagine dei giornali: il tracollo del sistema istituzionale e le riforme necessarie*, 3, 2015, 909 ss.

giurisdizionali, ai fini di un affidamento concreto rispetto alla prevedibilità delle azioni.

Dalla legislazione più recente emerge la tendenza a corroborare la certezza e la stabilità dell'azione amministrativa: l'art. 12, comma 1, lettera a), della legge n. 120/2020, introducendo l'art. 8-bis nell'art. 2 della legge n. 241/1990, ha infatti sancito che le determinazioni relative ai provvedimenti, alle autorizzazioni, ai pareri, ai nulla osta e agli atti di assenso *tout court* adottati successivamente alla scadenza di alcuni termini previsti dalla stessa legge n. 241/1990 sono inefficaci, fermo restando il possibile esercizio del potere di annullamento d'ufficio.

L'obiettivo preminente della disposizione *de qua* è quello di incoraggiare gli investimenti, conferendo agli operatori ulteriori garanzie di stabilità della situazione di vantaggio conseguita<sup>27</sup>.

La tendenza a tutelare la stabilità e la certezza dell'azione amministrativa e delle situazioni giuridiche emerge *ictu oculi* altresì dall'art. 125 c.p.a. (la cui portata applicativa è stata recentemente estesa dalla legge 11 settembre 2020, n. 120). Tale norma, recante «... disposizioni processuali per le controversie relative a infrastrutture strategiche», tutela l'interesse pubblico alla sollecita realizzazione delle opere, fissando rilevanti limiti alla caducazione del contratto in caso di annullamento dei provvedimenti impugnati e, pertanto, alla piena attuazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale<sup>28</sup>.

Oggi il quadro normativo risulta complesso e multilivello, alla luce anche delle fonti e della giurisprudenza sovranazionale.

Sovente, la mancanza di chiarezza giuridica si ripercuote sull'azione dell'amministrazione che risulta esposta al rischio di applicare le regole in maniera errata, ad esempio imponendo sanzioni prive dei caratteri di giustizia e proporzione.

Per di più, per effetto della semplificazione dei controlli sulle attività economiche, la questione rischia di assumere un profilo allarmante, man mano che gli investitori acquisiscono consapevolezza, in seguito alla sostituzione dei provvedimenti autorizzatori *tout court* con titoli «virtuali» di assenso, che conseguono all'inerzia delle amministrazioni sulle connesse richieste.

La condizione di inoperosità *de qua* deriva altresì da una sorta di timore dei funzionari pubblici, connesso ad un'eventuale assunzione di responsabilità rispetto ad opzioni ermeneutiche connotate da un elevato grado di complessità.

---

<sup>27</sup> Cfr. su tale aspetto le recenti considerazioni di G. TAGLIANETTI, *Alcune riflessioni sul concetto di "certezza dell'azione amministrativa"*, in *Amministrativ@mente, Riv. scient. trim. dir. amm.*, 4, 2020, 455, in [www.amministrativamente.com](http://www.amministrativamente.com).

<sup>28</sup> *Id.*, *op. ult. cit.*, 452.

Le riforme normative che il legislatore ha ideato progressivamente per ridurre tali rischi, fissando oneri motivazionali e limiti temporali agli interventi *ex post* su titoli già consolidati, sono state frequentemente sottoposte ad interpretazioni contrastanti<sup>29</sup> che hanno avuto l'effetto di incrementare il grado di insicurezza giuridica<sup>30</sup>.

Per di più, nonostante il legislatore abbia chiaramente connesso il termine di diciotto mesi al «momento dell'adozione» del provvedimento – mentre con riferimento alla segnalazione certificata di inizio attività (SCIA), al suo

<sup>29</sup> Si assiste ad uno scollamento tra la netta opzione legislativa e le applicazioni amministrative e giurisprudenziali – che tendono a ridimensionare la rilevanza dell'eccezione *de qua*, delimitando la necessità della condanna alle dichiarazioni ed escludendola per le false rappresentazioni della realtà, estese a loro volta alla rappresentazione errata di qualità giuridiche o circostanze –, sovente discendente dal grado di incertezza e complessità del quadro di riferimento normativo e giurisprudenziale. Si cfr. a tal proposito Cons. Stato, V, 27 Giugno 2018 n. 3940, in cui i giudici di Palazzo Spada hanno avanzato la proposta di una ricostruzione del sistema che contemperasse l'esigenza di affidamento nella stabilità dei titoli autorizzatori o attributivi di vantaggi economici e la difficoltà oggettiva dell'amministrazione di adempiere allo svolgimento dei controlli necessari indicati dal legislatore, giungendo alla conclusione per cui: alla luce del dato letterale e teleologico nonché dell'osservazione per cui la negazione di un'autonomia nella valutazione all'autorità procedente sarebbe, in concreto, frutto dell'idea secondo cui «l'accertamento della falsità dei presupposti di fatto compete sempre e solo al giudice penale», la disposizione di cui all'art. 21 *nonies*, comma 2 *bis*, andrà interpretata nel senso che «il superamento del rigido termine di diciotto mesi è consentito: a) nel caso in cui la falsa attestazione, inerente i presupposti per il rilascio del provvedimento ampliativo, abbia costituito il frutto di una condotta di falsificazione penalmente rilevante, [...] nel qual caso sarà necessario l'accertamento definitivo in sede penale; b) sia nel caso in cui l'acclarata erroneità dei ridetti presupposti risulti comunque non imputabile (neanche a titolo di colpa concorrente) all'Amministrazione ed imputabile, per contro, esclusivamente al dolo (equiparabile alla colpa grave e corrispondente, nella specie, alla mala fede oggettiva) della parte: nel qual caso – non essendo parimenti ragionevole pretendere dalla incolpevole amministrazione il rispetto di una stringente tempistica nella gestione della iniziativa rimotiva – si dovrà esclusivamente far capo al canone di ragionevolezza per apprezzare e gestire la confliggente correlazione tra gli opposti interessi in gioco». Tuttavia, la soluzione giurisprudenziale testé evidenziata, pur risultando conforme ad un canone di ragionevolezza in astratto, non pare, in concreto, rispondere all'opzione legislativa di offrire certezza effettiva di stabilità dei titoli contro interventi tardivi di autotutela non fondati su falsi oggettivamente dimostrati con le garanzie penalistiche (tra cui a titolo esemplificativo, il noto brocardo latino *in dubio pro reo*, ossia la presunzione di innocenza, l'onere della prova) ed avrebbe, per ragioni di opportunità, dovuto essere rimessa alla Corte costituzionale quale Giudice delle leggi. Per un'analisi tecnico-giuridica approfondita ed equilibrata della pronuncia *de qua*, si cfr. M.A. SANDULLI, *Processo amministrativo, sicurezza giuridica e garanzia di buona amministrazione*, cit., spec. 56.

<sup>30</sup> Pertanto, in un contesto normativo già connotato da incertezza oggettiva, i recenti istituti di semplificazione e liberalizzazione hanno causato una sorta di effetto di «danno di ritorno», controproducente come un *boomerang* per i potenziali contraenti che si sono ritrovati senza le garanzie derivanti dal controllo preventivo sulla legittimità dell'azione o dell'opera da intraprendere o realizzare ed altresì privati della certezza della validità e della stabilità del titolo, a causa dell'incapacità di tali istituti di conferire l'effetto *de quo*.

La chiara scelta del legislatore *ex art. 21 nonies* della l. 241/1990, come modificato dalla l. n. 124/2015, è di circoscrivere il potere di autoannullamento dei titoli autorizzatori e degli atti che hanno la capacità di conferire vantaggi economici entro 18 mesi dal loro rilascio o formazione, eccetto i casi in cui il beneficio o il titolo sia stato ottenuto mediante rappresentazioni della realtà o dichiarazioni false o mendaci accertate con sentenza penale di condanna passata in giudicato, secondo quanto prevede il comma 2 *bis* dell'articolo da ultimo citato. Si v. per tutti F. FRANCIOSI, *Autotutela amministrativa e principio di legalità*, in *www.federalismi.it*, n. 20/2015, spec. 4-5.

«consolidamento» ex d.lg. 25 Novembre 2016, n. 222 –, non fissando alcuna deroga per la fase transitoria, nonostante gli inviti in tal senso contenuti nei pareri del Consiglio di Stato sugli schemi dei decreti attuativi, la giurisprudenza ha creato la contrapposta massima per cui, in fase di applicazione, il termine debba farsi decorrere dall'entrata in vigore della legge.

In relazione ai provvedimenti di autotutela non soggetti *ratione temporis o materiae* a questo limite temporale, alcuni anni fa l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato<sup>31</sup> ha sostenuto che, alla luce di un canone di ragionevolezza, «il termine decorre dal momento in cui l'amministrazione è venuta concretamente a conoscenza dei profili di illegittimità dell'atto».

Emerge *ictu oculi* che una simil prospettazione, – ancorata al dato di fatto dell'avvenuta conoscenza del vizio e non, invece, più correttamente, a quello della sua conoscibilità sia pure in astratto, considerata la diligenza che gli interessati hanno legittimamente diritto di pretendere da un'amministrazione che possa ritenersi «buona»<sup>32</sup>, – risulti nettamente in opposizione all'*voluntas legislatoris*. Tra l'altro, la pronuncia *de qua*, in astratto, si è dissociata dall'orientamento giurisprudenziale che ammetteva casi di annullamento con motivazione *in re ipsa*, contrastando così l'obbligo motivazionale sancito *expressis verbis* dal legislatore all'art. 21 *nonies*, ma in concreto lo ha riproposto, ideando, in contrasto con lo spirito della riforma nonché con una sua interpretazione letterale, la nuova categoria dei «preminenti valori pubblici

<sup>31</sup> Ad. plen., Cons. Stato, 17 Ottobre 2017, n. 8. Per un commento sulla pronuncia *de qua*, si v. le considerazioni perplesse di N. POSTERARO, *Sulla possibile configurazione di un'autotutela doverosa (anche alla luce del codice dei contratti pubblici e della Adunanza plenaria n. 8 del 2017)*, in *www.federalismi.it*, n. 20/2017, spec. par. 5, 19 ss.

<sup>32</sup> S. CASSESE, *Il diritto alla buona amministrazione*, in *www.irpa.it*, Relazione alla «Giornata sul diritto alla buona amministrazione» per il 25° anniversario della legge sul «*Síndic de Greuges*» della Catalogna, Barcellona, 27 marzo 2009. Si v. altresì l'opera monografica di M. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, Giappichelli, 2003, spec. 273 ss., in cui l'Autore propone una lucida ed attuale visione armonizzata per cui il risultato, ossia un'utilità effettiva, è attratto ed inglobato nella funzione ed assurge a «parametro di verifica della legittimità dell'azione» che deve rendere conto della ragionevolezza delle scelte, della loro proporzionalità sotto il profilo quantitativo, nonché dell'adeguatezza sotto l'aspetto qualitativo rispetto al risultato prefigurato. Pertanto, il giudizio di legittimità si evolve, implicando, quale canone integrativo, «un giudizio di idoneità fra fatti reali, beni della vita coinvolti, diritti della persona, principi fondamentali, interessi (concreti) e misure adottate». Ancora: «la funzione che ingloba il risultato» rinviene la propria legittimazione nell'esigenza normativamente espressa dall'ordinamento di perseguire la giustizia tra i cittadini. «[...] "L'amministrazione di risultato", fatta di uomini e cose concreti, presuppone lo sforzo di penetrazione della realtà attuale e di proiezione della stessa in quella futura, con una capacità di ponderazione di tutte le possibili implicazioni e ricadute del proprio intervento, avendo costantemente presente che scopo finale della sua azione sono i beni della vita sui quali incidere effettivamente». Pertanto, il risultato permea e connota l'esercizio della funzione ed il suo perseguimento rappresenta il più pieno e sostanziale rispetto del principio di legalità. In tale ottica, la funzione amministrativa ne risulta «nobilitata e vivificata» mediante «la compartecipazione creativa dell'amministrazione alla giustizia dell'ordinamento», in cui legalità e risultato si implicano vicendevolmente.

di carattere autoevidente», ai quali ha riportato l'insieme di valori ed interessi sottesi alla normativa urbanistica ed edilizia.

La tematica dei limiti all'autotutela<sup>33</sup> è risultata ancor più problematica con riferimento alle «autodichiarazioni di conformità», in relazioni alle quali, nonostante il rinvio espresso alla disciplina generale sull'autoannullamento quale limite ai controlli postumi (*id est*: successivi) sulla legittimità dello strumento *de quo* ai sensi dell'art. 19, l. n. 241/1990, gli interpreti, specialmente la giurisprudenza, avanzano sempre nuove ipotesi di lettura per delimitarne il rilievo, in chiave significativa più o meno rigida per il soggetto segnalante privato.

Alla luce di quanto sin qui evidenziato, si ritiene che il meccanismo della semplificazione nonché della para-liberalizzazione delle attività produttive, mediante l'autodichiarazione della loro conformità al quadro normativo di riferimento, possa rappresentare uno strumento utile per il sistema di crescita del Paese e per il rinnovato ossequio dei principi comunitari di libertà di circolazione e di stabilimento espressi dalla Direttiva *Bolkestein* del 2006<sup>34</sup>.

Tuttavia, il quadro *de quo* non può inficiare il legittimo affidamento degli operatori, esponendoli ad un livello di rischio maggiore rispetto a quello cui di norma risulta sottoposto il soggetto titolare di un provvedimento espresso. Pertanto, la stabilità e la validità dei benefici e dei titoli connessi allo svolgimento di attività economiche d'impresa dovrebbe idealmente fondarsi su disposizioni chiare, generali, astratte, previamente stabilite dal legislatore quale organo espressivo della volontà popolare. In teoria, tale opzione non dovrebbe essere effettuata regolarmente

---

<sup>33</sup> Sulla tematica *de qua*, rispetto alle questioni irrisolte, si v. C. CONTESSA, *L'autotutela amministrativa all'indomani della «legge Madia»*, in *Studi e lezioni di diritto amministrativo*, Piacenza, La Tribuna, 2018, 117-152; si cfr. altresì la lucida analisi di E. GIARDINO, *L'autotutela amministrativa e l'interpretazione della norma*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 4, 2018, 439-452, che acutamente rileva che l'autotutela amministrativa trova fonte normativa in disposizioni che riflettono la *voluntas legislatoris* di conciliare il rispetto delle regole con la certezza del diritto, quali elementi irrinunciabili poiché costitutivi dell'ordinamento. Perciò, l'agire in autotutela soggiace ad un principio di legalità declinato mediante i vincoli dell'affidamento e della buona fede, ove il tempo e le ragioni della scelta assumono rilievo dirimente. Sebbene il legislatore abbia codificato le tipologie di autotutela, ricorrendo a chiare previsioni limitative dell'agire discrezionale dell'amministrazione, permane tuttavia, un conflitto tra la norma e la sua interpretazione, che compromette la prevedibilità e l'effettività dell'ordinamento.

<sup>34</sup> La direttiva dell'Unione Europea 2006/123/CE, conosciuta come Direttiva *Bolkestein*, è relativa ai servizi nel mercato europeo comune, è stata presentata dalla Commissione europea nel Febbraio 2004, ed approvata ed emanata nel 2006. Per una riflessione chiara e puntuale sulle singole misure di semplificazione ivi contenute, si v. M.A. SANDULLI, G. TERRACCIANO, *La semplificazione delle procedure amministrative a seguito della attuazione in Italia della Direttiva Bolkestein*, in *Monografias de la Revista Aragonesa de Administración pública*, XII, 2010, 47-80.

dall'amministrazione o dalla giurisprudenza, sulla base di canoni di opportunità, uguaglianza, ragionevolezza.

In concreto, come già rilevato, la questione di compatibilità della regola posta dal legislatore ed eventualmente ritenuta in contrasto con il principio di ragionevolezza dovrebbe essere rimessa alla Corte costituzionale, unico organo avente lo *status* (*id est*: il ruolo) di «Giudice delle leggi». In linea con le argomentazioni finora espresse, si sostiene che la c.d. flessibilità nonché la «liquidità» delle regole<sup>35</sup> risulta nello specifico foriera di potenziali danni allorquando concerne i relativi divieti nella loro formulazione e la normazione delle conseguenze della connessa violazione.

Si intende qui fare riferimento al rischio di subire l'irrogazione di consistenti sanzioni amministrative, pecuniarie e/o interdittive, quali, a titolo esemplificativo, una pesante interdittiva a percepire incentivi economici sul cui riconoscimento l'operatore aveva effettuato un legittimo affidamento, fondando le proprie scelte d'impresa, basandosi sovente sullo strumento contrattuale, o ancora, al caso di applicazione di elevate sanzioni pecuniarie da parte dell'*Antitrust* (*rectius*: Autorità garante della concorrenza e del mercato, AGCM), all'interdittiva a stipulare contratti con le pubbliche amministrazioni a causa della violazione di divieti oggettivamente incerti o contenuti in norme di complessa e/o nebulosa formulazione, che prestano il fianco a continui e costanti contrasti giurisprudenziali, come disvela anche la sconfinata casistica sull'art. 80, comma 5 del D. lg. 18 aprile 2016, n. 50, recante il Codice dei contratti pubblici.

A tal proposito, utile è il riferimento alla recente sentenza dell'Adunanza Plenaria<sup>36</sup> sugli obblighi dichiarativi e sulle false dichiarazioni rese dall'operatore economico partecipante alla gara: nello specifico, la decisione *de qua* ha avuto a

---

<sup>35</sup> Per un'analisi economica della scelta pubblica in una «società liquida», si v. C. ZUCHELLI, *Il «provvedere» ai tempi della globalizzazione. Riflessi sul rapporto autorità/libertà*, Relazione tenuta al Convegno *Il provvedimento amministrativo tra forma e sostanza*, Consiglio di Stato, 4 luglio 2017, pubblicata il 29 luglio 2017, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), spec. 11-12, secondo cui perdita di identità sociale e riduzione della sovranità nazionale determinano «la liquidità della società e dell'etica» che significa in concreto mancanza di una qualsiasi forma. L'Autore denota che la liquidità della società si concreta nell'assenza di parametri culturali, sociali, etici connessi ai sistemi semplici nei quali la persona vive e realizza sé stessa.

«In un'ottica nazionale, la globalizzazione delle problematiche locali conduce all'accentramento statalista, in un'ottica internazionale, la globalizzazione conduce alla perdita di sovranità e al privilegio per il sistema complesso internazionale e mondiale ed i relativi interessi».

La P.A. si muove in una situazione liquida: «se in senso giuridico formalistico essa è ancora legata allo strumentario legislativo che ne disciplina l'attività, quanto ai contenuti del provvedere all'interpretazione degli obiettivi e alla scelta dei mezzi, essa si muove senza punti di riferimento locali (né territoriali né nazionali) e quindi si determina il fondato rischio che finisca per rispondere con il suo provvedere agli interessi globali e non a quelli nazionali».

<sup>36</sup> Ad. Plen. Cons. St., 28 agosto 2020, n. 16, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

oggetto la falsità di informazioni rese dall'operatore economico partecipante a procedure di affidamento di contratti pubblici. L'Adunanza Plenaria ha ritenuto che tale comportamento sia riconducibile all'ipotesi prevista dalla lett. c) [ora c-bis)] dell'articolo 80, comma 5, del Codice dei contratti pubblici; sicché la stazione appaltante è tenuta a svolgere la valutazione di integrità e affidabilità del concorrente, ai sensi della medesima norma, senza che operi alcun automatismo espulsivo; ciò vale anche per l'omissione di informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione, nell'ambito della quale rilevano, oltre ai casi oggetto di obblighi dichiarativi predeterminati dalla legge o dalla normativa di gara, solo incidenti *ictu oculi* sull'integrità ed affidabilità dell'operatore economico; mentre la lett. f-bis) dell'articolo 80, comma 5, del Codice dei contratti pubblici ha carattere residuale e si applica in tutte le ipotesi di falso non rientranti in quelle innanzi citate.

In sintesi, la ridotta chiarezza del sistema normativo, accompagnata da un elevato grado di confusione delle formule giuridiche impiegate che spesso non corrispondono alle categorie ed agli istituti tradizionali<sup>37</sup>, non permette di prevedere con un sufficiente livello di plausibilità se un operatore potrà essere ammesso in concreto ad una pubblica selezione o potrà realmente ottenere i permessi oppure certificare o dichiarare la presenza dei presupposti indispensabili per l'avvio di un'attività imprenditoriale o per la realizzazione di un'opera ma, soprattutto, se potrà fare affidamento temporale in merito alla stabilità dei titoli o degli atti relativi.

Di fatto, lo stato di incertezza *de quo* si riverbera naturalmente sull'attività della giurisprudenza che viene, iniquamente, reiteratamente e consapevolmente, costretta a svolgere un ruolo creativo che formalmente non le apparterebbe, con il risultato, nonostante lo sforzo frequente di offrire un indirizzo univoco, di coniare sovente opzioni interpretative eterogenee<sup>38</sup>, a causa della connaturata ed intrinseca difficoltà di offrire regole generali in fase di risoluzione di contrasti strettamente connessi alle particolarità della fattispecie concreta in esame<sup>39</sup>.

---

<sup>37</sup> Impropiamente, con riferimento ad un annullamento, si assiste all'uso del termine decadenza, revoca. Ancora, in relazione ad una SCIA, si utilizzano i termini provvedimenti, atti di autorizzazione.

<sup>38</sup> F. SAITTA, *Valore del precedente giudiziale e certezza del diritto nel processo amministrativo del terzo millennio*, in *Dir. amm.*, 2005, 651, effettua considerazioni tecnico-giuridiche critiche in merito all'effetto di incertezza scaturente dalle oscillazioni eccessive della giurisprudenza che giunge così ad una «sfrenata fantasia dell'interpretazione giuridica».

<sup>39</sup> Si esprime in tali termini, tra gli altri, M. MAZZAMUTO, *L'incertezza del diritto amministrativo tra norme scritte e giurisprudenza pretoria: per un diritto giurisprudenziale a sovranità legislativa limitata*, in *L'incertezza delle regole. Annuario AIPDA 2014*, 301 ss.

Pertanto, spesso si contrappone la regola giurisprudenziale alla norma sancita dal legislatore.

La questione risulta ancor più grave quando viene attribuita una portata interpretativa retroattiva alla regola giurisprudenziale, in parte attenuata dalla tecnica manipolativa del c.d. *prospective overruling*<sup>40</sup>, riconosciuto dalla giurisprudenza di legittimità unicamente in ambito processuale, ma per cui l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato<sup>41</sup> pare nutrire maggiore attenzione.

La tematica *de qua* pare di ampio rilievo, chiamando in causa il principio del giusto processo<sup>42</sup> che dovrebbe esser regolato per legge, affinché il privato abbia il diritto di

<sup>40</sup> Tra le tecniche di manipolazione del precedente vi sono l'*anticipatory overruling* ed il *prospective overruling*. Rispettivamente, mediante la prima modalità manipolativa, una corte inferiore si sottrae al rispetto del precedente di una corte superiore qualora risulti ragionevolmente certo che essa stessa non seguirà più quel particolare precedente; la tecnica *de qua* consente, in concreto, ai giudici inferiori di anticipare la futura decisione abrogativa di un precedente ormai obsoleto che ci si attende dalla corte superiore. Tuttavia, si ritiene che «il criterio della ragionevole certezza» si discosti dalla possibilità di offrire le garanzie tipiche della legalità *tout court*. La finalità del *prospective overruling* è, invece, quella di abrogare il precedente limitando l'effetto retroattivo dell'abrogazione *de qua*. Attraverso questa tecnica, il giudice decide il caso di specie attenendosi al precedente vincolante, ma la regola da questo posta, ritenuta superata, viene modificata per tutti i casi che si presenteranno *ex nunc*. La teoria inglese afferma come regola generale che il precedente è strettamente vincolante non solo in senso verticale, ma anche in senso orizzontale; tuttavia, poi però si intravedono le possibilità che le tecniche del *distinguishing* e dell'*overruling* offrono al giudice per discostarsi da un precedente gradito e che gli consentono di contemperare le esigenze di certezza e flessibilità interne al sistema. Pare utile rammentare che nel sistema inglese vige il c.d. *case law*, in cui le sentenze dei giudici hanno sia la funzione di dirimere la controversia concreta che quella di creare regole di diritto oggettivo valide per il futuro. Si cfr. con riferimento alla tematica *de qua* Cass. civ., Ss. UU., 11 Luglio 2011, n. 15144, con cui si afferma in relazione alla tutela dell'affidamento, che nei confronti della parte che abbia confidato nella consolidata interpretazione di una regola, ritenuta fino a poco prima valida, non possa operare la preclusione introdotta dall'*overruling*. Le sezioni unite chiariscono che il fenomeno del c.d. *overruling* ricorre soltanto quando si registra «una svolta inopinata e repentina rispetto ad un precedente diritto vivente consolidato che si risolve in una compromissione del diritto di azione e di difesa di una parte». Elementi costitutivi della fattispecie *de qua* sono perciò: l'aver ad oggetto una norma processuale, il rappresentare un mutamento imprevedibile, il determinare un effetto preclusivo del diritto di azione o difesa. In tali casi, alla luce della giurisprudenza di legittimità in funzione nomofilattica, si applica direttamente il valore del giusto processo mediante l'esclusione dell'operatività della preclusione derivante dall'*overruling* nei confronti della parte che abbia confidato nella consolidata precedente interpretazione della regola medesima. La tempestività dell'atto va valutata con riferimento alla giurisprudenza vigente al momento dell'atto stesso. Secondo le sezioni unite, «trattasi di soluzione confortata dall'esigenza di non alterare il parallelismo tra legge retroattiva e interpretazione giurisprudenziale retroattiva, per il profilo dei limiti, alla retroagibilità della regola, imposti dal principio di ragionevolezza: ciò che non è consentito alla legge non può similmente essere consentito alla giurisprudenza». Si cfr. G. VERDE, *Mutamento di giurisprudenza e affidamento incolpevole (considerazioni sul difficile rapporto fra giudice e legge)*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 6 ss.; G. COSTANTINO, *Il principio di affidamento tra fluidità delle regole e certezza del diritto*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 1074 ss.

<sup>41</sup> Si v. ad es. Ad. plen., Cons. Stato, 13 aprile 2015, n. 4 ed altresì Ad. plen., Cons. Stato, 22 dicembre 2017, n. 13; si cfr. anche Cons. St., sez. VI, 3 dicembre 2018, n. 6858. Si v. altresì Ss. UU. Cass. civ., sentenza 12 febbraio 2019, n. 4135.

<sup>42</sup> Considerata la sconfinata letteratura sul principio *de quo*, ci si limita qui a riportare l'indicazione della voce enciclopedica di M. CECCHETTI, *Giusto processo (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, Agg. V, Milano, 2001, 595 ss.

sapere con certezza quali siano le regole in vigore allorquando agisce, siano esse dettate dal legislatore sia che derivino dalla giurisprudenza.

Certamente, la funzione nomofilattica<sup>43</sup>, riconosciuta alla Corte di cassazione nel suo massimo consesso fin dal 1941 ai sensi dell'art. 65 contenuto nel r.d. n. 12 ed altresì estesa a partire dal 2010 all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato *ex art.* 99 c.p.a., a fini di garanzia di uniforme interpretazione del diritto, ha acquisito una rilevanza ed un'utilità progressivamente crescente. Tuttavia, non pare idealmente auspicabile la prospettiva, che pure a tratti sostanzialmente si manifesta, di sostituzione della garanzia della legalità *tout court*, specialmente avuto riguardo ai parametri di prevedibilità e di certezza del diritto.

### **3. La funzione suppletiva esercitata dalla giurisprudenza tra «società dell'emergenza» e «società del rischio»: aspetti critici.**

Le questioni disfunzionali connesse alle pronunce giurisprudenziali sovente si incrementano. A titolo esemplificativo, si verifica che le Sezioni semplici del Consiglio di Stato<sup>44</sup> dichiarino di esprimersi in funzione «nomofilattica» al fine di sostenere la tesi impropria di una forza semi-vincolante delle proprie pronunce.

Accade altresì che le controversie, indipendentemente dalla complessità nonché dalla pregnanza delle questioni sollevate, vengano di frequente decise in via semplificata, attraverso il mero richiamo *prima facie* a presunti precedenti<sup>45</sup> che, in

<sup>43</sup> La bibliografia in tema di nomofilachia è vastissima. Pertanto, senza alcuna pretesa di esaustività, si richiamano S. MAZZAMUTO, *Certezza e prevedibilità: nuove frontiere della nomofilachiae tentativi di enforcement del precedente*, in *Pol. dir.*, 2003, 157 ss.; A. PAJNO, *Nomofilachia e giustizia amministrativa*, in *Rass. for.* 2014, 641 e ss.; A. BARONE, *The european «nomofilachia» network*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2013, 315 ss.; G. LAMBERTI, *Stare decisis, nomofilachia e supremazia nel diritto amministrativo*, in *Giur. it.*, 2013, 976 ss.; si cfr. altresì i più recenti saggi di F. LIGUORI, *La funzione nomofilattica nell'età dell'incertezza*, in *Dir. e proc. amm.*, 2017, 587 ss.; G. CANZIO, *Nomofilachia e diritto giurisprudenziale*, in *Dir. pubbl.*, 2017, 21 ss.; A. DE SIANO, *Il potere nomofilattico fra legislazione e giurisprudenza*, in *Precedente giudiziario ed decisioni della P.A., Quaderni di Diritto e processo amministrativo*, 27, Febbraio 2018, 41 ss.

<sup>44</sup> Cfr. ad es. Cons. Stato, Sez. V, n. 4077 del 2017 nonché la n. 3940 del 2018 in cui esso indica, alla luce del proprio percorso argomentativo, in quali termini la legge applicata «dovrà essere» interpretata.

<sup>45</sup> Sul tema *de quo* si v. *amplius* A. DE SIANO, *Il potere nomofilattico fra legislazione e giurisprudenza*, cit., spec. 139 ss.; in un'ottica storico-ricostruttiva, si cfr. G. GORLA, *Introduzione alla Raccolta di saggi sull'interpretazione e sul valore del precedente giudiziale in Italia*, in *Quaderni de «Il Foro italiano»*, 1966, 8 ss.; la voce enciclopedica ID., *Precedente giudiziale in Italia*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIII, 1990; U. MATTEI, voce *Precedente giudiziario e stare decisis*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XIV, 1996, 148 ss.; A. PIZZORUSSO, voce *Certezza del diritto. III) Profili applicativi*, in *Enc. giur. Treccani*, VIII, 1988; P. CHIASSONI, *Il precedente giudiziale: tra esercizi di disincentivo*, in P. COMANUCCI e R. GUASTINI (a cura di), *Analisi diritto*, 2004, 75 ss.

seguito ad un'analisi più approfondita, risultano in realtà pronunciati su fattispecie e/o su domande e censure differenti sotto un profilo oggettivo. In tali casi, si ritiene, opportunamente, che il giudice dovrebbe seguire la logica del c.d. *distinguishing*, tipica dei sistemi di *common law*.

Di frequente avviene anche che l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato e la Corte di Giustizia dell'Unione europea<sup>46</sup> siano investite di questioni connesse ad aspetti processuali, in cui il diritto alla sicurezzagiuridica si manifesta in maniera particolarmente pregnante, incidendo sul diritto fondamentale all'effettività della tutela giurisdizionale nei confronti dei pubblici poteri.

Per tale via, anziché crearsi un «circolo virtuoso», si innesca un «circolo vizioso»: l'incerto quadro normativo e giurisprudenziale alimenta la necessità di accesso alla Magistratura giudicante, con l'auspicio di poter ottenere una pronuncia favorevole o una decisione che, a prescindere dal suo esito, sollevi l'attore o le amministrazioni resistenti dalla responsabilità della decisione assunta. Tuttavia, le risorse del sistema giurisdizionale sono limitate e l'incremento del contenzioso, incidendo negativamente sul livello di approfondimento delle questioni affrontate, alimenta in tal modo la situazione di incertezza giuridica e, pertanto, in linea generale, lo stato di frustrazione in quanto pronunciarsi secondo giustizia equivale a risolvere la controversia in maniera tale che le parti e la collettività ne comprendano pienamente le ragioni e, auspicabilmente, le accettino pure. Il risultato *de quo* pare oggettivamente difficilmente raggiungibile mediante pronunce succintamente motivate che sovente non soddisfano un canone di adeguatezza nella parte motiva e che a volte tralasciano di considerare o di approfondire elementi essenziali di fatto o di diritto.

Ancor più grave appare la prassi invalsa in certa giurisprudenza di limitarsi a richiami/rimandi impropri a precedenti inconferenti oppure di contraddire più o meno apertamente precedenti giurisprudenziali su casi simili<sup>47</sup>. Accade altresì che i

---

<sup>46</sup> A. SANDULLI, *Giudicato amministrativo nazionale e sentenza sovranazionale*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 4, 2018, 1169-1208, partendo dalla sentenza della Corte costituzionale n. 6/2018 e dall'orientamento della Corte di cassazione sulla «concezione dinamica della giurisdizione», affronta attentamente il tema del contrasto tra giudicato amministrativo nazionale e precedente o successiva pronuncia della Corte di giustizia europea o della Corte EDU, prospettando diverse soluzioni a seconda delle possibili differenti declinazioni teoriche della questione nonché dal diverso concetto di giurisdizione. L'Autore inquadra altresì i grandi temi del «dialogo tra le Corti» e del rapporto tra Corte di cassazione e Consiglio di Stato.

<sup>47</sup> Si cfr. Cass. civ., Ss. UU., 3 maggio 2019, n. 11747, in tema di responsabilità del magistrato per grave violazione di legge da negligenza inescusabile, disallineamento dai precedenti e criticità motivazionali, alla luce di cui la grave negligenza inescusabile che determina responsabilità civile del magistrato viene integrata dall'errore del giudice che deve superare la soglia della negligenza inescusabile e deve vertere sull'individuazione della disposizione o del significante, sull'applicazione della disposizione, oppure sul significato della disposizione, ovvero l'attribuzione alla disposizione di un significante non compatibile con il significato, un non-significato. La negligenza inescusabile è in sostanza «una negligenza inesplicabile», priva di

giudici, sia di prima che di ultima istanza, rifiutino indebitamente di entrare nel merito delle questioni sottoposte al loro vaglio, dichiarandole aprioristicamente inammissibili.

Si rammenta a tal proposito il dibattito aperto dalle sentenze con cui le Sezioni Unite della Corte di cassazione e la Corte costituzionale hanno, mediante approdi differenti, trattato la tematica della sussumibilità nell'ambito dell'art. 111, comma 8, Cost., dei ricorsi diretti a contestare le sentenze con cui il Consiglio di Stato e la Corte dei conti<sup>48</sup> esprimano un «aprioristico giudizio di inammissibilità della domanda in abnorme e radicale contrasto con le norme del diritto europeo unitario o convenzionale» per come risultanti dall'interpretazione della Corte di Giustizia

---

razionalità e insindacabile poiché l'interpretazione del giudice sconfinava nell'invenzione, nell'abnormità, nel «diritto libero». Il mero discostamento dal precedente, come pure l'assenza di motivazione, non sono *ex se* fonte di responsabilità del giudice, la quale non sussiste quando la scelta interpretativa sia riconoscibile, mentre viene integrata quando la motivazione sia solo apparente. Il precedente giurisprudenziale, pur se proveniente dalla Corte di legittimità e finanche dalle Sezioni Unite, e quindi anche se è diretta espressione di nomofilachia, non rientra tra le fonti del diritto e, pertanto, non è vincolante per il giudice; tuttavia, in un sistema che valorizza l'affidabilità e la prevedibilità delle decisioni, l'adozione di una soluzione difforme dai precedenti non può essere né gratuita, né immotivata, né immeditata, ma deve essere frutto di una scelta interpretativa consapevole e riconoscibile come tale, ossia comprensibile, e ciò avviene più facilmente se esplicitata a mezzo della motivazione. La presenza di una motivazione non è condizione necessaria e sufficiente ad escludere sempre l'ammissibilità di un'azione di responsabilità, ma è di certo un ausilio alla comprensibilità della decisione e perciò di regola è un elemento per escludere, alla luce del testo originario della legge n. 117/1988, la stessa sindacabilità della scelta decisionale, in quanto consapevole frutto del processo interpretativo; per contro, non tutti i casi di mancanza della motivazione, ancorché la pronuncia si ponga in contrasto con l'orientamento giurisprudenziale maggioritario, sono fonte di responsabilità, purché la scelta interpretativa sia ugualmente riconoscibile. La grave violazione di legge, fonte di responsabilità ai sensi dell'art. 2, lett. a) della l. n. 117 del 1988, nel testo anteriore alle modifiche apportate dalla l. n. 18 del 2015, va individuata nelle ipotesi in cui la decisione appaia non essere frutto di un consapevole processo interpretativo, ma contenga affermazioni ad esso non riconducibili perché sconfinanti nel provvedimento abnorme o nel diritto libero, pertanto caratterizzate da una negligenza inesplicabile, prima ancora che inescusabile, restando pertanto sottratta all'operatività della clausola di salvaguardia di cui all'art. 2, comma 2 della legge citata, ipotesi che può verificarsi in vari momenti dell'attività prodromica alla decisione, in cui la violazione non si sostanzia negli esiti del processo interpretativo, ma ne rimane concettualmente e logicamente distinta, ossia qualora l'errore del giudice cada sull'individuazione, ovvero sull'applicazione o, infine, sul significato della disposizione, intesa quest'ultima quale fatto, come elaborato linguistico preso in considerazione dal giudice che non ne comprende la portata semantica.

<sup>48</sup> E. D'ALTERIO, *Come le attività della Corte dei conti incidono sulle pubbliche amministrazioni*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1, 2019, 39-59, evidenzia chiaramente che le attività della Corte dei conti hanno la capacità di pervadere l'agire quotidiano delle pubbliche amministrazioni, specialmente a livello funzionale. In merito alle principali attività svolte dalla Corte, in materia di controlli, agenti contabili e accertamento della responsabilità amministrativa, le amministrazioni si lasciano condizionare in molti aspetti della loro azione, anche sulla base di riflessi condizionati o, più o meno fondati timori. L'analisi *de qua* tiene conto della complessità del dato normativo e delle disfunzioni discendenti, altresì, dalla stratificazione di compiti e ruoli. La perdurante crisi della finanza pubblica aggrava tale scenario. Tuttavia, a livello territoriale, dove le attività della Corte non riescono ad avere la stessa pervasività che raggiungono a livello centrale, cattivi usi delle risorse pubbliche risultano più diffusi.

dell'Unione Europea o dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo<sup>49</sup>, o ancora si ricordi il «plurimo» rinvio all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato della *quaestio* riguardante la precisa delimitazione dell'ambito applicativo dell'obbligo di rimessione al primo giudice previsto dall'art. 105 c.p.a. per violazione del diritto di difesa, con precipuo riferimento alla sua estensibilità a tutti i casi in cui i Tar definiscono ingiustamente le controversie in rito oppure omettono di pronunciarsi su una parte delle domande, sottraendo in tal modo alle parti la possibilità del doppio grado di giurisdizione sulle questioni sostanziali<sup>50</sup>.

Tra l'altro, i giudici amministrativi, anche in sede di Adunanza plenaria<sup>51</sup>, hanno reiteratamente investito la Corte di Giustizia della *vexata quaestio* dei rapporti tra ricorso principale e ricorso incidentale<sup>52</sup>.

Sempre nell'ambito del sindacato *ex* articolo 111 Cost., significativa è la recente pronuncia delle Ss. UU., Cass. civ., 4 dicembre 2020, n. 27770, che riconduce a un'attività interpretativa – come tale sottratta al suddetto sindacato – e non di creazione normativa, l'equiparazione effettuata dal Consiglio di Stato<sup>53</sup> in materia di appalti tra omissione di un obbligo dichiarativo e dichiarazione mendace.

Il principio costituzionale di legalità democratica risulta pertanto messo *funditus* in discussione. Tuttavia, si ritiene che esso non possa configurarsi quale valore rinunciabile, *tamquam* necessario e doveroso risulta il «servizio» legislativo in uno Stato di diritto in cui attualmente vi è l'esigenza di far ripartire l'economia nonché di riacquisire credibilità a livello internazionale e pertanto di trasmettere un senso di prevedibilità, stabilità e certezza a coloro che, nonostante la società attraversi una

<sup>49</sup> Si v. Cass., Ss. UU., 29 dicembre 2017, n. 31226 (cassatoria per diniego di giustizia della sentenza del Consiglio di Stato, sez. IV, 22 dicembre 2014, n. 6284) e si cfr. altresì C. cost. 18 gennaio 2018, n. 6, commentata *ampliusinteralia*, da M. MAZZAMUTO, *Il giudice delle leggi conferma il pluralismo delle giurisdizioni*, in *Giur. ital.*, 3, 2018; P. TOMAIUOLI, *L'«altolà» della Corte costituzionale alla giurisdizione dinamica (a margine della sentenza n. 6 del 2018)*, in *www.giurcost.org*, 1, 2018; R. VILLATA, *La (almeno per ora) fine di una lunga marcia (e i possibili effetti in tema di ricorso incidentale escludente nonché di interesse legittimo quale figura centrale del processo amministrativo)*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 2018; ID., *Postilla La (almeno per ora) fine di una lunga marcia*, in *Dir. proc. amm.*, 3, 2018, *passim*. Sulla tematica si vedano altresì A. CARBONE e C. BELLESINI, *Riparto di giurisdizione e controversie di diritto pubblico*, in V. CERULLI IRELLI, *La giurisdizione amministrativa in Italia e in Germania*, Milano, Giuffrè, 2017, 31 ss.

<sup>50</sup> Su tali questioni nonché su altri casi esemplificativi di incertezza delle regole processuali e di ruoli sovente confusi, si v. le acute considerazioni di M.A. SANDULLI, *Ancora sui rischi dell'incertezza delle regole (sostanziali e processuali) e dei ruoli dei poteri pubblici. Postilla a «Principi e regole dell'azione amministrativa. Riflessioni sul rapporto tra diritto scritto e realtà giurisprudenziale»*, cit., *passim*.

<sup>51</sup> Cfr. ad es. Cons. Stato, Ad. plen., ord., 11 Maggio 2018, n. 6.

<sup>52</sup> G. TROPEA, *Il ricorso incidentale nel processo amministrativo*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2007, *passim*.

<sup>53</sup> Cfr. Ad. Plen., Cons. St., 28 agosto 2020, n. 16, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

congiuntura sfavorevole, decidano di farvi affidamento, attraverso investimenti<sup>54</sup> in termini di risorse materiali e immateriali, quali, a titolo esemplificativo lo studio, l'attività d'impresa. Non si può rinunciare arbitrariamente al diritto sancito dal legislatore in favore del diritto giurisprudenziale: ciò significherebbe annientare il valore della codificazione che, sotto un profilo storico-ricostruttivo, a partire dagli antichi codici romani, si è andato gradualmente sviluppando, fino a raggiungere, negli stati moderni *post* illuministi, un ruolo indispensabile di garante della stabilità ed imparzialità dell'ordinamento<sup>55</sup>. Per di più, la deriva rischiosa sin qui evidenziata comporterebbe altresì di rinunciare alle garanzie dello Stato costituzionale di diritto, che, mediante la tecnica di normazione per principi, segna una netta linea di demarcazione tra attuazione ed applicazione della Costituzione, con la riserva della prima al legislatore in qualità di titolare unico, in nome dell'investitura popolare, del potere di bilanciamento degli interessi sociali e l'affidamento della seconda all'amministrazione e alla giurisprudenza. Certamente, risulta centrale il compito svolto dai giudici ai fini della formazione progressiva del c.d. diritto vivente e, nello specifico, di quelli amministrativi, nell'enucleazione di garanzie fondamentali dei cittadini in coerenza con il quadro costituzionale nonché comunitario. Tuttavia, il ruolo formale della giurisprudenza dovrebbe concretarsi nell'applicazione ed interpretazione della legge, senza sconfinare in una costruzione o ricostruzione della medesima, invocando una presunta lettura «costituzionalmente orientata» del quadro normativo (che non potrebbe essere) fondata essenzialmente su un principio «liquido» quale quello di ragionevolezza<sup>56</sup>.

Pare opportuno ricordare l'effetto aggravante che ne consegue: trattandosi di interpretazione, la regola giurisprudenziale viene richiamata e qualificata come

---

<sup>54</sup> S. BATTINI, *La grande avventura della giustizia amministrativa, oltre lo Stato: il caso dell'arbitrato internazionale in materia di investimenti*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 4, 2019, 1003-1042, offre un interessante contributo utile per accrescere la consapevolezza della rilevanza della prospettiva del diritto amministrativo nel contesto ultrastatale, analizzando specificamente il settore della protezione degli investimenti. In particolare, l'arbitrato internazionale sugli investimenti solleva questioni certamente centrali del diritto amministrativo interno, come quello dell'ambito della giurisdizione del giudice speciale, oppure quello della profondità del suo sindacato nelle controversie di diritto pubblico. L'Autore rileva l'attuale crisi identitaria dell'istituto *de quo*: il rischio che la sovranità statale sia minacciata da giudici privati, non legittimati democraticamente, ha innescato proposte di modifica radicale o, addirittura, di rifiuto dell'arbitrato. La ricostruzione del copioso dibattito politico e scientifico è condotta in via analogica con qualche riferimento alle categorie concettuali ed alle soluzioni istituzionali, affermatesi nel diritto amministrativo interno, come risposta alle medesime questioni.

<sup>55</sup> M. RAMAJOLI, *A proposito di codificazione e modernizzazione del diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2, 2016, 347-366.

<sup>56</sup> La bibliografia sul canone *de quo* è chiaramente molto ampia ed anche risalente. Ci si limita in tale sede a richiamare, per tutti, il saggio di M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

retroattiva. Di certo, la questione *de qua* assume contorni di maggior rischio quando la creazione giurisprudenziale causa la nefasta conseguenza di comprimere la tutela degli interessi più deboli a vantaggio del potere pubblico. Casi esemplificativi in tal senso si verificano sovente in materia di contratti pubblici, in cui l'interpretazione etichettata come evolutiva – ma in realtà creativa – della giurisprudenza genera, come già evidenziato, nuove cause di inammissibilità dei ricorsi e/o avvalora impropriamente l'introduzione di nuove cause di esclusione dalle gare<sup>57</sup>.

La *regula iuris* dettata dalla giurisprudenza è necessariamente condizionata dalla fattispecie cui si riferisce, ancor di più se il giudice è, come nella congiuntura attuale che il nostro Paese sta attraversando, tra «società dell'emergenza»<sup>58</sup> e «società del rischio»<sup>59</sup>, sovente esposto alle pressioni connesse agli effetti delle sue decisioni sull'economia<sup>60</sup>.

<sup>57</sup> Cfr. la recente Cons. Stato, Sez. IV, 31 dicembre 2020, n. 8563. Si v. altresì le pronunce Cons. Stato, V, n. 4425 del 2014 e Cons. Stato, V, n. 828 del 2017, da cui derivano sanzioni interdittive dal potere di contrarre prive della necessaria base legale, spesso addirittura in contrasto con quella costituita dalle fonti UE. Cfr. anche Cons. Stato, III, Settembre 2017, n. 4192, che ha riconosciuto valenza interpretativa (e perciò retroattiva) all'individuazione, per la prima volta, da parte dell'ANAC (nelle Linee guida n. 6), delle sentenze penali non ancora definitive quali mezzi di prova per l'individuazione di eventuali illeciti professionali commessi dai concorrenti, idonei ad implicarne, in caso di omessa dichiarazione, l'esclusione dalle gare *ex art.* 80, comma 5, lett. c), del D. lg. 18 aprile 2016, n. 50, recante il Codice dei contratti pubblici, per un periodo di tre anni decorrente dal deposito della sentenza, allorché l'art. 57 della direttiva 24/2014, come opportunamente segnalato dal parere del Consiglio di Stato n. 2286/2016 sulle stesse Linee guida, individua il *dies a quo* nella commissione del fatto, mentre il codice *de quo* aveva omesso di dare specifiche indicazioni a tal proposito.

<sup>58</sup> E. GROSSO, *Legalità ed effettività negli spazi e nei tempi del diritto costituzionale dell'emergenza*, in *Federalismi.it*, n. 16/2020, *passim*.

<sup>59</sup> «Il mondo contemporaneo ci mostra sempre più che il rischio è un elemento ineliminabile nell'esistenza delle società e nei loro ordinamenti. Nelle democrazie costituzionali non tutto è prevedibile a priori e riconducibile a procedure interamente predeterminate». Il virgolettato è ripreso da Consiglio di Stato, *Relazione sull'attività della giustizia amministrativa del Presidente del Consiglio di Stato Filippo Patroni Griffi*, cit., in <http://www.astrid-online.it/>.

<sup>60</sup> Si cfr. R. DAGOSTINO, *Giudice amministrativo, incertezza scientifica e urgenza decisoria*, in R. Martino, F. Alicino e A. Barone (a cura di), *L'impatto delle situazioni di urgenza sulle attività umane regolate dal diritto*, Milano, Cacucci editore, 2017, *passim*; si v. altresì l'innovativa opera di L. GIANI, M. D'ORSOGNA e A. POLICE, *Dal diritto dell'emergenza al diritto del rischio, nella collana Contributi di Diritto amministrativo – I Classici*, diretta da F. G. Scoca, G. Corso, M. D'Orsogna, L. Giani, M. Immordino, A. Police, M. A. Sandulli, M. Spasiano, Napoli, Editoriale Scientifica, 2, 2018, 1-394: gli scritti raccolti nel volume *de quo*, nell'indagare le questioni connesse alla transizione dal «diritto dell'emergenza» al «diritto del rischio», mettono centralmente in rilievo la riflessione sulla rilevanza sistemica dei principi generali quali precauzione, prevenzione, sostenibilità e, *last but not least*, etica della responsabilità dell'amministrazione e del decisore politico nel fornire una risposta alle molteplici sfide dettate dalla complessità. Il percorso di ricerca *de quo* è poi proseguito anche nelle sedi internazionali, mediante la proposizione di uno specifico *panel*, a cura di Loredana Giani e Aristide Police, «Tecnica, diritto e rischio: spunti per la costruzione di un sistema istituzionale resiliente» nel contesto del Congresso organizzato dall'*International Institute of Administrative Science (IIAS)* che ha avuto luogo a Tunisi dal 25 al 28 giugno 2018. Nell'opera sono inseriti alcuni dei contributi presentati nell'ambito del convegno tunisino, mentre la rimanente parte verrà raccolta, in ideale continuazione, in un volume successivo. Si segnala,

Autorevole dottrina<sup>61</sup>, nell'enucleare i tratti salienti del principio di legalità sancito dalla nostra Costituzione, evidenzia *funditus* l'inconferenza e l'inefficacia delle tesi a favore della giurisprudenza creativa in virtù di un *misunderstanding* (*id est*: malinteso) rispetto ad un raffronto con il sistema di *common law* e pone l'accento sul valore inalienabile della garanzia che scaturisce dalle caratteristiche della legge «previa, generale ed astratta», «precondizione imprescindibile per una regola giusta», differente per natura giuridica rispetto alla decisione estemporanea connessa al caso concreto<sup>62</sup>.

In un'ottica sintetico-ricostruttiva dell'analisi tecnico-giuridica sinora condotta, si ritiene opportuno operare una distinzione tra l'attività di ragionamento, in termini giuridici, rispetto alle possibilità di riforma del sistema, e, invece, l'applicazione *tout court* delle norme vigenti in quanto viene *ictu oculi* richiamato *le rôle de la loi* nonché l'aspetto interconnesso della prerogativa di indipendenza del giudice.

Il pluralismo giurisdizionale è un valore da custodire ma necessita, per scongiurare la degenerazione in conflitti, equilibrio e competenze per governare la complessità. Certamente, la giurisdizione può rispondere, nella fase socio-politico-economica attuale, all'emersione di nuovi bisogni e connesse istanze di protezione, può supplire a carenze del legislatore, specie allorché quest'ultimo non riesca a trovare, in ambito politico, il punto di contemperamento in materie sensibili. Nell'esercitare tale ruolo, la giurisprudenza si sovrappone chiaramente al legislatore; l'importante è che ciò avvenga meramente *pro tempore*. Difatti, nel medio-lungo periodo sarebbe opportunamente auspicabile un ritorno alla «fisiologia» in cui la creazione (*id est*: elaborazione, formazione) del diritto spetta al legislatore.

#### **4. Considerazioni sugli effetti dell'emergenza sanitaria in corso tra procedimento e processo: il ruolo del potere esecutivo.**

---

specialmente, nel *corpus* dell'opera, A. POLICE, *L'emergenza come figura sintomatica di sviamento della funzione pubblica*, 87 ss., per la particolare utilità che la trattazione della tematica, affrontata in chiave ricostruttiva originale, riveste.

<sup>61</sup> G. CORSO, *Principio di legalità*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2017, 39 ss.

<sup>62</sup> Alla luce di quanto sin qui rilevato, pare opportuno considerare le conseguenze derivanti dall'inerzia del legislatore a fronte delle c.d. sentenze additive di «principio» o di «meccanismo» della Corte Costituzionale: al fine di non far cadere nel vuoto un principio sancito rimasto «lettera morta» per tredici anni, il Giudice delle leggi ha invitato il giudice ordinario – che lo aveva interrogato *ex novo* in merito alla compatibilità costituzionale del contesto normativo –, a reperire direttamente la regola nell'ordinamento giuridico. Si v. C. cost., 31 Maggio 2018, n. 115.

Un'analisi a parte merita lo stato di emergenza che è una situazione di fatto incompatibile con i vuoti di potere. L'affacciarsi della pandemia ha necessitato di una specifica contestualizzazione giuridica, non compresa nelle ordinarie fonti normative, legittimabile *ex post* mediante un criterio fattuale di effettività<sup>63</sup>. Può ritenersi che il nostro sistema costituzionale abbia dimostrato capacità di adattamento, rimanendo ancorato allo Stato di diritto, senza snaturarsi e senza "rotture" dei paradigmi consolidati. Difatti, la preminenza del diritto alla salute non lo ha sottratto al bilanciamento con altri valori costituzionali<sup>64</sup>.

Le misure di limitazione dell'ordinario svolgimento della vita sociale, allorché contraddistinte da proporzionalità, temporaneità nonché rispetto della dignità della persona umana, non hanno causato alterazioni irreversibili dei nostri diritti costituzionali individuali e collettivi. Esse sono state per lo più percepite dai consociati come legittime, in quanto vissute come funzionali alla tutela della salute.

Certamente non possono non lamentarsi criticità, sia pure in una situazione oggettivamente difficile da gestire: l'incertezza del quadro normativo, eccessivamente frammentato e in taluni casi tanto complicato da rendersi difficilmente comprensibile, da parte dei cittadini; una qualche difficoltà, fonte di problematicità, nella diffusione dei dati e delle informazioni sull'epidemia, sì da renderne difficile prima la consapevolezza e poi il controllo sociale. Difatti, la comunicazione di dati e delle informazioni in merito alla pandemia non sempre è stata sicura e tempestiva in quanto caratterizzata da opacità, incertezze e mutamenti repentini che ne hanno talvolta inficiato l'efficacia.

Nello specifico, per quel che involge il procedimento amministrativo, l'art. 103, c. 1, del d.l. 18/2020<sup>65</sup> ha introdotto una sospensione *ad hoc* dei termini dei procedimenti amministrativi, concernente sia i termini perentori che quelli ordinatori sia quelli finali che quelli endoprocedimentali, nonché quelli propedeutici (preparatori) ed esecutivi. La portata applicativa della disposizione concerne, perciò, tutti i termini relativi ai procedimenti amministrativi, avviati d'ufficio o a istanza di parte, fatte salve le eccezioni indicate ai commi 3 e 4, tra cui quelli relativi a pagamenti di stipendi, pensioni, retribuzioni, emolumenti per prestazioni a qualsiasi titolo,

---

<sup>63</sup> Come ricorda Crisafulli, l'"effettività legittimante" delle norme si manifesta "nel reale conformarsi dell'esperienza alle norme, nel concreto prodursi degli effetti da queste disposti". Cfr. Cons. Stato, *Relazione sull'attività della giustizia amministrativa del Presidente del Consiglio di Stato Filippo Patroni Griffi*, cit., 9-10, in <http://www.astrid-online.it/>.

<sup>64</sup> Corte cost. 28 novembre 2012, n. 264.

<sup>65</sup> Cfr. art. 103 del d.l. 8 marzo 2020, n. 18 (c.d. Decreto Cura Italia), convertito nella l. 24 aprile 2020, n. 27 (in G.U. n. 110 del 29 aprile 2020).

indennità da prestazioni assistenziali o sociali comunque denominate nonché di contributi, sovvenzioni e agevolazioni alle imprese<sup>66</sup>.

In relazione ai termini finali, la sospensione di cui all'art. 103 involge delle deroghe, strettamente connesse all'emergenza in atto, al regime ordinario *ex l. n. 241/1990* e successive modifiche, in quanto incide sulle tempistiche (art. 2, c. da 1 a 5) e sulla sospensione (art. 2, c. 7) in generale, con ripercussioni *ictu oculi* sui rimedi nonché sulle responsabilità a tutela del mancato rispetto dei termini di conclusione del procedimento (artt. 2. e 2-*bis*) o della mancata azione tempestiva (art. 21, c. 2-*ter*); impatta sui controlli (art. 19 c. 3 e 4) da compiere sulla s.c.i.a.; si ripercuote sul *dies a quo* del termine di diciotto mesi nonché, su quello di cui all'art. 21-*nonies*, c. 1, l. n. 241/1990; influisce sulla formazione dei silenzi significativi.

La legge di conversione è intervenuta in modo sostanziale su tale articolo. Esula da tale lavoro l'analisi puntuale della stratificazione normativa avvenuta, nell'esigenza di gestire tempestivamente la pandemia in atto, accompagnata però dalla necessità di offrire una disciplina chiara e non contraddittoria. In tale sede pare opportuno rilevare che l'emergenza ha enfatizzato il ruolo del potere esecutivo, trattandosi di "casi straordinari di necessità e d'urgenza" *ex art. 77 Cost.*, per cui formalmente il Governo attraverso lo strumento del decreto-legge può intervenire rapidamente in via normativa con una fonte primaria, fermo restando il controllo successivo del Parlamento, in sede di conversione in legge. Tuttavia, in fase di pandemia, il concatenarsi di decreti d'urgenza, a brevissima distanza l'uno dall'altro, ha di fatto relegato il Parlamento ad un ruolo assai marginale<sup>67</sup>, confinandolo nel "vortice" delle conversioni "a pioggia"<sup>68</sup>. Nel tentativo di fronteggiare l'emergenza, il susseguirsi di

<sup>66</sup> B. BERTARINI, *Misure di sostegno a favore delle micro, piccole e medie imprese nel contesto della pandemia covid-19. Interventi giuridici europei e nazionali per la ripresa economica*, in *Rivista Giuridica AmbienteDiritto.it*, Anno XX, Fasc. 4/2020, 1-34, esamina in maniera puntuale le misure di sostegno previste in seguito al protrarsi della pandemia Covid-19 sulle micro, piccole e medie imprese, con uno specifico *focus* sui più recenti strumenti giuridici internazionali, europei e nazionali

finalizzati a supportare tali tipologie di imprese. A livello nazionale l'Autore analizza da ultimo il Dpcm 24 ottobre 2020 ed il conseguente d. l. del 28 ottobre 2020, n. 137, cosiddetto "Decreto Ristori", che interviene «definendo specifiche azioni di sostegno alle attività economiche sia attraverso finanziamenti diretti (concessione di finanziamenti a fondo perduto) ma anche attraverso finanziamenti indiretti (diminuzione degli adempimenti contributivi). Le imprese di dimensione minore richiedono, ora più che mai, una particolare attenzione da parte del legislatore nazionale ed europeo che deve, *in primis*, interrogarsi sulla reale efficacia dell'attuale regolamentazione giuridica in favore di tale tipologia di imprese che a causa della pandemia Covid-19 rischiano di diminuire drasticamente la loro presenza sul mercato».

<sup>67</sup> A tal proposito, si v. le lucide considerazioni di A. MITROTTI, *Salus Rei Publicae e legalità alla prova dell'emergenza da covid-19. Inediti strumenti di gestione dei D.P.C.M.*, in *Rivista Giuridica AmbienteDiritto*, Anno XX, Fasc. 3/2020, 1-49.

<sup>68</sup> G. STRAZZA, *Il "tempo" del procedimento nell'emergenza COVID-19: considerazioni a prima lettura sulla sospensione dei termini*, in *Il Dir. dell'Economia*, 2, 2020, spec. 116-117.

norme contenute in decreti-legge, riformate a brevissima distanza temporale rispetto all'intervenuta conversione in legge per il sopraggiungere di altri decreti-legge, rischia, perciò, di causare confusione e di incrementare il senso di incertezza.

Il rispetto del principio di certezza del diritto dovrebbe rappresentare un'esigenza ineludibile anche in fase pandemica. Difatti, le incertezze sui termini di svolgimento dell'attività amministrativa, alimentate dal turbinio della legislazione emergenziale, rischiano di compromettere la fase della ripresa.

In relazione al processo amministrativo, i rischi evidenziati dalla dottrina e della giurisprudenza in merito al processo cartolare coatto introdotto dall'articolo 84 del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, sono stati tempestivamente scongiurati dal legislatore dell'emergenza mediante l'introduzione dell'udienza da remoto "ad oralità mediata" ex articolo 4 del decreto-legge 30 aprile 2020, n. 28. Tale opzione legislativa, a fronte della perdurante emergenza sanitaria, pare destinata a protrarsi.

L'udienza "ad oralità mediata" di cui all'articolo 4 del decreto-legge 30 aprile 2020, n. 28, senza pubblicità, ma con la *chance* per i difensori di intervenire da remoto, rappresenta l'attuale assetto "ordinario nell'emergenza" del processo amministrativo, ragionevole contemperamento di esigenze contrapposte<sup>69</sup>.

Il legislatore, attraverso i correttivi introdotti dal giudice e sulla spinta della giurisprudenza amministrativa, ha individuato in tal modo una ragionevole mediazione tra tutela del diritto di difesa di parti e difensori che abbiano impedimenti derivanti dall'emergenza sanitaria, da una parte, e la tutela

<sup>69</sup> «I "riti dell'emergenza", succedutisi temporalmente nelle varie fasi di essa, possono essere così sintetizzati, nel segno di un passaggio da un contraddittorio cartolare alla discussione da remoto delle cause per le quali tale esigenza fosse rappresentata dalle parti:

- 1) sospensione di tutti i termini processuali, ad esclusione del procedimento cautelare, dall'8 marzo 2020 al 15 aprile 2020) e rinvio d'ufficio di tutte le udienze pubbliche e camerali dei procedimenti pendenti fissate dall'8 marzo 2020 al 5 aprile 2020 a data successiva al 15 aprile 2020; in questa fase la tutela cautelare collegiale, fino al 15 aprile, è stata sostituita da una tutela cautelare monocratica, da confermarsi dal collegio dopo il 15 aprile: una tutela cautelare, dunque, bifasica;
- 2) dal 16 aprile 2020 al 30 giugno 2020, "in deroga alle previsioni del codice del processo amministrativo, tutte le controversie fissate per la trattazione, sia in udienza camerale sia in udienza pubblica, sono passate in decisione, senza discussione orale, sulla base degli atti depositati" con facoltà delle parti di presentare brevi "note di udienza", altrimenti non ammesse nel processo amministrativo;
- 3) dal primo giugno e fino al 31 luglio è stata introdotta la possibilità per i difensori di partecipare all'udienza da remoto e quella per il presidente di disporre tale partecipazione di ufficio; è rimasto, in assenza di richiesta delle parti, il passaggio in decisione delle cause sulla base degli scritti difensivi nei termini dianzi delineati;
- 4) dal 1 agosto 2020 è stato ripristinato il rito ordinario, sia pure con l'adozione di protocolli organizzativi volti ad evitare assembramenti ed il rispetto della distanza fisica di sicurezza;
- 5) dal 9 novembre 2020 si è ritornati al processo da remoto, secondo lo schema *sub 3*)». Il virgolettato è tratto da Cons. St., *Relazione sull'attività della giustizia amministrativa del Presidente del Consiglio di Stato Filippo Patroni Griffi*, 2 febbraio 2021, cit., 16-17, in <http://www.astrid-online.it/>.

dell'interesse generale a che la giustizia amministrativa, quale funzione pubblica essenziale, possa continuare ad espletarsi in modalità efficiente anche in fase di emergenza sanitaria, in ossequio ai protocolli di sicurezza.

Nell'attuale fase di emergenza "esistenziale", è altresì emerso *ictu oculi* che mentre la prevenzione si fonda sulla sussistenza di un rischio calcolabile, la precauzione invece presuppone l'incertezza sull'esistenza o sull'estensione di un rischio ossia l'incertezza anche scientifica in relazione alla verifica di un evento di danno o la mancata conoscenza degli effetti connessi ad un identificato evento di pericolo. Appare perciò indispensabile abbracciare una dimensione trasversale di solidarietà ed altresì garantire la certezza del diritto nonché la prevedibilità della reazione dei pubblici poteri in termini di c.d. legalità-prevedibilità. Difatti, in linea con quanto osservato da acuta dottrina<sup>70</sup>, nelle emergenze "esistenziali", differentemente da ordinari tempi di prosperità, i diritti e le libertà, pur sempre riconosciuti e protetti, devono necessariamente arretrare per far spazio ai doveri in un'ottica di responsabilità, al fine essenziale di garantire la sopravvivenza dell'ordinamento giuridico e della persona umana (*melius*: collettività, comunità).

## **5. Riflessioni sintetico-conclusive propositive: il ruolo del giurista e della giurisprudenza nell'evoluzione della *rule of law* tra stato di emergenza e spesi ricostruzione.**

A conclusione del percorso di ricerca sin qui condotto, si ritiene preponderante la necessità di recuperare, accanto ad un profilo pratico equilibrato, una dimensione culturale della scienza giuridica. Non è auspicabile una passiva rassegnazione rispetto a ruoli esercitati in maniera sovente confusa. Pertanto, la dottrina ma anche i *mass media* e l'opinione pubblica in generale, di frequente pronti a criticare l'operato della giurisprudenza, dovrebbero piuttosto segnalare con fermezza le inefficienze del legislatore, che si manifestano in inattività (inerzia, astensione), inefficacia, produttività inutile, incapacità, inadeguatezza, specie allorquando produce disposizioni normative caratterizzate da un pessimo *drafting* legislativo. Tutto ciò, unito alla mancanza di adeguata consapevolezza nel dibattito politico e nella società civile, potrebbe causare un'alterazione dei valori di civiltà giuridica e del principio inalienabile di legalità costituzionale.

---

<sup>70</sup>P. PANTALONE, M. DENICOLÒ, *Responsabilità, doveri e coronavirus: l'ossatura dell'ordinamento nelle emergenze "esistenziali"*, in *Il Dir. dell'Economia*, 1, 2020, spec. 167.

In linea generale, il giurista non può assumere un atteggiamento di acquiescenza e rinuncia a principi quali quelli di prevedibilità, pubblicità ed imparzialità che discendono dalla primazia della legge poiché, così declinando di fatto il proprio ruolo, delega sia la giurisprudenza, con la creazione di soluzioni del caso concreto, sia le amministrazioni, attraverso l'elaborazione di regole flessibili, alla delimitazione del potere amministrativo<sup>71</sup>. Pare utile rammentare che le Corti europee desumono le regole dalle «tradizioni costituzionali comuni» dei Paesi membri e le offrono ai legislatori ed ai giudici nazionali quale criterio prevalente.

Genera perplessità la propensione ad esaltare il valore di ogni precedente giurisprudenziale, tentando di legittimare, per tale via, mediante il rimando a previe decisioni di giudici di pari grado, la deroga all'onere di fornire, *in primis* alle parti ed *in secundis* alla collettività, una motivazione chiara e puntuale rispetto alle ragioni che hanno determinato il senso della risoluzione della questione nel caso concreto esaminato, nonché la possibilità, *ex art. 360 bis c.p.c.*, che il contrasto potenziale rispetto alle decisioni espresse dall'organo in funzione nomofilattica possa precludere l'accesso al giudice naturale della questione controversa, al fine di attuare il filtro con la massima rapidità possibile.

Nell'ambito del processo amministrativo, la tematica del valore del precedente acquisisce profili maggiormente delicati poiché esso ha generalmente ad oggetto l'esercizio di poteri che incidono negativamente su posizioni giuridiche soggettive, specialmente in relazione alle controversie connesse a misure afflittive o, ancora, alle questioni la cui risoluzione deve fondarsi su una puntuale valutazione dell'elemento

---

<sup>71</sup> Appare difatti significativo che nei sistemi di *common law* si stia conferendo una sempre maggiore rilevanza alle regole scritte. In particolare, con riferimento alla tematica del valore della *rule of law* nella formazione delle decisioni amministrative, risulta fondamentale l'apporto della legislazione anche in una prospettiva comparata, specialmente in relazione al *common law*: nel Regno Unito oltre alla disciplina derivante dalla giurisprudenza, vi sono codici dettagliati che disciplinano il procedimento in settori specifici (settore sanitario, tributario, dell'istruzione) e la normativa legislativa è il punto di riferimento del giudice nell'emanazione delle sue decisioni nonché *the point of start* della P.A. nella formazione delle proprie. Altresì la normativa di dettaglio è affidata alla disciplina secondaria, le c.d. «*regulatory legislations*», su cui si fondano le decisioni amministrative. In relazione al sistema statunitense, in cui i giudici delle Corti federali e della Corte suprema sono nominati dal Presidente degli Stati Uniti con il consenso del Senato, la soluzione delle specifiche controversie non prescinde integralmente dalle regole scritte, vi è in genere un maturato e lento cambio di orientamento nella giurisprudenza in seguito ad un'opinione dissenziente, mentre il *revirement* improvviso dovrebbe avere unicamente valenza *ex nunc*. I sistemi di *common law* sono tra loro estremamente diversi, quelli puri sono davvero pochi; ormai per *common law* si intende unicamente la teoria generale delle obbligazioni; il ruolo creativo del giudice è considerato in maniera critica anche nel Regno Unito persino dagli stessi giudici supremi; tra l'altro, rispetto agli atti approvati dal Parlamento («*laws of the land*»), le Corti inglesi hanno un potere interpretativo assai più ridotto rispetto a quello dei giudici italiani e le sentenze sono particolarmente estese. Per gli opportuni riferimenti dottrinali, si v. le puntuali indicazioni di M.A. SANDULLI, *Processo amministrativo, sicurezza giuridica e garanzia di buona amministrazione*, cit., spec. 71-72.

soggettivo – si faccia riferimento alle considerazioni inerenti al diritto alla tutela dell'affidamento –, in cui il precedente potrebbe utilizzarsi soltanto in *bonam partem*, ovvero a protezione dell'amministrato rispetto all'applicazione *ex tunc* di principi giuridici innovativi che opererebbero invece in senso a lui negativo, essendo retroattivi. In considerazione del rilievo del fatto sia sotto l'aspetto sostanziale che processuale, pare che il giudice non possa uniformarsi rispetto ad una decisione assunta con riferimento ad una diversa questione, poiché il fattore (di precedente) temporale non può produrre l'effetto di sovraordinare un caso concreto rispetto ad un altro solo perché il secondo risulta successivo sotto un profilo meramente diacronico. Pertanto, grava comunque sul giudice, chiamato a pronunciarsi successivamente, il generale dovere di esprimere una propria motivazione. Altrimenti i principi di effettività della tutela, di buona amministrazione – e perciò di giustizia nell'amministrazione medesima – rischiano di essere compromessi. Per di più, affinché il precedente possa rappresentare un'espressione legittima della *rule of law*<sup>72</sup>, utile in astratto quale fonte produttiva di regole interpretative tendenzialmente retroattive, esso deve possedere alcune caratteristiche necessarie: – la chiarezza nell'individuazione dei suoi presupposti; – il carattere della stabilità: secondo Calamandrei, il valore del precedente era giustificato dall'idea di ritenere preferibile una giurisprudenza costante ad una giurisprudenza giusta, anche per ragioni di certezza del diritto, ma pare che ciò non sia in assoluto apprezzabile e che il valore della giustizia e quello della costanza a fini di sicurezza giuridica andrebbero opportunamente temperati; certamente, il carattere semi-vincolante del precedente innovativo sul singolo caso concreto risulta sovente destabilizzante<sup>73</sup>, specie se impiegato per valutare comportamenti anteriori alla sua formazione<sup>74</sup>; – la

<sup>72</sup> Da ultimo, cfr. Consiglio di Stato, *Relazione sull'attività della giustizia amministrativa del Presidente del Consiglio di Stato Filippo Patroni Griffi*, cit., 41, in <http://www.astrid-online.it/>.

<sup>73</sup> A. DE SIANO, *Precedente giudiziario e decisioni della P.A.*, cit., spec. 137 ss. ritiene che il precedente non rientri nella categoria delle fonti del diritto e che «l'incerta natura giuridica del precedente giudiziario, con la conseguente difficoltà di individuare il relativo regime giuridico, lo stia rendendo poco utile per la realizzazione di quegli interessi cui pare essere preordinato. Anzi, apportando un contributo piuttosto casuale (derivante sostanzialmente dal *self-restraint* dei destinatari delle disposizioni interpretate), esso potrebbe paradossalmente finire per accrescere il disordine, che, viceversa, sarebbe chiamato (perlomeno) a ridurre; in altre parole – al netto dell'oscurità della normazione, da un lato; dei limiti propri del potere di *ius dicere*, dall'altro e delle questioni di natura culturale, da un altro ancora – il precedente giudiziario in Italia, nonostante sia indiscusso il suo ruolo (simile, sebbene non identico, a quello riconosciuto all'elaborazione giurisprudenziale) nella formazione del diritto, attualmente non sembra costituire quell'elemento ordinante che sarebbe auspicabile fosse».

<sup>74</sup> Si cfr. a titolo casistico la giurisprudenza sulle cause di esclusione dalle procedure selettive o quella sulle eccezioni processuali, delle cui questioni problematiche prospetta una netta descrizione l'ordinanza con cui la III sezione del Consiglio di Stato aveva demandato all'Adunanza plenaria una serie di note chiarificatrici in tema di

pubblicità: il nodo problematico *de quo*, specialmente in relazione agli aspetti connessi alla questione della massimazione, è evidenziato altresì in saggi recenti come ad oggi ancora insoluto ed aperto<sup>75</sup>; – la prevedibilità: la sicurezza giuridica troverebbe il suo fondamento normativo nel combinato disposto degli artt. 2 e 3 Cost. e, specialmente, nell'art. 8 CEDU, che, riconoscendo ad ogni persona il «diritto al rispetto della propria vita privata», sancisce la necessità della predisposizione di una legge che preventivamente stabilisca i confini entro cui l'individuo stesso può aspettarsi di dover subire qualcosa da parte di chiunque, in particolare da parte dell'autorità e dei poteri pubblici<sup>76</sup>.

Alla luce della sia pur parziale rassegna giurisprudenziale sin qui effettuata, può ritenersi che tra il nostro sistema di *civil law* e quello anglosassone di *common law* fondato sul precedente sussistano e permangano delle differenze sostanziali. Tuttavia questo dato non deve esser valutato negativamente né tantomeno condurre il sistema italiano ad accantonare i propri tradizionali valori di democrazia e di libertà al fine precipuo di uniformarsi verso l'accoglimento di una logica di globalizzazione<sup>77</sup> *tout court*. I valori appena citati sono posti anche a presidio dei poteri dello Stato, in un'ottica di rispetto della loro separazione sia pure nella consapevolezza che esistano interferenze funzionali tra essi. Ad ogni modo, sia pure senza tentare di ridimensionare il ruolo esercitato dai giudici nonché dal potere esecutivo nell'attuale fase emergenziale, la riappropriazione della funzione legislativa nonché l'implementazione della qualità delle fonti tradizionali rappresenta una necessità indefettibile ai fini della salvaguardia di principi di imparzialità ed indipendenza degli organi giurisdizionali. Difatti, la Magistratura, a volte ingiustamente criticata, ha esercitato sovente il ruolo di garante della giustizia nell'amministrazione e

---

*overruling* effettuato dalla medesima sezione in merito ai termini di impugnazione del bando di gara. Si v. perciò Cons. Stato, III, ordinanza 7 Novembre 2017, n. 5138: l'Adunanza plenaria, nella sentenza n. 4 del 2018, non ha tuttavia affrontato le questioni inerenti all'*overruling* in quanto ha respinto radicalmente l'orientamento che aveva anticipato con carattere d'innovatività l'onere di impugnazione del criterio di aggiudicazione. Per un'analisi chiara degli aspetti di instabilità conseguiti a tale *revirement* nonché per ulteriori indicazioni dottrinali di riferimento, si v. M.A. SANDULLI, *Ancora sui rischi dell'incertezza delle regole (sostanziali e processuali) e dei ruoli dei poteri pubblici. Postilla a «Principi e regole dell'azione amministrativa. Riflessioni sul rapporto tra diritto scritto e realtà giurisprudenziale»*, cit., *passim*.

<sup>75</sup> Per le opportune indicazioni dottrinali, ci si permette di rinviare a ID., *Processo amministrativo, sicurezza giuridica e garanzia di buona amministrazione*, cit., spec. 76.

<sup>76</sup> A titolo comparato, giova ricordare che nel diritto statunitense si segue la già menzionata tecnica del c.d. *anticipatory overruling*, mentre nel Regno Unito, il *revirement* giurisprudenziale viene opportunamente evidenziato tramite pubblicità.

<sup>77</sup> Con precipuo riferimento all'attuale fase emergenziale, v. invece le chiare note di F. FRACCHIA, *Coronavirus, senso del limite, deglobalizzazione e diritto amministrativo: nulla sarà più come prima?*, in *Il Dir. dell'Economia*, 3, 2019, 577-588.

dell'effettività della tutela degli amministrati nei confronti dei poteri pubblici, sanzionando la violazione delle norme sancite a tutela del corretto esercizio dell'azione amministrativa, nel rapporto tra poteri pubblici e poteri delle parti.

In questa fase emergenziale, alla luce dell'esperienza italiana nonché di quella di altre Corti europee, può ritenersi che il giudice amministrativo abbia acquisito il ruolo di garante delle libertà individuali e di arbitro nel delicato bilanciamento tra esigenze di sicurezza e salvaguardia della salute e le connesse limitazioni e compressioni dei diritti individuali fondamentali<sup>78</sup>, effettuando un equilibrato temperamento dei principi di ragionevolezza, di proporzionalità e di precauzione, in forza dei quali ogni restrizione deve essere limitata allo stretto necessario sotto il profilo spazio-temporale ed essere proporzionata e adeguata all'obiettivo di preminente tutela.<sup>79</sup>

A tal proposito, alcune recenti pronunce giurisprudenziali<sup>80</sup> dimostrano la necessità per i giudici di "maneggiare con familiarità", come evidenziato dal rapporto CEPEJ del 2 novembre 2020, i principi sovranazionali di proporzionalità, di precauzione e di ragionevolezza, necessari, assieme al sistema di riparto delle competenze tra Stato ed enti territoriali locali<sup>81</sup>, per affrontare i nuovi casi originati da una produzione giuridica fondata sulla situazione emergenziale, con specifico riferimento allo scostamento dai parametri ordinari di legalità costituzionale, all'esercizio dei poteri pubblici dell'emergenza nonché al grado di efficacia nonché al livello di efficienza delle misure introdotte per soddisfare diverse esigenze di intervento settoriale, in ambito medico, epidemiologico, economico-produttivo e finanziario<sup>82</sup>.

---

<sup>78</sup> B. RAGANELLI, *Stato di emergenza e tutela dei diritti e delle libertà fondamentali*, in *IlDir. dell'Economia*, 3, 2020, 35-62.

<sup>79</sup> Si v. Cons. Stato, *Relazione sull'attività della giustizia amministrativa del Presidente del Consiglio di Stato Filippo Patroni Griffi*, cit., 40, in [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it).

<sup>80</sup> Cfr. *Conseil d'Etat, juges des référés*, ordinanza 22 marzo 2020, n. 439674; *Conseil d'Etat*, ordinanza 18 maggio 2020, n. 440442; *Tribunal Supremo de lo Contencioso de Madrid, Resolución n. 1271*, 8 ottobre 2020; *England and Wales Court of Appeal (Civil Division) Decision 2020 EWCA Civ 1605*, 1 dicembre 2020; *Conseil Constitutionnel, Décision n. 2020-808 DC 13 novembre 2020*.

<sup>81</sup> C. TUBERTINI, *Collaborazione necessaria e differenziazione responsabile: riflessioni sparse su emergenza pandemica e sistema plurilivello*, in *Istituzioni del Federalismo*, Numero Speciale, 2020, 89-98.

<sup>82</sup> F. CINTIOLI, *Le conseguenze della pandemia da Covid-19 sulle concessioni di servizi e sull'equilibrio economico e finanziario*, in *IlDir. dell'Economia*, 3, 2020, 13-34, si interroga sulle conseguenze della pandemia da Covid-19 sui rapporti di concessione di servizi, sia con riferimento agli effetti immediati delle misure di contenimento e di forzata interruzione dell'attività sia rispetto alle ricadute sostanziali che la pandemia ha causato e verosimilmente continuerà a determinare nei comportamenti degli utenti del servizio e, specificamente, sui volumi dei ricavi. L'Autore ritiene il riequilibrio economico finanziario, potenzialmente, quale oggetto di una pretesa giuridicamente fondata, a condizioni date, in capo al concessionario, esaminando, *in primis*, la disciplina

Alla luce di quanto sin qui evidenziato, può affermarsi che nell'attuale fase pandemica, la collaborazione tra Corti europee ha dimostrato ancora una volta la forza propulsiva dell'Unione europea<sup>83</sup>, la sua capacità di ritrovare nei momenti d'emergenza l'autentico spirito dei padri fondatori, basandosi sui valori della solidarietà e del dialogo. Si tratta di obiettivi ai quali l'Unione europea conferisce particolare rilevanza come dimostrato quest'anno dalla pubblicazione del primo Rapporto annuale "EU Rule of Law Report", uno strumento che, nelle intenzioni della Commissione, dovrebbe monitorare preventivamente le criticità in tema di *rule of law* dei singoli Paesi, ma anche collocare in un'ottica sistematica le loro pratiche virtuose.

Attualmente risulta ancor più indispensabile che gli Stati membri implementino l'efficacia dei loro sistemi di giustizia in linea con gli *standard* europei, in quanto soltanto sistemi di giustizia moderni, efficienti e indipendenti possono assicurare il rispetto delle regole democratiche a fronte di un rafforzamento dei poteri pubblici dipendente dalla necessità di far fronte a situazioni emergenziali di durata prolungata nonché incerta per quel che concerne i tempi di risoluzione. Appare significativo che l'Unione europea, consapevole dei rischi correlati al diritto emergenziale e alle limitazioni e/o compressioni dei diritti fondamentali ad esso *stricto sensu* connessi, abbia ritenuto di individuare, tra i parametri da rispettare per ottenere gli aiuti finanziari stanziati per far fronte alla epocale crisi economica determinata dalla pandemia, proprio un sistema giudiziario efficiente e indipendente, quale salvaguardia indefettibile della democrazia. Difatti, i cittadini necessitano di risposte chiare nello stato di incertezza che certamente non può essere governato unicamente mediante la moltiplicazione delle norme. Nel quadro

---

del c.d. Codice dei contratti pubblici, in particolare l'art. 165 del d.lgs. n. 50 del 2016, fino a valutare le conseguenze civilistiche nonché i relativi rimedi privatistici sul tema *de qua* anche dei principi generali, analizzati in combinato disposto con l'articolo 11 della legge n. 241 del 1990. Uno dei punti cardine del ragionamento tecnico-giuridico consiste nel valorizzare sia la multipolarità del rapporto di concessione sia l'interesse pubblico alla continuità e qualità del servizio pubblico da erogare.

<sup>83</sup> *Contra*, F. GASPARI, *Coronavirus, assistenza finanziaria dell'Unione europea e «sentieri interrotti della legalità» costituzionale. Per un ritorno alla Costituzione e alla sovranità nazionale*, in *IlDir. dell'Economia*, 3, 2020, 63-104, che partendo dalle origini e dall'attuale portata della crisi economica e politica dell'Unione europea, emersa *ictu oculi* in occasione del *coronavirus*, evidenzia l'inadeguatezza del sistema giuridico vigente ad affrontare le crisi economico-sociali, come quella causata dalla pandemia.

L'Autore si sofferma poi sulla costante erosione della sovranità degli Stati a beneficio dei mercati, mettendo altresì in rilievo il ruolo delle agenzie di *rating* del credito durante la pandemia, nonché il "vuoto di potere" in cui si trova l'Unione in relazione alle mancate tempestive risposte nell'affrontare le gravi conseguenze della pandemia. Nello specifico, attenzione è dedicata al MES e nonché al c.d. *Recovery Fund*, criticamente sostenendo il significato meramente programmatico del principio di solidarietà. «Il lavoro si conclude auspicando un ritorno alla Costituzione nazionale da parte degli Stati (membri dell'UE), intesi come veri portatori della sovranità, gli unici in grado di proteggere i cittadini di fronte alle crisi».

emergenziale attuale, il giudice amministrativo deve perciò svolgere la propria delicata funzione contribuendo alla riduzione dell'incertezza nonché alla ricostruzione della fiducia nella capacità dell'ordinamento di fornire risposte concrete ed effettive.

Conclusivamente si ritiene che, alla luce del delicato ma necessario – poiché imposto dalla crisi politica e pandemica attuale – ruolo suppletivo del giudice<sup>84</sup> nell'esercizio della funzione regolatoria, il diritto ad una buona amministrazione si concretizzi oggi solo allorquando gli organi giurisdizionali possono svolgere pienamente il proprio ruolo<sup>85</sup>, contrastando per tale via anche la corruzione<sup>86</sup> che tanto attanaglia l'opinione pubblica e la cronaca giudiziaria attuale<sup>87</sup>.

---

<sup>84</sup> L. TORCHIA, *Il giudice amministrativo e l'amministrazione: controllo, guida, interferenza*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1, 2019, 189-198, evidenzia acutamente che nell'ordinamento italiano la piena tutela nei confronti della pubblica amministrazione ha contribuito a rafforzare i diritti dei cittadini, a ridurre l'arbitrio nell'esercizio del potere e ad assicurare il tasso di *accountability* del potere pubblico. Il sindacato del giudice amministrativo si è perciò esteso ad una varietà di situazioni e conflitti che riflettono la complessità delle società moderne e del suo ruolo. Difatti, nel processo amministrativo si riproducono tensioni che derivano sostanzialmente dalla confusione normativa e dalla crescente debolezza dell'amministrazione italiana, che dispone di poche risorse e di modi di produzione superati, «oltre ad essere sottoposta ad un regime di responsabilità che favorisce l'inerzia rispetto all'azione». Per tale via il giudice finisce sovente per assumere un ruolo non di mero controllo, ma anche di guida e di supplenza rispetto all'amministrazione, con il rischio di contribuire ad accrescere l'incertezza e la frammentazione.

<sup>85</sup> «L'efficienza del sistema amministrativo è perciò uno snodo cruciale della ricostruzione. Ma all'espansione dei poteri pubblici deve corrispondere un efficace sistema di giustizia amministrativa, in quanto è nel *proprium* degli impianti a diritto pubblico la costante aderenza dell'evoluzione della giustizia ai momenti di trasformazione e alle vicende dei poteri pubblici nella società». Cfr. Cons. St., *Relazione sull'attività della giustizia amministrativa del Presidente del Consiglio di Stato Filippo Patroni Griffi*, cit., 12, in <http://www.astrid-online.it/>.

Com'è stato acutamente messo in luce da E. SCODITTI, G. MONTEDORO, *Il giudice amministrativo come risorsa*, in <https://www.questionegiustizia.it/articolo/il-giudice-amministrativo-come-risorsa>: «Autorità e libertà fanno parte di un gioco a somma zero: quanto maggiore è il segno positivo dell'autorità, tanto più deve essere penetrante il controllo giurisdizionale del potere di scelta». L'espansione del potere amministrativo, specialmente nel campo sociale ed ambientale, lo rende ancor più permeabile allo scrutinio giurisdizionale.

<sup>86</sup> F.F. TUCCARI, *Il whistleblowing tra intelligenza della corruzione e conoscenza della (mal)amministrazione*, in *Rivista Giuridica AmbienteDiritto.it*, Anno XX, Fasc. 4/2020, 1-35.

<sup>87</sup> M. DELSIGNORE, M. RAMAJOLI, *La prevenzione della corruzione e l'illusione di un'amministrazione senza macchia*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1, 2019, 61-76, analizzano il sistema di prevenzione alla corruzione vigente in Italia, per avanzare alcuni rilievi critici rispetto alla capacità dello stesso di offrire un apporto al miglioramento dell'azione amministrativa. «La tendenza a enfatizzare la necessità di rigore e etica ed a introdurre regole, regolazioni o atti generali al fine di garantire l'assenza di corruzione e di rapporti o pressioni dall'esterno, dimentica o finisce per non approfondire le cause strutturali e organizzative che favoriscono il malfunzionamento dell'amministrazione, contribuendo anzi allo stesso. Se i fenomeni di corruzione sono certamente corresponsabili dell'attuale crisi dell'amministrazione, essi non sono gli unici». Effettuare l'operazione di concentrare la visuale meramente su di essi non è utile a realizzare il dettato costituzionale che nell'enunciare i principi dell'imparzialità e buon andamento aspira ad un'amministrazione democratica, capace di effettuare scelte ed assumere decisioni anche complesse.

Certamente, fondamentale ed insostituibile rimane il doveroso ruolo del giurista<sup>88</sup> e della dottrina in generale nella difesa dei principi democratici fondanti la preminenza della legge, anche per mitigare gli effetti negativi derivanti sotto il profilo della certezza giuridica nonché per tutelare gli affidamenti legittimi di *stakeholders*, altresì al fine di incentivare gli investimenti nell'economia italiana, per una ricostruzione<sup>89</sup> ed una ripresa effettiva.

Al giurista giuspubblicista viene infatti demandato un rilevante contributo ai fini della ricostruzione, ma, allo stesso tempo, tale fase può costituire anche un'occasione per la ricostruzione del diritto pubblico, ritendendosi doveroso l'intervento del giurista quantomeno su quegli aspetti del sistema amministrativo che durante la crisi sanitaria<sup>90</sup> hanno mostrato evidenti aspetti di criticità.

In conclusione, appare opportuno, sotto l'aspetto strutturale, rimodulare le relazioni tra centro e territori<sup>91</sup>.

Sotto il profilo della regolazione normativa, è indispensabile mutarne i paradigmi, in modo da curare, in un'ottica relazionale, sviluppo, ambiente<sup>92</sup>, salute<sup>93</sup> e solidarietà.

Sul piano dell'amministrazione<sup>94</sup>, è quanto mai necessario tentare di oltrepassare le sue connaturate questioni problematiche, attraverso nuovi investimenti, un adeguato ricambio generazionale, un'intensa opera di formazione, il rilancio di un approccio tecnico-economico e non più di mero legalismo.

---

<sup>88</sup> Si v. testualmente Cons. St., *Relazione sull'attività della giustizia amministrativa del Presidente del Consiglio di Stato Filippo Patroni Griffi*, cit., 11-12, in <http://www.astrid-online.it/>.

<sup>89</sup> M. CARTABIA, *De Gasperi tra Costituente e ricostruzione. Un testo di Marta Cartabia (Presidente della Corte Costituzionale)*, in <http://confini.blog.rainews.it/2020/08/24/de-gasperi-tra-costituente-e-ricostruzione-un-testo-di-marta-cartabia-presidente-della-corte-costituzionale/>.

<sup>90</sup> M. CONTICELLI, *La crisi sanitaria: tra disegno organizzativo e regime delle competenze*, in *Istituzioni del Federalismo*, Numero Speciale, 2020, 99-106.

<sup>91</sup> G. GARDINI, *La polarizzazione del dibattito pubblico dinanzi all'emergenza sanitaria*, *Ibidem*, 7-16; F. BILANCIA, *Ragionando "a freddo": gli effetti della crisi emergenziale sui rapporti istituzionali Stato-Regioni*, *Ibidem*, 29-38.

<sup>92</sup> D.E. TOSI, *Emergenza e tutela ambientale nel sistema delle fonti tra problemi definitivi e rapporto tra ordinamenti*, in *Rivista Giuridica AmbienteDiritto.it*, Fascicolo 4/2019, 1-29.

<sup>93</sup> A. PIOGGIA, *La lezione dell'epidemia di Covid-19 sul sistema sanitario e il suo ruolo*, in *Istituzioni del Federalismo*, Numero Speciale, 2020, 17-27.

<sup>94</sup> F. CORTESE, *Emergenza Covid-19: sulle sfide dell'ordinamento e sulle possibili articolazioni della legittimità amministrativa*, *Ibidem*, 67-76.

# IL METODO GIURIDICO DI LUIGI ARCIDIACONO

**Agatino Cariola**

**ABSTRACT** [ITA]: Il costituzionalista si muove tra la considerazione del fatto e quella dei valori indicati appunto nella Costituzione. Il metodo del costituzionalista è quindi esposto al pericolo della mera descrizione delle vicende politiche ed alla considerazione di valori forti che si ripresentano quali nuovi tiranni. Il costituzionalista, però, non può ridurre il suo ruolo a quello di giustificazione del potere esistente. Luigi Arcidiacono ha dedicato i suoi studi soprattutto all'organizzazione. Ha inteso la Costituzione come spinta riformatrice della legislazione e come criterio ordinatore dell'assetto delle competenze tra i diversi soggetti politici ed i livelli di governo. Si deve a lui in particolare la nozione di collaborazione come istituto che permette a vari soggetti di accordarsi circa l'utilizzo reciproco delle parti periferiche delle rispettive competenze.

**ABSTRACT** [ENG]: *The constitutionalist moves between the consideration of the fact and that of the values indicated in the Constitution. The method of the constitutionalist is therefore exposed to the danger of the mere description of political events and the consideration of strong values that reappear as new tyrants. The constitutionalist, however, cannot reduce his role to that of justification of existing power. Luigi Arcidiacono devoted his studies above all to organization. He understood the Constitution as a push for reform of legislation and as an ordering criterion for the structure of competences between the various political subjects and levels of government. In particular, he used the notion of collaboration as an institution that allows various subjects to agree on the mutual use of the peripheral parts of their respective competences.*

\*\*\*

1. È sempre difficile per l'allievo parlare del Maestro, e sotto più versanti giacché si rischia di parlare di sé e perché è frequente il rischio di letture agiografiche volte a presentare quadri piuttosto oleografici ed incombe il pericolo di proiettare all'indietro problemi insorti solo di recente. Tutto ciò è tanto più vero se si parla del metodo che ispira un giurista, giacché un Maestro è per definizione il metodo che utilizza e che "passa" agli allievi.

Arcidiacono non ha scritto espressamente sul metodo giuridico e, in specie, su quello che è proprio del diritto pubblico. I suoi lavori, dalla considerazione dei rapporti tra i diversi livelli di governo del 1974, ai fondamentali studi sull'organizzazione burocratica, alla considerazione della vigilanza, della presidenza del CSM, sino al Manuale, sono più noti sotto gli aspetti sostanziali che non sotto quelli del metodo adoperato. Ma cosa gli accomuna? C'è un filo conduttore tra questi lavori?

2. Il problema è sempre quello di comprendere se, quando ci si accosta al diritto pubblico, il giurista diventa per caso diverso dal collega che si occupa di diritto civile o di penale.

È noto che da Orlando in poi il cd metodo giuridico ha segnato gli studi giuspublicistici; solo più di recente ci si è espressamente volti alla considerazione dei valori che la Costituzione tutela; e spesso ci si muove in un indefinito sincretismo di formalismo e sostanzialismo, anche alla stregua del risultato contingente da raggiungere, cioè a dire di ... non metodo. Il metodo giuridico serviva ad Orlando ed ai suoi allievi per proporsi quali gli autorevoli e necessari interpreti dello Stato nazionale appena realizzato: è questa una sorta di seduzione che accompagna pressoché di necessità il lavoro del costituzionalista. Si potrebbe aggiungere che l'attenzione alla dimensione assiologica delle norme costituzionali esalta ancora di più tale funzione, giacché si dispone ora del "riferimento polemico" per valutare le soluzioni legislative e le prassi dei soggetti istituzionali, appunto alla stregua delle regole costituzionali intese quali valori.

Sulla Costituzione quale strumento di polemica nei confronti della politica dovrà ritornarsi. Ma sin d'ora è utile rilevare che sarebbe utile una riflessione sul fatto se è corretto utilizzare la stessa prospettiva metodologica per le norme di carattere organizzativo e per quelle in tema di libertà, oppure se tali settori meritino riflessioni distinte. Certo dall'art. 16 della Dichiarazione del 1789 assetto organizzativo e tutela delle libertà vanno di pari passo e sono figli dell'unico costituzionalismo. È anche vero però che se si insiste – come talvolta e da taluno si fa - sulla dimensione fluida della parte organizzativa della Costituzione e, di converso, si richiama l'esigenza di assicurare il contenuto sostanziale dei diritti di libertà e dei relativi istituti di garanzia, di per sé si adottano approcci diversi alle partizioni classiche del diritto costituzionale. Lo stesso è da dire per le questioni relative all'assetto competenziale dei diversi organi e nei rapporti tra i diversi livelli di governo ed al problema sempre attuale se la struttura organizzativa sia fine a se stessa oppure solo strumentale (e quindi in parte cedevole) rispetto alla necessità di assicurare la tutela di interessi pubblici prioritari.

A ciò deve aggiungersi che il sistema istituzionale italiano si è svolto e si svolge all'insegna di anomalie alle quali ci si è forse abituati: la mancata alternanza dei partiti al governo nel primo quarantennio di vita repubblicana e contemporaneamente la ricerca di politiche condivise sino all'accettazione ed all'esaltazione dommatica del consociativismo; l'instabilità politica anche dopo le continue riforme elettorali; il frequente ricorso a governi tecnici, di unità nazionale, del Presidente, ecc., con ribaltoni poco rispettosi dell'esito elettorale; la stessa celebrazione del ruolo dei Presidenti della repubblica, l'ampliamento delle cui funzioni dovrebbe pure essere una nota stonata nella forma di governo parlamentare di partiti, anche perché di colpo si giunge all'esaltazione di un soggetto politico pur espresso dal sistema politico sul quale pur non si lesinano critiche.

In tutte queste circostanze si avverte il problema del metodo che segue l'interprete nella considerazione di tali vicende: se assumerle criticamente e contestarle oppure accettarle quali dati del sistema positivo e sulla loro base costruire regole e regolarità della politica.

Il riferimento al metodo potrebbe continuare a proposito della comparazione: che esso sia un criterio giuridico adoperabile dal giurista positivo per risolvere questioni

concrete lo mostrano la storia del costituzionalismo ed in certa misura anche l'elaborazione dottrinale, atteso che l'attenzione alle esperienze diverse e soprattutto la loro "pesatura" (il darvi cioè vere e proprie "pagelle" alla stregua dei valori superiori assunti a riferimento) è tipica degli Autori che hanno appunto preparato e seguito la Rivoluzione: si pensi ai lavori di Mably, Brougham, Sismondi, Filangieri, Romagnosi, ma anche al siciliano Emerico Amari ed alla sua *Critica di una scienza delle legislazioni comparate* del 1857. Ma il problema non è oggi solo quello di indicare alle istituzioni italiane un possibile modello ideale (secondo l'ispirazione risorgimentale che ambiva a rendere liberale l'ordinamento politico), ma quello di contribuire all'elaborazione del modello nei più diversi campi che vanno dalle soluzioni organizzative alla definizione delle tematiche relative agli istituti di libertà sino alle problematiche bioetiche: in tutti questi ambiti si tratta di temperare il principio di identità costituzionale con le esperienze diverse e, soprattutto, di partecipare senza subordinazioni culturali all'individuazione di un parametro di diritto costituzionale comune che non può essere lasciato alle affermazioni di una qualche cultura egemonica, giacché si finirebbe per far assolvere al diritto comparato una funzione strumentale all'esercizio di nuovi ed irresponsabili poteri in contraddizione con le premesse del costituzionalismo medesimo.

3. Ancora una volta il problema del metodo torna nel lavoro del costituzionalista. Probabilmente in ordine all'approccio metodologico nel diritto pubblico italiano deve operarsi una sorta di periodizzazione storica in dipendenza dell'avvento della Costituzione repubblicana, giacché gli anni '50 e '60 dello scorso secolo hanno insistito sulla normatività della Costituzione, ma anche sulla tesi della Costituzione inattuata (del quale l'insistenza sul cd ostruzionismo della maggioranza è stata larga parte). So di toccare un profilo importante che ha avuto tanti risvolti.

Certamente la Costituzione repubblicana ha rappresentato una netta contrapposizione al passato regime: ciò sembra oggi trascurato giacché il patrimonio costituzionale è divenuto comune anche ai soggetti che sono stati estranei alla sua formazione. Eppure, la considerazione del personalismo e del pluralismo, il riconoscimento delle libertà fondamentali, l'affermazione dell'eguaglianza sostanziale sono valori che opera(va)no sotto una duplice veste, giacché qualifica(va)no l'ordinamento repubblicano nato dalla Resistenza ed al tempo stesso

giudica(va)no del tutto negativamente l'esperienza fascista ed i suoi epigoni istituzionali e prospettavano un modello da perseguire. È stato naturale che la Costituzione fosse intesa quale strumento polemico nei confronti del passato e da qui essere pressoché subito utilizzata quale parametro di giudizio (ma si direbbe: di lotta) nei confronti delle manifestazioni di potere riconducibili in qualche modo alla cultura contestata e dalla quale si prendevano le distanze.

Da qui il passo è stato breve ad intendere ed utilizzare la Costituzione anche quale criterio di legittimazione dei ceti politici, specie le volte in cui si è posto mano alle riforme istituzionali. Il partito-Stato che si identifica con l'ordinamento è oggetto di tante riflessioni: qui si vuol sottolineare che la relazione è stata tanto più estesa ed ha visto, innanzitutto, soggetti legittimati ad intervenire con pienezza sulla scena politica i partiti che avevano partecipato alla lotta antifascista ed avevano contribuito alla realizzazione dell'accordo costituzionale. Nella nostra esperienza istituzionale ha funzionato un circuito partiti-Costituzione-Stato: in fondo un presupposto utilizzato da tanta parte degli studi giuspublicistici nel primo periodo dell'esperienza repubblicana.

Per un verso la criticità fa parte dell'approccio costituzionalistico: se la prospettiva giuridica è per definizione quella del dover essere, a maggior ragione ciò è da dire per l'ottica del costituzionalista. La Costituzione repubblicana introduceva un universo di valori del tutto diverso rispetto a quello dell'esperienza fascista e poteva essere utilizzata per contestare soluzioni legislative esistenti e spingere al loro cambiamento: da questo punto di vista svolgeva il ruolo di motore delle riforme che si chiedeva da tante parti di apportare alla legislazione del ventennio.

Epperò, una volta "svecchiato" l'ordinamento o almeno "smussati" i contrasti più forti della normazione prerepubblicana con le proclamazioni costituzionali, nei confronti ed a carico della legislazione adottata da forze politiche costituzionali, spesso con l'ampio consenso che proveniva anche dall'esperienza consociativa, la funzione polemica della Costituzione veniva meno. Come già rilevava Leopoldo Elia a proposito del giudice costituzionale quale terza camera o istanza di compensazione, della Costituzione è esaltata ora la dimensione riformista ed il costituzionalista si muove in tale prospettiva tutta interna al sistema perché si tratta di definire il punto di equilibrio tra interessi tutti dotati di rilievo costituzionale. Il

bilanciamento tra valori diviene non a caso il terreno oramai preferito (e della giurisprudenza costituzionale e) dei giuspubblicisti. Semmai va notata l'estensione delle norme costituzionali a situazioni e vicende del tutto nuove rispetto a quelle prese in espressa considerazione dalla Costituzione del 1948: tutti gli interessi (non illeciti) premono per avere riconoscimento costituzionale: si pensi a quelli posti in evidenza dalla tecnica, specie nel campo bioetico; ma anche a quelli derivanti dal processo di integrazione europea (ad iniziare dal valore della concorrenza). La dimensione costituzionale diviene quella che assume la necessità di ripensare sempre all'equilibrio tra gli interessi. Questo, anzi, risulta un profilo fondamentale nel senso che l'approccio metodologico del costituzionalista non può limitarsi a prendere atto delle soluzioni di volta in volta raggiunte, specie dalla giurisprudenza costituzionale, come se le stesse fossero indiscutibili per il futuro, perché anzi deve adottare una prospettiva che continua a sostenere la presenza dei singoli interessi e mette in continua discussione l'equilibrio raggiunto. Gli esempi potrebbero essere tanti e vanno appunto dai grandi temi della bioetica ai rapporti tra i soggetti politici o a quelli tra Stato e regioni.

E tale approccio metodologico vale alla fine riguardo i problemi relativi alla parte valoriale dell'ordinamento costituzionale e quelli posti dalla struttura organizzativa, specie al più alto livello istituzionale.

4. Rispetto agli altri temi del diritto pubblico, Arcidiacono predilige certo l'organizzazione, considera cioè preponderante la struttura deputata ad assumere decisioni per tutti i cittadini ed a prestare i necessari servizi. Si muove allora su un crinale in cui, da una parte, c'è l'inevitabile continuità delle istituzioni; da un'altra parte ci sono principi costituzionali del tutto nuovi; da un'altra parte ancora c'è la disciplina legislativa ordinaria - o addirittura la prassi - che si sviluppa su fondamenti risalenti nel tempo e che pure ora è orientata ai principi costituzionali o almeno ad essi dovrebbe esserlo. Si pensi solo all'istituto del controllo, che certo è da tempo conosciuto e che pure ora va ripensato e riconfermato alla stregua delle funzioni cui la Costituzione lo destina. Non a caso a quell'istituto che è per così dire la prosecuzione del controllo sotto il profilo degli interessi sostanziali da curare nella

loro interrelazione, cioè la vigilanza, Arcidiacono dedica l'apposito studio di teoria generale che ancora una volta muove dalla considerazione dell'organizzazione per riferirsi all'attività.

In Arcidiacono, che si è pure formato negli anni sessanta dello scorso secolo, la Costituzione non è più paradigma o referente polemico nei confronti dell'ordinamento, ma è un pezzo o una parte integrante dello stesso, anzi la parte che ispira, spiega e dà senso alle strutture ordinamentali. Arcidiacono mette assieme principi costituzionali e disciplina legislativa ordinaria, ed interpreta quest'ultima alla stregua dei primi: la Costituzione diviene così criterio ordinato ed ordinatore dell'ordinamento.

Se c'è un termine che segna la ricerca scientifica di Arcidiacono, potrebbe o dovrebbe dirsi che egli spiega, nel senso che indica l'attuazione corretta dei principi ad opera della normazione repubblicana. Ciò avviene sia quando teorizza che le relazioni tra i soggetti pubblici in una democrazia pluralista non possono che ispirarsi al criterio di collaborazione (che non è né sana né leale, ma collaborazione pura e semplice); sia quando ricostruisce i rapporti tra ceto politico e struttura burocratica all'insegna della relazione fiduciaria; sia appunto quando definisce la vigilanza come il potere di assumere la visione integrata degli interessi pubblici e privati; sia allorché applica tale visione ai rapporti all'interno del CSM, sino al punto di impegnarsi a dimostrare la differenza tra le formulazioni degli artt. 87 e 104 Cost. La ricostruzione di Arcidiacono è quindi nella prospettiva del dover essere costituzionale, cioè a dire delle regole di principio che la Costituzione pone, delle conseguenze applicative che esige, ma anche delle possibilità che consente, in un quadro che la tradizione pubblicistica alla quale si ispira vuole organico.

Allora, anche negli aspetti organizzativi la Costituzione integra e non divide. Ciò è a base dello studio di Arcidiacono sin dai suoi primi lavori, in particolare da quello sulla collaborazione del 1974 (*Organizzazione pluralistica e strumenti di collegamento*), e dalla tesi assai forte lì sostenuta che essa può comportare la deviazione dall'assetto competenziale e l'esercizio da parte di alcuni poteri di funzioni accessorie e/o periferiche assegnate ad altri.

Arcidiacono fa del pluralismo istituzionale la chiave di lettura dell'intero sistema, ma ne cerca la razionalizzazione: «*il pluralismo, essendo un sistema e non un dato*

*statistico, più che in relazione al numero dei centri di potere esistenti in un certo momento nello Stato, va apprezzato per ciò che esso realmente significa e determina sul piano sostanziale dei rapporti tra pubblici poteri e, in particolare, su quello della loro razionalizzazione» (pag.-2 s.).*

*«Il pluralismo – merita sottolinearlo – è un fatto irreversibile, radicatosi oramai nel nostro ordinamento, di cui costituisce elemento di qualificazione, da quando fecero breccia nel disegno costituzionale le nozioni di autonomia e di decentramento, opportunamente sorrette dal principio della sovranità popolare. Più esattamente da quando si radicò la convinzione, per altro esatta, che sulle rovine dello Stato di diritto, se ne doveva edificare un altro di tipo diverso, fondato su una più larga apertura verso gli interessi popolari, di cui l'autonomia e il decentramento rappresentano, appunto, garanzie tra le più genuine» (pag. 3 s.).*

Dal pluralismo istituzionale discende la necessità del collegamento tra i tanti “poteri”, ma da qui anche l'emersione della «*collaborazione, quale figura organizzatoria, [che] assolve appunto la funzione di mediare il potere di un centro di fronte ad un altro, rendendone cioè reciprocamente disponibili le competenze*» (pag. 160). Era veramente innovativa l'idea che i soggetti pubblici potessero quasi disporre e consentire alla cessione delle loro competenze, o meglio delle “zone di periferia”, e permettere che altri soggetti potessero utilizzarle.

È un esempio dell'approccio utilizzato, che è un profilo di metodo ancor prima di una ricostruzione dell'istituto. L'impianto costituzionale si sviluppa nell'ordinamento e richiede lo sviluppo ad opera della normazione ordinaria: da qui la necessità di intendere e “leggere” quest'ultima alla stregua della prima, ma anche l'opportunità di valutare le possibilità applicative offerte dalla stessa.

5. Allora la Costituzione è per definizione elemento riformista, che va valorizzato per intero.

Qui si conferma l'osservazione già avanzata, e cioè che l'attenzione di Arcidiacono è stata rivolta in grande parte all'organizzazione, cioè alla legislazione, e non alla giurisdizione. Alla fine lo studio dedicato all'attività giurisdizionale è la nota critica al CGA che si era rifiutato di dar seguito alla questione di legittimità costituzionale sollevata da un interveniente *ad adiuvandum*, n. 449/1969 (in *Giur. it.*, 1969).

Il punto è che la tradizione italiana si poneva in un'ottica riformista ed Arcidiacono era pienamente in questa tradizione: fare della Costituzione la chiave di evoluzione dell'intero ordinamento. Il compito era quello di giuridicizzare l'organizzazione amministrativa, dar senso compiuto alle prescrizioni costituzionali su di essa e renderle effettive. Non a caso, nel 1983, sempre occupandosi di organizzazione, scriveva che i problemi erano «1) il ritenere l'amministrazione ad ogni costo un soggetto-autorità, e perciò, «plusvalente» rispetto agli altri soggetti; 2) l'aver continuato a stimare l'interesse pubblico quale interesse dell'amministrazione; 3) l'aver mortificato il ruolo dell'apparato burocratico di fronte al Governo per l'incapacità di lettura degli artt. 28 e 97, dimostrata dalla Corte. A questa interpretazione si lega una serie di corollari, che toccano tutti i punti più delicati in cui emerge l'amministrazione, come apparato e come fonte di attività provvedimentale» (in *Pol. dir.*, 1983, 452).

Gran parte del lavoro di Arcidiacono è stato, infatti, volto alla “costituzionalizzazione” del ruolo e delle funzioni della burocrazia, potere da individuare e quasi da snidare, cui dare piena rilevanza ma al tempo stesso attribuire responsabilità: infatti, «la proclamazione della responsabilità personale dei dipendenti pubblici null'altro è se non il risvolto, espresso in termini di responsabilità per garantire diritti dei cittadini, della affermazione della partecipazione dell'amministrazione all'esercizio delle pubbliche funzioni in maniera indipendente». In ordine all'art. 28 Cost. la stessa Corte avrebbe potuto scoprirvi «l'immediata e consequenziale implicazione del principio di imparzialità, e l'ulteriore rifinitura della separazione dell'amministrazione dalla politica. Essa sarebbe [potuta giungere] a cogliere ciò che sembra meno propensa ad ammettere: che la unità è criterio integrativo e non limite positivo. Che esistono e sono veramente a portata di mano nella Costituzione gli strumenti coi quali rifondare l'apparato amministrativo, offrendo i necessari orientamenti al Parlamento, perché le indicazioni del Costituente siano rispettate e concretamente tradotte» (ivi, 465).

6. Giuridicizzare l'organizzazione, giuridicizzare il potere ed il suo esercizio. Arcidiacono vi ritorna nel saggio per gli *Scritti Cassarino* del 2011, dedicato alla caratterizzazione dei poteri.

«La teoria della separazione poggia su due capi: uno fisso, l'altro variabile; il fine ed il

*modello di organizzazione. Il problema cui essa dà origine non sta all'interno di codesta combinazione, bensì al di fuori. Sono le trasformazioni, che accompagnano l'evolversi della società, a toccare la struttura dello Stato, le sue istituzioni e il loro funzionamento, dimostrando non l'inefficacia della teoria, ma l'inadeguatezza del modello di fronte al fine. Vero è che gli eventi fanno velo sullo scopo, poiché ne soffrono le garanzie dei diritti singoli; ma ciò costituisce l'effetto dell'inadeguatezza del modello di organizzazione su cui l'incapacità di questo nel realizzare appieno la tutela induce a riflettere perché venga modificato l'assetto esistente, non più in grado di tenere il passo con l'obiettivo. Si rifletta, infatti per assurdo, che elementi e caratteri della società da cui nacque l'esigenza del cambiamento, il quale portò alla elaborazione e alla applicazione della divisione dei poteri, fossero rimasti uguali nel tempo, fino ai nostri giorni; in tale evenienza sarebbe stato e sarebbe ancora difficile prospettare una qualsiasi revisione del modello organizzatorio distributivo della potestà, proposto a suo tempo dall'autore della teoria.*

*La singolarità di quest'ultima risiede, dunque, nei suoi due peculiari aspetti: della variabilità nel tempo e nello spazio, senza, tuttavia, che tale elemento lasci cedere alcunché della forza innovatrice del principio; della storicità con cui esso si propose ed impose al tempo della sua elaborazione e della sua capacità di rigenerarsi. Questi dati fanno considerare la teoria ugualmente viva ed efficace ancor oggi, momento nel quale da più parti si intuisce che taluni aggiustamenti andrebbero pensati alla luce dei mutamenti che si registrano nella società, proiettati nell'assetto dell'esercizio delle funzioni pubbliche. Anzi, da questo punto di vista, la divisione dei poteri si lascia vieppiù apprezzare, in quanto lo stimolo alla riflessione nasce dalla intrinseca capacità del relativo principio, docile a subire le correzioni nel suo aspetto giuridico in direzione dell'obiettivo» (pag. 9).*

#### 7. Qui il problema diventa la considerazione del fatto.

Potrebbe dirsi che il fatto è la scommessa del pubblicista, il suo banco di prova, la sua sfida, se si vuole la sua tentazione.

Il giurista, specie il pubblicista, non può trascurare il fatto, ma non può rassegnarsi al fatto. Non può accettare Hegel e la sua tesi della razionalità del fatto solo perché compiuto e, quindi, irreversibile.

Al di là c'è quello che può definirsi il panglossismo metodologico, l'idea di

appiattirsi sul fatto, sia esso la decisione politica o quella giurisdizionale. È la rinuncia ad ogni metodo, più a fondo è la resa del giurista, specie del costituzionalista, all'esito dei rapporti di forza, e quindi l'abdicazione a voler regolare i conflitti tra gli interessi e tra i rispettivi titolari: ruolo che dovrebbe essere appunto il mestiere del giurista.

Il problema – se così può dirsi – non è nuovo: lo hanno posto in grande evidenza le tragedie greche. Oreste è per definizione l'eroe dilaniato dal conflitto tra la necessità di vendicare il padre e l'obbligo di ricevere la sanzione per l'uccisione della madre, entrambi interessi degni di considerazione, tanto è vero che nemmeno l'aeropago riesce a far prevalere uno sull'altro. L'intervento di Athena, come tutte le altre volte in cui sulla scena appare il *deus ex machina*, è meramente consolatorio, giacché si risolve nell'accettazione dell'esistente. Il fatto compiuto diviene la logica di sistema: l'evento si è già verificato, il conflitto tra valori diversi non può essere risolto, il fatto è assunto al livello di regola di principio. Che qualcosa sia accaduto, è stato giusto e razionale. L'intervento del dio non può avere altro significato che quello di riconoscere l'effettività della situazione, di rassegnarsi di fronte alla realtà.

Questa è però anche la logica più facile e superficiale.

In fondo, già per il fatto di riunire le persone, la rappresentazione teatrale non aveva lo scopo di narrare un evento ed il suo finale. L'interesse che permane universale della tragedia è quello di mettere in scena il conflitto e di proporre riflessioni attorno alla pressione di valori ognuno dei quali richiede tutela esclusiva: la narrazione spinge alla riflessione e ciò è molto più importante dell'esito (in cui di volta in volta un soggetto e/o un valore prevale su altri). Potrebbe dirsi che per gli autori greci era importante invitare gli spettatori a ragionare sulla circostanza che le vicende personali e soprattutto la convivenza nelle loro città erano segnate da conflitti e che bisognava normarli, senza attendere l'intervento risolutore di soggetti esterni. Anzi, la circostanza che il conflitto tra valori toccava spesso le basi della *πόλις* e dei detentori di *Κράτος* (si pensi solo alle vicende di Edipo e poi di Creonte) finiva per "scoprire" le basi assolutamente fragili di ogni potere, nel senso appunto che ne rilevava l'ispirazione assolutamente personale spesso dietro il suo esercizio.

8. Il costituzionalismo riprende, in fondo, la logica della necessità di dare tutela a valori in conflitto evitando che uno solo di essi prevalga sino ad annullare gli altri. È la logica dell'*et et*, che si sostituisce a quella dell'*aut aut*. Interessi diversi debbono coesistere e trovare tutti una qualche forma di tutela. Allora, il mantenimento del fatto compiuto può essere anche uno degli interessi da considerare, ma non certo l'unico. Il potere non può pretendere di essere giustificato di per sé, semmai solo per gli interessi sostanziali perseguiti.

Nei suoi studi Arcidiacono propone il suo modello di come dovrebbero essere i rapporti tra i poteri, ma il potere non ne esce giustificato. E ciò vale anche quando si tratta di quei particolari fatti integrati dalle decisioni giudiziarie, le quali vanno – possono essere – accettate e sostenute solo se rispondano alla logica della contemporanea tutela da dare a tutti gli interessi coinvolti, senza soluzioni ripiegate sul fatto compiuto.

Infatti, in generale il giurista non può essere giustificazionista, l'aedo del potere. Il potere va conformato, guidato, ispirato, limitato, ma giammai *sic et simpliciter* accettato e giustificato.

Qui si introduce anche un ulteriore profilo, giacché – e lo anticipavo prima – la riflessione di Arcidiacono si muove dalla considerazione dei valori accolti in Costituzione. Ma la teoria dei valori non può spingersi sino al piano sociale e personale a richiedere l'adesione delle coscienze, in una rinnovata emersione dello Stato etico. È il rischio dell'insistenza sui valori, che da Schmitt in poi rischiano di divenire tiranni.

Proprio nello scritto dedicato a Cassarino, Arcidiacono accoglie ed esalta la distinzione tra Stato e società civile, perché la riduzione e/o l'assimilazione senza residui della seconda al primo significherebbe l'esclusione di spazi di libertà (permettetemi di utilizzare il termine) naturali propri della sfera sociale.

*«La condizione del permanere della rispondenza del modello giuridico della divisione dei poteri al fine è dettata essenzialmente dalla circostanza che il potere di governo non occupi gli strumenti della comunità, ma li metta al proprio servizio; nel senso che ne faccia produttivo mezzo ella sintesi dalla quale viene chiamata la sua attività, espressa dal (e racchiusa nel) carattere, appunto, della rappresentatività. Quando si allude alla eventuale tendenza del potere governante verso l'appropriazione degli strumenti (tipizzati o meno) della comunità, si*

*fa riferimento a legami e strumentalizzazioni attraverso cui il primo può addormentare, se non addirittura addomesticare, a suo profitto, le iniziative della società, ampliando la rete di consensi di cui deve necessariamente godere la maggioranza che quel potere è naturalmente destinata ad occupare, in democrazia. Senonché la realizzazione di siffatta circostanza pone in crisi i rapporti tra potere governante e società, alterando i termini della relazione in cui esso deve manifestarsi» (pag. 15).*

Il mantenimento della soggettività giuridica della società è condizione per la permanenza dello Stato costituzionale che, per un verso, è fondato sul pluralismo, per altro verso deve sostenere e promuovere l'assetto pluralistico sia sotto l'aspetto istituzionale sia sotto il profilo sociale ed economico. Il potere deve continuare ad essere diviso, secondo l'istanza deontologica insita nella teoria della separazione.

Il passaggio riportato è importante: Arcidiacono non sta descrivendo, ma sta indicando il modello da perseguire. La stessa insistenza sulla dimensione valoriale della Costituzione vale – deve valere – contro la maggioranza, ma non a sostenerne le decisioni quasi a consacrarle in via definitiva, e le quali hanno a base solo il consenso elettorale, per definizione mutevole.

Appunto, il lavoro del giurista rimane ancorato alla prospettiva del dover essere. Il giurista non può essere un aedo del potere, e certo Luigi Arcidiacono non lo è stato.

# ASPETTI PROBLEMATICI DI INQUADRAMENTO DELLA GIURISDIZIONE E DELL'AUTORITÀ DI CONTROLLO COMPETENTE NEI TRATTAMENTI DI DATI TRANSFRONTALIERI

**Fabio Carchidi**

**ABSTRACT** [ITA]: Nel contesto multiforme delle fonti normative volte a configurare un diritto sempre meno mite rispetto ai canoni posti nel secolo scorso<sup>1</sup>, il sistema continentale qualifica tre diverse tipologie di ordinamento giuridico: quello pedissequamente costituzionale-nazionale, quello dell'Unione europea e quello del Consiglio d'Europa, tale *point of view* non appare esclusivamente concertato dal pluralismo e dalla produttività, bensì anche della complessità e spesse volte contraddittorietà<sup>2</sup>.

**ABSTRACT** [ENG]: *In the multiform context of normative sources aimed at configuring a law that is less and less mild compared to the canons laid down in the last century, the continental system qualifies three different types of legal system: the strictly constitutional-national one, that of the European Union and that of the Council of Europe, this point of view does not appear to be exclusively concerted by pluralism and productivity, but also by complexity and often contradiction.*

**SOMMARIO:** **1.** *Status personae e familiae* nell'accezione contemporanea del diritto alla protezione dei dati personali; – **2.** La configurabilità dell'autorità di controllo. Diritto internazionale privato e diritto comunitario; – **3.** *International data transfers*. Dal discusso *Privacy Shield* alla sentenza del 16 luglio 2020, Causa C-311/18; – **4.** GDPR e Regolamento Bruxelles I – bis: eterogenesi dei fini od omogeneità delle interpretazioni?; – **5.** Conclusioni.

<sup>1</sup> G. Zagrebelsky, *Il diritto mite, Legge diritti giustizia*, Torino, 1992, ISBN: 9788806130817; pp. 5 ss.

<sup>2</sup> P. Manzini, A. Lollini, *I diritti fondamentali in Europa*, Roma, 2015, ISBN: 978- 88- 15- 25245- 6, pp. 7 ss;

## 1. *Status personae e familiae* nell'accezione contemporanea del diritto alla protezione dei dati personali.

Per ciò che riguarda la disciplina concernente gli *status personae e familiae*, l'Unione Europea si è prodigata, al fine di neutralizzare gli ostacoli alla libera circolazione delle persone nonché per il corretto funzionamento del mercato interno, a pianificare un *problem solving* volto a disciplinare complicazioni direttamente create dalle diverse normative nazionali dei Paesi membri, aggravate dall'assenza di una disciplina omogenea sull'accesso e l'attivazione della giurisdizione ovvero sul riconoscimento delle sentenze<sup>1</sup>.

A tal riguardo il diritto internazionale privato contenuto, in via prevalente, nella L. 218/1995 rubricata *Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato* si occupa di gestire antinomie delle *norme di conflitto rectius* di rinvio, di scelta, non in quanto regolanti una controversia tra le parti, ma poiché, nel caso di succitata controversia, prescrittive di quale legge nazionale e straniera possa applicarsi ovvero quale autorità giurisdizionale nazionale o straniera sia competente nel dirimere il giudizio.<sup>2</sup> Nel paradigmatico universo della protezione dei dati personali, l'individuazione dell'autorità di controllo competente per i reclami relativi a trattamenti transfrontalieri nonché dell'applicazione delle norme sulla giurisdizione per i ricorsi proposti verso il titolare e il responsabile del trattamento rappresentano un *centro d'interesse* complesso.

Invero, con il superamento della Direttiva 95/46/CE ad opera del GDPR la legislazione europea sui dati personali ha un nuovo formante interpretativo, con la peculiarità di un robusto sistema di diritti e garanzie individuali, ma anche di doveri più restrittivi, tra questi, com'è noto, rientrano i diritti di natura *procedurale*: il diritto di proporre reclamo all'Autorità pubblica di controllo dello Stato membro di *residenza abituale, di lavoro o del luogo in cui si è verificata la violazione*; il diritto di proporre un ricorso avverso le decisioni della stessa Autorità di controllo davanti ai giudici dello Stato membro in cui l'autorità è situata, ma anche il diritto a un ricorso giurisdizionale effettivo verso i titolari o i responsabili del trattamento proposto

<sup>1</sup> Per approfondire v. G. Chiappetta, *Status personae e familiae nella giurisprudenza delle corti sovranazionali*, Napoli, 2012, ISBN: 9788849523157; pp. 241- 242.

<sup>2</sup> Paolo Monti, Gian Maria Farnelli, *Iuris tantum – fino a prova contraria*, Bologna, 2015, ISBN 978-88-08-53662-4 pp. 220 ss.

dinnanzi ai giudici dello Stato membro in cui il titolare o il responsabile del trattamento ha uno *stabilimento* ovvero dinnanzi ai giudici dello Stato in cui l'interessato ha residenza abituale.

## **2. La configurabilità dell'autorità di controllo. Diritto internazionale privato e diritto comunitario.**

*Conditio sine qua non* per comprendere la compenetrazione tra ordinamenti è l'articolo 16 DIP, che prevede l'inapplicabilità della legge straniera nella casistica di effetti contrari all'*ordine pubblico*, quest'ultimo, infatti, solidalmente alle norme imperative e al buon costume facenti capo, tra le altre, alle origini della nozione di colpa extracontrattuale nei lavori preparatori della codicistica in materia di diritto civile<sup>3</sup>, è il criterio valevole per orientare l'agire dei privati in quanto cardine per apprestare o negare tutela giuridica agli interessi perseguiti concretamente.

Tale sistematica, intesa quale metodologia - volta a richiamare l'ordine pubblico - ha un particolare significato assiologico: nonostante la difficoltà di definizione del contenuto, rappresenta la necessità di individuare strumenti limitativi dell'autonomia dell'individuo per allontanare il più possibile l'esperimento di operazioni in contrasto con i principi fondamentali e costituzionali dell'ordinamento nazionale e sovranazionale, tant'è che si parla di *clausola generale di ordine pubblico* avente contenuto dinamico di cui la giurisprudenza è, a maggior ragione, *demiurgo*. Il primato della persona assume rilevanza unificante nella qualificazione di liceità del comportamento, ecco perché la normazione sul rispetto dell'ordine pubblico prevede «un giudizio di conformità dell'interesse perseguito con l'interesse all'attuazione della personalità».<sup>4</sup>

Entrando nel merito, la determinazione dell'autorità di controllo competente nelle fattispecie di violazioni transfrontaliere del diritto alla protezione dei dati personali

---

<sup>3</sup> G. Visintini, *Fatti illeciti, fondamenti e nuovi sviluppi della responsabilità civile*, Pisa, 2019, ISBN: 9788833790657; pp. 1- 5.

<sup>4</sup> G. Lisella, F. Parente, *La persona* in Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2012, ISBN: 9788849523133, pp. 40- 44; Art. 16 DIP: «1. La legge straniera non è applicata se i suoi effetti sono contrari all'ordine pubblico. 2. In tal caso si applica la legge richiamata mediante altri criteri di collegamento eventualmente previsti per la medesima ipotesi normativa. In mancanza si applica la legge italiana».

ha nessi logici con i considerando 124, 125, 126, 127 e 128<sup>5</sup> nonché con gli articoli 55 e 56 del GDPR che esplicano il ruolo dell'«autorità di controllo capofila», figura che include ampia parte delle competenze e dei compiti relativi alla gestione dei reclami presentati dai vari interessati. Ai sensi dell'articolo 55 del GDPR, qualsivoglia

<sup>5</sup> Considerando 124 GDPR: «Qualora il trattamento dei dati personali abbia luogo nell'ambito delle attività di uno stabilimento di un titolare del trattamento o di un responsabile del trattamento nell'Unione e il titolare del trattamento o il responsabile del trattamento sia stabilito in più di uno Stato membro o qualora il trattamento effettuato nell'ambito delle attività dello stabilimento unico di un titolare del trattamento o responsabile del trattamento nell'Unione incida o possa verosimilmente incidere in modo sostanziale su interessati in più di uno Stato membro, l'autorità di controllo dello stabilimento principale del titolare del trattamento o del responsabile del trattamento o dello stabilimento unico del titolare del trattamento o del responsabile del trattamento dovrebbe fungere da autorità capofila. Essa dovrebbe cooperare con le altre autorità interessate perché il titolare del trattamento o il responsabile del trattamento ha uno stabilimento nel territorio dei loro Stati membri, perché il trattamento incide in modo sostanziale sugli interessati residenti nel loro territorio o perché è stato proposto loro un reclamo. Anche in caso di reclamo proposto da un interessato non residente in tale Stato membro, l'autorità di controllo cui è stato proposto detto reclamo dovrebbe essere considerata un'autorità di controllo interessata (...)»; Considerando 125 GDPR: «L'autorità capofila dovrebbe essere competente per l'adozione di decisioni vincolanti riguardanti misure di applicazione dei poteri di cui gode a norma del presente regolamento. Nella sua qualità di autorità capofila, l'autorità di controllo dovrebbe coinvolgere e coordinare strettamente le autorità di controllo interessate nel processo decisionale. In caso di decisione di rigetto del reclamo dell'interessato, in tutto o in parte, tale decisione dovrebbe essere adottata dall'autorità di controllo a cui il reclamo è stato proposto.»; Considerando 126 GDPR: «La decisione dovrebbe essere adottata congiuntamente dall'autorità di controllo capofila e dalle autorità di controllo interessate e dovrebbe essere rivolta allo stabilimento principale o unico del titolare del trattamento o del responsabile del trattamento ed essere vincolante per il titolare del trattamento e il responsabile del trattamento. Il titolare del trattamento o il responsabile del trattamento dovrebbe adottare le misure necessarie per garantire la conformità al presente regolamento e l'attuazione della decisione notificata dall'autorità di controllo capofila allo stabilimento principale del titolare del trattamento o del responsabile del trattamento per quanto riguarda le attività di trattamento nell'Unione»; Considerando 127 GDPR: «Ogni autorità di controllo che non agisce in qualità di autorità di controllo capofila dovrebbe essere competente a trattare casi locali qualora il titolare del trattamento o il responsabile del trattamento sia stabilito in più di uno Stato membro, ma l'oggetto dello specifico trattamento riguardi unicamente il trattamento effettuato in un singolo Stato membro e coinvolga soltanto interessati in tale singolo Stato membro, ad esempio quando l'oggetto riguardi il trattamento di dati personali di dipendenti nell'ambito di specifici rapporti di lavoro in uno Stato membro. In tali casi, l'autorità di controllo dovrebbe informare senza indugio l'autorità di controllo capofila sulla questione. Dopo essere stata informata, l'autorità di controllo capofila dovrebbe decidere se intende trattare il caso a norma della disposizione sulla cooperazione tra l'autorità di controllo capofila e altre autorità di controllo interessate («meccanismo dello sportello unico»), ovvero se l'autorità di controllo che l'ha informata debba trattarlo a livello locale. Al momento di decidere se intende trattare il caso, l'autorità di controllo capofila dovrebbe tenere conto dell'eventuale esistenza, nello Stato membro dell'autorità di controllo che l'ha informata, di uno stabilimento del titolare del trattamento o del responsabile del trattamento, al fine di garantire l'effettiva applicazione di una decisione nei confronti del titolare del trattamento o del responsabile del trattamento. (...)»; Considerando 128 GDPR: «Le norme sull'autorità di controllo capofila e sul meccanismo di sportello unico non dovrebbero applicarsi quando il trattamento è effettuato da autorità pubbliche o da organismi privati nell'interesse pubblico. In tali casi l'unica autorità di controllo competente a esercitare i poteri a essa conferiti a norma del presente regolamento dovrebbe essere l'autorità di controllo dello Stato membro in cui l'autorità pubblica o l'organismo privato sono stabiliti»;

autorità nazionale di controllo esegue i compiti assegnati ed esercita i poteri previsti dal Regolamento nel «*territorio del rispettivo Stato membro*»; l'articolo 56, par. 1, si occupa dei trattamenti transfrontalieri e designa la competenza dell'autorità di controllo dello stabilimento unico o dello stabilimento principale del titolare o del responsabile del trattamento poiché *autorità capofila*, accade però, nella fattispecie concreta, che la violazione riguardi uno stabilimento che potrebbe non essere il principale, in tal caso è competente anche per la gestione del reclamo, l'autorità di controllo di tale Stato che ha comunque l'obbligo di informare «*senza indugio*» l'autorità di controllo capofila *rectius* quella dello stabilimento principale o dello stabilimento unico che può decidere, entro e non oltre le *tre settimane*, di trattare il caso adoperando la procedura di cooperazione ex art. 60 *ovvero* permettere all'autorità di controllo che ha ricevuto il reclamo di presentare un *progetto di decisione*.

Si sottolinea, dunque, che non sempre è l'autorità capofila ad adottare la decisione: nel caso di *reclamo rigettato o archiviato* è l'autorità di controllo che ha ricevuto il reclamo ad adottare la decisione, a notificarla al reclamante e a informare il titolare del trattamento; poiché è l'interessato ad avere deciso quale autorità adire tra quelle previste ex art. 77 GDPR, qualora egli intenda impugnare il provvedimento sfavorevole si rivolgerà ai giudici dello stesso Stato membro dell'autorità per la quale ha optato, in tal senso si offre un'*ulteriore forma di protezione* di natura procedurale all'interessato nata dalla presunzione che, avendo egli scelto una determinata autorità di controllo per il reclamo, preferirà i giudici dello stesso Stato dell'autorità; in siffatto contesto a rendere intricata la situazione è l'articolo 60 par. 9 del GDPR che contempla la possibilità di *archiviazione o rigetto parziale di un reclamo*, nella succitata ipotesi «*è adottata una decisione separata per ciascuna di tali parti della questione*» le parti favorevoli al reclamante saranno adottate dall'autorità di controllo capofila, quelle sfavorevoli dall'autorità di controllo del reclamante, tuttavia l'autorità capofila informata, *senza indugio*, dall'autorità che ha ricevuto il reclamo, potrebbe avere la facoltà di trattare il caso *ergo* anche se l'interessato scegliesse una specifica autorità, a pronunciarsi sarebbe un'autorità di un diverso Stato membro costringendo l'interessato reclamante a costituirsi davanti ai giudici dello Stato membro in cui il titolare o il responsabile del trattamento hanno lo stabilimento principale o unico –

diversi dallo Stato membro scelto dal reclamante - prospettando, dunque, situazioni sfavorevoli per l'interessato.<sup>6</sup>

### **3. International data transfers. Dal discusso Privacy Shield alla sentenza del 16 luglio 2020, Causa C-311/18.**

Stante la qualificazione di beni giuridici quali «*res quae tangit non possunt*» contemplata nel Codice civile; enorme è l'importanza - in seguito alla dematerializzazione intesa come caratteristica fondamentale dell'era digitale - delle sequenze di bit, difficilmente catalogabili in atomi. Il documento, gli strumenti finanziari, la moneta, i registri immobiliari, la sottoscrizione, etc... possono perfettamente rappresentare i cardini di una realtà immateriale.<sup>7</sup> Il trasferimento dei dati transfrontaliero è uno degli elementi essenziali di una valida

<sup>6</sup> E. A. Rossi, *Qualche problema in materia di competenza e giurisdizione nel Regolamento Generale sui Dati Personali* in Studi Vrbinati di scienze giuridiche, politiche ed economiche, anno LXXXV -2018, Nuova serie A – N. 69, 3- 4, pp. 257- 261; Art. 55 GDPR: «*Competenza 1. Ogni autorità di controllo è competente a eseguire i compiti assegnati e a esercitare i poteri a essa conferiti a norma del presente regolamento nel territorio del rispettivo Stato membro. 2. Se il trattamento è effettuato da autorità pubbliche o organismi privati che agiscono sulla base dell'articolo 6, paragrafo 1, lettera c) o e), è competente l'autorità di controllo dello Stato membro interessato (...)*»; Art. 56 GDPR: «*Competenza dell'autorità capofila 1. Fatto salvo l'articolo 55, l'autorità di controllo dello stabilimento principale o dello stabilimento unico del titolare e del trattamento o responsabile del trattamento è competente ad agire in qualità di autorità di controllo capofila per i trattamenti transfrontalieri effettuati dal suddetto titolare del trattamento o responsabile del trattamento, secondo la procedura di cui all'articolo 60 (...) 5. Nel caso in cui l'autorità di controllo capofila decida di non trattarlo, l'autorità di controllo che ha informato l'autorità di controllo capofila tratta il caso conformemente agli articoli 61 e 62. 6. L'autorità di controllo capofila è l'unico interlocutore del titolare del trattamento o del responsabile del trattamento in merito al trattamento transfrontaliero effettuato da tale titolare del trattamento o responsabile del trattamento.*»; Art. 60 GDPR: «*Cooperazione tra l'autorità di controllo capofila e le altre autorità di controllo interessate. 1. L'autorità di controllo capofila coopera con le altre autorità di controllo interessate conformemente al presente articolo nell'impegno per raggiungere un consenso. L'autorità di controllo capofila e le autorità di controllo interessate si scambiano tutte le informazioni utili. 2. L'autorità di controllo capofila può chiedere in qualunque momento alle altre autorità di controllo interessate di fornire assistenza reciproca a norma dell'articolo 61 e può condurre operazioni congiunte a norma dell'articolo 62, in particolare per lo svolgimento di indagini o il controllo dell'attuazione di una misura riguardante un titolare del trattamento o responsabile del trattamento stabilito in un altro Stato membro. 3. L'autorità di controllo capofila comunica senza indugio le informazioni utili sulla questione alle altre autorità di controllo interessate. Trasmette senza indugio alle altre autorità di controllo interessate un progetto di decisione per ottenere il loro parere e tiene debitamente conto delle loro opinioni. 4. Se una delle altre autorità di controllo interessate solleva un'obiezione pertinente e motivata al progetto di decisione entro un termine di quattro settimane dopo essere stata consultata conformemente al paragrafo 3 del presente articolo, l'autorità di controllo capofila, ove non dia seguito all'obiezione pertinente e motivata o ritenga l'obiezione non pertinente o non motivata, sottopone la questione al meccanismo di coerenza di cui all'articolo 63 (...)*»

<sup>7</sup> G. PASCUZZI, *Il diritto dell'era digitale*, Bologna, 2006, ISBN: 88-15-11302-9, pp. 202 ss.

disquisizione sul *data protection package*, il Regolamento 2016/679 contiene al suo interno, oltre ai considerando da 101 a 116 anche sette articoli (44-50) *in subiecta materia*: diametralmente opposto rispetto ai due articoli della Direttiva 95/46/CE<sup>8</sup>

I cc.dd. *international data transfers e flows of personal data* sono disciplinati in maniera ambivalente: dalla fonte del Consiglio d'Europa e da quella del diritto dell'Unione Europea, nella prima casistica la Relazione esplicativa della Convenzione n. 108 modernizzata al punto 108 prevede che «i flussi transfrontalieri di dati siano da intendere come trasferimenti di dati personali verso destinatari soggetti a una giurisdizione straniera»; nella seconda fattispecie, il RGPD all'articolo 44 descrive i «trasferimenti di dati personali oggetto di un trattamento o destinati a essere oggetto di un trattamento dopo il trasferimento verso un paese terzo o un'organizzazione internazionale».

Si reputa necessario specificare che il destinatario di tali dati dev'essere soggetto alla giurisdizione di una parte contraente o di uno Stato membro ai sensi del Diritto comunitario o del Consiglio d'Europa salvo soddisfazione, da parte di Stati non soggetti alle giurisdizioni succitate, di condizioni precise e contemplate al capo V del RGPD; da questo ultimo assunto si comprende quanto il *free flow of personal data between Member States or Contracting Parties* seppur garantito, è subordinato al leitmotiv della normativa in analisi: la salvaguardia dei dati personali.<sup>9</sup>

A tal proposito si suole evidenziare come negli U.S.A. sia obiettivo il *background* antico della c.d. *privacy-property* antecedente alla novella *privacy-dignity*, per siffatta ragione il riferimento al celeberrimo saggio di Warren e Brandeis risulterebbe essere una inadeguata ricostruzione<sup>10</sup>.

L'ormai *overturned sentence Schrems*<sup>11</sup> della Corte di Giustizia Europea poneva in rilievo l'impossibilità di attribuire meccanicamente la genuinità del trattamento dei

<sup>8</sup> V. CUFFARO, R. D'ORAZIO, V. RICCIUTO, *I dati personali nel diritto europeo*, Milano, 2019, ISBN: 9788892112742, pp. 951 ss.

<sup>9</sup> v. AGENZIA DELL'UNIONE EUROPEA PER I DIRITTI FONDAMENTALI E CONSIGLIO D'EUROPA, C. GIAKOUMOPOULOS, G. BUTTARELLI, M. O'FLAHERTY, *Manuale sul diritto europeo in materia di protezione dei dati*, Lussemburgo, 2018, ISBN: 978-92-871-9846-4, pp. 277 ss.

<sup>10</sup> A. MANTELETO, *Il costo della privacy tra valore della persona e ragione d'impresa*, Milano, 2007, ISBN: 88-14-13568-1, pp. 2- 5

<sup>11</sup> Corte di Giustizia Europea, Causa C-362/14, Maximilian Schrems v. Data Protection Commissioner e Digital Rights Ireland Ltd [GC], 6 ottobre 2015. §107: «L'articolo 25, paragrafo 6, della direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 ottobre 1995, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati, come modificata dal regolamento (CE) n. 1882/2003 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 settembre 2003, letto alla luce degli articoli

dati personali nonché la compliance alla normativa privacy di un determinato territorio extraeuropeo; il naturale prologo, infatti, è stato quello di concordare un nuovo regime tra UE e USA, che permetteva alle aziende statunitensi di autocertificare la loro adesione all'allocazione corretta delle garanzie di un genuino trattamento conforme alle finalità previste ex lege, il c.d. EU – U.S. *Privacy Shield factsheet rectius* Scudo UE- USA per la privacy, attualmente invalidato dalla CGUE dal 16 luglio 2020 che, tra le motivazioni, in particolare al §188 affronta il tema della tutela effettiva dei consociati in ossequio all'accesso e all'utilizzo, da parte delle autorità statunitensi, dei dati personali trasferiti senza alcuna limitazione tramite la legittimazione del parametro della sicurezza nazionale e della sorveglianza insita nell'intelligence dipartimentale.<sup>12</sup>

---

*7, 8 e 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, deve essere interpretato nel senso che una decisione adottata in forza di tale disposizione, come la decisione 2000/520/CE della Commissione, del 26 luglio 2000, a norma della direttiva 95/46 sull'adeguatezza della protezione offerta dai principi di approdo sicuro e dalle relative «Domande più frequenti» (FAQ) in materia di riservatezza pubblicate dal Dipartimento del commercio degli Stati Uniti, con la quale la Commissione europea constata che un paese terzo garantisce un livello di protezione adeguato, non osta a che un'autorità di controllo di uno Stato membro, ai sensi dell'articolo 28 di tale direttiva, come modificata, esamini la domanda di una persona relativa alla protezione dei suoi diritti e delle sue libertà con riguardo al trattamento di dati personali che la riguardano, i quali sono stati trasferiti da uno Stato membro verso tale paese terzo, qualora tale persona faccia valere che il diritto e la prassi in vigore in quest'ultimo non garantiscono un livello di protezione adeguato»*

<sup>12</sup>AGENZIA DELL'UNIONE EUROPEA PER I DIRITTI FONDAMENTALI E CONSIGLIO D'EUROPA, C. GIAKOUMOPOULOS, G. BUTTARELLI, M. O'FLAHERTY, *Manuale sul diritto europeo in materia di protezione dei dati*, Lussemburgo, 2018, ISBN: 978-92-871-9846-4, pp. 287 ss: «Commission Implementing Decision (EU) 2016/1250 of 12 July 2016 pursuant to Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council on the adequacy of the protection provided by the EU-U.S. Privacy Shield, OJ L 207. The Article 29 Working Party welcomed the improvements brought by the Privacy Shield mechanism compared to the Safe Harbour decision and commended the Commission and the US authorities for having taken into consideration in the final version of the Privacy Shield documents the concerns voiced in their opinion WP238 on the draft EU-U.S. Privacy Shield adequacy decision»; per ulteriori informazioni v. EU- US- Privacy Shield factsheet. «Privacy Shield scheme provides for: data protection obligations on companies receiving personal data from the EU; protection and redress for individuals, in particular the establishment of an ombudsperson mechanism, which is independent from the US intelligence services and deals with complaints from individuals who believe their personal data have been used in an unlawful way by the US authorities in the area of national security; an annual joint review to monitor the framework's implementation; the first review took place in September 2017»; al fine di rendere chiara la dinamica concernente la validità del *privacy shield* v. CGUE (Grande Sezione), Causa C-311/18, §188 «A tal fine, l'articolo 45, paragrafo 2, lettera a), del RGPD esige che, nel valutare l'adeguatezza del livello di protezione garantito da un paese terzo, la Commissione prenda in considerazione in particolare i mezzi di «ricorso effettivo in sede amministrativa e giudiziaria per gli interessati i cui dati personali sono oggetto di trasferimento». Il considerando 104 del RGPD sottolinea, a tal proposito, che il paese terzo «dovrebbe assicurare un effettivo controllo indipendente della protezione dei dati e dovrebbe prevedere meccanismi di cooperazione con autorità di protezione dei dati degli Stati membri» e precisa che «agli interessati dovrebbero essere riconosciuti diritti effettivi e azionabili e un mezzo di ricorso effettivo in sede amministrativa e giudiziale».

#### 4. GDPR e Regolamento Bruxelles I – bis: eterogenesi dei fini od omogeneità delle interpretazioni?

Per quanto attiene alle regole transnazionali sulla giurisdizione nel Regolamento 679/2016, i postulati interpretativi, che appaiono lapalissiani, riguardano l'integrazione con le regole generali del Regolamento «Bruxelles I- bis»; Il GDPR al paragrafo 2 dell'articolo 79 disciplina la giurisdizione relativa alle azioni del titolare dei dati personali nei confronti del titolare o del responsabile del trattamento, prevedendo soluzioni – seppur senza riferimento alcuno – ispirate ai parametri del Regolamento n. 1215/2012 *rectius* Bruxelles I- bis; Se ciò non dovesse bastare, ai sensi del considerando n. 147 del preambolo, i criteri insiti nella norma in analisi prevalgono in virtù di un criterio di specialità *rationae materiae* accolto dal Regolamento Bruxelles- bis all'articolo 67 sulle regole generali del Regolamento che troveranno applicazione soltanto nella misura in cui non siano incompatibili con la *lex specialis*.

Risulterebbe dubbia, al contrario, la facoltà di invocare l'applicazione delle disposizioni contenute nel Regolamento Bruxelles I- bis concernenti la *deroga e la proroga della giurisdizione*<sup>13</sup>.

<sup>13</sup> F. Marongiu Buonaiuti, *Jurisdiction under regulation (EU) NO. 2016/679 concerning the processing of personal data and its coordination with the “Brussels I- Bis” Regulation*, in *Cuadernos de derecho transnacional*, Ottobre 2017, Vol. 9, n. 2, ISSN: 1989- 4570 pp. 448- 464; Considerando 147 GDPR: «Qualora il presente regolamento preveda disposizioni specifiche in materia di giurisdizione, in particolare riguardo a procedimenti che prevedono il ricorso giurisdizionale, compreso quello per risarcimento, contro un titolare del trattamento o un responsabile del trattamento, disposizioni generali in materia di giurisdizione quali quelle di cui al regolamento (UE) n. 1215/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio (13) non dovrebbero pregiudicare l'applicazione di dette disposizioni specifiche.»; Regolamento “Bruxelles I- bis”, Articolo 67: «Il presente regolamento non pregiudica l'applicazione delle disposizioni che, in materie particolari, disciplinano la competenza, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni e che sono contenute negli atti dell'Unione o nelle legislazioni nazionali armonizzate in esecuzione di tali atti» Art. 25 “Regolamento Bruxelles I bis”: «Proroga di competenza 1. Qualora le parti, indipendentemente dal loro domicilio, abbiano convenuto la competenza di un'autorità o di autorità giurisdizionali di uno Stato membro a conoscere delle controversie, presenti o future, nate da un determinato rapporto giuridico, la competenza spetta a questa autorità giurisdizionale o alle autorità giurisdizionali di questo Stato membro, salvo che l'accordo sia nullo dal punto di vista della validità sostanziale secondo la legge di tale Stato membro. Detta competenza è esclusiva salvo diverso accordo tra le parti. L'accordo attributivo di competenza deve essere: a) concluso per iscritto o provato per iscritto; b) in una forma ammessa dalle pratiche che le parti hanno stabilito tra di loro; o c) nel commercio internazionale, in una forma ammessa da un uso che le parti conoscevano o avrebbero dovuto conoscere e che, in tale ambito, è ampiamente conosciuto e regolarmente rispettato dalle parti di contratti dello stesso tipo nel settore commerciale considerato. 2. La forma scritta comprende qualsiasi comunicazione con mezzi elettronici che permetta una registrazione durevole dell'accordo attributivo di competenza. 3. L'autorità o le autorità giurisdizionali di uno Stato membro alle quali l'atto costitutivo di un trust ha attribuito competenza a giudicare

Se il principio di specialità vincola il rapporto tra Regolamento Bruxelles I bis e Regolamento 679/2016, la prevalenza dei criteri di giurisdizione del secondo non si concilia con la natura imperativa della protezione prevista per i dati personali degli interessati espressamente prevista dalle *finalità*, dalla *struttura* e dai *principi* dello stesso Regolamento e dall'articolo 48 che pone il divieto di riconoscimento delle sentenze di autorità giurisdizionali nonché delle decisioni di autorità amministrative di Paesi terzi che prevedono il trasferimento o la comunicazione di dati personali da parte di un titolare del trattamento ovvero di un responsabile salvo che non siano basate su un accordo internazionale in vigore. Invero, la natura imperativa comporta logicamente l'inderogabilità convenzionale che pone l'invalidità di qualunque accordo che privi l'interessato delle garanzie offerte dal Regolamento 679/2016 ne discende l'invalidità degli accordi di proroga della giurisdizione conclusi *espressamente* ai sensi dell'articolo 25 del Regolamento Bruxelles I bis o *tacitamente* ai sensi dell'articolo 26, attraverso i quali i contraenti attribuiscono la giurisdizione a un'autorità giurisdizionale di uno Stato diverso rispetto a quella ex art. 79 GDPR, in sostanza si verifica una compressione delle garanzie dell'interessato per la privazione di fori ulteriori a propria disposizione in virtù di un accordo di proroga di giurisdizione confliggente con la protezione di tipo imperativo che caratterizza il GDPR.

---

*hanno competenza esclusiva per le azioni; contro un fondatore, un trustee o un beneficiario di un trust, ove si tratti di relazioni tra tali persone o di loro diritti od obblighi nell'ambito del trust. 4. Gli accordi attributivi di competenza e le clausole simili di atti costitutivi di trust non sono valide se in contrasto con le disposizioni degli articoli 15, 19 o 23 o se derogano alle norme sulla competenza esclusiva attribuita alle autorità giurisdizionali ai sensi dell'articolo 24. 5. Una clausola attributiva di competenza che fa parte di un contratto si considera indipendente dalle altre clausole contrattuali. La validità della clausola attributiva di competenza non può essere contestata per il solo motivo che il contratto è invalido.»; Art. 26 “Regolamento Bruxelles I bis”: «1. Oltre che nei casi in cui la sua competenza giurisdizionale risulta da altre disposizioni del presente regolamento, l'autorità giurisdizionale di uno Stato membro davanti al quale il convenuto è comparso è competente (...)2. Nelle materie di cui alle sezioni 3, 4 o 5, se il contraente dell'assicurazione, l'assicurato, il beneficiario di un contratto di assicurazione, la parte lesa, il consumatore o il lavoratore è il convenuto, l'autorità giurisdizionale, prima di dichiararsi competente ai sensi del paragrafo 1, si assicura che il convenuto sia informato del suo diritto di eccepire l'incompetenza dell'autorità giurisdizionale e delle conseguenze della comparizione o della mancata comparizione.»*

## 5. Conclusioni.

Il rischio prospettato sembra essere, oltre che concreto, anche in continua espansione<sup>14</sup>, visto il progressivo sviluppo delle tecnologie dell'*Internet of Things* (IoT); il tutto, se avallato dall'assenza di un efficiente sistema di reclami nonché di ricorsi, costituirà un elemento ostativo all'esercizio sostanziale del diritto alla protezione dei dati personali inficiando, de facto, i contributi del formante dottrinale e giurisprudenziale finora sublimati dal carattere formale delle normative vigenti.<sup>15</sup>

---

<sup>14</sup> Per un'analisi approfondita dell'andamento esponenziale del progresso si v. Considerando 6 Reg. 2016/679: «*La rapidità dell'evoluzione tecnologica e la globalizzazione comportano nuove sfide per la protezione dei dati personali. La portata della condivisione e della raccolta di dati personali è aumentata in modo significativo. La tecnologia attuale consente tanto alle imprese private quanto alle autorità pubbliche di utilizzare dati personali, come mai in precedenza, nello svolgimento delle loro attività. Sempre più spesso, le persone fisiche rendono disponibili al pubblico su scala mondiale informazioni personali che li riguardano. La tecnologia ha trasformato l'economia e le relazioni sociali e dovrebbe facilitare ancora di più la libera circolazione dei dati personali all'interno dell'Unione e il loro trasferimento verso paesi terzi e organizzazioni internazionali, garantendo al tempo stesso un elevato livello di protezione dei dati personali.*»

<sup>15</sup> E. A. Rossi, *Qualche problema in materia di competenza e giurisdizione nel Regolamento Generale sui Dati Personali* in Studi Vrbinati di scienze giuridiche, politiche ed economiche, anno LXXXV -2018, Nuova serie A – N. 69, 3- 4, pp. 263 – 266; Art. 48 GDPR: «*"Trasferimento o comunicazione non autorizzati dal diritto dell'Unione" Le sentenze di un'autorità giurisdizionale e le decisioni di un'autorità amministrativa di un paese terzo che dispongono il trasferimento o la comunicazione di dati personali da parte di un titolare del trattamento o di un responsabile del trattamento possono essere riconosciute o assumere qualsivoglia carattere esecutivo soltanto se basate su un accordo internazionale in vigore tra il paese terzo richiedente e l'Unione o un suo Stato membro, ad esempio un trattato di mutua assistenza giudiziaria, fatti salvi gli altri presupposti di trasferimento a norma del presente capo*»

# LA RESILIENZA AI CAMBIAMENTI CLIMATICI NELLA GESTIONE DEL TERRITORIO: UNO SGUARDO AL SISTEMA TEDESCO

**Cristina Fraenkel-Haeberle**

*Deutsches Forschungsinstitut für Öffentliche Verwaltung Deutsche  
Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer*

**ABSTRACT** [ITA]: Il saggio pone in risalto le misure adottate in Germania nell'ambito della strategia di prevenzione di eventi calamitosi legati ai fattori climatici. L'analisi illustra le modifiche introdotte nella legislazione urbanistica allo scopo di contrastare i cambiamenti climatici, viceversa, migliorare la resilienza a tale fenomeno.

**ABSTRACT** [ENG]: *The essay highlights the measures adopted in Germany in the framework of a prevention strategy against natural disasters related to climate factors. The analysis underlines the changes introduced in urban planning legislation in order to struggle against climate changes and, vice versa, improve resilience to this phenomenon.*

**SOMMARIO:** **1.** Premessa. – **2.** Pianificazione urbanistica e assetto competenziale in Germania. – **3.** Strategia dell'UE di promozione della resilienza ai cambiamenti climatici. – **4.** Resilienza ai cambiamenti climatici e pianificazione urbanistica. – **5.** Protezione del clima e politica energetica. – **6.** La protezione del clima secondo la novella legislativa del 2011: la dimensione comunale. – **7.** Conclusioni.

## 1. Premessa.

L'approccio precauzionale è profondamente radicato nel diritto e nella cultura tedesca, ove grande interesse scientifico è rivolto all'analisi del rischio e quindi a un momento antecedente il verificarsi di un evento calamitoso. A differenza dell'Italia, ove l'attenzione sembra incentrarsi sul superamento delle emergenze civili e amministrative, riconducibili a calamità naturali e disastri ambientali<sup>1</sup>, la Germania pare eccellere nella gestione della normalità e soprattutto nella prevenzione.

In luogo della rimozione dei danni prodotti da incidenti rilevanti, che rappresentano anche oltralpe un aspetto saliente della politica ambientale, le recenti riforme del diritto urbanistico tedesco hanno posto in primo piano il momento antecedente l'evento calamitoso, attribuendo eminente rilievo al binomio precauzione/prevenzione, allo scopo di ridurre la probabilità di disastri ambientali e di contenerne l'entità<sup>2</sup>.

Anche sulla scorta del diritto dell'Unione Europea, che enuncia separatamente il principio di precauzione da quello di prevenzione<sup>3</sup>, si ritiene utile operare preliminarmente una distinzione tra i due concetti, pur essendo essi parzialmente sovrapponibili, considerando che, in origine, il termine tedesco di *Vorsorge* abbracciava semanticamente entrambi. In questo senso occorre precisare che il principio di prevenzione agisce in situazioni in cui i danni temuti sono certi, mentre quello di precauzione opera in ambiti in cui essi sono solo potenziali o ove manchi l'evidenza scientifica di una lesione. La logica della precauzione è quindi quella della gestione di rischi possibili più che di una concreta minaccia<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> S. CIMINI, I soggetti del sistema: intreccio di competenze e regolazione delle emergenze, in: L. Giani, M. D'Orsogna, A. Police (a cura di), *Dal diritto dell'emergenza al diritto del rischio*, Napoli, 2018, p. 120.

<sup>2</sup> Nella tradizione tedesca del diritto ambientale viene posta in risalto soprattutto l'azione preventiva, in aderenza al principio di difesa dai pericoli e di tutela (*Gefahrenabwehr- und Schutzprinzip*), mutuato dal diritto di polizia. Si veda più estesamente E. BUOSO, I principi di precauzione e prevenzione nel diritto ambientale, in: S. Budelli (a cura di), *Società del rischio, Governo dell'emergenza*, Tomo I, Messina, 2020, p. 169 s. Il concetto di precauzione e di prevenzione del pericolo si distinguono riguardo allo *scopo*. Infatti, la prevenzione si verifica solo in presenza di *pericoli* in senso tecnico, mentre il principio di precauzione, secondo la dottrina tedesca, trova applicazione soprattutto allo scopo di minimizzazione il rischio (F. SCHOCH, J.-P. SCHNEIDER, *Verwaltungsgerichtsordnung: VwGO*, XXXIX ed., München, 2020, § 42, ann. marg. 152 s.).

<sup>3</sup> Art. 191 c. 2 TFUE che distingue tra una fase anticipatoria (prevenzione) e precauzionale e una fase risarcitoria/riparatoria/reattiva (principio dell'eliminazione del danno alla fonte, principio chi inquina paga). Nel diritto europeo il principio di prevenzione è stato introdotto nell'Atto Unico del 1985, mentre il principio di precauzione risale al 1992, mediante il richiamo effettuato nel Trattato di Maastricht.

<sup>4</sup> Il concetto di *pericolo* è attinto al diritto di polizia e si verifica se una sequenza di eventi, obiettivamente prevedibile, senza un intervento esterno, può produrre con *sufficiente* probabilità un danno, cioè una lesione non trascurabile di un bene giuridicamente protetto. Il *rischio* è invece sussumibile nella categoria del pericolo non ancora concretizzato (*Noch-nicht-Gefahr*). Anche se anche qui i parametri sono quelli dell'entità del danno e

Si farà ricorso al principio di prevenzione in presenza degli effetti conosciuti di una determinata attività, mentre ci si richiamerà al principio di precauzione nel caso di rischi ipotetici. In sintesi la distinzione si fonda sul livello di certezza o rispettivamente incertezza e probabilità che un rischio si verifichi, per quanto tale valutazione possa talora risultare opinabile<sup>5</sup>. Il luogo per eccellenza della valutazione del rischio mediante l'applicazione del principio di precauzione (ma anche di quello di prevenzione) è proprio quello della pianificazione urbanistica, ove si pongono le premesse di una gestione del territorio resiliente ai cambiamenti climatici, e che quindi merita di rappresentare un oggetto privilegiato di studio rispetto all'analisi del rischio a livello individuale. In questo ambito le scelte relative al governo del territorio e alla tutela dell'ambiente<sup>6</sup> risultano reciprocamente interconnesse e ampiamente intrecciate. Conseguentemente una lettura responsabile dei principi di precauzione e di prevenzione implica necessariamente la considerazione nel lungo periodo delle conseguenze che nel caso di specie i cambiamenti climatici possono avere sullo sviluppo e la regolazione del territorio.

---

della probabilità che questo si verifichi (cioè quanto più rilevante è il bene minacciato, tanto più bassa è la soglia di probabilità ritenuta sufficiente per intervenire), la plausibilità dell'evento dannoso è inferiore rispetto alle ipotesi di pericolo, e la soglia di pericolo non è stata ancora varcata, trattandosi di situazioni solo potenzialmente critiche; cfr. W.R. SCHENKE, *Polizei- und Ordnungsrecht*, X ed., Heidelberg, 2018, ann. marg. 261; F. OSSENBÜHL, *Vorsorge als Rechtsprinzip im Gesundheits- Arbeits- und Umweltschutz*, in: *NVwZ*, 2/1986, p. 161 ss.; R. BREUER, *Immissionsschutzrechtliche Vorsorge und Stand der Technik*, in: *NVwZ*, 2/2016, p. 822. Da un punto di vista cronologico non ricorre inoltre una situazione di pericolo quando il danno si situi in un futuro remoto (E. BUOSO, *I principi di precauzione e prevenzione nel diritto ambientale*, cit., p. 171).

<sup>5</sup> F. DE LEONARDIS, *Tra precauzione, prevenzione e programmazione*, in: L. Giani, M. D'Orsogna, A. Police (a cura di), *Dal diritto dell'emergenza al diritto del rischio*, cit., pag. 52 s. La definizione normativa di rischio e quindi del principio di precauzione è riportata nell'ordinamento italiano all'art. 301 del D. lgs. 152/2006 (Codice dell'ambiente), secondo cui il principio di precauzione concerne un "rischio che possa essere individuato a seguito di una preliminare valutazione scientifica obiettiva", mentre il principio di prevenzione postula un intervento anticipato allo scopo di scongiurare eventi sicuramente dannosi. Si veda anche P. GIARGIULO, *Brevi riflessioni sulla natura giuridica e il contenuto dei principi di precauzione e di prevenzione nel diritto internazionale*, in: L. Giani/M. D'Orsogna, A. Police (a cura di), *Dal diritto dell'emergenza al diritto del rischio*, cit., p. 34.

<sup>6</sup> Nell'ordinamento tedesco la tutela dell'ambiente è stata inserita nel 1994 come „*Staatszielbestimmung*“ (norma obiettivo statale) all'art. 20a del *Grundgesetz* (GG). Le norme obiettivo non sono diritti fondamentali e non sono idonee a legittimare azioni dirette dei cittadini volte a promuovere un intervento statale. Sono però qualcosa di più di norme programmatiche, poiché rappresentano una sorta di incarico affidato al legislatore di promuoverne la concretizzazione. Si veda per tutti K.-P. SOMMERMANN, *Staatsziele und Staatszielbestimmungen*, Tübingen, 1997. Il disposto dell'art. 20a comporta in particolare per i pubblici poteri l'obbligo di fare un uso sostenibile (e non distruttivo) della risorse naturali (si veda più estesamente W. KAHL, *Staatsziel Nachhaltigkeit und Generationengerechtigkeit*, in: *DÖV* 2/2009, p. 2; K. OTT, *Nachhaltigkeitspolitik in und nach der Pandemie*, in: *SuN*, 2/2020, p. 130 ss.).

Ciò presuppone il passaggio a una cultura che introduca elementi di riflessività nel sistema, ritagliati sull'adattabilità (resilienza) della gestione del territorio<sup>7</sup>. In relazione ai cambiamenti climatici la pianificazione territoriale dovrà pertanto misurarsi con l'analisi di categorie di rischio rappresentate da smottamenti, siccità, erosione del suolo, incendi, inondazioni e quant'altro, e quindi soprattutto con il rischio idrogeologico. Questi eventi, pur costituendo fatti naturali (e ben noti), rischiano viepiù di degenerare in disastri ambientali, in connessione con l'evoluzione del clima, richiedendo quindi l'impiego di un'oculata attività urbanistica, che elimini alla radice le implicazioni del fenomeno.

## 2. Pianificazione urbanistica e assetto competenziale in Germania.

Da ormai oltre dieci anni è entrata in vigore in Germania una nuova legge urbanistica (*Raumordnungsgesetz – ROG*), che ha ampiamente ridisegnato l'impianto della pianificazione del territorio<sup>8</sup>. Tale riforma è in larga parte riconducibile sia all'influsso del diritto europeo, e in particolare all'entrata in vigore della valutazione ambientale strategica<sup>9</sup>, sia alla modifica dell'assetto competenziale tra la Federazione e i *Länder* tedeschi in esito alla "riforma del federalismo" del 2006<sup>10</sup>.

Fino a tale riforma la Federazione disponeva nell'ambito della pianificazione urbanistica non meramente locale di una potestà legislativa quadro (*Rahmengesetzgebung*), corrispondente grossomodo alla competenza concorrente, nella materia "governo del territorio"<sup>11</sup> nota alla realtà italiana<sup>12</sup>. Va però precisato che il Tribunale costituzionale federale, già nel lontano 1954, aveva affermato in un parere (*Bodengutachten*) che l'urbanistica era un compito essenziale dello Stato

<sup>7</sup> L. GIANI, Dalla cultura dell'emergenza alla cultura del rischio, in: L. Giani, M. D'Orsogna, A. Police (a cura di), Dal diritto dell'emergenza al diritto del rischio, cit., pag. 25.

<sup>8</sup> Legge urbanistica (*Raumordnungsgesetz - ROG*) del 22.12.2008 (*BGBI. I*, p. 2986) entrata in vigore il 31.12.2008 e da ultimo modificata con legge del 20.7.2017 (*BGBI. I* p. 2808), entrata in vigore il 29.11.2017.

<sup>9</sup> Direttiva 2001/42/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 27.6.2001 concernente la valutazione degli effetti di determinati piani e programmi sull'ambiente, G.U. L 197/30. Sulla falsariga del codice dell'edilizia (*Baugesetzbuch - BauGB*) la valutazione ambientale strategica (VAS), è stata direttamente e interamente recepita dal § 9 *ROG*.

<sup>10</sup> Legge di modifica della legge fondamentale (*Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes*) del 28.8.2006 (*BGBI I* 2039); cfr. W. DURNER, Das neue Raumordnungsgesetz, in: J. Ziekow, Aktuelle Probleme des Luftverkehrs-, Planfeststellungs- und Umweltrechts 2009, Berlin, 2010, pag. 228 ss.

<sup>11</sup> Art. 117, c. 3, Cost.

<sup>12</sup> Art. 75, c. 1, n. 4, *GG* (abrogato nel 2006).

moderno “ontologicamente” (*aus der Natur der Sache*, cioè letteralmente “in base alla natura della questione”) allocato a livello nazionale, sia in ambito legislativo sia amministrativo, a guisa di “competenza non scritta”, e quindi alla stregua di una potestà legislativa esclusiva della Federazione<sup>13</sup>, almeno per gli aspetti che travalicavano la dimensione regionale<sup>14</sup>.

Secondo l’interpretazione del Tribunale costituzionale, tale competenza federale aveva lo scopo di coordinare la normativa di settore, scongiurando le aporie normative e assicurando l’uniformità della pianificazione e del governo del territorio<sup>15</sup>.

Essa si configurava “come sovraordinata, avendo un’estensione sovralocale e una funzione di coordinamento e di sintesi tra le varie pianificazioni settoriali”<sup>16</sup>. Tale documento è stato ritenuto una sorta di *magna charta* dello sviluppo del territorio in Germania e un essenziale punto di riferimento per il legislatore e l’interprete<sup>17</sup>.

La menzionata riforma del federalismo del 2006 ha soppresso la legislazione quadro, sottraendo alla Federazione il potere di varare leggi che stabiliscono principi generali in materia di governo del territorio e attribuendo l’urbanistica alla competenza legislativa condivisa della Federazione e dei *Länder* (*konkurrierende Gesetzgebung*)<sup>18</sup>. Con tale concetto s’intende, una competenza legislativa, riguardante materie attribuite ai *Länder*, purché la Federazione non “occupi” con la propria legislazione tale ambito competenziale, rendendo cedevole la loro legislazione. Per attenuare il ruolo predominante della Federazione è stato però previsto che, qualora essa intervenga con una propria legge, i *Länder* in alcune materie, come la tutela della natura e del paesaggio, la ripartizione del suolo e l’urbanistica, abbiano la facoltà di introdurre disposizioni derogatorie (*Abweichungsgesetzgebung*)<sup>19</sup>.

La competenza legislativa concorrente non attribuisce, in sostanza, alla Federazione una “metacompetenza” (*Überkompetenz*) di rango superiore, ad esempio rispetto alla normativa di settore<sup>20</sup>. Nonostante il principio formulato a suo tempo dal

<sup>13</sup> BVerfG “*Bodengutachten*” del 16.6.1954 – 1 PBvV 2/52, BVerfGE 3, 407 (427 s.); sentenza del 30.10.1962 - 1 BvF 2/60, 1, 2, 3./31, BVerfGE 15, 1 (16). Cfr. W. DURNER, *Das neue Raumordnungsgesetz*, cit., pag. 228 ss. 14 BVerfGE 15, 1, 16.

<sup>14</sup> BVerfGE 15, 1, 16.

<sup>15</sup> A. GUCKELBERGER, *Höherangige Vorgaben integrativer räumlicher Steuerung: Verfassungsrecht und Unionsrecht*, in: *ZUR* 1/2021, p. 7.

<sup>16</sup> BVerfGE 3, 407, 426.

<sup>17</sup> W. DURNER, *Das neue Raumordnungsgesetz*, cit., p. 229 s.

<sup>18</sup> Art. 74, c. 1, n. 31, *GG*.

<sup>19</sup> Art. 72, c. 3, n. 4, *GG*. Si veda sul punto più estesamente E. BUOSO, *I principi di precauzione e prevenzione nel diritto ambientale*, cit., p. 165.

<sup>20</sup> A. GUCKELBERGER, *Höherangige Vorgaben integrativer räumlicher Steuerung: Verfassungsrecht und*

Tribunale costituzionale federale nel menzionato *Bodengutachten*, è, infatti, rimasta inattuata la proposta di attribuire alla Federazione un nucleo essenziale di competenze, sottratto agli emendamenti della legislazione dei *Länder* (*abweichungsfester Kern*), come previsto per altre materie oggetto della legislazione condivisa. Di conseguenza il potere di deroga dei *Länder* viene considerato in questo ambito potenzialmente illimitato<sup>21</sup>.

Questo articolato meccanismo, predisposto a livello costituzionale, si è ormai trasformato in uno strumento di pressione reciproca tra i due livelli di governo, che li spinge al compromesso. Tale impianto normativo è stato confermato dalla legge urbanistica del 2009, con la quale si è puntato ad una soluzione condivisa da tutti i *Länder*, in modo da prevenire l'emanazione di norme derogatorie dal diritto federale. Lo scopo era, infatti, quello di evitare una gestione del territorio a macchia di leopardo, anche a costo di adottare soluzioni minimaliste<sup>22</sup>.

In sintesi, si ritiene che lo spazio regolatorio della Federazione sia modesto e nettamente inferiore nella prassi a quello dei *Länder*. Esso viene considerato un'arma spuntata, cioè un meccanismo insufficiente ad assicurare il necessario coordinamento e un'omogenea pianificazione territoriale<sup>23</sup>. Viceversa, la pianificazione territoriale dei *Länder* rischia di rendere inoperante la programmazione di grandi infrastrutture, assegnata alla competenza esclusiva della Federazione<sup>24</sup>.

Secondo la novella del 2008 della legge urbanistica (*Raumordnungsgesetz – ROG*), lo sviluppo sostenibile del territorio, volto a conciliare considerazioni economico-sociali con le esigenze di tutela dell'ambiente, è elevato a compito e criterio direttivo della pianificazione urbanistica<sup>25</sup>. Tra le innovazioni più importanti, introdotte dalla legge,

---

Unionsrecht, cit., p. 6 s.

<sup>21</sup> W. DURNER, *Das neue Raumordnungsgesetz*, cit., pag. 229. A questo orientamento si contrappone però taluna dottrina, che propende per la tesi opposta e individua un nucleo competenziale implicito, attribuito alla Federazione, potendo il potere derogatorio dei *Länder* interessare *ratione loci* solo il loro rispettivo territorio (cfr. A. GUCKELBERGER, *Höherrangige Vorgaben integrativer räumlicher Steuerung: Verfassungsrecht und Unionsrecht*, cit., p. 9).

<sup>22</sup> W. DURNER, *Das neue Raumordnungsgesetz*, cit., pag. 232. Tale esigenza di coordinamento emerge in particolare nella localizzazione delle centrali nucleari, nonché nell'individuazione degli scali aeroportuali.

<sup>23</sup> W. DURNER, *Das neue Raumordnungsgesetz*, cit., pag. 234.

<sup>24</sup> Ad esempio in materia di reti ferroviarie (art. 73, c. 1, n. 6 a, *GG*) o di poste e telecomunicazioni (art. 73, c. 1, 7, *GG*) oppure della realizzazione di centrali nucleari e per l'individuazione dei depositi radioattivi, come si desume dalla competenza esclusiva della Federazione, di cui all'art. 73, c. 1, n. 14, *GG*. Secondo il § 17, c. 2, *ROG*, il Ministero federale dei trasporti e delle infrastrutture digitali può, d'intesa con con i ministeri competenti per materia, varare piani urbanistici sovraregionali (in forma di regolamento) per consentire la protezione dalle inondazioni, nonché per la realizzazione di porti e scali aeroportuali sulla base della pianificazione federale delle vie di trasporto.

<sup>25</sup> Secondo il § 1, c. 2, *ROG*: „Leitvorstellung bei der Erfüllung der Aufgabe nach Absatz 1 ist eine nachhaltige Raumentwicklung, die die sozialen und wirtschaftlichen Ansprüche an den Raum mit seinen ökologischen

va annoverata la rielaborazione dei principi di diritto urbanistico, di cui al § 2 ROG. Tra questi principi rientra la considerazione delle esigenze connesse ad una gestione degli spazi finalizzata sia all'adozione di misure atte a contenere i mutamenti climatici, sia ad aumentare la resilienza a questo fenomeno<sup>26</sup>.

### **3. Strategia dell'UE di promozione della resilienza ai cambiamenti climatici.**

La legge urbanistica tedesca richiama tra i propri principi l'esigenza di porre nella pianificazione territoriale le premesse per una cooperazione efficace con l'Unione Europea, anche allo scopo di potenziare le reti transeuropee (trasporti, telecomunicazioni, infrastrutture energetiche), ambito nel quale l'UE dispone di una competenza condivisa con gli Stati membri (art. 4, c. 2, lett. h, TFUE)<sup>27</sup>.

In questo contesto viene in rilievo l'art. 192, c. 2, lett. b, TFUE, secondo cui *"il Consiglio, deliberando all'unanimità secondo una procedura legislativa speciale e previa consultazione del Parlamento europeo, del Comitato economico e sociale e del Comitato delle regioni, adotta [...] misure aventi incidenza, sull'assetto territoriale."*

In proposito la dottrina tedesca propende per ritenere che la disposizione si riferisca alla pianificazione territoriale effettuata dagli Stati membri nell'ambito della propria sfera di competenze per la realizzazione di grandi infrastrutture<sup>28</sup>. Viceversa, si desume dalla collocazione della disposizione nel titolo XX dedicato all'ambiente, che essa attribuisca all'UE una competenza implicita in materia di pianificazione urbanistica avente un impatto sull'ambiente, secondo l'approccio trasversale di cui all'art. 11 TFUE<sup>29</sup>.

È data altresì all'Unione Europea la possibilità di intervenire nella pianificazione territoriale con strumenti di *soft law*, ad esempio nell'ambito dell' "Agenda territoriale dell'Unione Europea 2020 verso un'Europa inclusiva, intelligente e

---

*Funktionen in Einklang bringt und zu einer dauerhaften, großräumig ausgewogenen Ordnung mit gleichwertigen Lebensverhältnissen in den Teilräumen führt*“.

<sup>26</sup> § 2, c. 1, n. 6, ROG.

<sup>27</sup> § 2, c. 1, n. 8, ROG.

<sup>28</sup> C. CALLIES, in: Id., M. Ruffert (a cura di), EUV/AEUV (commentario), V. ed., München, 2016, Art. 192 TFUE, ann. marg. 30; W. KAHL, in: R. Streinz (a cura di), AEUV/EUV (commentario), III ed., München, 2018, ann. marg. 24; L. KRÄMER, in: H. von der Gröben, J. Schwarze, A. Hatje (a cura di), Europäisches Unionsrecht, VII ed., Baden-Baden, 2015, Art. 192 TFUE, ann. marg. 31.

<sup>29</sup> A. GUCKELBERGER, Höherrangige Vorgaben integrativer räumlicher Steuerung: Verfassungsrecht und Unionsrecht, cit., p. 11. Tale approccio trasversale è anche ribadito dall'art. 3, c. 2, lett. a della direttiva sulla valutazione ambientale strategica (VAS).

sostenibile di regioni differenti”<sup>30</sup>. Tale documento fa espresso riferimento ai cambiamenti climatici e ai rischi ambientali nell’ambito di una politica territoriale improntata alla coesione, ponendo l’obiettivo di mitigare l’impatto di questo fenomeno su regioni europee con un diverso grado di vulnerabilità, di promuovere l’economia “verde” e le fonti di energia rinnovabili<sup>31</sup>.

La Commissione europea ha presentato a novembre 2018 una relazione sullo stato di attuazione delle strategie di adattamento ai mutamenti climatici<sup>32</sup>. In essa ha quantificato le perdite economiche registrate in Europa nel periodo 1980-2016 a causa di intemperie e di altri eventi estremi legati al clima in ragione di oltre 436 miliardi di euro<sup>33</sup>. La Commissione ha altresì rilevato nella propria relazione che l’impatto dei cambiamenti climatici risulta evidente anche oltre i confini dell’UE, ad esempio in termini di scambi commerciali, flussi finanziari internazionali, migrazione e sicurezza<sup>34</sup>. Essa ha, inoltre, evidenziato che anche in uno scenario di emissioni moderate, secondo le attuali previsioni, le richieste di asilo sono destinate ad aumentare del 28% entro la fine del secolo, proprio a causa dei cambiamenti climatici, percentuale che corrisponde mediamente a 98.000 ulteriori domande di asilo l’anno<sup>35</sup>.

Fin dal lontano 2005 la Commissione Europea si è occupata della resilienza ai cambiamenti climatici, attività che si è tradotta nel 2009 nell’elaborazione di un Libro Bianco<sup>36</sup> e nel 2013 di una strategia per l’UE<sup>37</sup>. In essa la Commissione ha enunciato otto azioni, volte a perseguire obiettivi specifici, allo scopo di rendere più resilienti ai

---

<sup>30</sup> Territorial Agenda of the European Union 2020 towards an Inclusive, Smart and Sustainable Europe of Diverse Regions agreed at the Informal Ministerial Meeting of Ministers responsible for Spatial Planning and Territorial Development 19.5.2011 Gödöllő, Hungary, [https://ec.europa.eu/regional\\_policy/sources/policy/what/territorial-cohesion/territorial\\_agenda\\_2020.pdf](https://ec.europa.eu/regional_policy/sources/policy/what/territorial-cohesion/territorial_agenda_2020.pdf) <9.2.2021>.

<sup>31</sup> Cfr. U. STÄSCHE, *Entwicklungen des Klimaschutzrechts und der Klimaschutzpolitik 2015/16, Internationale und europäische Ebene (Teil I) einschließlich Pariser Klimaschutzabkommen*, in: *EnWZ*, 7/2016, p. 303; I. WULF, *Status quo der Klimaberichterstattung in der nichtfinanziellen Erklärung von Energieversorgern*, in: *IRZ*, 11/2020, p. 501.

<sup>32</sup> Relazione della Commissione al Parlamento Europeo e al Consiglio sull’attuazione della strategia UE di adattamento ai cambiamenti climatici, COM (2018) 738 final, Bruxelles 12.11.2018.

<sup>33</sup> Ivi pag. 1.

<sup>34</sup> Ivi pag. 3.

<sup>35</sup> Ivi pag. 4.

<sup>36</sup> L’adattamento ai cambiamenti climatici: verso un quadro d’azione europeo COM (2009) 147 definitivo, Bruxelles, 1.4.2009.

<sup>37</sup> Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni, *Strategia dell’UE di adattamento ai cambiamenti climatici*, COM (2013) 216 definitivo, Bruxelles, 16.4.2013; cfr. J. FALKE, *Neue Entwicklungen im Europäischen Umweltrecht - Berichtszeitraum 10.9-14.11.2018*, in: *ZUR*, 1/2019, p. 56.

cambiamenti climatici gli Stati, le regioni e le città dell'UE, accrescere il bagaglio di conoscenze, sensibilizzare maggiormente sulla necessità di un adattamento agli agenti climatici e in particolare aumentare la resilienza di settori vulnerabili e delle politiche dell'UE<sup>38</sup>. Pertanto a livello dell'Unione Europea un quarto della spesa prevista dal prossimo quadro finanziario pluriennale (2021-2027) dovrà essere destinato agli obiettivi di protezione del clima e resilienza ai cambiamenti climatici<sup>39</sup>. La Commissione ha inoltre ribadito che nell'ambito degli investimenti a lungo termine nelle infrastrutture, la resilienza ai cambiamenti climatici andrà posta in primo piano e dovrà tenere in considerazione la dimensione internazionale della problematica, oltre che prevedere il coinvolgimento di investitori privati, non essendo le risorse pubbliche da sole sufficienti a risolvere il problema della sostenibilità<sup>40</sup>.

#### **4. Resilienza ai cambiamenti climatici e pianificazione urbanistica.**

In ambito urbanistico è notoriamente compito del rispettivo livello di pianificazione trovare un equilibrio tra interessi spesso confliggenti, nonché definire le modalità d'uso e la funzione degli spazi, soprattutto nell'ottica di una loro gestione sostenibile, come peraltro specificato anche dalla legge federale tedesca<sup>41</sup>.

In considerazione del ruolo assai rilevante svolto dall'urbanistica nella difesa dalle calamità naturali e nella resilienza ai fattori climatici, è emersa la necessità di definire gli strumenti per rendere misurabile l'andamento del fenomeno. Un problema di particolare rilievo pratico risulta essere, infatti, quello di mettere il *know-how* accumulato negli studi sui cambiamenti climatici al servizio della pianificazione urbanistica.

---

<sup>38</sup> Le otto azioni sono volte a: 1. incoraggiare tutti gli Stati membri ad adottare strategie di adattamento complete; 2. sostenere il consolidamento delle capacità e rafforzare le azioni di adattamento in Europa con i fondi del programma LIFE; 3. includere l'adattamento nel quadro del Patto dei sindaci; 4. colmare le lacune nelle competenze; 5. sviluppare ulteriormente la piattaforma Climate-ADAPT e farla diventare un punto di riferimento per le informazioni sull'adattamento in Europa; 6. favorire una politica agricola comune (PAC), una politica di coesione e una politica comune della pesca (PCP) a prova di clima; 7. garantire un'infrastruttura più resiliente; 8. promuovere prodotti assicurativi e altri prodotti finanziari per decisioni d'investimento e commerciali resilienti.

<sup>39</sup> Proposta di regolamento del Consiglio per la definizione del quadro finanziario pluriennale per gli anni 2021-2027, COM (2018) 322 final, 2.5.2018.

<sup>40</sup> J. FALKE, Neue Entwicklungen im Europäischen Umweltrecht – Berichtszeitraum 10.9-14.11.2018, cit., p. 58.

<sup>41</sup> Cfr. § 1, c. 1 e 2, *ROG*.

A tale scopo è stata avviata in Germania nel 2009 una sperimentazione avente l'obiettivo di individuare le modalità per generare le informazioni necessarie ad aumentare la resilienza del territorio ai fattori climatici, migliorando la gestione dei dati ancora incerti del *climate modelling*, in base all'individuazione di otto regioni modello in cui attuare strategie di sviluppo territoriale finalizzate a contrastare tale fenomeno<sup>42</sup>.

Nell'ambito di questa sperimentazione si sono delineate varie opzioni. Una soluzione proposta consisteva nell'attingere ai dati della pianificazione di settore, ove particolare rilievo assume in Germania soprattutto la protezione dalle inondazioni. La legge tedesca sul bilancio idrico (*Wasserhaushaltsgesetz – WHG*)<sup>43</sup> prevede, infatti, sulla scorta degli impulsi provenienti dal diritto europeo, che venga effettuata una valutazione preliminare dell'impatto dei cambiamenti climatici sulle zone alluvionali, identificando le aree a rischio di inondazione<sup>44</sup>, da inserire nei piani di gestione del rischio da alluvioni<sup>45</sup>. Il diritto tedesco ha, infatti, recepito in queste disposizioni le prescrizioni della direttiva 2000/60/CE sulla gestione dei rischi da alluvioni<sup>46</sup>. Questa normativa di settore è ritenuta una fonte preziosa di informazioni, di cui tenere conto per coordinare la pianificazione urbanistica, soprattutto in considerazione degli ulteriori parametri inseriti nella legislazione di alcuni *Länder*, ad esempio in Sassonia, ove si distingue tra "zone alluvionali" e "zone a rischio di alluvioni"<sup>47</sup>. La normativa sul bilancio idrico permette, in sintesi, di generare dati utili a misurare l'incidenza dei cambiamenti climatici.

In sintesi è affidata alla competenza dei *Länder* la previsione di aree di protezione del patrimonio idrico (*Wasserschutzgebiete*)<sup>48</sup> e l'elaborazione di strategie di approvvigionamento idrico (*Wasserversorgungskonzepte*), che però sono state redatte solo in alcuni *Länder*, come la Sassonia e la Renania Settentrionale-Vestfalia<sup>49</sup>. L'inserimento delle modifiche riconducibili a fattori climatici nella pianificazione ambientale a livello comunale, avviene invece attraverso la previsione di superfici

---

<sup>42</sup> Cfr. W. KÖCK, Festlegungen zur Anpassung an den Klimawandel durch die Raumplanung, in: *ZUR*, 5/2013, p. 269.

<sup>43</sup> *Wasserhaushaltsgesetz (WHG)*, del 31.7.2009, *BGBI. I*, p. 2586.

<sup>44</sup> § 73, c. 1, *WHG*.

<sup>45</sup> § 75, c. 6, *WHG*.

<sup>46</sup> Direttiva 2000/60/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2000, che istituisce un quadro per l'azione comunitaria in materia di acque, *OJ L 327*, art. 4, c. 2, lett. d.

<sup>47</sup> W. KÖCK, Festlegungen zur Anpassung an den Klimawandel durch die Raumplanung, cit., p. 271.

<sup>48</sup> § 51, c.1, n. 1, *WHG*.

<sup>49</sup> § 43, c. 1, 3° periodo, *SächsWG*; § 38, c. 3, *LWG NRW*.

libere e bacini di deflusso<sup>50</sup> e l'elaborazione di piani di gestione dei rischi da inondazioni (*Hochwasserrisikomanagementpläne*)<sup>51</sup>.

In questa prospettiva un apporto viene fornito anche dai dati della valutazione ambientale strategica, visto che l'analisi delle implicazioni dell'attività pianificatoria sul clima rientra tra le funzioni della VAS<sup>52</sup>. Viceversa non è stata ancora prevista in Germania da tale valutazione una verifica *ex post* della ricaduta dell'attività di pianificazione e di programmazione sui cambiamenti climatici, né un test di resilienza agli agenti climatici, che *de jure condendo* potrebbe rappresentare un ulteriore strumento per monitorare il fenomeno nell'ambito dell'attività urbanistica<sup>53</sup>. Le decisioni inerenti all'assetto del territorio sono di per sé decisioni prognostiche basate su dati incerti, soprattutto in relazione alle ripercussioni dei cambiamenti climatici sull'utilizzo degli spazi. Conseguentemente il diritto tedesco tende a riconoscere all'amministrazione un potere valutativo, accessibile solo ad un sindacato esterno del giudice, che verificherà unicamente se i fatti sono stati rilevati correttamente e secondo metodi appropriati (cosiddetto "*Prognosespielraum*")<sup>54</sup>.

Sulle conseguenze dei mutamenti climatici si ritiene che, più che previsioni in senso tradizionale, possano essere effettuate solo "proiezioni" mediante l'analisi di futuri scenari di sviluppo<sup>55</sup>. Appare, infatti, arduo individuare tendenze univoche, ad eccezione, forse, del manifestarsi di eventi climatici sempre più estremi. A causa delle conseguenze assai dilazionate nel tempo del fenomeno e del deficit di conoscenze che tuttora lo caratterizza, opera in questo ambito soprattutto il principio di precauzione, che suggerisce una riduzione della vulnerabilità e un aumento della resilienza agli agenti atmosferici, orientando le decisioni piuttosto allo scenario "*worst case*"<sup>56</sup>. In proposito la legge urbanistica tedesca menziona espressamente, tra le proprie linee guida l'esigenza di operare con la necessaria precauzione (*Vorsorge*) per poter preservare anche per il futuro usi particolari e specifiche funzioni del territorio<sup>57</sup>.

<sup>50</sup> § 5, c. 2, n. 7, *BauGB*.

<sup>51</sup> J. ALBRECHT, Die Stadt im Klimawandel: Handlungsfelder, Rechtsinstrumente und Perspektiven der Anpassung (*climate resilient cities*), in: *ZUR* 1/2020, p. 21.

<sup>52</sup> *Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung (UVPG)*, del 12.02.1990 (BGBl. I, p. 2694), § 2, c. 1, n. 3.

<sup>53</sup> W. KÖCK, Festlegungen zur Anpassung an den Klimawandel durch die Raumplanung, cit., p. 271.

<sup>54</sup> H. MAURER, C. WALDHOFF, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, XIX ed., München, 2017, § 7, ann. marg. 41. I criteri per valutare l'attendibilità delle previsioni effettuate dall'amministrazione sono contenuti nella normativa di settore, ad esempio relativa agli scali aeroportuali (*Luftverkehrsrecht*) o al controllo delle emissioni atmosferiche (*Luftreinhalteplanung*).

<sup>55</sup> W. KÖCK, Festlegungen zur Anpassung an den Klimawandel durch die Raumplanung (cit.), p. 273.

<sup>56</sup> *IBID.*, p. 273.

<sup>57</sup> § 1, c. 1, n. 2, *ROG*.

La problematica dei cambiamenti climatici non concerne però più unicamente l'attenuazione, cioè il contenimento di questo fenomeno, bensì piuttosto un adattamento generale dell'assetto del territorio alla nuova situazione, caratterizzata da periodi di canicola estrema e di siccità con il rischio di incendi, come anche da periodi di piogge torrenziali, grandine e tempeste di neve e quindi inondazioni<sup>58</sup>. Lo strumento per verificare la resilienza ai cambiamenti climatici è denominato *climate profiling*<sup>59</sup>.

Il *climate profiling* analizza l'attività pianificatoria, allo scopo di accertare, appunto, la vulnerabilità o rispettivamente resilienza dei territori ai cambiamenti climatici, nonché di prevedere le necessarie misure di adeguamento. Non vengono quindi studiati l'impatto ambientale o sul clima di un progetto, bensì viceversa gli effetti dei cambiamenti climatici su una determinata infrastruttura. In questo ambito vengono presi in considerazione forti temporali con lampi, nevicate, ghiaccio, vento forte, siccità e incendi, inondazioni e via dicendo. Viene misurato, ad esempio, l'effetto di forti raffiche di vento o del peso del manto nevoso, nonché la necessità di realizzare bacini di contenimento per arginare l'impatto di precipitazioni torrenziali<sup>60</sup>.

Tale metodo d'indagine è contemplato sia dalla legge urbanistica<sup>61</sup>, sia dal codice dell'edilizia <sup>62</sup> (*Baugesetzbuch - BauGB*) che prevedono espressamente la considerazione delle esigenze della tutela del clima nell'attività urbanistica, sia con misure atte a contrastare i cambiamenti climatici, sia con interventi di adattamento a tale fenomeno<sup>63</sup>.

L'inserimento tra i compiti della pianificazione territoriale di attività di valutazione delle possibili ripercussioni dei mutamenti climatici induce a interrogarsi sul nesso tra le conoscenze concretamente acquisite e le scelte di politica energetica, orientate alla sostenibilità e allo sfruttamento di fonti alternative, aventi l'obiettivo di proteggere l'atmosfera dagli agenti inquinanti, come verrà brevemente illustrato nel paragrafo che subito segue.

---

<sup>58</sup> H.-J. PETERS, *Verwaltungsrechtliche Verfahren zur Anpassung von Vorhaben an den Klimawandel*, in: *KommJur*, 2/2017, pag. 41.

<sup>59</sup> *IBID.*, pag. 41.

<sup>60</sup> La relativa normativa è riportata da diverse disposizioni adottate nelle legge urbanistiche dei *Länder* (cfr, ad esempio, § 13 e § 15 *BWLBO*; § 15 e § 17 *NRWBauO*).

<sup>61</sup> § 2, c. 2, n. 6, *ROG*.

<sup>62</sup> § 1a, c. 5, *BauGB*.

<sup>63</sup> *Den räumlichen Erfordernissen des Klimaschutzes ist Rechnung zu tragen, sowohl durch Maßnahmen, die dem Klimawandel entgegenwirken, als auch durch solche, die der Anpassung an den Klimawandel dienen*“.

## 5. Protezione del clima e politica energetica.

Il disastro ambientale di Fukushima del 2011 ha rappresentato un momento di cesura nella politica energetica tedesca, inducendo il legislatore ad attivarsi per accelerare l'abbandono del nucleare e dei combustibili fossili. Di conseguenza, la legislazione post Fukushima si è posta l'obiettivo di effettuare una vera e propria svolta a 180° nella politica energetica tedesca (*Energiewende*), prevedendo il completo abbandono del nucleare a partire dal 2022 e quindi un potenziamento delle fonti energetiche rinnovabili, anche con il ricorso allo strumento dei piani urbanistici a livello comunale<sup>64</sup>.

La svolta energetica non è stata quindi interpretata solo in un'accezione meramente globale, bensì declinata secondo il principio di sussidiarietà, in modo da coinvolgere anche la dimensione comunale. Tale obiettivo è stato conseguentemente inserito nel codice dell'edilizia dalla novella sulla protezione del clima (*Klimaschutznovelle*) del 2011<sup>65</sup>.

Anche per questa legge si è posta la questione della competenza legislativa federale. Il titolo di legittimazione su cui la Federazione ha fondato l'emanazione della novella sul clima è stato pertanto la voce "diritto del suolo" (*Bodenrecht*), di cui all'art. 74, c. 1, n. 18, GG. Infatti, diversamente dai combustibili fossili, come il gasolio o il petrolio, le fonti rinnovabili e il teleriscaldamento sono saldamente ancorati al terreno<sup>66</sup>.

Di pari passo è stato previsto in ambito energetico l'abbandono dei combustibili fossili (*Dekarbonisierung*). Il Comitato scientifico che offre consulenza al Governo federale in materia di cambiamenti climatici a livello globale (*Wissenschaftlicher Beirat der Bundesregierung Globale Umweltveränderungen – WBGU*) ritiene pertanto indispensabile raggiungere, al più tardi nel 2070, l'obiettivo di zero emissioni di anidride carbonica da fonti energetiche fossili<sup>67</sup>.

---

<sup>64</sup> H.-J. PETERS, *Verwaltungsrechtliche Verfahren zur Anpassung von Vorhaben an den Klimawandel*, cit., p. 41.

<sup>65</sup> Con "Klimaschutznovelle" s'intende la legge di promozione della tutela del clima nello sviluppo di città e Comuni (*Gesetz zur Förderung des Klimaschutzes bei der Entwicklung in den Städten und Gemeinden*), entrata in vigore il 30.7.2011 (*BGBI. I. p. 1509*), modificando il Codice dell'edilizia (*BauGB*).

<sup>66</sup> F. LONGO, *Klimaschutz im Städtebaurecht*, in: *DÖV*, 3/2018, pag. 109. La novella legislativa non è stata invece basata sul titolo competenziale della tutela dall'inquinamento atmosferico (*Luftreinhaltung*) di cui all'art. 74, c. 1, n. 24, GG.

<sup>67</sup> WBGU, parere speciale, "Klimaschutz als Weltbürgerbewegung", 2014, p. 1 s. [wbgu\\_sg2014.pdf](#).

## 6. La protezione del clima secondo la novella legislativa del 2011: la dimensione comunale.

Nei centri abitati si è riscontrata un'alta vulnerabilità ai cambiamenti climatici, dovuta alla cementificazione diffusa delle superfici, alla scarsità di vegetazione o anche ad una posizione esposta (in una vallata o conca oppure lungo l'argine di un fiume). A causa del riscaldamento durante le ore diurne, le superfici edificate si trasformano in veri e propri accumulatori di calore, anche perché l'elevata cementificazione del terreno riduce l'evaporazione dell'umidità e ostacola il ricambio dell'aria, facendo salire la temperatura (cosiddetto effetto termo-insulare "Wärmeinseleffekt"), che può risultare fino a 10°C superiore nei centri abitati rispetto alle aree circostanti<sup>68</sup>.

Con la *Klimaschutznovelle* del 2011 il legislatore federale si è posto soprattutto l'obiettivo di evidenziare la dimensione urbanistica della protezione del clima, enunciata programmaticamente come principio di riferimento dell'attività pianificatoria dei Comuni<sup>69</sup>. La legge è stata inserita in un pacchetto legislativo, volto a promuovere la menzionata svolta energetica. Analogamente a quanto previsto dalla legge urbanistica<sup>70</sup>, è stata così espressamente inserita dal legislatore nel codice dell'edilizia una "clausola sulla tutela del clima" (*Klimaschutzklausel*) nella sua doppia connotazione, consistente sia nell'obiettivo di contrastare i cambiamenti climatici, sia in quello di favorire la resilienza a questo fenomeno<sup>71</sup>. In sostanza la *Klimaschutzklausel* deve essere considerata nella ponderazione degli interessi<sup>72</sup> e si declina nella previsione di aree verdi<sup>73</sup>, destinate a stemperare la canicola estiva, ad assorbire le precipitazioni e a rigenerare la falda freatica<sup>74</sup>.

<sup>68</sup> J. ALBRECHT, *Die Stadt im Klimawandel: Handlungsfelder, Rechtsinstrumente und Perspektiven der Anpassung (climate resilient cities)*, cit., p. 12.

<sup>69</sup> § 1, c. 5, *BauGB* (la tutela del clima e l'adeguamento al clima rientrano tra i compiti della pianificazione urbanistica e del suo sviluppo sostenibile), obiettivo ribadito al § 1a, al § 5 e al § 171a, a cui si aggiunge la particolare attenzione da attribuire nella redazione dei piani urbanistici alle energie rinnovabili e ad un uso parsimonioso delle fonti di energia (§ 1, c. 6, n. 7f). Va altresì garantita la fornitura di energia e acqua, inclusa la garanzia di tale approvvigionamento (§ 1, c. 6, n. 8e).

<sup>70</sup> § 2, n. 6, *ROG*.

<sup>71</sup> § 9, c. 1, n. 10, *BauGB*. A mero titolo ricognitivo è stato aggiunto il § 1a *BauGB*, che prevede al c. 5 che questi principi, debbano essere considerati nell'attività di contemperamento degli interessi di cui § 1, c. 7, *BauGB* e si ricavano dalle statuizioni contenute in vari documenti internazionali, che evidenziano il principio di sostenibilità in senso ecologico, economico e sociale, nonché come fonte di responsabilità per le generazioni future; cfr. il rapporto Brandt (1980), la relazione Brundtland (1987) e la dichiarazione di Rio (1992).

<sup>72</sup> § 1, c. 7, *BauGB*.

<sup>73</sup> § 5, c. 2, n. 5, *BauGB*; § 9, c. 1, n. 15, *BauGB*.

<sup>74</sup> J. ALBRECHT, *Die Stadt im Klimawandel: Handlungsfelder, Rechtsinstrumente und Perspektiven der Anpassung (climate resilient cities)*, cit., p. 14.

La protezione del clima, obiettivo da considerare nella destinazione delle aree, è anche menzionata altrove nel codice dell'edilizia<sup>75</sup>, che annovera tra gli impianti e le misure per contrastare i cambiamenti climatici soprattutto la produzione e distribuzione decentrata di energia da fonti rinnovabili e la cogenerazione, come strumenti per realizzare una "città dalle vie brevi" (*Stadt der kurzen Wege*)<sup>76</sup>. A integrazione della previgente normativa, i piani urbanistici comunali possono, infatti, prevedere apposite aree adibite alla produzione o distribuzione di energie rinnovabili<sup>77</sup>.

È stata aggiunta la previsione di norme tecniche sulla produzione di energie rinnovabili e la cogenerazione, da osservare obbligatoriamente nella realizzazione di edifici o infrastrutture, affidando in tal modo ai Comuni uno strumento efficace per garantire la protezione dai gas serra<sup>78</sup>. Come ulteriore elemento della clausola di protezione del clima i Comuni e i Consorzi di Comuni potranno ricorrere alle disposizioni che accordano loro il potere di imporre un obbligo di contrarre e di sfruttamento della rete energetica locale<sup>79</sup>. In questo ambito è data ai Comuni la facoltà di ricorrere agli accordi urbanistici<sup>80</sup>, come anche di adottare misure per proteggere la qualità dell'aria e garantire e l'efficientamento energetico degli edifici<sup>81</sup>. La novella sul clima ha infine aggiunto due nuovi articoli al *BauGB* che prevedono una disciplina speciale per un uso efficiente e parsimonioso delle risorse energetiche (§ 248) e un programma di *repowering* dei parchi eolici, allo scopo di favorire il loro adeguamento ai progressi della tecnica, oltre che un ampliamento delle aree adibite a questa fonte di energia (§ 249)<sup>82</sup>.

I cambiamenti climatici si riflettono anche sullo smaltimento delle acque reflue. Un sensibile incremento degli eventi meteorici può provocare, infatti, una forte e prolungata pressione idraulica sulla canalizzazione e conseguentemente tracimazioni ed esondazioni. Viceversa la siccità estiva crea depositi nei canali, impedendo il loro normale risciacquo da parte dell'acqua piovana e facilitando la proliferazione di

<sup>75</sup> § 5, c. 2, lett. b, *BauGB*.

<sup>76</sup> M. BATTIS, M. KRAUTZBERGER, S. MITSCHANG, O. REIDT, B. STÜER, Gesetz zur Förderung des Klimaschutzes bei der Entwicklung in Städten und Gemeinden, in: *NVwZ*, 15/ 2011, p. 897.

<sup>77</sup> § 9, c. 1, n. 12, *BauGB*.

<sup>78</sup> § 9, c. 1, n. 23b, *BauGB*; cfr. F. LONGO, Klimaschutz im Städtebau, cit., pag. 107

<sup>79</sup> § 9, c. 6, *BauGB* in combinato disposto con il § 16 *EEG* (legge sulle fonti energetiche rinnovabili).

<sup>80</sup> § 11, c. 1, n. 4, *BauGB*.

<sup>81</sup> § 11, c. 1, n. 5, *BauGB*.

<sup>82</sup> U. BATTIS ET AL., Gesetz zur Förderung des Klimaschutzes bei der Entwicklung in den Städten und Gemeinden in Kraft getreten, in: *NVwZ*, 2011, p. 897 s. Cfr. anche DAAB NORDHEIM REUTLER, *BauGB-Klimaschutznovelle 2011 – Erste Erfahrungen der Kommunen*, Bad Hersfeld 24.10.2013 ([http://old.klimabuendnis.org/fileadmin/inhalte/bilder/kokliko\\_2013/Forum\\_E\\_Daab.pdf](http://old.klimabuendnis.org/fileadmin/inhalte/bilder/kokliko_2013/Forum_E_Daab.pdf) <6.2.2021>).

batteri, la corrosione e le emissioni maleodoranti<sup>83</sup>. L'urbanistica comunale è quindi chiamata a effettuare una gestione attenta delle acque reflue, del microclima e della biodiversità, anche attraverso il management delle precipitazioni<sup>84</sup>. Pure in questo ambito il codice dell'edilizia offre al regolatore comunale gli strumenti per imporre ai proprietari dei terreni e ai costruttori soluzioni decentrate, mediante la destinazione di superfici idonee all'assorbimento, alla raccolta e al deflusso dell'acqua piovana<sup>85</sup>.

Anche riguardo alle acque bianche l'ordinamento tedesco porta avanti una gestione decentrata secondo il principio del primato della vicinanza (*Ortsnähevorrang*)<sup>86</sup>, cioè dell'obbligo di coprire il fabbisogno idrico attraverso la canalizzazione pubblica in via prioritaria con le risorse disponibili nelle immediate vicinanze, allo scopo di garantirne un impiego responsabile<sup>87</sup>.

In base ad un'ulteriore novella legislativa, risalente al 2013<sup>88</sup>, sono previste misure di miglioramento del microclima, da attuare nell'ambito di interventi di recupero edilizio<sup>89</sup>, oppure di riqualificazione delle aree urbane, particolarmente interessate dal decadimento e dal calo demografico<sup>90</sup>. Tra le misure di adattamento ai cambiamenti climatici rientrano, altresì, la previsione di corridoi liberi da costruzioni, per consentire la circolazione dell'aria fresca (*Kaltluftschneisen*) oppure il rinverdimento degli insediamenti<sup>91</sup>. Vengono inoltre in rilievo misure di pianificazione qualificata del paesaggio<sup>92</sup>, ove si distinguono i piani paesaggistici (*Landschaftspläne*) che interessano l'intero territorio comunale, dai piani di sistemazione a verde (*Grünordnungspläne*), che invece riguardano solo parte di esso.

<sup>83</sup> J. ALBRECHT, Die Stadt im Klimawandel: Handlungsfelder, Rechtsinstrumente und Perspektiven der Anpassung (*climate resilient cities*), cit., p. 19.

<sup>84</sup> M. REESE, Nachhaltiges urbanes Niederschlagsmanagement – Herausforderungen und Rechtsinstrumente, in: *ZUR* 1/2020, p. 40.

<sup>85</sup> § 9, c. 1, n. 14, *BauGB* in combinato disposto con il § 55, c. 2, *WHG*, che prevede il principio della canalizzazione decentrata e distinta dall'acqua piovana. La legge sul bilancio idrico (*Wasserhaushaltsgesetz – WHG*) ha recepito peraltro agli §§ 27 e 46 la disciplina sulle acque reflue urbane, prescritta dalla direttiva 91/271/CEE. Sulla disciplina delle acque in Germania si rinvia al saggio in lingua italiana di R. MONTALDO, La tutela del diritto all'acqua nella Repubblica Federale Tedesca, in: S. Staiano (a cura di), *Acqua. Bene pubblico, risorsa non riproducibile, fattore di sviluppo*, 2017, (99+) (PDF) La tutela del diritto all'acqua nella Repubblica Federale Tedesca | Riccardo Montaldo - Academia.edu <11.2.2021>.

<sup>86</sup> § 50, c. 2, *WHG*.

<sup>87</sup> J. ALBRECHT, Die Stadt im Klimawandel: Handlungsfelder, Rechtsinstrumente und Perspektiven der Anpassung (*climate resilient cities*), cit., p. 18.

<sup>88</sup> Gesetz zur Stärkung der Innenentwicklung der Städte und Gemeinden und weiteren Fortentwicklung des Städtebaurechts v. 11.6.2013, *BGBI.* I, p. 1548.

<sup>89</sup> § 136, c. 3, 2° periodo, n. 1 h *BauGB*.

<sup>90</sup> § 171 a, c. 2, 2° periodo, *BauGB*.

<sup>91</sup> Tali corridoi di aria fresca devono essere previsti dal piano regolatore generale (§ 5, c. 2, n. 2, lett. c, *BauGB*).

<sup>92</sup> §§ 8 ss. *BNatSchG*.

Possono anche essere emanati regolamenti comunali di protezione del patrimonio arboreo (*Kommunale Baumschutzsatzungen*)<sup>93</sup>, in cui si stabilisca nei confronti dei proprietari privati quali piante possano essere abbattute e con quali altre debbano essere sostituite.

Va peraltro considerato che il piano urbanistico comunale tedesco (*Bebauungsplan*), a differenza di quello italiano, non deve necessariamente comprendere tutto il territorio comunale. Infatti, nell'ambito delle previsioni del piano regolatore generale (*Flächennutzungsplan*), vengono generalmente previsti più *Bebauungspläne* sulla base di singoli progetti e interventi<sup>94</sup>.

## 7. Conclusioni.

Quanto esposto in queste pagine, al crocevia tra l'urbanistica e la protezione ambientale, fa emergere con innegabile evidenza la dicotomia tra la dimensione globale della tutela del clima e gli interventi previsti a livello locale dall'attività urbanistica dei Comuni. Da tale considerazione nasce l'esigenza che la tutela del clima a livello comunale sia supportata da compiti univocamente perimetrati sul territorio e la comunità locale<sup>95</sup>.

La novella sulla protezione del clima attribuisce al livello più basso della pianificazione urbanistica il compito di contribuire a risolvere problemi di portata globale e per i quali il riferimento diretto alla realtà locale non è affatto scontato. È stato osservato che tale novella avrebbe probabilmente avuto un effetto molto più dirompente, se avesse maggiormente tenuto conto del contesto in cui si poneva e avesse piuttosto accentuato, non tanto i benefici sull'atmosfera in termini di riduzione dei gas serra, quanto i vantaggi di un impiego decentrato di fonti rinnovabili di energia, il tema dell'aria pulita, la sicurezza dell'approvvigionamento energetico e il valore aggiunto a livello locale<sup>96</sup>.

Si è visto che lo sfruttamento delle energie rinnovabili è espressamente previsto come principio dell'urbanistica comunale, essendo la dimensione locale immanente all'ancoraggio al suolo di pannelli solari e parchi eolici. In questo ambito si concretizza effettivamente un approvvigionamento energetico decentrato, assicurato con risorse locali a disposizione dei Comuni, in un contesto in cui le infrastrutture

---

<sup>93</sup> § 29 *BNatSchG*.

<sup>94</sup> § 8, c. 2, *BauGB*.

<sup>95</sup> Art. 28, c. 2, *GG*.

<sup>96</sup> § 1, c. 6, n. 7, lett. e, *BauGB*.

centralizzate, rappresentate dall'energia nucleare o da combustibili fossili, ma anche dalle fonti di energia di importazione, tenderanno a ridimensionarsi.

In base a queste considerazioni si ritiene giustamente che l'introduzione della finalità della protezione del clima nella dimensione comunale abbia una valenza prevalentemente simbolica<sup>97</sup>. Come si è detto, le strategie per assicurare un uso resiliente degli spazi mediante un adattamento delle città ai cambiamenti climatici (*climate proof cities*), vanno considerate nella ponderazione degli interessi nella pianificazione comunale<sup>98</sup>, ai sensi della *Klimaschutzklausel*, ma a tutt'ora non esiste un obbligo legislativo di attuare una specifica pianificazione comunale che tenga conto di questo fattore<sup>99</sup>.

Questo contributo ha, infatti, posto in rilievo che l'apporto che la realtà comunale è chiamata a fornire alla svolta energetica è comunque supportato da una panoplia di disposizioni del codice dell'edilizia, suscettibili di rendere pleonastico il richiamo esplicito alla protezione dai gas serra. Ciò spiega come mai in un'inchiesta sulle prime esperienze accumulate in sede di attuazione della novella sul clima, due terzi dei Comuni interpellati abbiano risposto di non avere inserito nella pianificazione urbanistica nessuno degli elementi previsti dalla nuova normativa<sup>100</sup>. Il clima è stato considerato solo in situazioni eccezionali, come ad esempio nel caso della città di Marburg, che prendendo a riferimento il § 9, c. 1, n. 23, lett. b, *BauGB*, ha obbligatoriamente prescritto nel proprio piano urbanistico l'uso di fonti energetiche alternative e in particolare dell'energia solare<sup>101</sup>.

Se inizialmente i Comuni si sono mostrati riluttanti nella trasposizione della svolta energetica nell'urbanistica locale, inserendo interventi connessi al clima nella pianificazione urbanistica unicamente allo scopo di ottenere finanziamenti dalla Federazione<sup>102</sup>, nel frattempo sono stati pur sempre elaborati cataloghi di misure per uno sviluppo attento ai fattori climatici delle aree urbane e per la realizzazione di

<sup>97</sup> F. LONGO, *Klimaschutz im Städtebau*, cit., p. 115.

<sup>98</sup> § 1, c. 7, *BauGB*.

<sup>99</sup> J. ALBRECHT, *Die Stadt im Klimawandel: Handlungsfelder, Rechtsinstrumente und Perspektiven der Anpassung (climate resilient cities)*, cit., p. 13.

<sup>100</sup> DAAB NORDHEIM REUTLER, *BauGB-Klimaschutznovelle 2011 – Erste Erfahrungen der Kommunen*, cit.

<sup>101</sup> F. LONGO, *Klimaschutz im Städtebau*, cit., p. 114. Anche la città-Stato di Berlino ha emanato il 17. 3. 2016 una legge sulla svolta energetica (*Berliner Energiewendegesetz – BerlEWG, GVBl.* p. 122), entrata in vigore il 6.4.2016; cfr. C. FLASKÜHLER, *Berliner Weg in der Landesklimatechutzgesetzgebung*, in: *LKV* 5/2018, p. 248. Sul radicamento della protezione del clima nella dimensione comunale si veda anche S. MITSCHANG, *Die Umsetzung klimaschützender und energieeinsparungsbezogener Anforderungen in der Bauleitplanung und im Besonderen Städtebaurecht – Sachstand und Perspektiven*, in: *ZfBR* 6/2010, p. 534.

<sup>102</sup> *IBID.*, p. 114.

città resilienti<sup>103</sup>. D'altronde, i criteri, già precedentemente previsti per i piani urbanistici, erano stati ritenuti sufficienti dai Comuni che hanno in buona parte considerato superflua l'applicazione della normativa sulla tutela del clima. In considerazione di tale titubanza nei confronti della *Klimaschutznovelle* il suo contributo alla svolta energetica viene giudicato modesto, ritenendo che si sia prevalentemente traducendo nell'adozione di strumenti di *soft law*, più che nell'emanazione di norme effettivamente cogenti<sup>104</sup>.

---

<sup>103</sup> Tali attività sono state sostenute da diversi progetti di ricerca, tra cui in particolare il progetto KLIMZUG, finanziato dal Ministero della pubblica istruzione e della ricerca, i progetti KlimaMORO e StadtKlimaExWoSt, svolti su incarico del Ministero dei Trasporti, dell'Edilizia e dello Sviluppo delle Aree Urbane e del Ministero dell'Interno. Raccomandazioni generali per uno sviluppo delle aree urbane attento al clima sono contenute inoltre in un documento del Consorzio dei Comuni tedesco (*Deutscher Städtetag*); cfr. J. ALBRECHT, *Die Stadt im Klimawandel: Handlungsfelder, Rechtsinstrumente und Perspektiven der Anpassung (climate resilient cities)*, cit., p. 13.

<sup>104</sup> DAAB NORDHEIM REUTLER, *BauGB-Klimaschutznovelle 2011 – Erste Erfahrungen der Kommunen*, cit.

# **DIGITAL IDENTITY: BETWEEN HUMAN RIGHTS AND CYBERCRIMES**

**Manlio d'Agostino Panebianco**

**ABSTRACT** [ITA]: Nella moderna società globalizzata, la dimensione digitale ha modificato i paradigmi degli stili di vita, in specie nel cyberspazio: oggi, le relazioni interpersonali si instaurano e si intrattengono sempre più attraverso i *social-networks*, che attraverso la crescente creazione dei "profili", favoriscono una maggiore condivisione online di dati personali. purtroppo, la maggior parte dei cittadini-digitali sono poco consapevoli dei rischi a cui si espongono: dal punto di vista strettamente legale, riguarda sia le libertà ed i diritti fondamentali, ma anche la possibilità di diventare vittime degli emergenti *cybercrimes*. in questo contributo, ci si vuole focalizzare sull'identità digitale e sui crescenti reati correlati, attraverso la disamina dei principali (trattamento illecito di dati personali, furto d'identità, diffamazione, *cyber-bullismo*, violazioni informatiche, etc.), con una doppia prospettiva - italiana ed internazionale - così da poter offrire alcuni spunti di approfondimento e casistiche da analizzare.

**ABSTRACT** [ENG]: *In a globalised society, the digital dimension changed the paradigms of lifestyle in cyberspace: relationships are more and more based on On-line-Social-Networks, which implies the creation of account-profiles, with a consequent sharing of personal-data. Since most digital-citizens are mostly unaware, from a legal perspective they are exposed to many risks, for their fundamental rights and freedoms, and even being victims of many of cyber-crimes. In this paper, the focus is on digital identity, and on the increasing issue of "identity crime", considering the most possible offences (unlawful data processing, forgery, identity theft, defamation, cyberbullying, violation of IT systems, etc.), through literature and from both international and Italian point of view, in order to give some practical hints and applications.*

**Keywords:** *Digital Identity, Impersonation, Cyberbullying, Privacy, Fundamental Rights.*

**Sommario:** **1.** The new social contest and the arising issues. - **2.** The relationship between Privacy and Data Protection. - **3.** Digital Identity: the right to be in the digital dimension. - **4.** Is a Fake Profile only a pseudonym? - **5.** Identity theft: a single offence or a multi-offensive crime?. - **6.** Impersonation in Cyberbullying: a social crime in which the offenders and the victims are minors. - **7.** Conclusions.

## **1. The new social contest and the arising issues.**

One of the most important joint-effect of Globalization and the widespread use of *digital technologies*<sup>1</sup> significantly modified relationships in economy and society, both in terms of quality and quantity. ICT also changed many paradigms in lifestyle, generating considerable positive effects, but also exposing modern citizens to new considerable risks, due to an expansion of unlawful activities and behaviours.

In fact, in the *Information Society* it is possible to identify<sup>2</sup> three different dimensions of the life of a natural person, which overlap and interact with each other, especially in everyday behaviour and legal effects: the first is the *real dimension*, that is the traditional one characterized by direct contact, and of the five senses; the second one is the *digital*, which is intermediated by a device, the Internet, apps and generally by all new forms of IC Technology, which sometimes can cancel distances and time, and soon it became an integral part of the social and labour sphere<sup>3</sup>; the third one, is so called the *virtual* to which belong all those forms of tools (aroused naturally and spontaneously from online communities)<sup>4</sup> but have not yet acquired legal recognition and validity (such as virtual currencies or cryptocurrencies, e.g. Bitcoin)<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> *I.e.*, Information and Communication Technologies, ICT.

<sup>2</sup> M. D'AGOSTINO PANEBIANCO, *Vivere nella dimensione Digitale*, Themis ed., 2019, p. 14 ss.

<sup>3</sup> These two dimensions are complementary to each other, and both produce both social and legal effects, and it is appropriate to consider the second one as the modern and innovative evolution of the first one.

<sup>4</sup> According to a bottom-up process.

<sup>5</sup> In order to better clarify the meaning of this latter dimension, it seems appropriate to highlight at least three different considerations: since this last dimension is not firstly framed in a previous (legal) context, this should be considered as *uncertain* or even devoid of any legal effect; secondly, considering the speed and normal evolution of modern phenomena, any innovative solution is expected that soon will assume a recognized value, thanking to the intervention of a State or a National or Supranational Authority; then, it is important not to identify and confuse the *digital*

The *Information Society*, because of its nature as a social organization and lifestyle and full expression of *techne*, beyond the expected benefits has, since its inception, brought out a series of ethical issues, whose extent and complexity are proportional to the range and speed of growth and evolution. Floridi<sup>6</sup> affirms that, nowadays, it is necessary and urgent to develop «an information ethics that can treat the world of data, information, and knowledge, with their relevant life cycles (including creation, elaboration, distribution, communication, storage, protection, usage, and possible destruction), as a new environment, the *infosphere*, in which humanity is and will be flourishing. An information ethics should be able to address and solve the ethical challenges arising in the *infosphere*»<sup>7</sup>.

This social and technological perspective premise is important to frame and focus the object and purposes of this paper, which aims to address a legal examination of the arising issues. As a matter of facts, in modern devices (*i.e.*, smartphones and tablets) are stored many information about our private life (contacts, pictures, travel history, financial information, and often intimate conversations) which belong to the personal sphere and constitute a part of our *identity*; moreover, it is worth considering that these instruments are - generally and currently - *app-based*, most of these data ends up in third-parties' hands<sup>8</sup> (*e.g.*, clouds).

Furthermore, the *social distancing measures* adopted in response to the spread of the COVID-19 pandemic, have further highlighted how *social relationships* are no longer predominantly based on direct contacts, but are maintained in an increasingly significant way through *On-line Social Networks* (OSNs): in ICT-mediated relations, the *surfer* has a different perception of reality, with the consequence that some of those limits (which can be considered as pillars to *individual* and *social respect*) are remarkably reduced. This new condition exposes each person to the threats of those growing and increasing *cybercrimes*, with direct and indirect effects on *fundamental rights* of human person, and then with significant impacts in the legislative and regulatory field<sup>9</sup>, and implications under both criminal and civil law. As a matter of facts, «the Internet today represents, and increasingly will be given the trends and

---

with *virtual* dimension, creating misunderstanding especially in not specialized citizens, since it would increase the risk exposure to damages and cybercrimes conducts.

<sup>6</sup> L. FLORIDI, *Foundations of Information Ethics*, in K.E. HIMMA, H.T. TAVANI (a cura di), *The handbook of information and computer ethics*, Wiley, 2008, p.3 ss.

<sup>7</sup> L. FLORIDI, *op. cit.* p.3 ss.

<sup>8</sup> R. COOPER, *Protecting our digital identity: the argument for adopting uniform privacy laws in the united states*, in *SSRN*, <https://ssrn.com>, 2020, p. 1 ss.

<sup>9</sup> C. GRANDI, *Le conseguenze penalistiche delle condotte di cyberbullismo. Un'analisi de jure condito*, in *Annali online della Didattica e della Formazione Docente*, 2017, p. 40 ss.10 S.

changes in the market and in the way of shopping, the main place where we meet to do business, sometimes lawful, but also unfortunately, illegal»<sup>10</sup>.

The previous considerations both concern *adults* and *adolescents*: indeed, referring to the classification made by Prensky<sup>11</sup>, there is no significant difference between the first ones (defined as “*digital immigrants*” *i.e.*, people who grew up before 1985<sup>12</sup>) who were introduced to ICT later in life, with the consequent “problem of adaptation”, and the second ones (the so called “*digital natives*”<sup>13</sup>), who have been raised alongside developing technologies, but without any parental guide.

Firstly, this classification points out a gap between two generations, then that each of them has a different awareness and sensitiveness of the digital context; furthermore, since there is a lack of reference points, for either categories emerge the need to *self-learning*, not only those aspects concerning the technical functioning of the devices but, primarily, to the *social* and *legal* effects on daily life. In practice, the problem is that in the current digital age there is a lack of a “*generation of digital parents*” who can provide the necessary indications of prudence and caution, both as users and in absolving the liability *in educando, lato sensu*.

Thus, it would be a great mistake to consider these phenomena only as part of the technological progress: the close link between *Legal Informatics*<sup>14</sup> and so-called *privacy* represents in a paradigmatic way the interference that new technologies have with new and emerging legal problems, considering that it concerns both behavioural, conceptual and organizational aspects<sup>15</sup>.

*Individual privacy* is probably a major concern, although some other issues are evidently growing related to offence-commission, that in many cases is related to an under-evaluation of criminal conduct, several times perpetrated by minors. For

<sup>10</sup> SORIANI, *Informatica e Contratto*, in *Corso di Informatica Giuridica*, Simone ed., 2016, p.86 ss.

<sup>11</sup> M. PRENSKY, *Digital Natives, Digital Immigrants*, in *On the Horizon*, n.9, 2001, p. 1 ss.

<sup>12</sup> The 1985 is identified as the beginning of “*the digital age*”.

<sup>13</sup> *i.e.*, people who were born prior to 1985.

<sup>14</sup> According to A. CLERICI, *Introduction*, in M. BALLERINI - M. DE PRA - B. INDOVINA - G.L. PEDRAZZIONI, *Informatica giuridica*, Egea, 2019, p. XI ss.: «Legal Informatics is the discipline that concerns the application of information technology to law: it is therefore a subject strongly linked to the technical and practical issues of information technology tools. It is a separate, but complementary, subject with respect to IT law, or the branch of law that concerns the legal rules relating to the supply and use of IT products or services»; while A.C.A. MANGIAMELI, *Informatica giuridica. Appunti e materiali ad uso di lezioni*, Giappicchelli, 2015, p.61, focused on «the issue of intangible computer assets and appropriability and transmission regimes, as well as the processing of personal data and the need to protect the freedom and dignity of the person».

<sup>15</sup> A. ROSSETTI, *Legal Informatics*, Moretti Honegger, 2008, p.13 ss.

instance, it is possible to refer, either to “*hate speech*” and to *social nature* offences (such as *Cyberbullying*), or *economical* ones (such as *forgery* and *identity theft*)<sup>16</sup>.

Since the *Digital Dimension* is completely globalized, then a transnational approach to all the digital phenomena is required, as expressed in a communication of the European Commission with the affirmation «no crime is as borderless as cybercrime»<sup>17</sup>. The main purpose of this paper is to explore those legal aspects - in the international and Italian context - and risks concerning *identity crime*<sup>18</sup>, directly related to both *social behaviours* and *illegal conducts*, in the light of the criminal law relevance (e.g., whether these behaviours are “intentionally” or “unintentionally” done), and consequent liabilities.

## 2. The relationship between Privacy and Data Protection.

One of the major issues is the relationship between *individual privacy*<sup>19</sup> and the

<sup>16</sup> For completeness, it is worth reporting that the European Union (in the frame of the “*Convention on Cybercrime*”, the first International Treaty on crimes committed via the Internet and other computer networks, dealing particularly with infringements of copyright, computer-related fraud, child pornography and violations of network security, signed in Budapest on 23<sup>rd</sup> November 2001) identifies - among the criminal acts committed online by using electronic communications networks and information systems, classified in three broad definitions - even online fraud, forgery, identity theft, and several computer hacking acts

<sup>17</sup> See EUROPEAN COMMISSION, *Communication from the Commission to the Council and the European Parliament, Tackling Crime in our Digital Age: Establishing a European Cybercrime Centre*, Brussels, 28th March 2012.

<sup>18</sup> According to B.J. KOOPS - R. LEENES, *Identity Theft, Identity Fraud and/or Identity-related Crime*, in *Datenschutz und Datensicherheit*, n.9, 2009, p. 556 ss., even defined *identity-related crime*, i.e. that concerns all punishable activities and conducts that have *identity* as a target or a principal tool.

<sup>19</sup> According to A. MOORE, *Defining Privacy*, in *Journal of Social Philosophy*, Vol. 39 No. 3, 2008, p. 412, it seems appropriate to report a brief summary indicates the variety and breadth of the definitions that have been offered in literature: «Privacy has been defined in many ways over the last few hundred years. Warren and Brandeis, following Judge Thomas Cooley, called it “the right to be let alone.” Pound and Freund have defined privacy in terms of an extension personality or personhood. Legal scholar William Prosser separated privacy cases into four distinct but related torts. “Intrusion: Intruding (physically or otherwise) upon the solitude of another in a highly offensive manner. Private facts: Publicizing highly offensive private information about someone which is not of legitimate concern to the public. False light: Publicizing a highly offensive and false impression of another. Appropriation: Using another’s name or likeness for some advantage without the other’s consent.” Alan Westin and others have described privacy in terms of information control. Still others have insisted that privacy consists of a form of autonomy over personal matters. William Parent argued that “[p]rivacy is the condition of not having undocumented personal knowledge about one possessed by others,” while Julie Inness defined privacy as “the state of possessing control over a realm of intimate decisions, which include decisions about intimate access, intimate information, and intimate actions.”

*protection of personal data.*

“Privacy” should be observed and analysed from two different perspectives representing the two different components: «“*Ontological privacy*” [which] consists of the physical and technological structures that allows to be alone. [And] “*regulatory privacy*” [which] consists of rules (not just legal) to be alone: the lack of physical structures in some companies to be alone does not imply either the absence of the idea of privacy, nor the absence of privacy regulations»<sup>20</sup>. Currently, in the *Information Society*, the *right to privacy* is mainly guaranteed by Data Protection laws and regulations<sup>21</sup>.

Specific legislation has been promulgated over the years, and is in force in most Countries around the World: *e.g.*, Argentina approved in 2000 a *Data Protection Act* and in 2011 an *Intelligence Act*; Canada enacted the *Personal Information Protection and Electronics Document Act*, the federal privacy law for private-sector organizations, lastly amended on 23 June 2015; Australia enacted the *Privacy Act* in 1988. According to Rodrigues<sup>22</sup>, in India, a constitutional *right to privacy* for persons exists through a judicial reading of it into Article 21 of the Constitution of India (right to life or personal liberty).

In the USA, there is no specific Act, but as written by Cooper<sup>23</sup> «the First Amendment is a proponent of privacy in one’s beliefs, while the Third and Fourth Amendments champion privacy within one’s home and one’s person, respectively», pointing out that «the Fourth Amendment undoubtedly serves as a proponent of digital privacy by preventing third party access to devices in certain situations. The Fourth Amendment states that a person has a right to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures (U.S. CONST. amend. IV)».

The European Convention of Human Rights (ECHR) incorporates at Article 8 the *right to respect for private and family life*, defining this, within the European context, as the most significant *digital identity* impacting legal provision<sup>24</sup>. Recently a Privacy

---

More recently, Judith Wagner DeCew has proposed that the “realm of the private to be whatever types of information and activities are not, according to a reasonable person in normal circumstances, the legitimate concern of others”».

<sup>20</sup> A. ROSSETTI, *op. cit.*, 2008, p.17 ss.

<sup>21</sup> See also A. ROSSETTI, *op. cit.*, p.15 ss.

<sup>22</sup> R.E. RODRIGUES, *Revisiting the legal regulation of digital identity in the light of global implementation and local difference*, The University of Edinburgh Research Archive, <https://era.ed.ac.uk>, 2011, p.139 ss.

<sup>23</sup> R. COOPER, *op. cit.*, p. 1 ss.

<sup>24</sup> R.E. RODRIGUES, *op. cit.*, p.139 ss.

legal-framework has been approved: Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 (the so called GDPR). This, priorly refers to Article 8(1) of the *Charter of Fundamental Rights* of the European Union, that guarantee the *right to the protection of personal data* concerning any natural person and, also, the «right of access to data which has been collected concerning him or her, and the right to have it rectified»; and then it gives precise indication on *data processing*, stating three main principles: (i) personal data protection is a fundamental right; (ii) these rules create a complex and functional mean to respect all the other rights and freedoms of the individual *human person*; then, (iii) this Regulation is intended to contribute to the accomplishment of an area of freedom, security and justice and of an economic union, to economic and social progress, to the strengthening and the convergence of the economies within the internal market, and to the well-being of natural persons.

From another perspective, in order to complete this frame, it seems appropriate to highlight that, for example, these values are expressed both by article 3 of the Constitution of the Italian Republic<sup>25</sup>, and also, by Pope Paul VI when affirming the importance of the «integral human development»<sup>26</sup>.

One of the main provisions is that any *data processing* is lawful only if *data subject*<sup>27</sup> withdraw a an *expressed, freely given and specific consent*<sup>28</sup>, priorly being informed of:

(i) the purposes; (ii) the categories of recipients to whom data can be disclosed; (iii) times, modalities and techniques of the processing (including, *profiling*); (iv) and

<sup>25</sup> Italian Constitution, article 3 «Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali. È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese».

<sup>26</sup> POPE PAUL VI, *Encyclical Populorum Progressio*, Vatican, 1967, 14: «The development We speak of here cannot be restricted to economic growth alone. To be authentic, it must be well rounded; it must foster the development of each man and of the whole man [...]».

<sup>27</sup> Pursuant to article 2.1 of General Data Protection Regulation, it is defined as «an identifiable natural person is one who can be identified, directly or indirectly, in particular by reference to an identifier such as a name, an identification number, location data, an online identifier or to one or more factors specific to the physical, physiological, genetic, mental, economic, cultural or social identity of that natural person».

<sup>28</sup> Pursuant to article 4(11) of Regulation (EU) 2016/679, the consent of the data subject is defined as «any freely given, specific, informed and unambiguous indication of the data subject's wishes by which he or she, by a statement or by a clear affirmative action, signifies agreement to the processing of personal data relating to him or her».

all the exercisable rights<sup>29</sup>.

A particular attention is required where the *data subject* is a *minor* (i.e., child) especially in relation to the offer of information society services: indeed, article 8 of Regulation (EU) 2016/679 states that the personal-data-processing is considered lawful only if the *informed consent* is given by an over 16 years old<sup>30</sup>, otherwise, in case the child is below the quoted age, such consent is given or authorised by the holder of parental responsibility over the child.

Despite, on the other hand, there is a substantial complete autonomy of minors in surfing the Internet, which arise a fundamental issue concerning the foreseen *notice-and-consent* modality, the creation of *informative asymmetry* - as reported in a Study of the Council of Europe<sup>31</sup> and the “*formal compliance fulfilment*”.

Often, the verification process of the age of the surfer is based on too simple solutions<sup>32</sup>, becoming only in appearance compliant to current rules, since minors (not always totally, aware of the actions they put in place) are often technically more prepared than their parents, who in practice have a few controls on their digital life.

«Those principles, which seek to balance the “fundamental but competing values” of “privacy and the free flow of information”, form the basis of most privacy legislation around the world. At their core, they require that the processing of personal information be lawful, which in practice means that either the processing is explicitly permissible under law or the individual whose personal data is being processed has - after being informed of the reason, context, and purpose of the processing - given consent»<sup>33</sup>.

Furthermore, on OSNs and in the Internet, a large amount of information and personal-data are available: some of them authorised by expressed will of the *data subject*, although other are given by other internet surfers, or by the online activities (so called metadata, mainly deriving from “*online-interactions*” among the users, such as tags, social networks friendship requests, likes, preferences, etc.). Unfortunately, it

---

<sup>29</sup> Pursuant to (at least) articles 5, 12 and 13.

<sup>30</sup> Although Member States may provide by law for a lower age.

<sup>31</sup> See COUNCIL OF EUROPE, *Study on the human rights dimensions of automated data processing techniques (in particular algorithms) and possible regulatory implications*, Strasbourg, 2018.

<sup>32</sup> It is adequate to highlight that the Italian Data Protection Authority in December 2020 notified several infringements to a social network, due to the poor attention to the protection of minors, the easy dodging of the registration ban the company applies to children under 13 years, non-transparent and unclear information provided to users, and default settings falling short of privacy requirements.

<sup>33</sup> F.H. CATE - V. MAYER-SCHÖNBERGER, *Notice and consent in a world of Big Data*, in *International Data Privacy Law*, 2013, p. 67 - 68.

is commonly thought that since an information is *posted* (i.e., publicly available), it is as well *useable*: but it is not true.

Indeed, pursuant to GDPR<sup>34</sup>, personal-data-processing is lawful only for specific purposes: then, the only fact that a data is on-line available, does not justify its processing for different aims (the so-called, *purpose limitation*), especially when either it exposes the data subject to risks or a violation of a freedom and/or a right; or, moreover, when this use falls-in an illegal conduct.

In response to these issues, to avoid that *only formal compliant solutions* might expose to some risks the data-subject's rights and freedoms, the European Legislator introduced the principle of *accountability*<sup>35</sup> in the Regulation (EU) 2016/679, recalling the application of the *culpa in eligendo* and *culpa in vigilando* principles, for the whole duration of data-processing.

If the issue concerning data-protection in *Digital Dimension* is already widely considered, it seems that too little attention has been put in citizens' awareness of effects on their "*real dimension*"<sup>36</sup>, especially referring to those categories (minors, adolescents, and adult-digital-immigrants) who seem to be weaker, being exposed to several unperceived risks.

### 3. Digital Identity: the right "to be" in the digital dimension.

Firstly, it is proper to focus on the etymological definition of "*identity*" both to lists the philosophical and legal features, and to better clarify the perimeter of application.

«The English word "*identity*" originated from the Latin root *idem*, meaning "*the same*". It is defined as: a quality or condition of being the same, oneness, an instance of sameness, sameness of persons or entities in all circumstances, individuality, personality, personal or individual existence, or the "*self-same-thing*". By definition, *identity* can thus be understood in different contexts and has different qualities like sameness, equality, recurrence, individuality, distinctiveness or existence»<sup>37</sup>.

<sup>34</sup> Articles 5, 6, 7 and 12.

<sup>35</sup> Pursuant to article 5. (2) of Regulation (EU) 2016/679 «The controller shall be responsible for, and be able to demonstrate compliance with, paragraph 1 (accountability)», which is a dynamic, ongoing and permanent responsibility.

<sup>36</sup> M. CONTI - R. POOVENDRAN - M. SECCHIERO, *FakeBook: Detecting Fake Profiles in On-line Social Networks*, in *2012 IEEE/ACM International Conference on Advances in Social Networks Analysis and Mining*, Istanbul, 2012, p.1071 ss.

<sup>37</sup> R.E. RODRIGUES, *op. cit.*, p.139 ss.

*Identity* is an element that belongs to any natural person (both minors and adults), including in this also his/her dignity and reputation; it is thus dependant and composite of many variables and factors, all related to the *expression of freedom*, and then has to be protected, like all the other *fundamental rights*.

In literature<sup>38</sup>, it has already been highlighted how *Privacy* and *Identity* are closely related and often overlap: both of them are related to fundamental human rights, although they are separate and distinct concepts, and protect different interests in different ways. Indeed, the *right to identity* relates both to autonomy and of a person to be recognised as a unique individual.

On the other hand, *Digital Identity* is the one mediated or experienced through the involvement and use of computer technology or digital communications, like digital media or the Internet: it has to be noticed that the *Digital Identity* is a more dynamic component of the one in the *real dimension*<sup>39</sup>.

From another perspective, it is useful to link to its data-processing: the *identification*. Clarke<sup>40</sup> defines it as the association of information *with a particular human being*. In daily life, it usually refers to a *set of personal data* that allow to exercise individual rights, and it is publicly recognized and legally protected since it is registered in a *standard scheme*. According to Farina<sup>41</sup>, there are many meanings that can be attributed to *personal identity*, among which, it is adequate to be quoted the oldest one related to the *physical* identification of people through personal data, which allow the identification of a subject within a social context.

According to World Economic Forum<sup>42</sup>, the set of information is a collection of individual attributes, that can be classified as: *inherent*<sup>43</sup>, that are intrinsic to a person,

<sup>38</sup>C. SULLIVAN, *Digital Identity: An Emergent Legal Concept*, Adelaide, 2011, p. 7 ss.

<sup>39</sup> See T. J. SMEDINGHOFF, *Digital Identity and Access Management: Technologies and Frameworks*, in O. POLLICINO - V. LUBELLO - M. BASSINI (a cura di), *Diritto e policy dei nuovi media*, Aracne, 2016, according to whom a concept of federated digital identity with generalized spending, understood as a correspondence between a specific natural person and his access credentials to a given computer system, so as to allow them to be recognized in the multiple identification systems of cyberspace as is the case with physical identity.

<sup>40</sup> R. CLARKE, *Human identification in information systems: Management challenges and public policy issues*, in *Information Technology & People*, 1997, p. 6 ss.

<sup>41</sup> M. FARINA, *Le tecnologie informatiche e l'effetto moltiplicatore sull'identità personale: riflessioni (meta)giuridiche tra crisi identità e necessità di tutela dei diritti fondamentali dell'individuo*, in *Rivista elettronica di Diritto, Economia, Management*, n.1, 2020, p. 41 ss., who in particular recalls the meaning of jurisprudential creation, frames it as «un bene-valore costituito dalla proiezione sociale della personalità dell'individuo, cui si correla un interesse del soggetto ad essere rappresentato, nella vita di relazione, con la sua vera identità, e non vedere travisato il proprio patrimonio intellettuale, ideologico, etico, religioso e professionale» referring to judgment of Corte di Cassazione n. 978 of 22nd June 1996.

<sup>42</sup> World Economic Forum, *A Blueprint for Digital Identity*, Cologne, 2016.

and are not defined by relationships to external entities; *accumulated*<sup>44</sup>, that are gathered or developed over time, and these may change multiple times or evolve throughout an entity's lifespan; *assigned*<sup>45</sup>, that are attached to the person, but are not related to his/her intrinsic nature. These attributes can change and generally are reflective of relationships that the entity holds with other bodies.

The "*privacy laws*" aim to ensure a safe data-processing in order to protect *Identity* as element of natural person and his/her fundamental rights. It derives the importance of an "*identity crime*" that is a violation of individual *autonomy to be recognized*, specifically where one misuses the *transaction identity information* of another person.

In the legal context, «a person's identity as recorded in the national identity register determines his or her ability to be recognised and to transact as a unique individual under the scheme. Where an individual's transaction identity information is misused by another person, the individual's ability to be recognised and to transact is fundamentally affected»<sup>46</sup>.

With the Internet advent and the increasing development of the digital dimension in any fields of life, society and economy, these *references to an individual's identity* have been registered in e-database (instead of paper registers, like in the past), and even the *Identity Documents* changed in favour to the adoption of "electronic cards" or a "series of confidential credentials" (in place of paper documents) that allow to be used even in *e-relationships* (e.g., e-commerce, G2C, B2C, etc.)<sup>47</sup>. Due to both this change and to technological progress, even the set of information increased in quantity and quality: in many cases, depending to national legislation, *biometric data*<sup>48</sup> have added to handwritten signature and facial photograph. Undoubtedly this enforced the *identification process* (i.e., the verification of the identity, initially

---

<sup>43</sup> age, height, date of birth, fingerprints, etc.

<sup>44</sup> health records, preferences and behaviours, etc.

<sup>45</sup> national identifier number, telephone number, e mail address, etc.

<sup>46</sup> C. SULLIVAN, *op. cit.*, p. 7 ss.

<sup>47</sup> These statements are even more true, in the light of the *social-distancing* experiences required by the management of the COVID-19 pandemic: for example, the Italian Government in order to allow a certain business continuity, pushed on the use of Digital Identity (SPID) and e-signature, see Article 27 of the Decree-Law 16 July 2020, n. 76 converted into Law 11 September 2020 n. 120.

<sup>48</sup> E.g., Pursuant to article 4(14) of Regulation (EU) 2016/679, a biometric data is a «personal data resulting from specific technical processing relating to the physical, physiological or behavioural characteristics of a natural person, which allow or confirm the unique identification of that natural person, such as facial images or dactyloscopic data».

authenticated at the initial time of registration), meanwhile exposing to some threats, related to security in data processing<sup>49</sup>.

Nevertheless, it is worth noting that one of the most relevant ways in which the law impacts on *digital identity* is through the establishment and regulation of national identity schemes, establishing a minimum set of attributes. Since only few Countries enacted them (e.g., UK, with Identity Documents Act of 2010; and India, with Registration of Citizens and Issue of National Identity Cards Rules of 2003), the current result is a fragmented scenario<sup>50</sup>: thus, due to global exchanges and the need to allow an *interoperability* among different identity management systems, a supranational agreement on the adoption international standards is required<sup>51</sup>.

On the other hand, in the last decades, “*On-line Social Networks*” became the most used media for people to share information, and although the quality and quantity of information transferred and posted depends on the nature of the OSNs, varying significantly from each other, basically each of OSNs require the creation of an account, the so called “profile”<sup>52</sup>, which can be assimilated to a *digital identity*. Indeed, thanking to *interoperability*, it is possible to join or access to any other OSNs or internet service, avoiding to create a new account, but using the “*favourite*” one.

«Given the vast amount of personal information that is shared among friends in an OSNs, protecting the privacy of individual user has emerged as an important problem. In recent years, several privacy threats that exploit either personal data of a user or unintended vulnerabilities of OSNs have been reported»<sup>53</sup>.

Besides, with the growth of the Internet has as well increased the use of *anonymity*<sup>54</sup> and *pseudonymity*<sup>55</sup> in cyberspace. As reported in literature<sup>56</sup>, the causes

<sup>49</sup> As a matter of facts, many national Data Protection Authorities and legislators went to the direction of adopting the so called “*strong authentication*” methodologies, in order to protect the person fundamental rights, during any personal data processing, especially those more exposed to risks. E.g., see The Italian Data Protection Authority Provisions: n. 258/2014; n.502/2017; n.429/2018; n.215/2019.

<sup>50</sup> R.E. RODRIGUES, *op. cit.*, p.139 ss.

<sup>51</sup> A.I. SEGOVIA DOMINGO - Á. M. ENRÍQUEZ, *Digital Identity: the current state of affairs*, in *BBVA Research Working Paper*, Madrid, 2018, p. 25 ss.

<sup>52</sup> It is worth noticing how this term recalls the meaning of “profiling” described (as “sensitive”) at article 4(4) of GDPR: «any form of automated processing of personal data consisting of the use of personal data to evaluate certain personal aspects relating to a natural person, in particular to analyse or predict aspects concerning that natural person's performance at work, economic situation, health, personal preferences, interests, reliability, behaviour, location or movements».

<sup>53</sup> M. CONTI, et al., *op. cit.*, p.1071 ss.

<sup>54</sup> that can be defined as *being* or *acting* without a name or with an unknown name.

<sup>55</sup> *i.e.*, use of a “false” name, even to adopting a “*personae*” quite different from their *real world identities*.

<sup>56</sup> M.E. KABAY, *Anonymity and Pseudonymity in Cyberspace: Deindividuation, Incivility and*

are different: *on line anonymity* (in any forms, both totally or partial) allows people to maintain their privacy by using *screen identities*, and there is some reason to suppose that technology can contribute to the “*deindividuation*” of its users, contributing to express those hidden component (aggressiveness, hostility, disinhibition, etc.) of the behaviour of normal people.

Moreover, the wide use of *pseudonymity* also reveals an *unawareness* of the resulting implications, both from a strictly criminal point of view, and with the risk of acting on the verge of “abuse”<sup>57</sup>, especially in minors.

#### 4. Is a Fake Profile only a pseudonym?

Nowadays, it is very common that a person creates a *fake profile* with different goals: first and foremost, just to remain anonymous but, also in some other case, aiming to impersonate another *real person* in the *digital dimension*.

In this last circumstance, the reasons can be the most varied: from establishing online relationships with the friends of the “target” (*victim*), in order to get to know them or to spy them; acquiring more information and data about him/her, by interacting with his/her friends; or, finally, destroying the *victim’s reputation*, adopting malicious behaviours.

*Legal Informatics’* literature classifies *fake profiles* depending whether they were based on *dynamic* or *static* behavioural data on social network. The first one refers to «a social network profile of a person who maintains a false identity in the internet to pretend as someone else. It is found out by Krombholz et al.<sup>58</sup> the fake user behaviour is different from the legitimate users. Therefore, the amount and the type of information that a fake user pass into their profile have a clear discrepancy from the legitimate user»<sup>59</sup>. The second one concerns a *profile clone* (thus, is an abusive clone account), where the offender, collecting personal data of the victim from OSNs or simply in the Internet - or even worse stealing or capturing (by using one of the

---

*Lawlessness Versus Freedom and Privacy*, in *Annual Conference of the European Institute for Computer Anti-virus Research* (EICAR), Munich, 1998, p.6 ss.

<sup>57</sup> in most cases, this very common and widespread practice among internet surfers is not aimed at the commission of an illegal act, *i.e.* it is not possible to verify *ex ante* neither the will and / or premeditation.

<sup>58</sup> K. KROMBHOLZ - ET AL., *Fake identities in social media: A case study on the sustainability of the Facebook business model*, in *Journal of Service Science Research*, n. 4(2), 2012, p.175 ss.

<sup>59</sup> S. ADIKARI - K. DUTTA, *Identifying fake profiles in LinkedIn*, in *Proceeding of the 19th Pacific Asia Conference on Information Systems*, Chengdu, 2014, p. 279 ss.

cyber-attacks and/or some *Machine Learning* techniques, based on neural networks) - creates a new account, containing specular information. To complete this framework, it is adequate to report that literature highlights two variants of “*identity threat attacks on OSNs*”: *single-OSNs* and *cross-sites-OSNs*. «In the first case, the victim already has a profile in the OSNs where the adversary will create the clone profile. In *cross-site OSNs*, the victim does not have a profile in the same OSNs where the attack is run, but the profile of the victim exists in other OSNs»<sup>60</sup>.

The result is that the *Internet surfer* could turn into an *offender*, violating the freedom and rights of the victim. Indeed, the use of *fake profiles* concerns many different legal aspects to be exploited, thus it is worth analysing some specific issues. Since it is mainly based on using someone-else personal-data without his/her consent, this *behaviour* falls in - at least - in the sphere of a *misuse* in data-processing<sup>61</sup>.

On the other hand - as better detailed and clarified in the following - it can configure a proper *criminal conduct* or a *predicate offence*<sup>62</sup>.

Therefore, for instance, it is appropriate to recall *forgery*, since this conduct can be characterized by two different methodologies: (i) creating a new false “*document*” or, (ii) altering an existing one<sup>63</sup>.

For the purposes of this analysis, it is useful to premise that all world legislations consider any action that changes the truth contained by a document as the crime of forgery, although in order to give a legal definition, it is worth referring to *Forgery and Counterfeit Act 1981* of United Kingdom. Indeed, differently to other national legislations, UK deals with forgery in a way that was mostly different to some extent, introducing a wider concept: «as for the subject matter of forgery, a person is guilty if he makes a false instrument or alters in any of its aspect. [...] This intention seems to have been thwarted by definition of instrument including “any document”. A document may be an “instrument” within the meaning of FCA 1981 even if it is not an instrument in the narrow sense. This is clear not only from Section 8 (1) (a) but also from Section 8 (1) (d). A device on or in which information is recorded or stored is not necessary an instrument in the narrow sense»<sup>64</sup>.

<sup>60</sup> M. CONTI et. al., *op. cit.*, p.1071 ss.

<sup>61</sup> Indeed, it might not always be considered as an unlawful data processing (in absence of the subjective and objective features), in any cases this behaviour exposes to get close to be *borderline*.

<sup>62</sup> For example, *Identity threat attacks on OSNs* belongs to the category of *social engineering cyber-attacks*, and it is common to those other illegal conducts, such as *impersonation* in Cyberbullying, and identity theft.

<sup>63</sup> It concerns with *alteration* or *tampering* of a document and/or obtaining it by practicing deception, or from a person not in control of his senses.

<sup>64</sup> Q.H. DAHASH, *The Concept of Forgery Crime Under United Kingdom Law*, in *Journal of*

Thus, in this context, *forgery* should be considered either a “*stand-alone*” crime or a *predicate offence*, that lead to create a fake profile. Moreover, in most serious cases, a *fake profile* falls into the crime of *identity theft*.

## 5. Identity theft: a single offence or a multi-offensive crime?

*Identity theft* can be described as an illegal acquisition of a living or deceased person, which nowadays mainly applying the cyber-techniques of *impersonation*, that «involves a person pretending to have the identity of another genuine person, this might be through simply using a stolen document of someone that looks similar, but may also be combined with counterfeit or forged evidence (e.g. photo substitution on a person’s genuine passport with the impostor’s image)»<sup>65</sup>.

Furthermore, as demonstrated by some investigations, it is appropriate to refer to *synthetic identities*<sup>66</sup> that have the purpose of not revealing (therefore, *hiding*) the real-identity of the offender.

«*Synthetic identities* are developed by criminals by combining real (usually, stolen) and fake information to create a new (synthetic) identity, which can be used to open fraudulent accounts and make fraudulent purchases. Unlike impersonation, the criminal is pretending to be someone who does not exist in the real world rather than impersonating an existing identity. For example, criminal groups can engage in identity theft, generating large numbers of synthetic digital IDs that are based in part on a real-individuals’ identity attributes and other data that have been stolen from online transactions or by hacking Internet databases, and in part on entirely fake information. The synthetic IDs can be used to obtain credit cards or online loans and withdraw funds, with the account abandoned shortly thereafter»<sup>67</sup>.

In doctrine and among the various authors the debate is still open, and there is no commonly accepted definition<sup>68</sup>, also due to the different national legislations, for which it is often possible to make a distinction between *identity theft* and the crime of *identity fraud* (as any kind of deception to any database identity information, configuring a fraudulent behaviour)<sup>69</sup>. In order to better clarify and qualify the

---

*Juridical and Political Science*, 6, 2017, p. 161 ss.

<sup>65</sup> FATF, *Guidance on Digital Identity*, Paris, 2020, p. 40 ss.

<sup>66</sup> the creation of a “*new false virtual identity*”, which is different compared to the impersonation, since it does not concern any “*real third person*”.

<sup>67</sup> FATF, *op.cit.*, p. 40 ss.

<sup>68</sup> B.J. KOOPS, R. LEENES, *op. cit.*, p. 556 ss.

<sup>69</sup> C. SULLIVAN, *op. cit.*, p. 7 ss.

conduct, *e.g.* referring to Italian Criminal Code, it is proper to quote to article 640, identifying the following conduct «anyone, with artifices or deception, by inducing someone in error, procures for himself or others an unjust profit with others damage».

On the other hand, according to many legislations, *identity theft* is a criminal offence itself: *e.g.*, in the Italian Criminal Code it is contained at article 494. It should be noted that the Italian jurisprudence<sup>70</sup> has admitted that the crime could be committed through the Internet, such as creating a fake profile on OSNs and/or, damaging the reputation of the offended person (victim), *e.g.* recalling *Cyberbullying*. Moreover, it is appropriate to notice that it can configure - even - other crimes and also it can be a *predicate offence* aimed to do commit others.

---

<sup>70</sup> *E.g.*, see Judgments of the Penal section of Italian Corte di Cassazione: n.46674/2007; n.18826/2013; n. 25774/2014. For an appropriate depth analysis see A. AMAOLO, *Della falsità personale: la sostituzione di persona ex art. 494 C.P.*, in *RatioLuris*, n.2, 2016; and also, M. PAPPONE, *In tema di sostituzione di persona sul web – Cass. Pen. 25774/2014*, in *Giurisprudenza Penale*, 2014 (online) who argued that technological evolution and, in particular, the era of web 2.0, require not only the Legislator to adapt the current regulatory framework, but also the jurisprudence to keep pace with the new protection requirements that follow. In this context, the offense of personal replacement on the web is placed (pursuant to art. 494 Italian Criminal Code), to be considered as a subsidiary criminal hypothesis, included in Chapter IV, Title VII, called “personal falseness”, placed to protect the public faith. The jurisprudence of legitimacy has begun, in recent years, to deal with the hypothesis in question also committed via the internet, configuring the crime of substitution of a person in the conduct of the one who creates and uses an e-mail “account”, falsely attributing the identity of a different subject, misleading the users of the internet against whom the false personal details have been declined and with the aim of causing damage to the subject whose personal details have been illegally spent (Criminal Court, Section V, 8 November - 14 December 2007, n. 46674). According to the Court, therefore, the crime of substitution of person occurs not only when one illegitimately substitutes one's own person for another person, but also when «si attribuisce ad altri un falso nome, un falso stato ovvero una qualità cui la legge attribuisce effetti giuridici, dovendosi intendere per “nome” non solo il nome di battesimo ma anche tutti i contrassegni d’identità», so including, among them, also the so-called *nicknames*. Therefore, it can be concluded that the object of criminal protection is the interest regarding public faith, as «questa può essere sorpresa da inganni relativi alla vera essenza di una persona o alla sua identità o ai suoi attributi sociali; siccome si tratta di inganni che possono superare la ristretta cerchia d’un determinato destinatario, il legislatore ha ravvisato in essi una costante insidia alla fede pubblica, e non soltanto alla fede privata e alla tutela civilistica del diritto al nome». On the other hand, as regards the subjective element, it is represented by the specific intent consisting in the purpose of procuring an advantage for oneself or others, or of causing damage to others. On this point, however, there is a certain unanimity of rulings, such as the one examined, in recognizing in the case of person replacement also the *non-pecuniary* advantage: among the advantages that can be deduced from the attribution of a different identity, in fact, there is both the possibility of having relationships with other people and the satisfaction of one's own vanity (non-patrimonial advantage).

Focusing only on some elements that characterize the conduct, and comparing them with each other, it is possible to highlight the *induction in error*<sup>71</sup>, by illegitimately attributing himself a different *identity*, no matter whether it refers to another real person, or it is “imaginary”. Moreover, another important aspect concerns the goal: either the conduct might procure an advantage (for the offender or for others) or, it might cause damage to a third party (victim).

Finally, it is possible to assume that *identity theft* is part of the larger issue of *identity fraud*, highlighting that the first one «is fraud or another unlawful activity where the identity of an existing person is used as a target or principal tool without that person’s consent»<sup>72</sup>, while the second one «is fraud committed with identity as a target or principal tool»<sup>73</sup>.

Since *Identity Theft* compromise the so defined<sup>74</sup> individuals’ *Personally Identifiable Information*<sup>75</sup> (PII), it could also be classified as an *unlawful data processing*, since it misses the required *informed consent*<sup>76</sup>. Confirming this, it is worth quoting a case sanctioned by the Italian Data Protection Authority in 2017<sup>77</sup>, in which five Money-Transfer-Companies attributed hundreds of financial operations to more than a thousand completely unaware people, illegally using their data<sup>78</sup>.

Last, but certainly not least, it should be highlighted how it is frequent that it is a predicate crime of fraud, indeed «*identity thieves* may use identifying information to open new credit card accounts, take out loans, or steal funds from existing checking, savings, or investment accounts. The consequent effects on the victim are significant and long lasting, since it can take years of hard work and hundreds or thousands of dollars in out-of-pocket expense to remove all vestiges of identity-theft from a

<sup>71</sup> independently whether is an individual citizen or it concerns with public faith.

<sup>72</sup> B.J. KOOPS - R. LEENES, *op. cit.*, p. 556 ss.

<sup>73</sup> B.J. KOOPS - R. LEENES, *op. cit.*, p. 556 ss.

<sup>74</sup> Definition given by THE FINANCIAL ACTION TASK FORCE (FATF), the global money laundering and terrorist financing watchdog, which is an inter-governmental body that sets international standards that aim to prevent these illegal activities and the harm they cause to society.

<sup>75</sup> That is, any information that by itself or in combination with other information can identify a specific individual; which is in coherence and compliance to the definition of *data subject*, pursuant to article 2.1 of GDPR.

<sup>76</sup> For completeness, the investigation carried out, revealed that the names to which the transfers were made, were never the real senders, and in some cases, the forms were “signed” by either *non-existent* or *deceased people*, then configuring the (alleged) crime of *identity theft*.

<sup>77</sup> See R. GELLMAN, *Privacy Benefits and Costs From a U.S. Perspective*, in G. ROSI (a cura di), *Da costo a risorsa - La tutela dei dati personali nelle attività produttive*, Rome, 2004, p. 29 ss.

<sup>78</sup> Pursuant to at least articles 5, 12 and 13 of GDPR.

victim's record, and in the interim, a victim may be unable to obtain a job, purchase a car, or qualify for a mortgage»<sup>79</sup>.

## 6. Impersonation in Cyberbullying: a social crime in which the offenders and the victims are minors.

*Cyberbullying* is the natural evolution in the *digital* dimension of the one perpetrated in the *real* one, not replacing but alongside and integrating: in this conduct, a significant component is *impersonation*, hence the interest for the purposes of this analysis.

As a matter of facts, while *bullying* can be defined as any behaviour by an individual minor or group deliberately hurtful, repeated over time that can have a serious long-term impact on the person affected (victim), the phenomenon of *cyberbullying*, marks a particular mode of perpetration of some "prevaricatory" behaviours typical of bullying, whose projection in *cyberspace* increases dramatically the offensive potential<sup>80</sup>.

In fact, as pointed out by some authors referring to *cyberstalking* (to which these considerations are common), the "cyber" component should be considered as an «an additional weapon in the artillery of the offender»<sup>81</sup>, since in *infosphere* both anonymity and pseudonymity are currently the norm<sup>82</sup>. Willard<sup>83</sup> outlined some modalities to which *CyberBullying* can be put in place<sup>84</sup>: (i) *flaming*, as well known as online fights, which imply the use of electronic messages (instant-messaging, email, etc.) with hostile and vulgar language; (ii) *slandering*, is a modality that implies online disparagement, for example, sending cruel images or rumours about others to spoil their reputations or social relationships; (iii) *defamation*, is the spreading of secrets or

<sup>79</sup> See Italian DATA PROTECTION AUTHORITY, provisions nn.39, 40, 41, 47, 48 of 2<sup>nd</sup> February 2017.

<sup>80</sup> C. GRANDI, *op. cit.*, p. 40 ss.

<sup>81</sup> L.P. SHERIDAN - T. GRANT, *Is cyberstalking different?*, in *Psychology, Crime & Law*, n.13, 2007, p.627 ss.

<sup>82</sup> L. DE FAZIO - C. SGARBI, *New research perspectives about stalking: the phenomenon of cyberstalking*, in *Rassegna Italiana di Criminologia*, 2012, p.147.

<sup>83</sup> N. WILLARD, *Educator's Guide to Cyberbullying and Cyberthreats*, <http://cyberbully.org>, 2005; N.WILLARD, *Cyberbullying and Cyberthreats: Responding to the Challenge of Online Social Aggression, Threats, and Distress*, Research Press, 2007.

<sup>84</sup> E. CALVETE - I. ORUE - A. ESTÉVEZ - L. VILLARDÓN - P. PADILLA, *Cyberbullying in adolescents: Modalities and aggressors' profile*, in *Computers in Human Behavior* 26, 2010, p.1128 ss.

embarrassing information about someone; (iv) *exclusion*, are several action which deliberately aim to exclude someone from an “online group”; (v) *cyber-harassment*, is the repeated sending of messages that include threats of injury or that are very intimidating. Last, but certainly not least, (vi) *impersonation* that is perpetuated by either an infiltration into victim’s account, or creating fake profiles, in order to reduce (or destroy) the victim's reputation and relationships, through the sending of messages, and causing trouble for or endanger the victim.

In this context, it seems important to report a *sociological perspective* to better clarify the link between the offender's behaviour and the consequent legal liabilities:

«Bullying already existed much earlier before the Internet and cell phones appeared. Young and adolescent students, and also more and more children, have used the new technologies to bully others, basically because these media provide them with this facility (or that is what they believe) to attack but remain anonymous (anonymity), which other cyberbullying aspects facilitate: not seeing the victim, nor his or her pain and suffering caused by bullying conduct. So, it is much easier for them to keep a moral distance from their victims. This means feeling less regret and having fewer scruples when harming someone else»<sup>85</sup>.

From a legal perspective, on the other hand, some elements<sup>86</sup> should be present to detect the criminal conduct: wilfulness, premeditation, repetition, absence of a legitimate purpose, persistence. *Cyberbullying* is a crime in many legislations and, for example, in Italy was introduced in two different steps: firstly, in direct consequence of the acquiring of awareness of the spread of the so called “*hate speech*” and of the *stalking* phenomenon<sup>87</sup>, lead the legislator to introduce the Italian Criminal Code, article 612bis on *persecutory acts*; then, by Italian Law n.71 of May 29th 2017, approving as a sort of specific *framework criminal law on Cyberbullying*, in which at article 1(2) gives a broad definition<sup>88</sup>, recalling several and different criminal conducts listed in the Italian Criminal Code<sup>89</sup>.

<sup>85</sup> A. OVEJERO - S. YUBERO - E. LARRAÑAGA - M. DE LA V. MORAL, *Cyberbullying: Definitions and Facts from a Psychosocial Perspective*, in R. NAVARRO - S. YUBERO - E. LARRAÑAGA (a cura di), *Cyberbullying Across the Globe*, Cham, 2016, p. 2 ss.

<sup>86</sup> B.H. SPITZBERG - G. HOOBLER, *Cyberstalking and the technologies of interpersonal terrorism*, *New Media & Society* 4, 2002, p. 67 ss.

<sup>87</sup> L. DE FAZIO - C. SGARBI, *op. cit.*, p.147 ss.

<sup>88</sup> The definition of Cyberbullying given by Italian Law n.71/2017 is: «qualunque forma di pressione, aggressione, molestia, ricatto, ingiuria, denigrazione, diffamazione, furto d'identità, alterazione, acquisizione illecita, manipolazione, trattamento illecito di dati personali in danno di minorenni, realizzata per via telematica, nonché la diffusione di contenuti on line aventi ad oggetto anche uno o piu' componenti della famiglia del minore il cui scopo intenzionale e

For the purposes of this paper, it is appropriate to focus on the features of *impersonation in Cyberbullying*, the related criminal conducts; and, thus identifying three different stages: (i) *computer hacking* (perpetrated in many ways, belonging to several cybercrimes) as predicate offence to commit (ii) *identity theft*<sup>90</sup>, and, (iii) *defamation*.

The relationship between the *digital behaviour* and the *criminal hypothesis* can be illustrated by shortly<sup>91</sup> listing some of the most common methods revealed both by literature and by investigations: *fake profiling* and *exclusion* in chat room and OSNs<sup>92</sup>; *spamming* and *mail-bombing*<sup>93</sup>; *cybers-mearing* and *flaming*<sup>94</sup>; *password-cracking techniques* and *hacking accounts*<sup>95</sup>.

Therefore, it is possible to create a link between these latter cyber-attack-techniques with the most relevant offences: since each national legislation is different, to the aims of this paper, it is adequate to yet refer to the Italian legal framework.

Whether the conduct is perpetrated through the violation of IT systems, *abusive access to an IT or telematic system* (article 615-ter of the Criminal Code) could be invoked; if said infringement occurs with the use of confidential credentials, it can be configured an *illegal possession and disclosure of access to IT or telematic systems* (pursuant to article 615-quater of the Criminal Code). While if the “*receptioning*” technique<sup>96</sup> is adopted, could also be configured *the violation, subtraction and suppression of correspondence/mail* (provided by article 616 of the Criminal Code).

predominante sia quello di isolare un minore o un gruppo di minori ponendo in atto un serio abuso, un attacco dannoso, o la loro messa in ridicolo».

<sup>89</sup> Article 612-bis (persecutory acts); article 610 (private violence); article 581 and 582 (aggression); article 612 (psychic aggression through threat); article 660 (harassment); article 629 (extortion); article 595 (defamation); article 494 (impersonation).

<sup>90</sup> Please, refer to the previous considerations, in particular to the given definitions of “*impersonation*” and “*synthetic identities*”.

<sup>91</sup> It has to be noticed that it is quite impossible (and as well useless) to list all of kinds of cyber-attacks techniques, since as any phenomenon is dynamic and in continuous daily evolution.

<sup>92</sup> e.g., such as Facebook, Twitter, Myspace, Instagram, etc.

<sup>93</sup> e.g., through the sending of threatening messages, viruses, etc. 94

<sup>94</sup> e.g., posting defamatory materials on the Internet, etc.

<sup>95</sup> These depend even on the capabilities of the offender; from a technical perspective it can be achieved with different kind of attacks, such as dictionary, brute force, rainbow table, phishing, social engineering, malware, offline cracking, shoulder surfing, spidering, guess, Wi-Fi sniffing, etc.

<sup>96</sup> i.e. illegal receipt of electronic messages and/or access to the victim's email box, which nowadays, it evolved in its complexity and width, and it has been absorbed in the definition of “*man in the middle*” one. For an appropriate depth study about this new cyber-technique see S. EBERZ – M. STROHMEIER – M. WILHELM – I. MARTINOVIC, *A Practical Man-In-The-Middle Attack on Signal-Based Key Generation Protocols*, in S. FORESTI - M. YUNG - F. MARTINELLI (a cura di), *ESORICS 2012*, Springer, 2012, p. 235 ss.

Moreover, depending on the *IT techniques* adopted to commit the quoted offences (for example, in the case of “*synthetic identities*”), the Court could also evaluate the provisions of *Italian Personal Data Protection Code*<sup>97</sup> at article 167-bis (concerning the *unlawful communication and diffusion of personal data subject to large scale processing*) and at article 167-ter (*fraudulent acquisition of personal data subject to large scale processing*).

Since *impersonation* could be considered as a form of *identity theft*, it configures the crime provided by article 494 of the Criminal Code, as well as an *unlawful data processing* (article 167 of the *Italian Personal Data Protection Code*).

Last, but certainly not least, the Court in examining the available elements should consider whether *defamation*<sup>98</sup> has been committed, in the light of the offences listed in the definition of *Cyberbullying*. For what this latter offence concerns, for completeness it seems adequate to add some further considerations: according to a research commissioned by the OSCE<sup>99</sup>, three-quarters of the participating States maintain general criminal defamation laws. While in several common law countries (e.g., the UK, Ireland, Cyprus) criminal defamation laws had largely fallen into disuse, and in the United States has no criminal defamation laws at the federal level, but such laws continue to exist at the state level. In many Countries, the current debate regards the proposals to contemplate strengthening of elements of defamation laws in an effort to combat online “*hate speech*”, *cyberbullying* and related phenomena.

Nevertheless, a final consideration about it, is required: especially nowadays, in the *age of the internet*, due to the wide possibilities to spread information around the globe and to *publicly storage* information and data online for years, the damage to *reputation* is strictly linked and related to the *right to privacy*, and the respect of individual natural person's fundamental rights and freedoms<sup>100</sup>.

In response to this issue, the European Legislator introduced the “*right to be forgotten*”, i.e. obtaining the erasure of personal data concerning him/her, without any undue delay<sup>101</sup>.

<sup>97</sup> ex Legislative Decree 30th June 2003, n.196.

<sup>98</sup> Thus, identifying it as aimed at offending the *reputation* of a third person. In Italy indeed, *defamation* is contained in article 595 of the Criminal Code, defined as «injuring the reputation of an absent person via communication with others».

<sup>99</sup> S. GRIFFEN - B. TRIONFI, *Defamation and Insult Laws in the OSCE Region: A Comparative Study*, OSCE Paris, 2017, p7 ss.

<sup>100</sup> A. SPAIC - C. NOLASCO - M. NOVOVIC, *Decriminalization of defamation - The Balkans case a temporary remedy or a long term solution?*, in *International Journal of Law, Crime and Justice* 47, 2016, p. 21 ss.

<sup>101</sup> GDPR, Article 17, “*Right to erasure*” provides the right to obtain the cancellation of personal data, without delay, provided that specific conditions are met, such as: (a) the personal data are no

## 7. Conclusions.

In the *Information Society* the definition of “*identity*” evolved, due the wider use of the Internet and its devices, on the one hand, led to its *digitization*; on the other, the significant use of *analytics*, proportionally it has increased the possibility of creating specific *profiles* for each user<sup>102</sup>, effectively generating specific identities in relation to a single context<sup>103</sup>.

Even the legal perimeter is different, being enforced the relationship between individual freedoms the fundamental rights and the way to use ICT devices: in fact, nowadays, the *right to privacy* goes in parallel with the *personal data processing protection regulation*.

---

longer necessary in relation to the purposes for which they were collected or otherwise processed; (b) the data subject withdraws consent on which the processing is based according to point (a) of Article 6(1), or point (a) of Article 9(2), and where there is no other legal ground for the processing; (c) the data subject objects to the processing pursuant to Article 21(1) and there are no overriding legitimate grounds for the processing, or the data subject objects to the processing pursuant to Article 21(2); (d) the personal data have been unlawfully processed; (e) the personal data have to be erased for compliance with a legal obligation in Union or Member State law to which the controller is subject; (f) the personal data have been collected in relation to the offer of information society services referred to in Article 8(1). For an appropriate depth study about this right, see M. ZANICHELLI, *Il diritto all’oblio tra privacy e identità digitale*, in *Informatica e diritto*, XLII annata, Vol. XXV, 2016, n. 1, pp. 9-28; and also G.M. RICCIO – A. PEDUTO – F. IRACI GAMBAZZA – L. BRIGUGLIO – E. SARTINI – C. OCCHIPINTI –

I. GUTIÉRREZ – D. NATALE, *The PoSeID-on Blockchainbased platform meets the “right to be forgotten”*, in *MediaLaws*, n. 2, 2020, p. 194 ss. In particular, it is adequate to highlight that «before GDPR, the main European jurisdictions developed an interpretation and application of the right to be forgotten, that has confirmed the existence of this right, although through an interpretative process shaped on a case-by- case analysis» (p. 197), and observing and analyzing the sentences and the jurisprudence, it emerges that there has been an interpretative evolution in its application: «this right has changed from its debut in the legal discourse. In fact, at the beginning of its application by the national courts, it was considered to belong exclusively to public figures and not to private citizens. In fact, only public figures were interested by the mass-media analysis, while private persons were outside this process and were only spectators of this news. The spreading of Internet and the facilitation of collecting and indexing information has determined that also private persons may be covered by this right. In fact, these persons may be “googled” as well and their personal information may be easily found through a search on the major search engines [...] the right incorporated in Art. 17 is not absolute, but can be exercised only in specific situations, which are listed in the first paragraph of the article itself». (p. 200 ss).

<sup>102</sup> E.g., for marketing and CRM activities.

<sup>103</sup> Cfr. also S. RODOTÀ, *Persona, riservatezza, identità. Prime note sistematiche sulla protezione dei dati personali*, in *Rivista critica di diritto privato*, 1997, p. 583 ss.

It is evident that ICT facilitates interrelationships, but decreasing the perception of direct contact (in the absence of *physical proximity*), and increases the risk of unwanted forms of contact (in which *anonymity* is a fundamental element to the abuse) and of several forms of *identity crime* commission.

Since *Identity* is a useful vehicle to express *individual personality* and a means to keep social relationships, a great importance to *Digital-Awareness*<sup>104</sup> and *Cyber-Higiene*<sup>105</sup> is required.

In light of the seriousness of these abuses of “*identification*” in *cyberspace*, a solution has to be addressed, considering the real causes and reasons: «at the heart of much of the debate over the advisability and possibility of imposing limits on behaviour in cyberspace is the question of identity. Some of the most egregious abuse of cyberspace seems reasonably to be attributable in part to the ease of concealing identity; using no name or false names, malefactors can often escape almost all of the consequences of their actions»<sup>106</sup>.

Meanwhile, *digital citizens* should be educated to use these devices and tools in an ethical and lawful way, with an increasingly *awareness* and *prudent manner*, being adequately informed of those arising inevitable risks. Only through a process of cultural growth can a person take all necessary precautions to protect him/herself from any form of violation (potentially, becoming either an *offender*, or a *victim*).

It is important that each person perceives the same sense of responsibility in acting, both in the *real* dimension and in the *digital* one, otherwise the negative effects of the use of new technologies would fall directly on *fundamental rights and freedoms*.

In this sense, it is appropriate to recall the words of Pope Benedict XVI: «Human freedom is authentic only when it responds to the fascination of technology with decisions that are the fruit of moral responsibility. Hence the pressing need for formation in an ethically responsible use of technology. Moving beyond the fascination that technology exerts, we must reappropriate the true meaning of freedom, which is not an intoxication with total autonomy, but a response to the call of being, beginning with our own personal being»<sup>107</sup>.

Finally, on a legal perspective, it seems appropriate to agree that «the research on these criminal hypotheses, which are constantly growing today, must therefore be further deepened, in order not only to assess the prevalence and the multiple

<sup>104</sup> increasing an internal immunity to exogenous *cyber issues*, even though a change in people behaviour and cultural aspects.

<sup>105</sup> Mitigations to the causes of many cybersecurity “*incidents*”, *lato sensu*.

<sup>106</sup> M.E. KABAY, *op. cit.*, p.6 ss.

<sup>107</sup> POPE BENEDICT XVI, *Encyclical Letter Caritas in Veritate*, Vatican, 29<sup>th</sup> June 2009,n.70.

qualifying aspects, but also to enhance the coping and protection tools of the victims, with a view to personal protection and control and conscious management of the means of communication available»<sup>108</sup>.

## Bibliography and Sources

- AA.VV., *Identità ed eredità digitali*, Aracne, 2016
- ADIKARI S. - DUTTA K., *Identifying fake profiles in LinkedIn*, in *Proceeding of the 19th Pacific Asia Conference on Information Systems*, Chengdu, 2014
- AMAOLO A., *Della falsità personale: la sostituzione di persona ex art. 494 C.P.*, in *RatioLuris*, n.2, 2016
- BASSINI M., *Internet e libertà di espressione*, Aracne, 2019
- CALVETE E. - ORUE I.- ESTÉVEZ A.- VILLARDÓN L.- PADILLA P., *Cyberbullying in adolescents: Modalities and aggressors' profile*, in *Computers in Human Behavior*, 2010
- CATE F.H.- MAYER-SCHÖNBERGER V., *Notice and consent in a world of Big Data*, in *International Data Privacy Law*, 2013
- CLARKE R., *Human identification in information systems: Management challenges and public policy issues*, in *Information Technology & People*, 1997
- CLERICI A., *Introduction*, in BALLERINI M. - DE PRA M.- INDOVINA B. – PEDRAZZIONI G.L., *Informatica giuridica*, Egea, 2019
- CONTI M.- POOVENDRAN R.- SECCHIERO M., *FakeBook: Detecting Fake Profiles in On-line Social Networks*, in *2012 IEEE/ACM International Conference on Advances in Social Networks Analysis and Mining*, Istanbul, 2012
- COOPER R., *Protecting our digital identity: the argument for adopting uniform privacy laws in the united states*, in SSRN, <https://ssrn.com>, 2020
- COUNCIL OF EUROPE, *Study on the human rights dimensions of automated data processing techniques (in particular algorithms) and possible regulatory implications*, Strasbourg, 2018.
- D'AGOSTINO PANEBIANCO M., *Vivere nella dimensione Digitale*, Themis ed., 2019
- DAHASH Q.H., *The Concept of Forgery Crime Under United Kingdom Law*, in *Journal of Juridical and Political Science*, 6, 2017

<sup>108</sup> L. DE FAZIO - C. SGARBI, *op. cit.*, p.147 ss.

DE FAZIO L. - SGARBI C., *New research perspectives about stalking: the phenomenon of cyberstalking*, in *Rassegna Italiana di Criminologia*, 2012

EBERZ S. – STROHMEIER M.– WILHELM M.– MARTINOVIC I., *A Practical Man-In-The-Middle*

*Attack on Signal-Based Key Generation Protocols*, in FORESTI S. - YUNG M. - MARTINELLI F. (a cura di), *ESORICS 2012*, Springer, 2012

EUROPEAN COMMISSION, *Communication from the Commission to the Council and the European Parliament, Tackling Crime in our Digital Age: Establishing a European Cybercrime Centre*, Brussels, 28th March 2012.

FARINA M., *Le tecnologie informatiche e l'effetto moltiplicatore sull'identità personale: riflessioni*

*(meta)giuridiche tra crisi identità e necessità di tutela dei diritti fondamentali dell'individuo*, in *Rivista elettronica di Diritto, Economia, Management*, n.1, 2020

FATF, *Guidance on Digital Identity*, Paris, 2020

FLORIDI L., *Foundations of Information Ethics*, in HIMMA K.E., TAVANI H.T. (a cura di), *The handbook of information and computer ethics*, Wiley, 2008

GELLMAN R., *Privacy Benefits and Costs From a U.S. Perspective*, in ROSI G. (a cura di), *Da costo arisorsa - La tutela dei dati personali nelle attività produttive*, Rome, 2004

GRANDI C., *Le conseguenze penalistiche delle condotte di cyberbullismo. Un'analisi de jure condito*, in *Annali online della Didattica e della Formazione Docente*, 2017

GRIFFEN S. - TRIONFI B., *Defamation and Insult Laws in the OSCE Region: A Comparative Study*, OSCE Paris, 2017

KABAY M.E., *Anonymity and Pseudonymity in Cyberspace: Deindividuation, Incivility and Lawlessness Versus Freedom and Privacy*, in *Annual Conference of the European Institute for Computer Anti-virus Research (EICAR)*, Munich, 1998

KOOPS B.J.- LEENES R., *Identity Theft, Identity Fraud and/or Identity-related Crime*, in *Datenschutz und Datensicherheit*, n.9, 2009

KROMBOLZ K. - ET AL., *Fake identities in social media: A case study on the sustainability of the Facebook business model*, in *Journal of Service Science Research*, n. 4(2), 2012

MANGIAMELI A.C.A., *Informatica giuridica. Appunti e materiali ad uso di lezioni*, Giappicchelli, 2015

MOORE A., *Defining Privacy*, in *Journal of Social Philosophy*, Vol. 39 No. 3, 2008

OVEJERO A. - YUBERO S.- LARRAÑAGA E.- DE LA V. MORAL M., *Cyberbullying: Definitions and Facts from a Psychosocial Perspective*, in NAVARRO R.- YUBERO S.- LARRAÑAGA E. (a cura di), *Cyberbullying Across the Globe*, Cham, 2016

PAPPONE M., *In tema di sostituzione di persona sul web – Cass. Pen. 25774/2014*, in *Giurisprudenza Penale*, 2014

POLLICINO O. - ROMEO G. - *The Internet and Constitutional Law*, Routledge, 2016

POPE BENEDICT XVI, *Encyclical Letter Caritas in Veritate*, Vatican, 29th June 2009

POPE PAUL VI, *Encyclical Populorum Progressio*, Vatican, 1967

PRENSKY M., *Digital Natives, Digital Immigrants*, in *On the Horizon*, n.9, MCB University Press 2001

RICCIO G.M. - PEDUTO A. - IRACI GAMBAZZA F. - BRIGUGLIO L. - SARTINI E. - OCCHIPINTI C. -

GUTIÉRREZ I. - NATALE D., *The PoSeID-on Blockchainbased platform meets the “right to be forgot- ten”*, in *MediaLaws*, n. 2, 2020

RODOTÀ S., *Persona, riservatezza, identità. Prime note sistematiche sulla protezione dei dati person- ali*, in *Rivista critica di diritto privato*, 1997

RODRIGUES R.E., *Revisiting the legal regulation of digital identity in the light of global implementation and local difference*, The University of Edinburgh Research Archive, <https://era.ed.ac.uk>, 2011

ROSSETTI A., *Legal Informatics*, Moretti Honegger, 2008

RUOTOLO G.M., *International law: profili di diritto internazionale pubblico della rete*, Cacucci, 2012  
 SEGOVIA DOMINGO A.I. - ENRÍQUEZ Á. M., *Digital Identity: the current state of affairs*, in *BBVAResearch Working Paper*, Madrid, 2018

SHERIDAN L.P. - GRANT T., *Is cyberstalking different?*, in *Psychology, Crime & Law*, n.13, 2007  
 SMEDINGHOFF T. J., *Digital Identity and Access Management: Technologies and Frameworks*, in POLLICINO O. - LUBELLO V.- BASSINI M. (a cura di), *Diritto e policy dei nuovi media*, Aracne, 2016  
 SORIANI S., *Informatica e Contratto*, in *Corso di Informatica Giuridica*, Simone ed., 2016

SPAIC A. - NOLASCO C. - NOVOVIC M., *Decriminalization of defamation - The Balkans case a temporary remedy or a long term solution?*, in *International Journal of Law, Crime and Justice*, n.47, 2016

SPITZBERG B.H. - HOOBLER G., *Cyberstalking and the technologies of interpersonal terrorism*, *New Media & Society* 4, 2002

SULLIVAN C., *Digital Identity: An Emergent Legal Concept*, University of Adelaide Press, 2011  
 WILLARD N., *Educator’s Guide to Cyberbullying and Cyberthreats*, <http://cyberbully.org>, 2005  
 WILLARD N., *Cyberbullying and Cyberthreats: Responding to the Challenge of Online Social Aggression, Threats, and Distress*, Research Press, 2007

WORLD ECONOMIC FORUM, *A Blueprint for Digital Identity*, Cologne, 2016

ZANICHELLI M., *Il diritto all'oblio tra privacy e identità digitale*, in *Informatica e diritto*, XLII annata, Vol. XXV, 2016

## **FOCUS: RIFLESSIONI CRITICHE SUL SISTEMA DELL'AUTOCERTIFICAZIONE**

**Dott. NICCOLÒ LUDOVICI**

*Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Siena – Sost.*

1. Di recente, il Tribunale di Milano ha preso posizione sul sistema sanzionatorio collegato al meccanismo dell'autocertificazione per gli spostamenti dei cittadini durante il periodo dell'emergenza Covid-19.

Queste due decisioni del Tribunale di Milano (sentenza 16 novembre 2020 n. 1640, GUP Roberto Crepaldi, e 12 marzo 2021 GUP Alessandra Del Corvo) meritano di essere, prima di tutto, esposte brevemente.

1.1. Nella sentenza depositata in data 16 novembre 2020 (GUP Roberto Crepaldi) l'imputato è stato assolto ex art. 129 c.p.p. dal reato di cui all'art. 76 DPR 445/2000 in riferimento all'art. 483 c.p.<sup>1</sup>

La Procura aveva richiesto l'emissione di un decreto penale di condanna contestando all'imputato di aver attestato falsamente, attraverso l'autocertificazione, che si stava recando in un certo luogo per compiere una certa attività. Il Tribunale ai sensi dell'art. 459 comma 3 c.p.p. ha pronunciato sentenza di proscioglimento ex art. 129 c.p.p.

L'assoluzione in questo caso si fonda sull'oggetto dell'autodichiarazione.

---

<sup>1</sup>Uff. indagini preliminari Milano, 16 novembre 2020: "Sono estranei all'ambito di applicazione dell'art. 483 c.p. le dichiarazioni che non riguardano "fatti" di cui può essere attestata la verità hic et nunc ma che si rivelino mere manifestazioni di volontà, intenzioni o propositi. Ne discende che mentre l'affermazione nel modulo di autocertificazione da parte del privato di una situazione passata (si pensi alla dichiarazione di essersi recato in ospedale ovvero al supermercato) potrà integrare gli estremi del delitto de qua, la semplice attestazione della propria intenzione di recarsi in un determinato luogo o di svolgere una certa attività non può essere ricompresa nell'ambito applicativo della norma incriminatrice, non rientrando nel novero dei "fatti dei quali l'atto è destinato a provare la verità".

In estrema sintesi, il Tribunale distingue tra l'autocertificazione avente ad oggetto un fatto passato (che potrebbe astrattamente integrare, a parere del Tribunale, il reato di falso) e l'autocertificazione avente ad oggetto un'intenzione futura (che, invece, non può integrare il reato). Una volta effettuata questa distinzione, il Tribunale ritiene che l'imputato abbia autocertificato una propria intenzione e lo manda assolto da ogni responsabilità "perché il fatto non sussiste".

La decisione assolutoria è sicuramente da condividere in relazione al fatto che non si possano autodichiarare intenzioni future; quanto all'inciso per il quale *"l'affermazione nel modulo di autocertificazione da parte del privato di una situazione passata (si pensi alla dichiarazione di essersi recato in ospedale ovvero al supermercato) potrà integrare gli estremi del delitto..."* di cui all'art. 76 DPR 445/2000 e 483 c.p., essa non appare condivisibile poichè il meccanismo dell'autocertificazione si pone in contrasto con l'esercizio del diritto di difesa.

Queste censure sono state recepite nella successiva pronuncia sempre del Tribunale di Milano che si passa ad illustrare.

**1.2.** Con la seconda sentenza depositata in data 12 marzo 2021 (GUP Alessandra Del Corvo) l'imputato è stato assolto ex art. 530 c.p.p. perché il fatto non sussiste dal reato di cui all'art. 76 DPR 445/2000 in relazione all'art. 483 c.p.<sup>2</sup>

L'imputato era stato tratto a giudizio perché a seguito di un controllo di polizia aveva attestato attraverso l'autocertificazione una serie di circostanze rivelatesi false.

In questo caso il giudizio è stato instaurato a seguito di opposizione a decreto penale di condanna ed è interessante notare come lo stesso pubblico ministero, in udienza, abbia chiesto l'assoluzione per insussistenza del fatto.

Il Tribunale fonda la sua decisione sulle seguenti argomentazioni:

a) non sussistono neppure astrattamente i presupposti costitutivi della fattispecie contestata di cui all'art. 483 c.p.: il delitto previsto dall'art. 483 c.p. sussiste solo qualora l'atto pubblico, nel quale la dichiarazione del privato è stata trasfusa, sia destinato a provare la verità dei fatti attestati, e cioè quando una norma giuridica obblighi il privato a dichiarare il vero ricollegando specifici effetti all'atto-documento nel quale la sua dichiarazione è stata inserita dal pubblico ufficiale;

---

<sup>2</sup>Uff. indagini preliminari Milano, 12 marzo 2021: *"Per il privato, che si trovi sottoposto a controllo di polizia in relazione ai divieti di spostamento imposti dalla normativa emergenziale Covid 19, non sussiste alcun obbligo giuridico di dire la verità sui fatti oggetto dell'autodichiarazione sottoscritta in quanto non è rinvenibile nel sistema una norma giuridica che in tale contesto prescriva l'obbligo di riferire la verità e, ove una tale norma esistesse, si porrebbe in palese contrasto con il diritto di difesa del singolo (art. 24 Cost.) e con il principio nemo tenetur se detegere"*.

b) nel caso in esame, di controllo casuale del soggetto da parte della polizia di sicurezza, sulla normativa emergenziale, non si comprende quale sia l'atto del pubblico ufficiale nel quale la dichiarazione infedele sarebbe destinata a confluire;

c) non sussiste, per il privato che si trovi sottoposto a controllo nelle circostanze indicate, alcun obbligo giuridico "di dire la verità" sui fatti oggetto dell'autodichiarazione sottoscritta, proprio perché non è rinvenibile nel sistema una norma giuridica che ricollegghi specifici effetti ad uno specifico atto-documento nel quale la dichiarazione falsa del privato sia in ipotesi inserita dal pubblico ufficiale;

d) in subordine, ove si immaginasse sussistente un simile obbligo di dire la verità esso si porrebbe in palese contrasto con il diritto di difesa del singolo (art. 24 Cost.) e con il principio *nemo tenetur se detegere*, in quanto il privato scegliendo legittimamente di mentire per non incorrere in sanzioni penali o amministrative, verrebbe comunque assoggettato a sanzione penale per le false dichiarazioni rese.

2. Queste due decisioni mi hanno convinto a rendere pubblico, con il presente scritto, un appunto che avevo fatto il 28 marzo 2020, subito dopo l'inizio della pandemia.

In quel periodo era stata emanata una prima direttiva ministeriale n. 14606 del 8.3.2020 ed il d.l. 19/2020; inoltre, da poco tempo, era stato sostituito il meccanismo sanzionatorio penale generalizzato dell'art. 650 c.p. con quello della sanzione amministrativa ai sensi della legge 689/1981.

Di seguito ripropongo quelle che erano e continuano ad essere le mie riflessioni poichè, a mio avviso, queste due decisioni del Tribunale di Milano ne confermano l'attualità e la fondatezza.

3. Partiamo dalla conclusione, scrivevo.

A mio avviso, dovrebbe essere modificata la direttiva 14606 del 8.3.2020 del Ministero degli Interni nella parte in cui prevede che la polizia debba sottoporre l'autocertificazione al cittadino poichè tali modalità di agire violano le garanzie di difesa previste dalla legge 689/1981 e dall'art. 4 comma 3 d.l. 19/2020 che la richiama.

4. Allo stato, l'Autorità di polizia è obbligata a sottoporre il modello per effettuare l'autocertificazione al cittadino (stante la vincolatività solo interna della Direttiva nei

loro confronti), ma il cittadino non mi sembra sia obbligato a renderla e/o sottoscriverla. Ciò essenzialmente per due ragioni:

a) la direttiva del Ministero ha solo valore interno all'amministrazione e non all'esterno;

b) attraverso la sottoposizione dell'autocertificazione, viene sostanzialmente richiesto al cittadino di esercitare il proprio diritto di difesa al momento della contestazione, in violazione dell'art. 24 Cost. e delle garanzie procedurali previste dagli artt. 13-18 della legge 689/1981; oltretutto con il rischio di essere comunque immotivatamente indagato per il reato di cui all'art. 76 DPR 445/2000 (in relazione all'art. 483 c.p.).

Passiamo ad esporre le ragioni della conclusione prospettata, per ognuno dei due profili sopra evidenziati.

5. A mio parere, il cittadino non è obbligato a rendere l'autocertificazione poiché tale adempimento è previsto da una Direttiva interna del Ministero, in quanto tale non vincolante all'esterno, per la generalità dei consociati<sup>3</sup>.

Peraltro la stessa Direttiva si esprime in termini di mera facoltà *“si ritiene che tale onere potrà essere assolto producendo un'autodichiarazione ai sensi degli artt. 46 e 47 del D.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445...”* L'art. 4 comma 1 d.l. 19/2020 prevede (dal 26 marzo 2020) una sanzione amministrativa<sup>4</sup> per chi viola le misure di contenimento previste

<sup>3</sup>Si veda *ex multis*, nella giurisprudenza amministrativa, T.A.R. Lazio Roma Sez. II Sent., 09-08-2011, n. 7074: *“Mentre il regolamento costituisce una vera e propria fonte normativa di natura secondaria rispetto alla legge, ai sensi dell'art. 11 delle disposizioni preliminari al codice civile, la circolare amministrativa costituisce più semplicemente l'atto attraverso il quale l'Autorità gerarchicamente sovraordinata ritiene di dover indirizzare unitariamente l'uso di un potere discrezionale da parte degli organi subordinati, sicché in materia di interpretazione di leggi le direttive circolari non hanno valore di norma esterna vincolante.*

<sup>4</sup>L'art. 4 prevede: *“1. Salvo che il fatto costituisca reato, il mancato rispetto delle misure di contenimento di cui all'articolo 1, comma 2, individuate e applicate con i provvedimenti adottati ai sensi dell'articolo 2, comma 1, ovvero dell'articolo 3, è punito con la sanzione amministrativa del pagamento di una somma da euro 400 a euro 3.000 e non si applicano le sanzioni contravvenzionali previste dall'articolo 650 del codice penale o da ogni altra disposizione di legge attributiva di poteri per ragioni di sanità, di cui all'articolo 3, comma 3. Se il mancato rispetto delle predette misure avviene mediante l'utilizzo di un veicolo le sanzioni sono aumentate fino a un terzo.*

*2. Nei casi di cui all'articolo 1, comma 2, lettere i), m), p), u), v), z) e aa), si applica altresì la sanzione amministrativa accessoria della chiusura dell'esercizio o dell'attività da 5 a 30 giorni.*

*3. Le violazioni sono accertate ai sensi della legge 24 novembre 1981, n. 689; si applicano i commi 1, 2 e 2.1 dell'articolo 202 del decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285, in materia di pagamento in misura ridotta. Le sanzioni per le violazioni delle misure di cui all'articolo 2, comma 1, sono irrogate dal Prefetto. Le sanzioni per le violazioni delle misure di cui all'articolo 3 sono irrogate dalle autorità che le hanno disposte. Ai relativi procedimenti si applica l'articolo 103 del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18.*

dall'art. 1 comma 2 del medesimo decreto<sup>5</sup> e, al comma 3 afferma che *“Le violazioni sono accertate ai sensi della legge 24 novembre 1981, n. 689”*.

La Direttiva del Ministero prevede che attraverso l'autocertificazione ex artt. 46 e 47 dpr 445/2000 il cittadino possa giustificare le ragioni del suo spostamento con onere della prova a suo carico<sup>6</sup>.

4. All'atto dell'accertamento delle violazioni ci cui al comma 2, ove necessario per impedire la prosecuzione o la reiterazione della violazione, l'autorità procedente può disporre la chiusura provvisoria dell'attività o dell'esercizio per una durata non superiore a 5 giorni. Il periodo di chiusura provvisoria è scomputato dalla corrispondente sanzione accessoria definitivamente irrogata, in sede di sua esecuzione.

5. In caso di reiterata violazione della medesima disposizione la sanzione amministrativa è raddoppiata e quella accessoria è applicata nella misura massima.

6. Salvo che il fatto costituisca violazione dell'articolo 452 del codice penale o comunque più grave reato, la violazione della misura di cui all'articolo 1, comma 2, lettera e), è punita ai sensi dell'articolo 260 del regio decreto 27 luglio 1934, n. 1265, Testo unico delle leggi sanitarie, come modificato dal comma 7.

7. Al comma 1 dell'articolo 260 del regio decreto 27 luglio 1934, n. 1265, Testo unico delle leggi sanitarie, le parole «con l'arresto fino a sei mesi e con l'ammenda da lire 40.000 a lire 800.000» sono sostituite dalle seguenti: «con l'arresto da 3 mesi a 18 mesi e con l'ammenda da euro 500 ad euro 5.000».

8. Le disposizioni del presente articolo che sostituiscono sanzioni penali con sanzioni amministrative si applicano anche alle violazioni commesse anteriormente alla data di entrata in vigore del presente decreto, ma in tali casi le sanzioni amministrative sono applicate nella misura minima ridotta alla metà. Si applicano in quanto compatibili le disposizioni degli articoli 101 e 102 del decreto legislativo 30 dicembre 1999, n. 507.

9. Il Prefetto, informando preventivamente il Ministro dell'interno, assicura l'esecuzione delle misure avvalendosi delle Forze di polizia e, ove occorra, delle Forze armate, sentiti i competenti comandi territoriali. Al personale delle Forze armate impiegato, previo provvedimento del Prefetto competente, per assicurare l'esecuzione delle misure di contenimento di cui agli articoli 1 e 2 è attribuita la qualifica di agente di pubblica sicurezza.”

<sup>5</sup>L'art. 1 comma 2 del decreto legge 19/2020 prevede: “2. Ai sensi e per le finalità di cui al comma 1, possono essere adottate, secondo principi di adeguatezza e proporzionalità al rischio effettivamente presente su specifiche parti del territorio nazionale ovvero sulla totalità di esso, una o più tra le seguenti misure:

a) limitazione della circolazione delle persone, anche prevedendo limitazioni alla possibilità di allontanarsi dalla propria residenza, domicilio o dimora se non per spostamenti individuali limitati nel tempo e nello spazio o motivati da esigenze lavorative, da situazioni di necessità o urgenza, da motivi di salute o da altre specifiche ragioni;”

<sup>6</sup>La Direttiva 14606 del 8.3.2020 del Ministero degli Interni ha previsto in proposito quanto segue: *“Premesso che viene, comunque, fatto salvo il diritto al rientro nel territorio del comune di residenza, di domicilio o di dimora degli interessati, va qui evidenziato che l'onere di dimostrare la sussistenza delle situazioni che consentono la possibilità di spostamento incombe sull'interessato. Nella logica di responsabilizzazione dei singoli, cui si è fatto sopra cenno, si ritiene che tale onere potrà essere assolto producendo un'autodichiarazione ai sensi degli artt. 46 e 47 del D.P .R. 28 dicembre 2000, n. 445, che potrà essere resa anche seduta stante attraverso la compilazione dei moduli appositamente predisposti in dotazione agli operatori delle Forze di polizia e della Forza pubblica. Va comunque evidenziato che la veridicità delle autodichiarazioni potrà essere verificata ex post. Stante comunque il richiamato senso di responsabilità dei singoli cittadini, si osserva che il mancato rispetto degli obblighi di cui al citato provvedimento, è assistito dalla sanzione prevista dall'art. 650 c.p., per l'inosservanza dei provvedimenti dell'Autorità, qualora naturalmente il fatto non concretizzi più grave reato. A questo proposito, al fine di fornire al pubblico un'informazione non solo corretta ma quanto più esaustiva possibile, il personale operante provvederà anche a rendere edotti gli interessati circa il fatto che le più gravi conseguenze sul piano penale di un comportamento, anche solo colposo, non conforme alle previsioni*

Si rammenta, (riportando in nota il testo integrale delle due norme) che gli artt. 46 e 47 DPR 445/2000 disciplinano le “Dichiarazioni sostitutive di certificazioni” e le “Dichiarazioni sostitutive dell'atto di notorietà”.<sup>78</sup>

*del d.P.C.M. possono portare a configurare ipotesi di reato, quali quelle di cui all' art. 452 c.p. ( delitti colposi contro la salute pubblica).”*

<sup>7</sup>Articolo 46 (R) Dichiarazioni sostitutive di certificazioni

1. Sono comprovati con dichiarazioni, anche contestuali all'istanza, sottoscritte dall'interessato e prodotte in sostituzione delle normali certificazioni i seguenti stati, qualità personali e fatti:

- a) data e il luogo di nascita;
- b) residenza;
- c) cittadinanza;
- d) godimento dei diritti civili e politici;
- e) stato di celibe, coniugato, vedovo o stato libero;
- f) stato di famiglia;
- g) esistenza in vita;
- h) nascita del figlio, decesso del coniuge, dell'ascendente o discendente;
- i) iscrizione in albi, in elenchi tenuti da pubbliche amministrazioni;
- l) appartenenza a ordini professionali;
- m) titolo di studio, esami sostenuti;
- n) qualifica professionale posseduta, titolo di specializzazione, di abilitazione, di formazione, di aggiornamento e di qualificazione tecnica;
- o) situazione reddituale o economica anche ai fini della concessione dei benefici di qualsiasi tipo previsti da leggi speciali;
- p) assolvimento di specifici obblighi contributivi con l'indicazione dell'ammontare corrisposto;
- q) possesso e numero del codice fiscale, della partita IVA e di qualsiasi dato presente nell'archivio dell'anagrafe tributaria;
- r) stato di disoccupazione;
- s) qualità di pensionato e categoria di pensione;
- t) qualità di studente;
- u) qualità di legale rappresentante di persone fisiche o giuridiche, di tutore, di curatore e simili;
- v) iscrizione presso associazioni o formazioni sociali di qualsiasi tipo;
- z) tutte le situazioni relative all'adempimento degli obblighi militari, ivi comprese quelle attestate nel foglio matricolare dello stato di servizio;
- aa) di non aver riportato condanne penali e di non essere destinatario di provvedimenti che riguardano l'applicazione di misure di sicurezza e di misure di prevenzione, di decisioni civili e di provvedimenti amministrativi iscritti nel casellario giudiziale ai sensi della vigente normativa;
- bb) di non essere a conoscenza di essere sottoposto a procedimenti penali;
- bb-bis) di non essere l'ente destinatario di provvedimenti giudiziari che applicano le sanzioni amministrative di cui al decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231;
- cc) qualità di vivenza a carico;
- dd) tutti i dati a diretta conoscenza dell'interessato contenuti nei registri dello stato civile;
- ee) di non trovarsi in stato di liquidazione o di fallimento e di non aver presentato domanda di concordato. (R)

<sup>8</sup>Articolo 47 (R) Dichiarazioni sostitutive dell'atto di notorietà

1. L'atto di notorietà concernente stati, qualità personali o fatti che siano a diretta conoscenza dell'interessato è sostituito da dichiarazione resa e sottoscritta dal medesimo con la osservanza delle modalità di cui all'articolo 38. (R)

2. La dichiarazione resa nell'interesse proprio del dichiarante può riguardare anche stati, qualità personali e fatti relativi ad altri soggetti di cui egli abbia diretta conoscenza. (R)

## 6. La lesione del diritto di difesa attraverso il meccanismo dell'autocertificazione.

**6.1.** Se la violazione delle misure di contenimento comporta la sanzione amministrativa alla quale si applica la legge 689/1981, si tratta di operare una qualificazione di tali giustificazioni alla luce di tale normativa, che agli artt. 1-12 prevede i principi generali dell'illecito amministrativo.

A mio avviso tali giustificazioni possono qualificarsi o come "*esercizio di facoltà legittime*" che, ai sensi dell'art. 4 legge 689/1981 escludono la responsabilità per l'illecito amministrativo<sup>9</sup>, o come cause speciali di esclusione della punibilità dal medesimo illecito.

3. Fatte salve le eccezioni espressamente previste per legge, nei rapporti con la pubblica amministrazione e con i concessionari di pubblici servizi, tutti gli stati, le qualità personali e i fatti non espressamente indicati nell'articolo 46 sono comprovati dall'interessato mediante la dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà. (R)

4. Salvo il caso in cui la legge preveda espressamente che la denuncia all'Autorità di Polizia Giudiziaria è presupposto necessario per attivare il procedimento amministrativo di rilascio del duplicato di documenti di riconoscimento o comunque attestanti stati e qualità personali dell'interessato, lo smarrimento dei documenti medesimi è comprovato da chi ne richiede il duplicato mediante dichiarazione sostitutiva. (R)

Articolo 38 (L-R) Modalità di invio e sottoscrizione delle istanze

1. Tutte le istanze e le dichiarazioni da presentare alla pubblica amministrazione o ai gestori o esercenti di pubblici servizi possono essere inviate anche per fax e via telematica. (L)

2. Le istanze e le dichiarazioni inviate per via telematica, vi comprese le domande per la partecipazione a selezioni e concorsi per l'assunzione, a qualsiasi titolo, in tutte le pubbliche amministrazioni, o per l'iscrizione in albi, registri o elenchi tenuti presso le pubbliche amministrazioni, sono valide se effettuate secondo quanto previsto dall'articolo 65 del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82. (L)

3. Le istanze e le dichiarazioni sostitutive di atto di notorietà da produrre agli organi della amministrazione pubblica o ai gestori o esercenti di pubblici servizi sono sottoscritte dall'interessato in presenza del dipendente addetto ovvero sottoscritte e presentate unitamente a copia fotostatica non autenticata di un documento di identità del sottoscrittore. La copia fotostatica del documento è inserita nel fascicolo. La copia dell'istanza sottoscritta dall'interessato e la copia del documento di identità possono essere inviate per via telematica; nei procedimenti di aggiudicazione di contratti pubblici, detta facoltà è consentita nei limiti stabiliti dal regolamento di cui all'articolo 15, comma 2 della legge 15 marzo 1997, n. 59. (L)

3-bis. Il potere di rappresentanza per la formazione e la presentazione di istanze, progetti, dichiarazioni e altre attestazioni nonché per il ritiro di atti e documenti presso le pubbliche amministrazioni e i gestori o esercenti di pubblici servizi può essere validamente conferito ad altro soggetto con le modalità di cui al presente articolo.

<sup>9</sup>Art. 4 Legge 689/1981 prevede: Non risponde delle violazioni amministrative chi ha commesso il fatto nell'adempimento di un dovere o nell'esercizio di una facoltà legittima ovvero in stato di necessità o di legittima difesa.

Se la violazione è commessa per ordine dell'autorità, della stessa risponde il pubblico ufficiale che ha dato l'ordine.

I comuni, le province, le comunità montane e i loro consorzi, le istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza (IPAB), gli enti non commerciali senza scopo di lucro che svolgono attività socio-assistenziale e le istituzioni sanitarie operanti nel Servizio sanitario nazionale ed i loro amministratori non rispondono delle sanzioni

6.2. Dal momento che si tratta di circostanze che escludono la responsabilità per l'illecito amministrativo, la loro allegazione e deduzione da parte del cittadino rappresenta l'esercizio del diritto di difesa nell'ambito di un controllo amministrativo, che può sfociare nella contestazione di un illecito amministrativo.

Il diritto di difesa è garantito dall'art. 24 Cost. ed in questa fattispecie è regolato secondo le forme e le garanzie previsti dagli artt. 13 – 18 della legge 689/1981<sup>10</sup>.

6.3. Alla luce di questa considerazione mi pare veramente arduo che una direttiva ministeriale possa dettare una modalità di esercizio del diritto di difesa in funzione integrativa e/o correttiva rispetto a quanto previsto dalla legge, suggerendo l'applicazione del meccanismo dell'autocertificazione che, oltretutto, appare strumento strutturalmente inidoneo a fornire le giustificazioni previste dall'art. 1 comma 2 d.l. 19/2020.

Le giustificazioni previste dall'art. 1 comma 2 d.l. 19/2020 (se non per spostamenti individuali limitati nel tempo e nello spazio o motivati da esigenze lavorative, da situazioni di necessità o urgenza, da motivi di salute o da altre specifiche ragioni) non sembrano sussumibili nelle categorie previste dagli artt. 46 e 47 dpr 445/2000 per le seguenti ragioni.

Gli artt. 46 e 47 DPR 445/2000 prevedono, rispettivamente, la disciplina di dichiarazioni sostitutive di certificazioni elencate nel medesimo art. 46 e di atti di notorietà.

Le giustificazioni previste dall'art. 1 comma 2 d.l. 19/2020 non sembrano essere né certificazioni né atti di notorietà e quindi, a livello logico e strutturale, non si comprende come possano essere attestate con dichiarazioni sostitutive.

Tali giustificazioni non sono certificazioni e difatti non rientrano e non sono neppure riconducibili a nessuna delle ipotesi previste dall'art. 46 DPR 445/2000 con conseguente sua inapplicabilità.

---

amministrative e civili che riguardano l'assunzione di lavoratori, le assicurazioni obbligatorie e gli ulteriori adempimenti, relativi a prestazioni lavorative stipulate nella forma del contratto d'opera e successivamente riconosciute come rapporti di lavoro subordinato, purché esaurite alla data del 31 dicembre 1997.

<sup>10</sup>Si veda, ampiamente, sul diritto di difesa del trasgressore nell'illecito amministrativo: Cass. civ. Sez. I, 27-11-2003, n. 18114 (rv. 568495); T.A.R. Piemonte Torino Sez. II, 11-03-2019, n. 264; Cass. civ. Sez. II Sent., 10-03-2016, n. 4725 (rv. 639147); Cass. civ. Sez. II Sent., 04-05-2011, n. 9790 (rv. 617642).

Tali giustificazioni non sembrano neppure assimilabili agli atti di notorietà di cui all'art. 47 DPR 445/2000.

L'atto di notorietà (o atto notorio) è l'atto, pubblico, con il quale una persona (deponente) rende una dichiarazione, in presenza di più testimoni o di altri deponenti, attorno a uno o più fatti giuridici notoriamente conosciuti da tali persone (ed eventualmente da una cerchia più vasta).

L'art. 47 DPR 445/200 prevede: "1. L'atto di notorietà concernente *stati, qualità personali o fatti che siano a diretta conoscenza dell'interessato* è sostituito da dichiarazione resa e sottoscritta dal medesimo con la osservanza delle modalità di cui all'articolo 38."

Gli stati, le qualità e i fatti oggetto di un atto notorio (e quindi nella dichiarazione sostitutiva del medesimo) riguardano elementi statici che già esistono e precedono (si sono già compiuti e verificati) il momento di formazione dell'atto ed all'avvenuta attestazione dei quali l'ordinamento giuridico ricollega il verificarsi di un effetto giuridico a favore dell'interessato.

Le giustificazioni di cui all'art. 1 comma 2 d.l. 19/2020 non sembrano essere né stati, né qualità personali, né fatti che siano a diretta conoscenza dell'interessato, nel senso sopra descritto. Infatti, non si vede come possano essere ricondotte a "*stati, qualità personali o fatti che siano a diretta conoscenza dell'interessato*" le seguenti giustificazioni che hanno tutte ad oggetto rappresentazioni di fatti non già certi e verificatisi nel passato ma semplicemente un fatto in itinere che si sta svolgendo nel momento del controllo di polizia. E valga il vero, solo a titolo esemplificativo:

- l'attestazione di limitatezza dello spostamento nel tempo e nello spazio: il cittadino è chiamato ad attestare impropriamente quali erano le proprie intenzioni di spostamento e non già un fatto ma una valutazione opinabile sul concetto di limitatezza;

- l'attestazione che lo spostamento individuale è motivato da esigenze lavorative: anche qui il cittadino è chiamato ad attestare impropriamente quali erano le proprie intenzioni di spostamento e non già fatti, bensì "esigenze" lavorative che poi vengono rimesse alla valutazione discrezionale della polizia;

- l'attestazione che lo spostamento individuale è motivato da situazioni di necessità o urgenza: anche qui il cittadino è chiamato ad attestare impropriamente quali erano le proprie intenzioni di spostamento ed una valutazione (e non un fatto) opinabile sul concetto di necessità o urgenza;

- l'attestazione che lo spostamento individuale è motivato da motivi di salute: anche qui il cittadino è chiamato ad attestare impropriamente quali erano le proprie

intenzioni di spostamento ed una valutazione (e non un fatto) opinabile sul concetto di “motivi di salute”;

- l’attestazione che lo spostamento individuale è motivato da altre specifiche ragioni: anche qui il cittadino è chiamato ad attestare impropriamente quali erano le proprie intenzioni di spostamento e non già fatti bensì “altre specifiche ragioni” che vengono rimesse alla totale valutazione discrezionale della polizia.

Pertanto, gli artt. 46 e 47 DPR 445/2000 non sembrano strutturalmente applicabili alle giustificazioni previste dall’art. 1 comma 2 d.l. 19/2020.

**6.4.** Lo strumento dell’autocertificazione non solo non è previsto dalla legge come modalità di esercizio del diritto di difesa ma, anzi è palesemente in contrasto con l’essenza più intima di tale diritto.

Il diritto della parte di difendersi comprende il diritto a mentire (a cui fa riflesso il potere del giudice di non crederle). Non si vede come la difesa possa esplicitarsi attraverso la dichiarazione sostitutiva di un atto di notorietà che, al contrario, prevede un obbligo sanzionato penalmente di dire la verità in capo al soggetto che la rende.

Il meccanismo della difesa a me sembra incompatibile con il suo esercizio attraverso l’atto di notorietà.

Non è sostenibile che un soggetto che vanta un interesse oppositivo (sia esso legittimo o un diritto soggettivo) nei confronti dell’amministrazione a non vedersi applicare una sanzione amministrativa debba esercitare il suo diritto di difesa attraverso l’autocertificazione.

E se così fosse gli effetti diverrebbero paradossali: perché due sono le ipotesi: o la difesa è fondata e allora l’autocertificazione sarà da ritenersi vera; o la difesa è infondata e allora il cittadino vedrà applicarsi la sanzione amministrativa e (forse anche quella penale), finendo punito due volte per lo stesso fatto, ed in sede penale solo per essersi legittimamente difeso dicendo cose non vere.

**6.5.** In definitiva, mi sembra che la direttiva ministeriale, nella parte in cui suggerisce di sottoporre ai cittadini i moduli per l’autocertificazione, si ponga in insanabile contrasto sia con le garanzie previste dalla legge 689/1981 e, sia, soprattutto con il diritto di difesa di cui all’art. 24 Cost..

In sostanza attraverso l'autocertificazione si trasformano quelle che sono legittime deduzioni difensive di una parte (che possono ben essere menzognere, poiché la parte non ha un obbligo di dire la verità) in dichiarazioni sostitutive di atti di notorietà sanzionabili penalmente ai sensi dell'art. 76 DPR 445/2000, e questo francamente non mi pare accettabile.<sup>11</sup>

Per queste ragioni si auspica che venga rimossa la sottoposizione ai cittadini dei moduli di autocertificazione per garantire loro le garanzie che sono previste dalla legge 689/1981 come espressamente sancito dall'art. 4 comma 3 d.l. 19/2020

7. Una volta fatto ciò il procedimento da seguire per l'accertamento dell'illecito amministrativo, alla luce della legge 689/1981, pare essere il seguente.

La polizia procede al controllo del cittadino che si sta spostando ed effettua tutti gli accertamenti ritenuti opportuni, ai sensi dell'art. 13 della legge 689/1981.

Tali accertamenti saranno documentati attraverso un verbale ed è all'interno di tale verbale che il cittadino, se ritiene, potrà illustrare le cause di giustificazione previste dall'art. 1 comma 2 del d.l. 19/2020, oppure potrà farlo successivamente, nelle forme previste dall'art. 18 legge 689/1981, ma in ogni caso, non certo attraverso il meccanismo dell'autocertificazione.

Qualora la polizia ritenga di contestare l'illecito potrà farlo, nell'immediatezza, nelle modalità previste dall'art. 14 legge 689/1981.

Successivamente, come previsto dall'art. 17 legge 689/1981: *“il funzionario o l'agente che ha accertato la violazione, deve presentare rapporto, con la prova delle eseguite contestazioni o notificazioni, all'ufficio periferico cui sono demandati attribuzioni e compiti del Ministero nella cui competenza rientra la materia alla quale si riferisce la violazione o, in mancanza, al prefetto.”*

Infine, l'art. 18 legge 689/1981 prevede che: *“Entro il termine di trenta giorni dalla data della contestazione o notificazione della violazione, gli interessati possono far pervenire*

---

<sup>11</sup>Articolo 76 Norme penali.

1. Chiunque rilascia dichiarazioni mendaci, forma atti falsi o ne fa uso nei casi previsti dal presente testo unico è punito ai sensi del codice penale e delle leggi speciali in materia.

2. L'esibizione di un atto contenente dati non più rispondenti a verità equivale ad uso di atto falso.

3. Le dichiarazioni sostitutive rese ai sensi degli articoli 46 e 47 e le dichiarazioni rese per conto delle persone indicate nell'articolo 4, comma 2, sono considerate come fatte a pubblico ufficiale.

4. Se i reati indicati nei commi 1, 2 e 3 sono commessi per ottenere la nomina ad un pubblico ufficio o l'autorizzazione all'esercizio di una professione o arte, il giudice, nei casi più gravi, può applicare l'interdizione temporanea dai pubblici uffici o dalla professione e arte.

*all'autorità competente a ricevere il rapporto a norma dell'art. 17 scritti difensivi e documenti e possono chiedere di essere sentiti dalla medesima autorità.*

*L'autorità competente, sentiti gli interessati, ove questi ne abbiano fatto richiesta, ed esaminati i documenti inviati e gli argomenti esposti negli scritti difensivi, se ritiene fondato l'accertamento, determina, con ordinanza motivata, la somma dovuta per la violazione e ne ingiunge il pagamento, insieme con le spese, all'autore della violazione ed alle persone che vi sono obbligate solidalmente; altrimenti emette ordinanza motivata di archiviazione degli atti comunicandola integralmente all'organo che ha redatto il rapporto."*

# L'INTERESSE NAZIONALE TRA (PRESUNTA) SCOMPARSA E NUOVE PROPOSTE DI FORMALE REINTRODUZIONE

Luca Maria Tonelli\*

**ABSTRACT** [ITA]: Scopo del presente articolo è quello di dimostrare la perdurante attualità del tema dell'interesse nazionale, che, apparentemente scomparso a seguito della Riforma del Titolo V del 2001, è ancora presente nella nostra Carta costituzionale, soprattutto grazie all'opera interpretativa della Corte costituzionale. A conferma dell'attualità del tema è la presentazione di una proposta di revisione costituzionale, a firma dei senatori Parrini e Pinotti, volta a introdurre la "clausola di supremazia". Di questo d.d.l. cost. verranno analizzati le finalità, le criticità e gli eventuali punti di contatto con il potere sostitutivo del Governo ex art. 120 Cost. Infine, si cercherà di argomentare sulla non necessità di introdurre una simile clausola, considerato che – già allo stato attuale – il Legislatore centrale possiede gli strumenti per poter far valere l'interesse nazionale.

**ABSTRACT** [ENG]: *The essay in exam has the aim to demonstrate the continuing actuality of the national interest. Apparently disappeared after the Reform of the Title V in 2001, the national interest still has an important role in our Constitution, above all as the result of the interpretative work of the Constitutional Court. The presentation of a recent proposal of constitutional review, with the aim to introduce the "Supremacy Clause", signed by the Senators Parrini and Pinotti, constitutes the evidence of its actuality. This essay analyses the abovementioned constitutional reform proposal, comprehensive of the aims, the criticalities and all the possible points of connection with the substitutive power of the Government, envisaged by the art. 120 of the Constitution. In conclusion, the essay tries to argue that the denial of the Supremacy Clause could be the best option, considered that – as it is – the legislator has all the tools to assert the national interest.*

---

\* Cultore della materia in Diritto costituzionale presso l'Università degli Studi di Foggia.

**SOMMARIO:** **1.** Il ruolo del principio autonomistico nella Costituzione italiana. – **2.** Il baluardo a tutela e garanzia dell'unità e indivisibilità nella Repubblica delle autonomie: l'interesse nazionale. L'art. 5 Cost. come chiave di volta del sistema delle autonomie territoriali. – **3.** La (presunta) scomparsa dell'interesse nazionale nel "nuovo" Titolo V. – **4.** L'interesse nazionale: un'espressione dai margini incerti. – **5.** La "clausola di supremazia" in una recente proposta di revisione costituzionale. – **6.** Un confronto tra il potere sostitutivo del Governo ex art. 120 Cost. e la "clausola di supremazia" presente nel d.d.l. cost. AS 1825. – **7.** Una riflessione conclusiva: la non necessarietà della "clausola di supremazia".

## **1. Il ruolo del principio autonomistico nella Costituzione italiana.**

Il tema dell'interesse nazionale rappresenta ormai un classico<sup>1</sup> del costituzionalismo italiano e che, in quanto tale, risulta sempre di grande attualità<sup>2</sup>, soprattutto in questo frangente storico, segnato (ancora) dalla diffusione del contagio da virus Sars-CoV-2.

Nella nostra Carta costituzionale un ruolo di fondamentale importanza assume il principio autonomistico<sup>3</sup>. Tale principio, infatti, si ricollega agli altrettanto fondamentali principi della sovranità popolare e del pluralismo politico, istituzionale e sociale, che costituiscono – se così può dirsi – il cuore pulsante della nostra Carta costituzionale. Già, perché le autonomie territoriali rappresentano, da un lato, «la faccia interna della sovranità dello Stato», «un modo d'essere della Repubblica»<sup>4</sup> – come è stato fatto notare a suo tempo – o, ancora, – più di recente – «un modo di

<sup>1</sup> Che porta con sé anche l'inesauribilità delle interpretazioni su quel dato argomento. Cfr., emblematicamente, I. CALVINO, *Italiani vi esorto ai classici*, in *L'Espresso*, 28 giugno 1981, pp. 58-88.

<sup>2</sup> Sulla reintroduzione dell'interesse nazionale varie sono state le proposte di revisione costituzionale post-2001: si v., ad esempio, quanto previsto dall'art. 2 del d.d.l. cost. AS 3520, presentato alla fine della XVI Legislatura; dall'art. 31 del d.d.l. cost. AS 1429-D (AC 2613-D), il cosiddetto d.d.l. cost. Renzi-Boschi, respinto poi dal corpo elettorale il 4 dicembre 2016 e, da ultimo, il d.d.l. cost. AS 1825, di iniziativa dei senatori Parrini e Pinotti, presentato il 22 maggio 2020.

<sup>3</sup> Sul principio autonomistico e Costituzione si v. D. GRANARA, *Il principio autonomistico nella Costituzione italiana*, Torino, 2018.

<sup>4</sup> Così G. BERTI, *Art. 5*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione. Principi fondamentali*, Bologna-Roma, 1975, p. 286.

organizzare [...] la sovranità popolare»<sup>5</sup> e, dall'altro, uno strumento posto a garanzia del pluralismo<sup>6</sup> politico, istituzionale e sociale, ovvero sia costituiscono «sedi di contropotere politico su base territoriale»<sup>7</sup> rispetto al livello centrale, di cui le Regioni sono la massima espressione.

La scelta di valorizzare le autonomie, termine che – come già sostenuto da autorevole e risalente parte della dottrina<sup>8</sup> – va sempre aggettivato, ha avuto delle implicazioni sul 'grado' di autonomia riconosciuta alle Regioni<sup>9</sup> e delle ripercussioni sull'ordinamento giuridico. La creazione delle Regioni ha rappresentato, in effetti, una scommessa all'interno del dibattito nella Costituente<sup>10</sup>: quella per cui possono aversi enti territoriali sub-statali in grado di darsi, nell'ambito dei limiti delineati dalla Costituzione, un autonomo indirizzo politico e – soprattutto – di essere titolari della potestà legislativa<sup>11</sup>, che rimangono – comunque – subordinati rispetto allo Stato (o meglio, alla Repubblica).

<sup>5</sup> M. PEDRAZZA GORLERO, *Le fonti dell'ordinamento repubblicano*, Milano, 2010, p. 167. Si v., anche, quanto mirabilmente sostenuto da A. BARBERA, *Regioni e interesse nazionale*, Milano, 1973, p. 219, il quale afferma che «fra le varie forme organizzatorie attraverso cui il popolo esercita la propria sovranità, oltre che allo Stato-persona, sono da annoverare Regioni, Comuni, Province».

<sup>6</sup> Pluralismo ricavabile, in primo luogo, dal disposto dell'art. 2 Cost., al cui novero delle formazioni sociali pubbliche possono essere ricondotti tutti gli enti menzionati nell'art. 114 Cost.: così A. VIGNUDELLI, *Diritto costituzionale*, Torino, 2018, p. 106. Cfr., anche, L. RONCHETTI, *L'autonomia e le sue esigenze*, Milano, 2018, p. 158.

<sup>7</sup> R. BIN, *Sette anni di riforme, ma i nodi rimangono irrisolti*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, n. 3-4/2003, p. 551.

<sup>8</sup> Si v. M.S. GIANNINI, *Autonomia (saggio sui concetti di autonomia)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 4/1951, pp. 851-883 e T. MARTINES, *Studio sull'autonomia politica delle Regioni in Italia*, *ivi*, n. 1/1956, pp. 100-190.

<sup>9</sup> In Assemblea costituente si evidenziò come la Regione sia stata l'innovazione più importante introdotta dalla Costituzione, definita da M. RUINI, *Relazione al progetto di Costituzione della Repubblica italiana*, in *Atti dell'Assemblea Costituente. Progetto di Costituzione della Repubblica*, vol. I, Roma, 1947, pp. 13-14, come «zona intermedia ed indispensabile tra la Nazione e i Comuni». Qualifica, efficacemente, la nostra forma di Stato in senso verticale come «Stato sociale delle autonomie» G. BERTI, *Art. 5*, cit., p. 285.

<sup>10</sup> Questo punto è stato messo in luce da A. MITROTTI, *L'interesse nazionale nell'ordinamento italiano*, Napoli, 2020, pp. 23-24.

<sup>11</sup> Sull'importanza dell'attribuzione costituzionale alle Regioni della potestà legislativa si v. P. VIRGA, *La Regione*, Milano, 1949, p. 10 ss., il quale ritiene che tale attribuzione rappresenta il discrimine tra «enti autonomi» e «enti autarchici». Quanto alle tipologie di potestà legislativa è bene ricordare come alle Regioni a statuto ordinario vennero attribuite la competenza ripartita e quella integrativa delegata, mentre – invece – alle Regioni a statuto speciale vennero attribuite anche la potestà piena (o primaria) e la competenza integrativa istituzionalizzata.

## 2. Il baluardo a tutela e garanzia dell'unità e indivisibilità nella Repubblica delle autonomie: l'interesse nazionale. L'art. 5 Cost. come chiave di volta del sistema delle autonomie territoriali.

Ed è proprio al fine di garantire l'unità e l'indivisibilità della Repubblica, sia pure all'interno di un disegno costituzionale improntato a valorizzare profondamente le autonomie, che venne alla luce, pena il rischio dello sfaldamento e della disintegrazione dello Stato stesso<sup>12</sup>, il limite dell'interesse nazionale. Un limite, questo, espressamente menzionato nella Costituzione prima della Riforma del Titolo V del 2001 agli artt. 117 e 127 Cost., che rinviene il proprio fondamento non tanto nelle appena richiamate disposizioni costituzionali, quanto – piuttosto – nell'art. 5 Cost.<sup>13</sup>, ove – accanto al principio della promozione delle autonomie locali – compare lo speculare ed ineliminabile principio unitario della Repubblica.

L'art. 5 Cost., dunque, nella sua complessa formulazione, cerca di far convivere due principi (apparentemente) antitetici, mettendo bene in evidenza una 'tensione'<sup>14</sup>, che non può non esserci in qualunque Stato a base decentrata: l'unità, da un lato, e l'autonomia, dall'altro<sup>15</sup>. Anzi, si potrebbe dire che questa tensione rappresenta un tratto caratterizzante degli Stati a base decentrata<sup>16</sup>.

Per descrivere il modo in cui, poi, le due frapposte esigenze (unitarie e autonomistiche) vennero contemperate e bilanciate nell'impianto costituzionale originario, si può impiegare quella fortunata espressione che Carl Schmitt utilizzò per riferire le diverse sfaccettature che, pur presenti all'interno della Chiesa cattolica, non ne intaccano affatto l'unità complessiva che di questa appare esteriormente: si tratta della «*complexio oppositorum*»<sup>17</sup>. A conferma di questa impostazione, è

<sup>12</sup> Cfr. A. D'ATENA, *Diritto regionale*, Torino, 2019, p. 21.

<sup>13</sup> Così A. D'ATENA, *Legge regionale (e provinciale)*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, 1973, pp. 995 ss.; ID., *L'autonomia legislativa delle Regioni*, Roma, 1974, p. 17 ss. e R. BIN, *Legge regionale*, in *Dig. disc. pubbl.*, IX, Torino, 1974, p. 173 ss. Nella giurisprudenza costituzionale si v. la sent. n. 177 del 1988. L'importanza che l'art. 5 Cost. assume nell'impianto costituzionale ha fatto sì che il valore ad esso sotteso sia stato annoverato tra i principi supremi dell'ordinamento costituzionale, come tali insuscettibili di essere modificati o sovvertiti neppure da una legge di revisione costituzionale.

<sup>14</sup> Di una «tensione che è nelle cose» parla, espressamente, L. RONCHETTI, *L'autonomia e le sue esigenze*, cit., p. 270.

<sup>15</sup> Una riprova di questa 'tensione' è data dalle «oscillazioni costanti che avvengono all'interno degli Stati decentrati, attraverso movimenti pendolari di allargamento e di compressione delle autonomie»: così A. REPOSO, *Profili dello Stato autonomico. Federalismo e regionalismo*, Torino, 2005, p. 91.

<sup>16</sup> A. D'ATENA, *Diritto regionale*, cit., p. 21.

<sup>17</sup> Si v. C. SCHMITT, *Cattolicesimo romano e forma politica*, trad. it. a cura di C. Galli, Bologna, 2010, p. 15 s.

sufficiente osservare come la competenza legislativa ripartita, la quale assegnava – e assegna ancora oggi, in base all’art. 117, comma 3, Cost. – allo Stato la determinazione dei principi fondamentali della materia, lasciando alle Regioni la disciplina di “svolgimento”, realizzi perfettamente – come ricostruito in una brillante tesi dottrinale<sup>18</sup> – quel bilanciamento fra le esigenze dell’unitarietà della Repubblica con quelle delle autonomie, pervenendo ad una ‘sintesi’ tra interessi così diversi, cui l’art. 5 Cost. fa riferimento.

A garanzia dell’unità e indivisibilità della Repubblica, bisogna ricordare che, nel previgente Titolo V, l’interesse nazionale era presente in due diverse declinazioni<sup>19</sup>. Da un lato, infatti, l’interesse nazionale si atteggiava come limite sostanziale, inteso come limitazione generale per le leggi regionali; dall’altro, come limite procedurale, inteso sia come presupposto di legittimità, che avrebbe dovuto operare quale limitazione delle competenze legislative attribuite alle Regioni, sia come limite di merito politico, che avrebbe dovuto essere attivato dal Governo della Repubblica davanti al Parlamento, ma che in realtà si è trasformato in limite di legittimità, anch’esso sindacabile dalla Corte costituzionale<sup>20</sup>.

### **3. La (*presunta*) scomparsa dell’interesse nazionale nel “nuovo” Titolo V.**

A seguito della Riforma del Titolo V della Parte II della Costituzione, operata con la L. cost. n. 3 del 2001, per mezzo della quale è stato espunto (formalmente) il riferimento esplicito all’interesse nazionale, occorre domandarsi se esso possa dirsi ancora presente nel Titolo V, sia pure in forme diverse, oppure no.

Ad avvalorare la risposta affermativa al quesito contribuiscono diverse ricostruzioni ermeneutiche e dottrinali.

In primo luogo, come sottolineato da una parte della dottrina, un ruolo fondamentale lo continua a giocare l’art. 5 Cost., il quale – come si è visto *supra* – permette «di poter affermare che l’interesse nazionale è pur sempre presente in

<sup>18</sup> La tesi in questione è stata formulata da A. D’ATENA, *L’autonomia legislativa delle Regioni*, cit., p. 17.

<sup>19</sup> A. MITROTTI, *L’interesse nazionale nell’ordinamento italiano*, cit., p. 48.

<sup>20</sup> Sul punto si rinvia a V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. II, Padova, 1978, p. 106.

quanto sotteso al principio dell'unità della Repubblica e che può esser fatto valere nei confronti della legislazione delle Regioni [...] come limite negativo alle stesse»<sup>21</sup>.

In secondo luogo, vale la considerazione per cui in qualsiasi Stato a base decentrata non può non esserci una "clausola"<sup>22</sup>, una "valvola di sicurezza"<sup>23</sup>, che riconduca ad unità le diverse istanze proprie delle autonomie territoriali, garantendo, in questo modo, l'altro ed ineliminabile principio unitario.

Ragionando in questi termini ben può dirsi che, pur non essendo più testualmente presente nell'attuale versione della Carta costituzionale, ciò non significa che l'interesse nazionale non si possa manifestare in altre e diverse forme<sup>24</sup>. Per rendere meglio il concetto si potrebbe affermare, utilizzando il titolo di un articolo di Manganiello, che «l'interesse nazionale scompare nel testo... ma resta nel contesto»<sup>25</sup> o ancora, per riprendere le parole di Barbera, che «l'interesse nazionale, cacciato dalla porta nel testo del Titolo V, è rientrato dalla finestra»<sup>26</sup>.

Si tratta ora di capire come lo Stato possa perseguire e far valere gli interessi unitari nei confronti delle autonomie regionali.

Occorre notare, preliminarmente, che si deve soprattutto all'opera interpretativa e "creativa" della Corte costituzionale se l'interesse nazionale è ancora oggi presente, sia pure in altre forme, all'interno della Costituzione<sup>27</sup>.

Due sono le clausole di flessibilità, individuate dalla giurisprudenza costituzionale, che consentono di ovviare al rigido riparto di competenze legislative delineato dall'art. 117 Cost., permettendo, in tal modo, al legislatore statale di intervenire in materie che la Costituzione assegna alla competenza legislativa

<sup>21</sup> C. ROSSANO, *I lavori pubblici nel quadro della l. cost. n. 3 del 2001*, in *Riv. trim. appalti*, n. 3/2002, p. 8.

<sup>22</sup> A. BALDASSARRE, *Audizione*, in SENATO DELLA REPUBBLICA – XIV LEGISLATURA. I COMMISSIONE PERMANENTE AFFARI COSTITUZIONALI, *Indagine conoscitiva sugli effetti nell'ordinamento delle revisioni del Titolo V della Parte II della Costituzione*, 2° Resoconto stenografico, Seduta di mercoledì 24 ottobre 2001, p. 13.

<sup>23</sup> L. PALADIN, *Relazione*, in N. OCCHIOCUPO (a cura di), *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale. Bilancio di vent'anni di attività*, Bologna, 1978, p. 265.

<sup>24</sup> Così, tra i molti, R. TOSI, *A proposito dell'interesse nazionale*, in *Quad. cost.*, n. 1/2002, p. 86.

<sup>25</sup> F. MANGANIELLO, *L'interesse nazionale scompare nel testo... ma resta nel contesto. Una rassegna dei problemi*, in *Le Regioni*, n. 1-2/2012, pp. 57-99.

<sup>26</sup> A. BARBERA, *La polverizzazione delle materie regionali e la (oramai necessaria) clausola di supremazia*, in *Le Regioni*, n. 2-3/2001.

<sup>27</sup> Concetto che si può riassumere nel titolo di un articolo di A. D'ATENA: *La Consulta parla... e il Titolo V entra in vigore*, in *Giur. cost.*, n. 3/2002, p. 2027 ss.

concorrente e a quella residuale delle Regioni<sup>28</sup>: le cd. materie trasversali<sup>29</sup> e l'“attrazione in sussidiarietà”<sup>30</sup>. A queste due, una parte della dottrina aggiunge anche la previsione di cui all'art. 120, comma 2, Cost., concernente il potere sostitutivo del Governo, sostenendo che tale organo ben possa sostituirsi, in casi straordinari, pure al legislatore regionale in ambiti di materie a quest'ultimo affidati dalla Carta costituzionale, adottando atti aventi forza di legge<sup>31</sup>.

Quanto alla prima clausola di flessibilità del riparto di competenze, ovvero le cd. materie trasversali, è necessario osservare come nel secondo e nel terzo comma dell'art. 117 Cost. vi siano materie, le quali, anziché individuare l'oggetto della competenza legislativa, identificano piuttosto gli scopi che mediante esse debbono essere di volta in volta perseguiti.

In virtù di tale caratteristica, atti legislativi dello Stato adottati in tali “materie” «possono legittimamente incidere su oggetti disparati (assoggettati ad eterogenei regimi competenziali)»<sup>32</sup>, appropriandosi di settori normativi che spetterebbero, in teoria, alla competenza concorrente o residuale delle Regioni. In altri termini, l'art. 117, ai commi 2 e 3, Cost. «ricomprende una serie di “materie” che, più che tali, costituiscono delle vere e proprie “funzioni”, suscettibili di essere esercitate trasversalmente, anche in settori e materie che, alla luce della riforma, appartengono

---

<sup>28</sup> Come nota, tra i tanti, F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, Padova, 2009, p. 288. Cfr., più di recente, anche M. RUOTOLO, *Le autonomie territoriali*, in F. MODUGNO (a cura di), *Diritto pubblico*, Torino, 2019, pp. 587-588, nonché R. BIFULCO, *Diritto costituzionale*, Torino, 2020, p. 302 e pp. 307-308.

<sup>29</sup> Tali sono considerate dalla giurisprudenza costituzionale e dalla dottrina prevalente le materie di cui al secondo comma dell'art. 117 Cost., alla lett. e) [tutela della concorrenza], alla lett. m) [determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti la tutela dei diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale] e alla lett. s) [tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali]. A queste se ne possono aggiungere anche alcune indicate nel terzo comma del suddetto articolo, come ad es. la materia “governo del territorio” e quella della “tutela della salute”. Su quest'ultime si cfr., anche, A. MITROTTI, *op. ult. cit.*, pp. 131-132. Sulle cd. materie trasversali si v., *ex multis*, Corte cost., sentt. n. 282 del 2002, n. 407 del 2002, n. 14 del 2004, n. 320 del 2004, n. 322 del 2009, n. 10 del 2010, n. 207 del 2012, n. 2 del 2014, n. 98 del 2017 e n. 250 del 2018. Definisce tale categoria di materie come “materie-non materie”, A. D'ATENA, *La Consulta parla... e il Titolo V entra in vigore*, cit., p. 2027 ss.; ID., *Diritto regionale*, cit., p. 164 ss. Parla, invece, di “materie smaterializzate”, F. BENELLI, *La “smaterializzazione” delle materie. Problemi teorici ed applicativi del nuovo Titolo V della Costituzione*, Milano, 2006.

<sup>30</sup> Su questa seconda “clausola di flessibilità” del riparto delle competenze legislative, cfr. Corte cost., sentt. n. 303 del 2003 e n. 6 del 2004.

<sup>31</sup> Sull'ammissibilità di poteri sostitutivi del Governo in via legislativa si avrà modo di tornare in seguito.

<sup>32</sup> A. D'ATENA, *Diritto regionale*, cit., p. 165.

oramai alla competenza legislativa concorrente o esclusiva delle Regioni (Corte cost., sent. 407/2002)»<sup>33</sup>.

Pertanto, grazie al modo in cui sono state formulate tali materie e alla loro capacità di incidere “trasversalmente” in materie di spettanza regionale, si può affermare che l’interesse nazionale sia ancora oggi presente nel testo costituzionale<sup>34</sup>. Si dice, infatti, che esso sia stato mediante queste “positivizzato”<sup>35</sup>. La conseguenza di questa “positivizzazione” dell’interesse nazionale sta in ciò: che esso si è trasformato da “formula magica”, amplissima e indefinita<sup>36</sup>, in delle formule lessicali che, seppur ampie, ne circoscrivono e ne individuano, comunque, il campo d’azione<sup>37</sup>.

L’altro elemento di flessibilità che opera nel riparto delle competenze legislative tra lo Stato e le Regioni è la cd. attrazione in sussidiarietà<sup>38</sup>. Come noto, pur attribuendo ai Comuni una competenza amministrativa generale, l’art. 118, comma 1, Cost. permette che funzioni amministrative possano essere spostate ad un livello

<sup>33</sup> Così N. ZANON, *Introduzione: l’assetto delle competenze legislative di Stato e Regioni dopo la revisione del Titolo V della Costituzione*, in N. ZANON – A. CONCARO (a cura di), *L’incerto federalismo. Le competenze statali e regionali nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 2005, p. 4.

<sup>34</sup> V., per tutti, F. LEOTTA, *La competenza legislativa nei sistemi autonomisti. Dalla crisi della sovranità all’affermarsi della sussidiarietà*, Milano, 2007, p. 290.

<sup>35</sup> Di “positivizzazione” dell’interesse nazionale nell’art. 117 Cost. ha parlato espressamente G. FALCON, *Modello e “transizione” nel nuovo Titolo V della Parte seconda della Costituzione*, in *Le Regioni*, n. 6/2001, p. 1270. Dedicano un paragrafo alla “positivizzazione” dell’interesse nazionale anche P. CARETTI – G. TARLI BARBIERI, *Diritto regionale*, Torino, 2016, p. 84.

<sup>36</sup> In questo senso si v., anche, P. CARETTI – G. TARLI BARBIERI, *op. loc. ult. cit.* e A. MITROTTI, *op. ult. cit.*, p. 137.

<sup>37</sup> Si è parlato, a tal proposito, anche di “tipizzazione” dell’interesse nazionale. Cfr. A. ANZON DEMMIG, *Il difficile avvio della giurisprudenza costituzionale sul nuovo Titolo V della Costituzione*, in *Giur. cost.*, n. 1/2003, p. 1149 ss.

<sup>38</sup> Sulla cd. attrazione in sussidiarietà si v., *ex plurimis*, A. RUGGERI, *Il parallelismo “redivivo” e la sussidiarietà legislativa (ma non regolamentare ...) in una storica (e, però, solo in parte soddisfacente) pronuncia*, in *Forum di Quad. Cost.*, 29 ottobre 2003; G. SCACCIA, *Le competenze legislative sussidiarie e trasversali*, in *Dir. pubbl.*, n. 2/2004, p. 461 ss.; L. VIOLINI, *I confini della sussidiarietà: potestà legislativa “concorrente”, leale collaborazione e “strict scrutiny”*, in *Le Regioni*, n. 2-3/2004, p. 587 ss.; O. CHESSA, *Sussidiarietà ed esigenze unitarie: modelli giurisprudenziali e modelli teorici a confronto*, *ivi*, n. 4/2004, p. 941 ss.; M. CECCHETTI, *Le intese tra Stato e Regioni su atti necessari. Come preservare il valore della “codecisione paritaria” evitandone gli effetti perversi*, *ivi*, n. 4/2004, p. 1044 ss.; A. MORRONE, *Lo Stato regionale: dalla giustizia costituzionale alla politica*, in *Quad. cost.*, n. 2/2006, pp. 351- 356; A. ANZON DEMMIG, *Istanze di unità e istanze autonomistiche nel “secondo regionalismo”: le sentenze nn. 303 del 2003 e 14 del 2004 della Corte costituzionale e il loro seguito*, in *Le Regioni*, n. 4-5/2008, p. 779 ss.; L. VANDELLI, *Esigenze unitarie e prospettive dinamiche della delimitazione delle competenze: qualche nota a margine delle sentenze nn. 303/2003 e 14/2004 della Corte costituzionale*, *ivi*, n. 4- 5/2008, p. 883 ss.; F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, *cit.*, pp. 289-290; P. CARETTI – G. TARLI BARBIERI, *Diritto regionale*, *cit.*, p. 89 ss.; A. MITROTTI, *La chiamata in sussidiarietà come meccanismo di recupero dell’interesse nazionale in materia di politica economica*, in *Riv. giur. AmbienteDiritto.it*, 16 aprile 2018, e M. RUOTOLO, *Le autonomie territoriali*, *cit.*, p. 587.

istituzionale superiore, qualora lo richiedano esigenze di carattere unitario, sempreché ciò avvenga nel rispetto dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza. Quello che, però, l'art. 118, comma 1, Cost. non spiega è a chi compete la disciplina legislativa delle funzioni amministrative così riallocate<sup>39</sup>. La Corte costituzionale, per risolvere questo dilemma, ha affermato, nella celebre sent. n. 303 del 2003, che lo spostamento al livello statale della funzione amministrativa attrae al medesimo livello di governo la relativa competenza legislativa, determinando in tal modo un effetto di trascinamento<sup>40</sup>. Ciò è richiesto, secondo la Corte, dal principio di legalità, il quale – come noto – esige che le funzioni amministrative debbano trovare il proprio fondamento in previe norme giuridiche. In realtà, a ben vedere, l'effetto di trascinamento della competenza legislativa al medesimo livello istituzionale dove deve essere esercitata la corrispondente funzione amministrativa dovrebbe trovare la sua ragion d'essere nelle esigenze di carattere unitario della funzione e non nel principio di legalità, dal momento che questo sarebbe soddisfatto anche da leggi regionali. Al contrario, la disciplina di funzioni conferite all'Amministrazione statale per assicurare l'esercizio unitario, le quali necessitano di *un'unica* normativa, non potrebbe essere certamente soddisfatta mediante 20 normative regionali diverse<sup>41</sup>. Si noti, fra l'altro, che la stessa locuzione «esercizio unitario», impiegata dal comma 1 dell'art. 118 Cost., evoca proprio quella formula lessicale apparentemente espunta dal Titolo V nel 2001: l'«interesse nazionale».

È bene, comunque, ricordare che la Corte costituzionale ha condizionato lo spostamento delle funzioni amministrative al raggiungimento di un'intesa tra lo Stato e le Regioni, in ossequio al principio di leale collaborazione<sup>42</sup>. Se questo è apprezzabile, meno apprezzabile è la scelta del momento in cui è collocato il principio dell'intesa, collocato «a valle» del procedimento legislativo statale<sup>43</sup>. La Consulta ha, infatti, ribadito che «a proposito dell'esercizio della funzione legislativa [...] non è individuabile un fondamento costituzionale dell'obbligo di adottare

<sup>39</sup> Così A. D'ATENA, *op. ult. cit.*, p. 174.

<sup>40</sup> *Ibidem*

<sup>41</sup> Dello stesso avviso A. D'ATENA, *op. loc. ult. cit.*

<sup>42</sup> V., ancora, A. D'ATENA, *Diritto regionale*, cit., pp. 175-176.

<sup>43</sup> Tranne per quanto concerne la delegazione legislativa. In questi casi, la giurisprudenza costituzionale subordina l'esercizio del potere legislativo delegato alla formulazione di un parere o al raggiungimento di un'intesa con le Regioni in sede di Conferenza Stato-Regioni o di Conferenza unificata. Si v. Corte cost., sent. n. 251 del 2016.

procedure collaborative atte a condizionare la funzione legislativa»<sup>44</sup>. Pertanto, «la giurisprudenza costituzionale – per compensare “a valle” ciò che non sarebbe possibile “a monte” – ha crescentemente richiesto (a pena di illegittimità costituzionale delle disposizioni prescriventi la chiamata in sussidiarietà legislativa) che il legislatore contempra insieme alla ragionevole e proporzionata disciplina degli interessi pubblici alla base dell’esercizio delle funzioni amministrative sussidiariamente ‘attratte’ anche degli idonei strumenti collaborativi ‘strutturalmente’ necessari a: “ ‘compensare’ adeguatamente le Regioni [e gli Enti locali] per il *vulnus* inferto alla loro autonomia”»<sup>45</sup>.

Comunque, alla luce di quanto qui detto, si può certamente concludere che «l’interesse nazionale, apparentemente espunto dall’ordinamento, in realtà deve considerarsi tutt’ora presente in base ad una lettura sistematica e coordinata delle norme costituzionali»<sup>46</sup>. Non pare, dunque, di potersi condividere l’idea di quanti in dottrina hanno paragonato la persistenza dell’interesse nazionale, nell’attuale testo costituzionale, alla mitologica figura dell’“araba fenice”<sup>47</sup>, dal momento che tale figura presuppone una precedente e certa scomparsa e una altrettanto certa rinascita dello stesso. Invero, l’interesse nazionale non sembra mai scomparso davvero dall’ordinamento costituzionale: piuttosto, esso si è “trasformato” in due clausole di flessibilità del riparto delle competenze legislative, che ne hanno reso più sicuri e inquadrabili gli ambiti di intervento.

#### **4. L’interesse nazionale: un’espressione dai margini incerti.**

Giunti a questo punto della trattazione sull’interesse nazionale, è opportuno fare un passo indietro e chiedersi che cosa si celi dietro questa locuzione. Che sia un’espressione tutt’altro che chiara ne è consapevole la stessa Corte costituzionale, la quale nella sent. n. 177 del 1988 ha affermato che «a differenza di tutti gli altri limiti costituzionalmente posti all’autonomia legislativa delle Regioni (o Province autonome), l’interesse nazionale non presenta affatto un contenuto astrattamente

<sup>44</sup> Così Corte cost., sent. n. 387 del 2007, punto 4.1 del *Considerato in diritto*.

<sup>45</sup> A. MITROTTI, *op. ult. cit.*, p. 234.

<sup>46</sup> A. VIGNUDELLI, *Diritto costituzionale*, cit., p. 288.

<sup>47</sup> Come fanno sia S. BUDELLI, *L’araba fenice dell’interesse nazionale ed il principio di supremazia*, in ID., *Dinamismi centripeti del multilivello solidale*, Torino, 2007, pp. 75-81, sia A. MITROTTI, *L’interesse nazionale nell’ordinamento italiano*, cit., p. 364 ss.

predeterminabile né sotto il profilo sostanziale né sotto quello strutturale»<sup>48</sup>. Anzi è sembrata essere ben conscia che «si tratt[+] di un concetto dal contenuto elastico e relativo, che non si può racchiudere in una definizione generale dai confini netti e chiari. Come ogni nozione dai margini incerti o mobili, che acquista un significato concreto soltanto in relazione al caso da giudicare, l'interesse nazionale può giustificare interventi del legislatore statale di ordine tanto generale e astratto quanto dettagliato e concreto [...]»<sup>49</sup>.

Per provare a dare una risposta al quesito che apre questo paragrafo, appare utile richiamare le varie tesi dottrinali formulate negli anni Sessanta e Settanta del secolo scorso.

Due sono gli orientamenti dottrinali formatisi su cosa debba intendersi per interesse nazionale.

Da un lato, vi sono coloro che hanno ricondotto l'interesse nazionale all'indirizzo politico espressione della contingente maggioranza politica<sup>50</sup>. In particolare alcuni autori, più drasticamente, hanno ritenuto che ogni possibile conflitto con l'interesse nazionale, determinato da un diverso indirizzo politico del legislatore regionale, data la subalternità della legge regionale rispetto a quella statale, deve necessariamente risolversi in favore del legislatore statale<sup>51</sup>; altri, invece, hanno ritenuto – più cautamente – che il legislatore statale avrebbe dovuto sindacare esclusivamente quelle leggi regionali che perseguissero l'attuazione di indirizzi politici capaci di «apportare grave turbamento agli indirizzi di politica generale dello Stato»<sup>52</sup>.

Di diverso avviso sono coloro che hanno interpretato l'interesse nazionale in maniera del tutto sganciata dall'indirizzo politico, sussumendolo piuttosto «a quei supremi valori [...] che valgono ad identificare la nazione italiana e ad unire tutti gli

---

<sup>48</sup> Corte cost., sent. n. 177 del 1988, punto 2.4.1 del *Considerato in diritto*.

<sup>49</sup> *Ibidem*

<sup>50</sup> Si v., *ex multis*, M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Studi sulla potestà legislativa delle Regioni*, Milano, 1961, p. 201 ss.; ID., *Considerazioni sul rapporto fra leggi regionali e legge statale secondo la Costituzione*, Milano, 1957, p. 86 ss.; C. MORTATI, *L'interesse nazionale come limite della legislazione regionale esclusiva*, in *Studi in onore di E. Crosa*, Tomo II, Milano, 1960, p. 1282 ss. e ID., *Istituzioni di diritto pubblico*, tomo II, Padova, 1976, p. 944 ss.; S. BARTHOLINI, *Rapporti fra i supremi organi regionali*, Padova, 1961, p. 348 ss. e ID., *Interesse nazionale e competenza delle Regioni nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Padova, 1967, p. 1 ss.; A. D'ATENA, *L'autonomia legislativa delle Regioni*, cit., p. 117 ss.

<sup>51</sup> Così M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Studi sulla potestà legislativa delle Regioni*, cit., p. 190 ss. Dello stesso avviso, S. BARTOLE, *Supremazia e collaborazione nei rapporti tra Stato e Regioni*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1971, p. 34 ss.

<sup>52</sup> C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, tomo II, Padova, 1969, p. 1305.

italiani ad un comune patrimonio spirituale»<sup>53</sup>. Pertanto, con l'espressione interesse nazionale, in base a questa dottrina, si vuole indicare l'insieme di quei valori su cui si fonda l'unità della Repubblica «non normativizzati e immanenti nella comunità»<sup>54</sup> ovvero un «elemento portante della costituzione materiale»<sup>55</sup>.

È, ad avviso di chi scrive, questa seconda interpretazione dell'interesse nazionale ad apparire come più rispondente all'impianto costituzionale, dal momento che è nell'art. 5 Cost. che trova fondamento il principio supremo dell'unità ed indivisibilità della Repubblica, di cui l'interesse nazionale rappresenta una manifestazione; principio, che – per l'appunto – si estrinseca concretamente in quei fini e quei valori su cui si poggia la nostra Carta costituzionale, corrispondenti alla cd. costituzione materiale<sup>56</sup>.

## 5. La “clausola di supremazia” in una recente proposta di revisione costituzionale

Che il tema dell'interesse nazionale sia ancora attuale nel nostro sistema costituzionale lo dimostrano le varie proposte di modifica dell'art. 117 Cost. susseguitesesi nel tempo<sup>57</sup>, volte a “reintrodurre” – seppur con formule linguistiche diverse – un simile congegno.

A tal riguardo appare interessante il d.d.l. cost. AS 1825 di iniziativa dei senatori Perrini e Pinotti, presentato il 22 maggio 2020<sup>58</sup>.

---

<sup>53</sup> T. MARTINES, *L'interesse nazionale come limite alle leggi regionali*, in *La regione e il governo locale*, Milano, 1965, p. 188.

<sup>54</sup> *Ivi*, p. 189.

<sup>55</sup> A. BARBERA, *Regioni e interesse nazionale*, cit., p. 98.

<sup>56</sup> *Ivi*, p. 89.

<sup>57</sup> Sui quali si rinvia alla nt. 3.

<sup>58</sup> Il d.d.l. cost. qui in esame è chiaramente ispirato all'AC 2422 di iniziativa dell'on. Stefano Ceccanti. Si riporta il testo di questa proposta: «Dopo l'art. 116 della Costituzione è inserito il seguente: “art. 116-bis. – La legge statale istituisce la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano e la Conferenza per i rapporti tra lo Stato, le città e le autonomie locali per realizzare la leale collaborazione e promuovere accordi e intese. Le Conferenze si riuniscono in sede unificata qualora siano chiamate a esprimersi su un medesimo oggetto”. All'articolo 117 della Costituzione è aggiunto, in fine, il seguente comma: “Su proposta del Governo e previo parere della Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano, la legge statale può intervenire in materie non riservate alla legislazione esclusiva quando lo richieda la tutela dell'unità giuridica o economica della Repubblica ovvero la tutela dell'interesse nazionale”».

Tale proposta, dopo aver costituzionalizzato il cd. sistema delle Conferenze<sup>59</sup>, si prefigge, all'art. 2, di introdurre una "clausola di supremazia"<sup>60</sup>, che consenta alla legge dello Stato di «disporre nelle materie non riservate alla legislazione esclusiva quando lo richiedono la tutela dell'unità giuridica o dell'unità economica della Repubblica, ovvero la tutela dell'interesse nazionale», su proposta del Governo e previo parere della Conferenza Stato-Regioni.

La scelta di voler costituzionalizzare il cd. sistema delle Conferenze sembra preludere al definitivo accantonamento di ogni proposta volta a fare del Senato, invece, una seconda Camera rappresentativa degli Enti territoriali<sup>61</sup>.

L'idea di costituzionalizzare il cd. sistema delle Conferenze non pare essere lo strumento più idoneo a controbilanciare l'introduzione di una clausola di supremazia per vari ordini di ragioni. In primo luogo, occorre non dimenticare che il procedimento che si svolge all'interno della Conferenza Stato-Regioni è caratterizzato dall'essere informale e che, pertanto, è assistito da pochissime garanzie di trasparenza, pubblicità e di salvaguardia delle minoranze, rispetto a quelle che possono essere assicurate con la creazione di una seconda Camera delle Regioni, all'interno della quale sarebbero garantiti sia la pubblicità, sia un vero dibattito<sup>62</sup>. In secondo luogo, il parere espresso in sede di Conferenza Stato-Regioni non servirebbe a compensare lo strapotere che lo Stato avrebbe nei confronti delle Regioni, dal

<sup>59</sup> L'art. 1 del d.d.l. cost. AS 1825 prevede l'introduzione – dopo l'art. 116 Cost. – dell'art. 116 *bis*, dal seguente tenore letterale: «La legge istituisce la Conferenza tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano e la Conferenza tra lo Stato, le città e le autonomie locali, per realizzare la leale collaborazione e promuovere accordi e intese tra i livelli di governo. Le Conferenze si riuniscono in sede unificata qualora siano chiamate a esprimersi su un medesimo oggetto». Sul cd. sistema delle Conferenze si v., tra i tanti, B. CARAVITA DI TORITTO, *Lineamenti di diritto costituzionale federale e regionale*, Torino, 2009, p. 110 ss.; C. TUBERTINI, *Le Regioni e il sistema delle Conferenze: riflessione sulle possibili riforme*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, n. 1-2/2012, p. 93 ss.; P. CARETTI – G. TARLI BARBIERI, *Diritto regionale*, cit., p. 424 ss. e A. D'ATENA, *Diritto regionale*, cit., p. 367.

<sup>60</sup> L'art. 2 del d.d.l. cost. AS 1825 stabilisce che «all'articolo 117 della Costituzione è aggiunto, infine, il seguente comma: "Su proposta del Governo e previo parere della Conferenza tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, la legge dello Stato può disporre nelle materie non riservate alla legislazione esclusiva quando lo richiedono la tutela dell'unità giuridica o dell'unità economica della Repubblica, ovvero la tutela dell'interesse nazionale"».

<sup>61</sup> Come osserva anche D. DE LUNGO, *Costituzionalizzazione del sistema delle conferenze e clausola di supremazia: alcuni temi e problemi del (non?) nuovo progetto di riforma costituzionale*, in *Osservatorio sulle Fonti*, n. 2/2020, p. 833.

<sup>62</sup> Dello stesso avviso sono D. DE LUNGO, *op. loc. ult. cit.* e G. DEMURO, *Audizione in merito all'A.S. 1825 – Disegno di legge costituzionale recante "Costituzionalizzazione del sistema delle Conferenze e introduzione della clausola di supremazia statale nel titolo V della parte seconda della Costituzione"* (Commissione Affari Costituzionali del Senato della Repubblica – 18 giugno 2020), in [www.senato.it](http://www.senato.it), p. 3.

momento che il parere è per sua natura (e salva diversa espressa previsione normativa) obbligatorio, ma non vincolante<sup>63</sup>. In terzo luogo, è che ad esprimere un simile parere saranno pur sempre gli Esecutivi e non gli organi legislativi regionali. Con la conseguenza che quest'ultimi non solo saranno privati di competenze legislative attraverso l'esercizio della "clausola di supremazia", ma saranno anche estromessi dall'esprimere una propria opinione in ordine all'attivazione della stessa.

A suscitare ulteriori perplessità su come è stata formulata la "clausola di supremazia" è anche la scelta di aver attribuito solo al Governo il potere di attivare tale clausola<sup>64</sup>. Non si dimentichi che l'aver assegnato un simile potere di attivazione della clausola in questione solo al Governo, vorrebbe dire che l'interesse nazionale di cui questo si fa portavoce corrisponderebbe all'indirizzo politico della maggioranza di cui l'Esecutivo stesso è espressione<sup>65</sup>. Ma ciò è incompatibile con la ricostruzione di interesse nazionale che si è fatta *supra*, perché – lo si ribadisce – con tale espressione si vuole indicare, non l'indirizzo politico contingente di una maggioranza, ma l'insieme dei valori e dei principi su cui si fonda la nostra Costituzione e che non possono essere messi a repentaglio dalle Regioni.

Ad ogni modo, in base alla previsione di cui all'art. 2 del citato d.d.l. cost., su proposta del Governo e previo parere della Conferenza Stato-Regioni, leggi statali possono intervenire in ambiti competenziali spettanti, a vario titolo, alle Regioni, qualora lo richiedano la tutela dell'unità giuridica, la tutela dell'unità economica oppure l'interesse nazionale. Ecco che ricompare "magicamente" quella locuzione amplissima che consente allo Stato di intervenire nelle materie di competenza

---

<sup>63</sup> Fra l'altro si noti come nel *Dossier* del Servizio studi del Senato della Repubblica – Ufficio ricerche sulle questioni regionali e delle autonomie locali, *Costituzionalizzazione del sistema delle Conferenze e introduzione della clausola di supremazia statale (AS 1825)*, a cura di L. Fucito e M. Frati, 2020, p. 22, disponibile al seguente link: <http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/01154601.pdf>, 2020, sia ammessa l'eventualità che il parere possa addirittura essere richiesto dopo l'avvio della discussione della proposta di legge presentata per attivare la "clausola di supremazia". Diverso sarebbe stato il discorso se si fosse previsto il raggiungimento di un'*intesa* (sia pure debole), perché maggiori sono le garanzie procedurali per le Regioni. Sulla necessità di fare chiarezza sulla natura del parere espresso dalla Conferenza Stato-Regioni si è espresso G. DEMURO, *Audizione in merito all'A.S. 1825 – Disegno di legge costituzionale recante "Costituzionalizzazione del sistema delle Conferenze e introduzione della clausola di supremazia statale nel titolo V della parte seconda della Costituzione"* (Commissione Affari Costituzionali del Senato della Repubblica – 18 giugno 2020), cit., p. 2.

<sup>64</sup> Si tenga presente che il riferimento alla proposta, e non all'iniziativa legislativa in senso tecnico, parrebbe consentire al Governo di attivare la "clausola di supremazia" anche attraverso la presentazione di emendamenti: così *Dossier* del Servizio studi del Senato della Repubblica – Ufficio ricerche sulle questioni regionali e delle autonomie locali, *op. loc. ult. cit.* e D. DE LUNGO, *Costituzionalizzazione del sistema delle conferenze e clausola di supremazia: alcuni temi e problemi del (non?) nuovo progetto di riforma costituzionale*, cit., p. 835.

<sup>65</sup> Aspetto, questo, sottolineato da G. DEMURO, *op. ult. cit.*, p. 3.

ripartita, potendo introdurre finanche una disciplina di dettaglio, e in quelle di competenza residuale delle Regioni. Si noti che tale clausola di flessibilità del riparto delle competenze legislative delineate dall'art. 117 Cost. si va ad aggiungere<sup>66</sup> – e non a sostituire – alle altre clausole che si sono precedentemente affermate: le cd. materie trasversali e l'“attrazione in sussidiarietà”. Già, perché la “clausola di supremazia” formulata in questo progetto di legge costituzionale presenta caratteristiche ontologicamente diverse sia dalle materie finalistiche di cui all'art. 117, comma 2, Cost., dal momento che quest'ultime presentano «in sé la delimitazione degli ambiti materiali su cui sono abilitate ad incidere»<sup>67</sup>, sia dalla “attrazione in sussidiarietà”, la quale richiede che la funzione amministrativa attratta al livello dello Stato necessiti di una disciplina unitaria e uniforme della stessa e continuerebbe, di conseguenza, ad operare *ex post* (e non *ex ante* come, invece, dovrebbe essere attivata la clausola di supremazia, la quale interverrebbe «con un modulo vettorialmente inverso, partendo dalla competenza legislativa»<sup>68</sup>). Pertanto, mediante una così congegnata clausola, lo Stato potrebbe ben andare oltre i limiti intrinseci delle già esistenti clausole di flessibilità del riparto competenziale<sup>69</sup>.

Di conseguenza, se tale disegno di legge dovesse diventare legge costituzionale, sarebbe del tutto evidente che l'armamentario di cui lo Stato disporrebbe per poter far valere esigenze di carattere unitario sarebbe sproporzionato, dal momento che lo stesso potrebbe – impiegando una qualsiasi di queste clausole – privare completamente le Regioni di ogni competenza legislativa, le quali – però – sono costituzionalmente riconosciute e garantite.

---

<sup>66</sup> Nello stesso senso D. DE LUNGO, *op. ult. cit.*, p. 838, il quale afferma, a proposito della “possibile convivenza” della clausola di supremazia con la “attrazione in sussidiarietà”, che «non è così scontato che questa scompaia dall'orizzonte ordinamentale: scelta che dipenderà, in ultima analisi, dall'orientamento che la Corte costituzionale intenderà assumere».

<sup>67</sup> Così, mirabilmente, A. D'ATENA, *La bozza-Monti, ovvero: la nostalgia della “clausola-vampiro”*, in ID., *Tra autonomia e neocentralismo. Verso una nuova stagione del regionalismo italiano?*, Torino, 2016, p. 304.

<sup>68</sup> Cfr. D. DE LUNGO, *op. loc. ult. cit.*

<sup>69</sup> P. CARETTI, *La potestà legislativa delle Regioni nelle proposte di riforma del Titolo V della seconda parte della Costituzione*, in *Osservatorio sulle Fonti*, n. 3/2014, p. 4, osservava – a proposito dell'allora d.d.l. cost. AS 1429-D (AC 2613-D) – che con l'introduzione di una “clausola di supremazia” «cambiano i presupposti per la sua applicazione, che diventano assai più generici e nulla hanno a che fare col principio di legalità; cambiano procedure e garanzie: niente più intesa con le Regioni, niente più obbligo di rispetto dei principi di ragionevolezza e proporzionalità».

## 6. Un confronto tra il potere sostitutivo del Governo ex art. 120 Cost. e la “clausola di supremazia” presente nel d.d.l. cost. AS 1825.

Il riferimento alla «tutela dell’unità giuridica ed economica della Repubblica» nell’art. 2 del d.d.l. cost. in esame riecheggia la formulazione di uno dei presupposti di attivazione del potere sostitutivo<sup>70</sup> che consente al Governo di sostituirsi agli organi delle Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni, contenuta nel secondo comma dell’art. 120 Cost.

Oltre che a tutela dell’unità giuridica ed economica della Repubblica, il potere sostitutivo in questione può attivarsi nei casi «di mancato rispetto di norme e trattati internazionali o della normativa comunitaria oppure di pericolo grave per l’incolumità e la sicurezza pubblica».

Si tratta di capire, ora, quanta affinità vi sia tra la “clausola di supremazia” di cui *supra* e il potere sostitutivo ex art. 120, comma 2, Cost.

---

<sup>70</sup> Sul potere sostitutivo si v., *ex multis*, G. VERONESI, *Poteri sostitutivi: recenti orientamenti*, in *Le Regioni*, n. 1/2001, p. 13 ss.; C. MAINARDIS, *I poteri sostitutivi statali: una riforma costituzionale con (poche) luci e (molte) ombre*, *ivi*, n. 6/2001, p. 1357 ss.; N. ZANON, *Decreti-legge, Governo e Regioni dopo la revisione del Titolo V della Costituzione*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it), 3 luglio 2002; G. VERONESI, *Il regime dei poteri sostitutivi alla luce del nuovo art. 120, comma 2, della Costituzione*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, n. 5/2002, p. 733 ss.; A. MOSCARINI, *Competenza e sussidiarietà nel sistema delle fonti: contributo allo studio dei criteri ordinatori del sistema delle fonti*, Padova, 2003; G. FONTANA, *I poteri sostitutivi delle Regioni tra inevitabili forzature ed evitabili incoerenze*, in *Giur. cost.*, n. 1/2004, p. 609 ss.; R. CAMELI, *Poteri sostitutivi del Governo ed autonomia costituzionale degli Enti territoriali*, *ivi*, n. 5/2004, p. 3389 ss.; G. SCACCIA, *Il potere di sostituzione in via normativa nella legge n. 131 del 2003. Prime note*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it), 2004, p. 883 ss.; M. BELLETTI, *Potere sostitutivo straordinario ed “ordinario” dopo la sentenza n. 43 del 2004. La Corte propone la quadratura del cerchio della riforma del Titolo V*, *ivi*, 2004; G. MARAZZITA, *I poteri sostitutivi fra emergency clause e assetto dinamico delle competenze*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, n. 5/2005, p. 819 ss.; L. BUFFONI, *La metamorfosi della funzione di controllo nella Repubblica delle Autonomie: saggio critico sull’art. 120, comma II, della Costituzione*, Torino, 2007; C. MAINARDIS, *Poteri sostitutivi statali e autonomia amministrativa regionale*, Milano, 2007; A. DE MICHELE, *L’art. 120 della Costituzione e il suo ruolo nella riforma del Titolo V*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, n. 5/2008, p. 623 ss.; V. TAMBURRINI, *I poteri sostitutivi statali. Tra rispetto dell’autonomia regionale e tutela del principio unitario*, Milano, 2012; M.G. PUTATURO DONATI, *Note in tema di esercizio del potere sostitutivo nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, n. 21/2014; M.R. SPASIANO, *Emergenza e poteri sostitutivi tra storia, attualità e prospettive*, in *Diritto e Società*, n. 3/2017, pp. 361-378; S. PAJNO, *I poteri sostitutivi in materia di acqua e rifiuti nella recente esperienza. Un primo bilancio*, in *Federalismi.it*, n. 9/2018 e D. CASANOVA, *Riflessioni sulla legittimità della sostituzione legislativa da parte del Governo ex art. 120 Cost. Note critiche a partire dal decreto-legge n. 86 del 2020*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, n. 3/2020.

Tutto ruota, in realtà, sulla natura del potere sostitutivo del Governo, ossia se questo sia limitato alle funzioni amministrative<sup>71</sup>, ovvero se possa spingersi fino a ricomprendere una sostituzione anche normativa<sup>72</sup>.

La formulazione della previsione costituzionale concernente il potere sostitutivo non aiuta molto, giacché sul punto tace.

Come detto, parte della dottrina ammette che il potere sostitutivo possa esplicitarsi anche in via normativa e, dunque, in particolar modo, in via legislativa, consentendo al Governo, qualora si verificassero i presupposti di cui all'art. 120, comma 2, Cost., di adottare decreti-legge<sup>73</sup>.

Nonostante le varie argomentazioni poste a sostegno di questa tesi siano state ben formulate, a parere di chi scrive, un potere sostitutivo anche normativo non pare ammissibile<sup>74</sup>. E ciò per vari ordini di motivi.

<sup>71</sup> Ammettono una sostituzione solamente in via amministrativa da parte del Governo nei confronti degli Enti territoriali indicati nell'art. 120, comma 2, Cost., tra gli altri, E. DE MARCO, *Tutela dei diritti e potere sostitutivo nel nuovo Titolo V della Costituzione*, in AA. VV., *Studi per Giovanni Motzo*, Milano, 2003, p. 174 s.; R. DICKMANN, *Osservazioni in tema di sussidiarietà e poteri sostitutivi dopo la legge cost. n. 3 del 2001 e la legislazione di attuazione*, in *Giur. cost.*, n. 1/2003, p. 502 s.; S. MANGIAMELI, *La riforma del regionalismo italiano*, Torino, 2002, p. 150 ss.; G. FALCON, *Il nuovo Titolo V della Parte seconda della Costituzione*, in *Le Regioni*, n. 1/2001, p. 12; F. BIONDI, *I poteri sostitutivi*, in N. ZANON – A. CONCARO (a cura di), *L'incerto federalismo*, Milano, 2005, p. 106 ss.; A. ANZON, *I poteri delle Regioni dopo la riforma costituzionale*, Torino, 2002, p. 217 s.; C. MAINARDIS, *I poteri sostitutivi: una riforma costituzionale con (poche) luci e (molte) ombre*, cit., p. 1387 ss.; G. SCACCIA, *Il potere di sostituzione in via normativa nella legge n. 131 del 2003. Prime note*, cit.; M. BELLETTI, *Art. 120*, in S. BARTOLE – R. BIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008, p. 1092 s.; L. ANTONINI, *La legge regionale nel sistema delle fonti, tra virtualità e realtà*, in *www.issirfa.cnr.it*, marzo 2002, § 2.2; F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, cit., p. 287 e, da ultimo, D. CASANOVA, *Riflessioni sulla legittimità della sostituzione legislativa da parte del Governo ex art. 120 Cost. Note critiche a partire dal decreto-legge n. 86 del 2020*, cit., p. 18.

<sup>72</sup> Propendono, invece, per una sostituzione anche in via legislativa M. LUCIANI, *Le nuove competenze legislative delle Regioni a statuto ordinario. Prime osservazioni sui principali nodi problematici della l. cost. n. 3 del 2001*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, n. 1/2002, p. 20 ss.; G.M. SALERNO, *La disciplina legislativa dei poteri sostitutivi tra semplificazione e complessità ordinamentale*, in AA. VV., *Il DDL la Loggia*, in *Federalismi.it*, 2002, p. 47 ss.; C. PINELLI, *I limiti generali alla potestà legislativa statale e regionale e i rapporti con l'ordinamento internazionale e con l'ordinamento comunitario*, in *Foro it.*, 2001, p. 194 ss.; P. CARETTI, *Rapporti fra Stato e Regioni: funzione di indirizzo e coordinamento e potere sostitutivo*, in *Le Regioni*, n. 6/2002, p. 1334; R. BIN, *Sulle "leggi di reazione"*, *ivi*, n. 6/2004, p. 1374 ss.; G. FONTANA, *Alla ricerca di uno statuto giuridico dei poteri sostitutivi ex art. 120, secondo comma, Cost.*, in F. MODUGNO – P. CARNEVALE (a cura di), *Nuovi rapporti Stato-Regione dopo la legge costituzionale n. 3 del 2001*, Milano, 2003, p. 93 ss. e E. GIANFRANCESCO, *Il potere sostitutivo*, in T. GROPPI – M. OLIVETTI (a cura di), *La Repubblica delle autonomie. Regioni ed enti locali nel nuovo Titolo V*, Torino, 2003, p. 237 ss.

<sup>73</sup> Si v., da ultimo, A. MITROTTI, *L'interesse nazionale nell'ordinamento italiano*, cit., p. 295.

<sup>74</sup> Nemmeno di tipo regolamentare, in quanto «L'attribuzione di una potestà regolamentare "sostitutiva" al Governo contravviene infatti alla rigida regola di riparto posta nell'art. 117, sesto comma, della Costituzione poiché consente allo Stato di intervenire in ambiti affidati alla potestà legislativa concorrente o residuale e perciò riservati dalla Costituzione al regolamento regionale»: così G. SCACCIA, *op. ult. cit.*

In primo luogo, osterebbe a tale ricostruzione interpretativa la scelta di aver affidato l'attivazione di tale potere sostitutivo al Governo<sup>75</sup>.

Se, infatti, il legislatore di revisione costituzionale del 2001 avesse voluto introdurre un potere sostitutivo anche in forma legislativa, lo avrebbe dovuto attribuire più generalmente allo Stato, come ha fatto con la previsione di cui all'art. 117, comma quinto, Cost., la quale – nel prevedere un potere sostitutivo nei confronti delle Regioni, in caso di inadempienza in ordine all'attuazione e all'esecuzione degli accordi internazionali e degli atti dell'Unione europea nelle materie di loro competenza – ha demandato al legislatore (statale) il compito di disciplinare le modalità di esercizio di tale potere<sup>76</sup>.

Sostenere, inoltre, che al Governo fosse stato assegnato il potere di sostituirsi ai Consigli regionali in via legislativa, vorrebbe dire affidare in via esclusiva ad un organo una funzione, quella legislativa appunto, che di regola non gli appartiene<sup>77</sup>. E si noti che tale attribuzione del potere di sostituzione in via legislativa al solo Governo, significherebbe che a tale organo sarebbe possibile «intervenire con decreto-legge, dove nemmeno il Parlamento potrebbe farlo» e ciò non è ammissibile

---

<sup>75</sup> Come rilevano, correttamente, S. BARTOLE – R. BIN – G. FALCON – R. TOSI, *Diritto regionale. Dopo le riforme*, Bologna, 2003, p. 218, a parere dei quali se venisse riconosciuto il potere sostitutivo nei confronti anche «degli organi *legislativi* della Regione [...] suonerebbe del tutto stonato averne attribuito il potere al Governo, anziché al Parlamento». Nel medesimo senso v., anche, G. SCACCIA, *op. ult. cit.*, che nota come «il potere sostitutivo diviene così la chiave di volta dell'intero quadro delle competenze legislative [...] con l'ulteriore aggravante che la possibilità di attivare una competenza legislativa statale derogatoria della riserva costituzionale di competenza a favore delle Regioni è affidata al Governo e non, come in Germania, alle Assemblee rappresentative»; P. CAVALERI, *Diritto regionale*, Padova, 2009, p. 192 e, più di recente, D. CASANOVA, *op. ult. cit.*, p. 6.

<sup>76</sup> Così P. COLASANTE, *Il Governo "riscrive" la legge elettorale della Regione Puglia con la doppia preferenza di genere: profili problematici dell'esercizio del potere sostitutivo sulla potestà legislativa regionale*, in *Federalismi.it*, n. 25/2020, p. 15 e D. CASANOVA, *op. loc. ult. cit.* Si noti, fra l'altro, che ad ammettere che la sostituzione *ex art.* 120, comma 2, Cost. possa avvenire nei confronti delle Regioni anche in via legislativa, si avrebbe – limitatamente alle ipotesi di mancato rispetto di norme o trattati internazionali e della normativa europea – una duplicazione della disposizione di cui all'art. 117, quinto comma, Cost. Come è stato, infatti, osservato da F. PIZZETTI, *I nuovi elementi "unificanti" del sistema costituzionale italiano*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, n. 2/2002, p. 362 ss. il comma quinto dell'art. 117 Cost. sia «per il suo contenuto che per la posizione che ha nell'ambito di una disposizione che si riferisce alla disciplina e alla ripartizione del potere legislativo e normativo dello Stato e delle Regioni [...] sembra riguardare essenzialmente gli eventuali inadempimenti da parte del potere normativo regionale», mentre, in base all'art. 120, comma 2, Cost., il potere sostitutivo ivi previsto concernerebbe «ogni attività non legislativa» (*ivi*).

<sup>77</sup> Ancora D. CASANOVA, *op. ult. cit.*, p. 7.

se si pensa che «il decreto-legge non è abilitato a superare i limiti della legge ordinaria»<sup>78</sup>.

In secondo luogo, il fatto che il potere sostitutivo del Governo è, stando sempre alla lettera del secondo comma dell'art. 120 Cost., esercitabile – senza alcuna distinzione – nei confronti di Comuni, Province, Città metropolitane e Regioni, dimostrerebbe che lo stesso non può che avere natura amministrativa, in quanto è l'unica funzione che accomuna tutti questi livelli di governo<sup>79</sup>. Difatti, la sostituzione in via legislativa da parte del Governo potrebbe avvenire solo nei confronti delle Regioni, ma il testo della disposizione costituzionale non distingue affatto la tipologia di sostituzione esperibile a seconda del livello territoriale da sostituire<sup>80</sup>.

Viceversa, sembra ammettere un possibile intervento sostitutivo in via legislativa del Governo, l'art. 8 della L. n. 131 del 2003, con il quale è stata data attuazione alla disposizione di cui all'art. 120, comma secondo, Cost., che al primo comma recita: «Nei casi e per le finalità previsti dall'articolo 120, secondo comma, della Costituzione, il Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro competente per materia, anche su iniziativa delle Regioni o degli enti locali, assegna all'ente interessato un congruo termine per adottare i provvedimenti dovuti o necessari; decorso inutilmente tale termine, il Consiglio dei ministri, sentito l'organo interessato, su proposta del Ministro competente o del Presidente del Consiglio dei ministri, adotta i provvedimenti necessari, *anche normativi*, ovvero nomina un apposito commissario. Alla riunione del Consiglio dei ministri partecipa il Presidente della Giunta regionale della Regione interessata al provvedimento»<sup>81</sup>.

---

<sup>78</sup> F. SORRENTINO, *op. ult. cit.*, pp. 287-288, *sub* nt. 79. Consapevole – comunque – dei rischi di un abuso derivante dall'utilizzo di questo potere sostitutivo mediante decreti-legge, in funzione antiregionalista, nella perdurante assenza di una seconda Camera rappresentativa degli Enti territoriali, è, pur ammettendo una simile sostituzione, E. GIANFRANCESCO, *Il potere sostitutivo*, cit., p. 240.

<sup>79</sup> Tale articolo, infatti, non sembra distinguere affatto il tipo di sostituzione da operare nei confronti dei diversi enti territoriali. In questo senso, G. VERONESI, *Il regime dei poteri sostitutivi alla luce del nuovo art. 120, comma 2, della Costituzione*, cit., p. 742, il quale sostiene che «Il fatto che il legislatore costituzionale abbia ommesso una netta differenziazione tra Regioni ed enti locali, pare conseguentemente debba essere interpretato come una chiara volontà di comune sottoposizione ad un'unica funzione sostitutiva statale di tipo amministrativo». Analogamente, C. MAINARDIS, *I poteri sostitutivi statali: una riforma costituzionale con (poche) luci e (molte) ombre*, cit., p. 1390, che sottolinea come la pluralità di enti che possono essere sostituiti «sembra quindi da interpretarsi nel senso di una comune sottoposizione ad una medesima funzione sostitutiva statale, quella appunto amministrativa» e P. CAVALERI, *op. loc. ult. cit.*

<sup>80</sup> Così D. CASANOVA, *Riflessioni sulla legittimità della sostituzione legislativa da parte del Governo ex art. 120 Cost. Note critiche a partire dal decreto-legge n. 86 del 2020*, cit., p. 7.

<sup>81</sup> Corsivo aggiunto.

E lo strumento normativo più adatto con cui il Governo può sostituirsi alle Regioni in via legislativa sembrerebbe essere, sulla base dei presupposti richiesti dall'art. 120, secondo comma, Cost., il decreto-legge<sup>82</sup>.

Quello che però appare più dubbio è come contemperare la straordinarietà, l'urgenza e la necessità dell'intervento normativo, attributi propri della decretazione d'urgenza, con l'assegnazione di un adeguato periodo di tempo che l'Esecutivo nazionale deve concedere alle Regioni per poter adempiere, richiesto dall'art. 8, primo comma, della L. n. 131 del 2003 e, prima ancora, dal principio di leale collaborazione, come stabilisce lo stesso art. 120, comma 2, Cost.<sup>83</sup>. Né appare risolutiva l'applicazione del comma 4 di tale articolo, il quale dispone che «Nei casi di assoluta urgenza, qualora l'intervento sostitutivo non sia procrastinabile senza mettere in pericolo le finalità tutelate dall'articolo 120 della Costituzione, il Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro competente, anche su iniziativa delle Regioni o degli enti locali, adotta i provvedimenti necessari, che sono immediatamente comunicati alla Conferenza Stato-Regioni o alla Conferenza Stato-Città e autonomie locali, allargata ai rappresentanti delle Comunità montane, che possono chiederne il riesame», dal momento che la richiesta da parte della Regione di un "riesame" del provvedimento adottato dal Governo non pare in linea con la natura e con la finalità del decreto-legge<sup>84</sup>, che dovendo «contenere misure di immediata applicazione»<sup>85</sup> non può essere subordinato ad una successiva valutazione, quale è il "riesame"; l'unica valutazione successiva prevista, infatti, spetta alle Camere in sede di conversione dello stesso in legge. Inoltre, è tutto da dimostrare che il principio di leale collaborazione possa essere soddisfatto con la partecipazione del Presidente della Regione interessata alla riunione del Consiglio dei ministri nella quale viene adottato il decreto-legge<sup>86</sup>. Non si dimentichi, infatti, che l'organo regionale sostituito è il Consiglio regionale, per cui dovrebbe essere tale organo ad instaurare un rapporto collaborativo con il Governo<sup>87</sup>.

<sup>82</sup> Come ritengono G.M. SALERNO, *La disciplina legislativa dei poteri sostitutivi tra semplificazione e complessità ordinamentale*, cit., p. 49 e A. MITROTTI, *op. ult. cit.*, p. 305.

<sup>83</sup> Nello stesso senso, anche, G. SCACCIA, *Il potere di sostituzione in via normativa nella legge n. 131 del 2003. Prime note*, cit. e D. CASANOVA, *op. ult. cit.*, p. 14.

<sup>84</sup> V. ancora G. SCACCIA, *op. ult. cit.* e D. CASANOVA, *op. loc. ult. cit.*

<sup>85</sup> Come prescrive l'art. 15, comma 3, della L. n. 400 del 1988.

<sup>86</sup> Questa è l'ipotesi prospettata da V. TAMBURRINI, *I poteri sostitutivi statali*, cit., 128.

<sup>87</sup> Così P. COLASANTE, *Il Governo "riscrive" la legge elettorale della Regione Puglia con la doppia preferenza di genere: profili problematici dell'esercizio del potere sostitutivo sulla potestà legislativa regionale*,

Infine, se fosse così sicuro che il potere sostitutivo *ex art.* 120, secondo comma, Cost. ricomprensca anche la sostituzione in via legislativa, non si capisce perché nelle varie legislature che si sono susseguite dal 2001, anno della Riforma del Titolo V, sono stati presentati diversi disegni di legge costituzionale volti a introdurre “clausole di supremazia”, per di più attivabili sulla base degli stessi presupposti richiesti dal suddetto articolo, dal momento che tali clausole costituirebbero un duplicato di una clausola già esistente<sup>88</sup>.

Ricapitolando, la differenza tra questi due istituti, il potere sostitutivo e la “clausola di supremazia”, sembrerebbe consistere in ciò: il potere sostitutivo da parte del Governo può interessare esclusivamente funzioni amministrative di Comuni, Province, Città metropolitane e Regioni, lo stesso è esercitabile in caso di inerzia o di non corretto adempimento e ha una efficacia territorialmente circoscritta; la “clausola di supremazia” porta all’adozione di atti legislativi, a prescindere da situazioni di inadempimento o di cattivo esercizio del potere e opera sull’intero territorio nazionale<sup>89</sup>.

Per questo, alla luce di quanto fin qui detto, non pare – in conclusione – di potersi condividere tutte le ricostruzioni che ritengono ammissibile l’esercizio, in via legislativa, del potere sostitutivo da parte del Governo nei confronti delle Regioni.

## **8. Una riflessione conclusiva: la non necessarietà di una “clausola di supremazia”.**

Come visto, l’interesse nazionale è ancora presente nel nostro ordinamento costituzionale sotto forma di due clausole di flessibilità del riparto delle competenze legislative delineato dall’art. 117 Cost.: le cd. materie trasversali e la “attrazione in sussidiarietà”.

Aggiungere a queste una “clausola di supremazia” dal tenore estremamente generico e vago – come è quella prevista nel d.d.l. cost. AS 1825 – comporterebbe il

---

cit., p. 16; M. MICHETTI, *Titolo V e Potere sostitutivo statale. Profili ricostruttivi ed applicativi*, in *Issirfa.cnr.it*, ottobre 2012, § 1.3 e D. CASANOVA, *op. ult. cit.*, p. 16.

<sup>88</sup> In questo senso, si era già espresso anche F. PALERMO, *Diagnosi errata e terapia inefficace. Le Regioni nella riforma costituzionale*, in *Forum di Quad. Cost.*, n. 1/2015, p. 7, il quale osserva che «non è dato di riscontrare un ordinamento composto in cui la stessa clausola di supremazia sia presente due volte».

<sup>89</sup> Nota queste differenze, anche, D. DE LUNGO, *Costituzionalizzazione del sistema delle conferenze e clausola di supremazia: alcuni temi e problemi del (non?) nuovo progetto di riforma costituzionale*, cit., p. 838.

serio rischio, paventato già a proposito del cd. d.d.l. cost. Renzi-Boschi, che tale clausola di supremazia possa atteggiarsi come una «clausola-vampiro, in grado di svuotare l'intero riparto costituzionale delle competenze fissato dalle altre parti dell'art. 117»<sup>90</sup>, finendo «per funzionare come un *passepourtout* per comprimere ogni tipo di autonomia regionale anche ove vi siano conflitti di natura politica tra governo nazionale e governi locali»<sup>91</sup>.

L'aggiunta della clausola di supremazia, dunque, non risponderebbe a quell'idea di interesse nazionale di cui si è parlato poco sopra<sup>92</sup>.

È vero che deve essere tutelato e salvaguardato l'interesse nazionale, ma è altrettanto vero che compito della Repubblica – come prescrive l'art. 5 Cost. – è anche quello di garantire e promuovere l'autonomia degli Enti territoriali di cui questa si compone.

Sarebbe preferibile, dunque, che lo Stato facesse un uso di questi strumenti di flessibilità in maniera tale da salvaguardare contestualmente anche l'autonomia regionale, anziché aggiungerne altri con cui perseguire l'interesse nazionale. Ad esempio, se l'introduzione di questa “clausola di supremazia” appare indispensabile per fronteggiare la perdurante situazione di emergenza, si potrebbe obiettare che già ora lo Stato ha la competenza legislativa esclusiva *ex art. 117, secondo comma, lett. h)*<sup>93</sup> e *q)*, in materia di ordine pubblico e sicurezza e in materia di profilassi internazionale, come la Corte costituzionale ha di recente confermato<sup>94</sup>. Si tratta, pertanto, innanzitutto di un problema di metodo, in quanto la Costituzione offre un ventaglio di possibilità di intervento da parte dello Stato per far fronte a queste situazioni, che forse sinora non sono state adeguatamente sfruttate.

---

<sup>90</sup> Così A. D' ATENA, *Luci e ombre della riforma costituzionale Renzi-Boschi*, in *Rivista AIC*, n. 2/2015, p. 14. Contrari sono anche G.M. SALERNO, *Il progetto di riforma costituzionale del Governo Renzi: qualche osservazione preliminare*, in *Federalismi.it*, n. 8/2014, p. 13; S. STAIANO, *Art. 5 Costituzione italiana*, Roma, 2017, p. 142 e V. ONIDA, *Perché le clausole di supremazia non servono*, in *Il Sole 24 Ore*, 27 marzo 2020. Favorevoli, invece, all'introduzione di una “clausola di supremazia” sono, *ex multis*, S. CECCANTI, *Né regioni feudo né Stato tiranno. La legge c'è, ma va completata. Il titolo V può funzionare con la clausola di supremazia*, in *Il Riformista*, 18 marzo 2020 e M. VILLONE, *La supremazia ha bisogno di finanziamenti*, in *Il Manifesto*, 4 aprile 2020.

<sup>91</sup> L. VIOLINI, *Note sulla riforma costituzionale*, in *Le Regioni*, n. 1/2015, p. 308.

<sup>92</sup> Cfr., *supra*, par. 4.

<sup>93</sup> Come suggerisce A. FORMISANO, *La gestione dell'emergenza durante il Covid-19 tra uniformismo e decentralismo. Considerazioni sull'A.S. 1825 e effetti sul regionalismo differenziato*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, n. 2/2020, p. 11.

<sup>94</sup> Il riferimento è a Corte cost., sent. n. 37 del 2021.

Nondimeno, ciò non esclude la possibilità di ipotizzare una riforma mirata e puntuale dell'art. 117 Cost.<sup>95</sup>, che si occupi essenzialmente del riparto della potestà legislativa tra lo Stato e le Regioni<sup>96</sup>, sebbene sia ormai manifesta la difficoltà politica di approvare riforme costituzionali organiche<sup>97</sup>; tuttavia, siffatta ipotesi non dovrebbe muoversi sull'onda dell'emergenza causata dalla crisi pandemica, bensì considerare adeguatamente due decenni di applicazione e di giurisprudenza relative al Titolo V novellato.

---

<sup>95</sup> Cosa che – fra l'altro – si è già verificata con l'art. 3 della L. cost. n. 1 del 2012, il quale ha spostato dalla competenza ripartita tra lo Stato e le Regioni alla competenza esclusiva statale la materia «armonizzazione dei bilanci pubblici».

<sup>96</sup> Sia consentito rinviare su questa opportunità a L.M. TONELLI, *Diritti fondamentali, emergenza e Costituzione ai tempi del Covid-19. Alcune brevi riflessioni e prospettive di necessaria riforma della Costituzione*, in *Judicium*, 31 marzo 2020, p. 5.

<sup>97</sup> Come dimostrano le “bocciature” da parte del corpo elettorale delle riforme costituzionali del 2006 e del 2016.

# LE INCOSTITUZIONALITÀ DEL DECRETO LEGGE AVENTE AD OGGETTO I VACCINI OBBLIGATORI PER IL PERSONALE SANITARIO E IL C.D. SCUDO PENALE

**Giuliano Scarselli**

*Professore Ordinario nell'Università di Siena - Avvocato*

Il Governo sta varando un decreto legge che prevede la vaccinazione obbligatoria del personale sanitario e uno scudo penale per le conseguenze pregiudizievoli da vaccino.

Il decreto, a mio sommo parere, contiene (almeno) quattro incostituzionalità che ritengo doveroso segnalare, e ciò al di là di ogni altro, possibile diverso commento.

Solo due pagine, tanto basta.

1. In primo luogo ogni trattamento sanitario obbligatorio è sotto riserva di legge rafforzata *ex art. 32 Cost.*

Ciò significa che solo il Parlamento può, se del caso, e nei limiti dello stesso art. 32 Cost e degli altri principi costituzionali, disporre una vaccinazione obbligatoria.

È chiaro che se la cosa viene fatta invece con decreto legge, e si immagina che nei sessanta giorni previsti per la conversione del decreto legge tutti gli obbligati siano sottoposti a vaccino, allora è evidente che lì si derogano gli artt. 32 e 77 Cost., perché il Governo opererebbe in una riserva di legge sottraendo il relativo potere al Parlamento, considerato che a quel punto la conversione del decreto legge da parte del Parlamento non avrebbe più senso in una materia quale questa.

2. In secondo luogo lo *scudo penale*, ovvero una legge che consenta a taluni rispetto ad altri la possibilità di commettere un delitto, è istituto inesistente nel nostro sistemagiuridico, e non ha precedenti.

Il diritto penale conosce già l'istituto delle immunità e delle cause generali di non punibilità, non altro.

Nel caso di specie, poi, non può dirsi che detto scudo sia messo a tutela dei medici e degli infermieri, poiché è evidente che medici e infermieri, nella misura in cui operino nel rispetto delle norme e protocolli, e secondo le indicazioni e/o gli ordini che vengono loro impartiti, non avrebbero comunque alcuna responsabilità penale, a prescindere dallo scudo.

Dunque lo scudo, nella sua generica formulazione che troviamo nell'art. 3 della bozza del decreto legge in circolazione, è posto a protezione non si sa di chi altro, contro ogni regola giuridica.

Anche perché, è evidente, delle due l'una: - o la vaccinazione è una normale pratica sanitaria, e allora non ha bisogno di scudi; - oppure la vaccinazione comporta dei rischi e degli imprevisti che le altre pratiche sanitarie non hanno, e allora la vaccinazione non può essere imposta.

3. In terzo luogo, la norma espressamente riconosce, seppur indirettamente, che la vaccinazione può comportare la morte o la lesione della persona, poiché infatti essa asserisce che *“per i fatti di cui agli art. 589 e 590 c.p. verificatisi a causa della somministrazione di un vaccino”*, ecc...

Dunque, se è così, e non si esclude invece in radice ogni possibile nesso eziologico tra vaccinazione e morte o lesioni, conformemente peraltro ad alcune indicazioni pervenute da AIFA, il vaccino non può essere imposto ai sensi dell'art. 32 Cost., e ciò per la stessa giurisprudenza costituzionale formatasi negli anni passati, che ha sempre, costantemente, riconosciuto che ove il vaccino possa comportare un rischio per la salute della persona sottoposta a vaccinazione, lì la vaccinazione non può che essere rimessa a scelta individuale. (così, per tutte, Corte Cost. 22 giugno 1990 n. 307; Corte Cost. 23 giugno 1994 n. 258; Corte Costituzionale 18 gennaio 2018 n. 5).

Peraltro una tale imposizione è in contrasto con la risoluzione del Consiglio di Europa n. 2361/2021 la quale vieta agli Stati di rendere obbligatoria la vaccinazione anti Covid 19 e vieta di usarla come discriminante tra lavoratori.

Si legge infatti in detta risoluzione: *“Assicurare che i cittadini siano informati che la vaccinazione non è obbligatoria e che nessuno è politicamente, socialmente o*

*altrimenti sottoposto a pressioni per farsi vaccinare; garantire che nessuno sia discriminato per non essere stato vaccinato o per non voler essere vaccinato” (punto 7.3.1. e 7.3.2.).*

4. In quarto luogo non si vede come lo Stato possa imporre il vaccino (ai sanitari) e al tempo stesso creare lo scudo con riferimento al fatto che ha imposto.

E' impensabile, infatti, che lo Stato possa da una parte obbligare il cittadino ad un trattamento sanitario e dall'altra prevedere che nessuno risponda delle conseguenze di detto obbligo.

Come può scaricarsi sull'obbligato, e non sull'obbligante, la responsabilità dell'obbligo?

Qui siamo due volte oltre i limiti dell'art. 32 Cost. poiché: a) non è possibile imporre a taluno un trattamento sanitario che possa avere dei rischi; b) e al tempo stesso, e soprattutto, non è possibile prevedere che chi ponga l'obbligo non abbia poi responsabilità per quella imposizione; in uno Stato di diritto ciò è impensabile.

Peraltro, lo scudo penale potrebbe impedire e/o complicare altresì l'azione civile di risarcimento dei danni, e singolare è che il decreto legge non faccia riferimento nemmeno al diritto all'indennizzo, considerato invece imprescindibile da numerose sentenze della Corte costituzionale in tema di vaccini (v. infatti Corte Cost. 26 febbraio 1998 n. 27; Corte Cost. 16 ottobre 2000 n. 423; Corte Cost. 26 aprile 2012 n. 107; Corte Cost. 14 dicembre 2017 n. 268; Corte Cost. 23 giugno 2020 n. 118, pronunce che hanno dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 1 della l. 25 febbraio 1992 n. 210 nella parte in cui non estende il diritto all'indennizzo a quei soggetti che abbiamo subito danni permanenti a seguito di un vaccino anche solo raccomandato dallo Stato. Ad esse si aggiungono poi le pronunce Corte Cost. 22 giugno 2000 n. 226; Corte Cost. 18 aprile 1996 n. 118; Corte Cost. 22 giugno 1990 n. 307, su tempi, modi, e forme dell'indennizzo).

## **DECRETO-LEGGE 1 aprile 2021, n. 44**

**Misure urgenti per il contenimento dell'epidemia da COVID- 19, in materia di vaccinazioni anti SARS-CoV-2, di giustizia ed i concorsi pubblici. (21G00056)**

(GU n.79 del 1-4-2021)

**Vigente al: 1-4-2021**

### **Capo I**

**Misure urgenti per il contenimento dell'epidemia da COVID-19 e in materia di vaccinazioni anti SARS-CoV-2**

IL PRESIDENTE DELLA REPUBBLICA

Visti gli articoli 77 e 87 della Costituzione;

Visti gli articoli 32 e 117, secondo e terzo comma, della Costituzione;

Visto l'articolo 16 della Costituzione, che consente limitazioni della liberta' di circolazione per ragioni sanitarie;

Visto il decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 maggio 2020, n. 35, recante «Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19»;

Visto il decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 luglio 2020, n. 74, recante «Ulteriori misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19»;

Visto il decreto-legge 28 ottobre 2020, n. 137, convertito, con modificazioni, dalla legge 18 dicembre 2020, n. 176, recante

«Ulteriori misure urgenti in materia di tutela della salute, sostegno ai lavoratori e alle imprese, giustizia e sicurezza, connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19»;

Visto il decreto-legge 14 gennaio 2021, n. 2, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 marzo 2021, n. 29, recante «Ulteriori disposizioni urgenti in materia di contenimento e prevenzione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19 e di svolgimento delle elezioni per l'anno 2021»;

Visto il decreto-legge 13 marzo 2021, n. 30, recante «Misure urgenti per fronteggiare la diffusione del COVID-19 e interventi di sostegno per lavoratori con figli minori in didattica a distanza o in quarantena»;

Visto il decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 2 marzo 2021, recante «Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 maggio 2020, n. 35, recante "Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19", del decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 luglio 2020, n. 74, recante "Ulteriori misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19", e del decreto-legge 23 febbraio 2021, n. 15, recante "Ulteriori disposizioni urgenti in materia di spostamenti sul territorio nazionale per il contenimento dell'emergenza epidemiologica da COVID-19"»;

Viste le delibere del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020, del 29 luglio 2020, del 7 ottobre 2020 e del 13 gennaio 2021, con le quali e' stato dichiarato e prorogato lo stato di emergenza sul territorio nazionale relativo al rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili;

Vista la dichiarazione dell'Organizzazione mondiale della sanità' dell'11 marzo 2020, con la quale l'epidemia da COVID-19 e' stata valutata come «pandemia» in considerazione dei livelli di diffusivita' e gravita' raggiunti a livello globale;

Considerato l'evolversi della situazione epidemiologica e il carattere particolarmente diffusivo dell'epidemia;

Ritenuta la straordinaria necessita' e urgenza di integrare il quadro delle vigenti misure di contenimento alla diffusione del predetto virus, adottando adeguate e immediate misure di prevenzione e contrasto all'aggravamento dell'emergenza epidemiologica;

Ritenuta la straordinaria necessita' ed urgenza di emanare disposizioni per garantire in maniera omogenea sul territorio nazionale le attivita' dirette al contenimento dell'epidemia e alla riduzione dei rischi per la salute pubblica, con riferimento soprattutto alle categorie piu' fragili, anche alla luce dei dati e delle conoscenze medico-scientifiche acquisite per fronteggiare l'epidemia da COVID-19 e degli impegni assunti, anche in sede internazionale, in termini di profilassi e di copertura vaccinale;

Ritenuto necessario disporre misure inderogabili per assicurare su tutto il territorio nazionale lo svolgimento delle attivita' scolastiche e didattiche dei primi gradi dell'istruzione;

Considerata la straordinaria necessita' e urgenza di accrescere e migliorare la capacita' di risposta del settore pubblico alle esigenze del Paese anche attraverso la semplificazione e la maggiore celerita' delle procedure concorsuali;

Considerata la necessita' di provvedere alla proroga e alla definizione di termini di prossima scadenza al fine

di garantire la continuita' delle funzioni amministrativa e giurisdizionale;

Considerato l'avviso espresso dal Comitato tecnico-scientifico di cui all'ordinanza del Capo del Dipartimento della protezione civile 3 febbraio 2020, n. 630, e successive modificazioni, nelle riunioni del 26 e 29 marzo 2021;

Vista la deliberazione del Consiglio dei ministri, adottata nella riunione del 31 marzo 2021;

Sulla proposta del Presidente del Consiglio dei ministri e dei Ministri della salute, della giustizia, della pubblica amministrazione e del lavoro e delle politiche sociali, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze;

Emana

il seguente decreto-legge:

**Art. 1**  
**Ulteriori misure per contenere e**  
**contrastare**  
**l'emergenzaepidemiologica da COVID-19**

1. Dal 7 aprile al 30 aprile 2021, si applicano le misure di cui al provvedimento adottato in data 2 marzo 2021, in attuazione dell'articolo 2, comma 1, del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 maggio 2020, n. 35, salvo quanto diversamente disposto dal presente decreto.

2. Dal 7 aprile al 30 aprile 2021, nelle regioni e province autonome di Trento e Bolzano i cui territori si collocano in zona gialla, ai sensi dell'articolo 1, comma 16-septies, lettera d), del decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 luglio 2020, n. 74, si applicano le misure stabilite per la zona arancione di cui

all'articolo 1, comma 16-septies, lettera b), del medesimo decreto-legge n. 33 del 2020. In ragione dell'andamento dell'epidemia, nonché dello stato di attuazione del piano strategico nazionale dei vaccini di cui all'articolo 1, comma 457, della legge 30 dicembre 2020, n. 178, con particolare riferimento alle persone anziane e alle persone fragili, con deliberazione del Consiglio dei ministri sono possibili determinazioni in deroga al primo periodo e possono essere modificate le misure stabilite dal provvedimento di cui al comma 1 nel rispetto di quanto previsto dall'articolo 1, comma 2, del decreto-legge n. 19 del 2020.

3. Resta fermo quanto disposto dall'articolo 2, comma 2, del decreto-legge n. 19 del 2020, e, fatto salvo quanto previsto dall'articolo 2, comma 1, dall'articolo 1, comma 16, del decreto-legge n. 33 del 2020.

4. Dal 7 aprile al 30 aprile 2021, le misure stabilite per la zona rossa di cui all'articolo 1, comma 16-septies, lettera c), del decreto-legge n. 33 del 2020, si applicano anche nelle regioni e province autonome di Trento e Bolzano individuate con ordinanza del Ministro della salute ai sensi dell'articolo 1, comma 16-bis, del medesimo decreto-legge n. 33 del 2020, nelle quali l'incidenza cumulativa settimanale dei contagi è superiore a 250 casi ogni 100.000 abitanti, sulla base dei dati validati dell'ultimo monitoraggio disponibile.

5. Dal 7 aprile al 30 aprile 2021, i Presidenti delle regioni e delle province autonome di Trento e Bolzano possono disporre l'applicazione delle misure stabilite per la zona rossa, nonché ulteriori, motivate, misure più restrittive tra quelle previste dall'articolo 1, comma 2, del decreto-legge n. 19 del 2020, fatto salvo quanto previsto dall'articolo 2, comma 1:

a) nelle province in cui l'incidenza cumulativa settimanale dei contagi è superiore a 250 casi ogni 100.000 abitanti;

b) nelle aree in cui la circolazione di varianti di SARS-CoV-2 determina alto rischio di diffusività o

induce malattia grave.

6. Dal 7 aprile al 30 aprile 2021, nelle regioni e province autonome di Trento e Bolzano nelle quali si applicano le misure stabilite per la zona arancione, e' consentito, in ambito comunale, lo spostamento verso una sola abitazione privata abitata, una volta al giorno, in un arco temporale compreso fra le ore 5,00 e le ore 22,00, e nei limiti di due persone ulteriori rispetto a quelle ivi gia' conviventi, oltre ai minori di anni 14 sui quali tali persone esercitino la responsabilita' genitoriale e alle persone con disabilita' o non autosufficienti conviventi. Lo spostamento di cui al presente comma non e' consentito nei territori nei quali si applicano le misure stabilite per la zona rossa.

7. La violazione delle disposizioni di cui al presente articolo e' sanzionata ai sensi dell'articolo 4 del decreto-legge n. 19 del 2020.

## **Art. 2**

### **Disposizioni urgenti per le attivita' scolastiche e didattiche delle scuole di ogni ordine e grado**

1. Dal 7 aprile al 30 aprile 2021, e' assicurato in presenza sull'intero territorio nazionale lo svolgimento dei servizi educativi per l'infanzia di cui all'articolo 2 del decreto legislativo 13 aprile 2017, n. 65, e dell'attivita' scolastica e didattica della scuola dell'infanzia, della scuola primaria e del primo anno di frequenza della scuola secondaria di primo grado. La disposizione di cui al primo periodo non puo' essere derogata da provvedimenti dei Presidenti delle regioni e delle province autonome di Trento e Bolzano e dei Sindaci. La predetta deroga e' consentita solo in casi di eccezionale e straordinaria necessita' dovuta alla presenza di focolai o al rischio estremamente elevato

di diffusione del virus SARS-CoV-2 o di sue varianti nella popolazione scolastica. I provvedimenti di deroga sono motivatamente adottati sentite le competenti autorità sanitarie e nel rispetto dei principi di adeguatezza e proporzionalità, anche con riferimento alla possibilità di limitarne l'applicazione a specifiche aree del territorio.

2. Nel medesimo periodo di cui al comma 1, nella zona rossa le attività didattiche del secondo e terzo anno di frequenza della scuola secondaria di primo grado, nonché le attività didattiche della scuola secondaria di secondo grado si svolgono esclusivamente in modalità a distanza. Nelle zone gialla e arancione le attività scolastiche e didattiche per il secondo e terzo anno di frequenza della scuola secondaria di primo grado si svolgono integralmente in presenza. Nelle medesime zone gialla e arancione le istituzioni scolastiche secondarie di secondo grado adottano forme flessibili nell'organizzazione dell'attività didattica, ai sensi degli articoli 4 e 5 del decreto del Presidente della Repubblica 8 marzo 1999, n. 275, affinché sia garantita l'attività didattica in presenza ad almeno il 50 per cento, e fino a un massimo del 75 per cento, della popolazione studentesca mentre la restante parte della popolazione studentesca delle predette istituzioni scolastiche si avvale della didattica a distanza.

3. Sull'intero territorio nazionale, resta sempre garantita la possibilità di svolgere attività in presenza qualora sia necessario l'uso di laboratori o per mantenere una relazione educativa che realizzi l'effettiva inclusione scolastica degli alunni con disabilità e con bisogni educativi speciali, secondo quanto previsto dal decreto del Ministro dell'istruzione n. 89 del 7 agosto 2020 e dall'ordinanza del Ministro dell'istruzione n. 134 del 9 ottobre 2020, garantendo comunque il collegamento telematico con gli alunni della classe che sono in didattica digitale integrata.

**Art. 3**  
**Responsabilita' penale da**  
**somministrazione del vaccino anti**  
**SARS-CoV-2**

1. Per i fatti di cui agli articoli 589 e 590 del codice penale verificatisi a causa della somministrazione di un vaccino per la prevenzione delle infezioni da SARS-CoV -2, effettuata nel corso della campagna vaccinale straordinaria in attuazione del piano di cui all'articolo 1, comma 457, della legge 30 dicembre 2020, n. 178, la punibilita' e' esclusa quando l'uso del vaccino e' conforme alle indicazioni contenute nel provvedimento di autorizzazione all'immissione in commercio emesso dalle competenti autorita' e alle circolari pubblicate sul sito istituzionale del Ministero della salute relative alle attivita' di vaccinazione.

**Art. 4**

**Disposizioni urgenti in materia di prevenzione del contagio da SARS-CoV-2 mediante previsione di obblighi vaccinali per gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario**

1. In considerazione della situazione di emergenza epidemiologica da SARS-CoV-2, fino alla completa attuazione del piano di cui all'articolo 1, comma 457, della legge 30 dicembre 2020, n. 178, e comunque non oltre il 31 dicembre 2021, al fine di tutelare la salute pubblica e mantenere adeguate condizioni di sicurezza nell'erogazione delle prestazioni di cura e assistenza, gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario che svolgono la loro attivita' nelle strutture sanitarie, sociosanitarie e socio-assistenziali, pubbliche e private, nelle farmacie, parafarmacie e negli studi professionali sono obbligati a sottoporsi a vaccinazione gratuita per la

prevenzione dell'infezione da SARS-CoV-2. La vaccinazione costituisce requisito essenziale per l'esercizio della professione e per lo svolgimento delle prestazioni lavorative rese dai soggetti obbligati. La vaccinazione e' somministrata nel rispetto delle indicazioni fornite dalle regioni, dalle province autonome e dalle altre autorità sanitarie competenti, in conformita' alle previsioni contenute nel piano.

2. Solo in caso di accertato pericolo per la salute, in relazione a specifiche condizioni cliniche documentate, attestate dal medico di medicina generale, la vaccinazione di cui al comma 1 non e' obbligatoria e puo' essere omessa o differita.

3. Entro cinque giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto, ciascun Ordine professionale territoriale competente trasmette l'elenco degli iscritti, con l'indicazione del luogo di rispettiva residenza, alla regione o alla provincia autonoma in cui ha sede. Entro il medesimo termine i datori di lavoro degli operatori di interesse sanitario che svolgono la loro attivita' nelle strutture sanitarie, sociosanitarie, socio-assistenziali, pubbliche o private, nelle farmacie, parafarmacie e negli studi professionali trasmettono l'elenco dei propri dipendenti con tale qualifica, con l'indicazione del luogo di rispettiva residenza, alla regione o alla provincia autonoma nel cui territorio operano.

4. Entro dieci giorni dalla data di ricezione degli elenchi di cui al comma 3, le regioni e le province autonome, per il tramite dei servizi informativi vaccinali, verificano lo stato vaccinale di ciascuno dei soggetti rientranti negli elenchi. Quando dai sistemi informativi vaccinali a disposizione della regione e della provincia autonoma non risulta l'effettuazione della vaccinazione anti SARS-CoV-2 o la presentazione della richiesta di vaccinazione nelle modalita' stabilite nell'ambito della campagna vaccinale in atto, la regione o la provincia autonoma, nel rispetto delle disposizioni in materia di protezione dei dati personali, segnala immediatamente all'azienda sanitaria

locale di residenza i nominativi dei soggetti che non risultano vaccinati.

5. Ricevuta la segnalazione di cui al comma 4, l'azienda sanitaria locale di residenza invita l'interessato a produrre, entro cinque giorni dalla ricezione dell'invito, la documentazione comprovante l'effettuazione della vaccinazione, l'omissione o il differimento della stessa ai sensi del comma 2, ovvero la presentazione della richiesta di vaccinazione o l'insussistenza dei presupposti per l'obbligo vaccinale di cui al comma 1. In caso di mancata presentazione della documentazione di cui al primo periodo, l'azienda sanitaria locale, successivamente alla scadenza del predetto termine di cinque giorni, senza ritardo, invita formalmente l'interessato a sottoporsi alla somministrazione del vaccino anti SARS-CoV-2, indicando le modalita' e i termini entro i quali adempiere all'obbligo di cui al comma 1. In caso di presentazione di documentazione attestante la richiesta di vaccinazione, l'azienda sanitaria locale invita l'interessato a trasmettere immediatamente e comunque non oltre tre giorni dalla somministrazione, la certificazione attestante l'adempimento all'obbligo vaccinale.

6. Decorsi i termini di cui al comma 5, l'azienda sanitaria locale competente accerta l'inosservanza dell'obbligo vaccinale e, previa acquisizione delle ulteriori eventuali informazioni presso le autorità competenti, ne dà immediata comunicazione scritta all'interessato, al datore di lavoro e all'Ordine professionale di appartenenza. L'adozione dell'atto di accertamento da parte dell'azienda sanitaria locale determina la sospensione dal diritto di svolgere prestazioni o mansioni che implicano contatti interpersonali o comportano, in qualsiasi altra forma, il rischio di diffusione del contagio da SARS-CoV-2.

7. La sospensione di cui al comma 6, è comunicata immediatamente all'interessato dall'Ordine professionale di appartenenza.

8. Ricevuta la comunicazione di cui al comma 6, il

datore di lavoro adibisce il lavoratore, ove possibile, a mansioni, anche inferiori, diverse da quelle indicate al comma 6, con il trattamento corrispondente alle mansioni esercitate, e che, comunque, non implicano rischi di diffusione del contagio. Quando l'assegnazione a

mansioni diverse non è possibile, per il periodo di sospensione di cui al comma 9, non è dovuta la retribuzione, altro compenso o emolumento, comunque denominato.

9. La sospensione di cui al comma 6 mantiene efficacia fino all'assolvimento dell'obbligo vaccinale o, in mancanza, fino al completamento del piano vaccinale nazionale e comunque non oltre il 31 dicembre 2021.

10. Salvo in ogni caso il disposto dell'articolo 26, commi 2 e 2-bis, del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 aprile 2020, n. 27, per il periodo in cui la vaccinazione di cui al comma 1 è omessa o differita e comunque non oltre il 31 dicembre 2021, il datore di lavoro adibisce i soggetti di cui al comma 2 a mansioni anche diverse, senza decurtazione della retribuzione, in modo da evitare il rischio di diffusione del contagio da SARS-CoV-2.

11. Per il medesimo periodo di cui al comma 10, al fine di contenere il rischio di contagio, nell'esercizio dell'attività libero-professionale, i soggetti di cui al comma 2 adottano le misure di prevenzione igienico-sanitarie indicate dallo specifico protocollo di sicurezza adottato con decreto del Ministro della salute, di concerto con i Ministri della giustizia e del lavoro e delle politiche sociali, entro venti giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto.

12. Dall'attuazione del presente articolo non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica.

**Art. 5**  
**Manifestazione del consenso al trattamento sanitario del vaccino antiSARS-CoV-2 per i soggetti che versino in condizioni di incapacita' naturale**

1. All'articolo 1-quinquies del decreto legge 18 dicembre 2020, n. 172, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 gennaio 2021, n. 6, sono apportate le seguenti modificazioni:

a) nella rubrica, le parole «ricoverati presso strutture sanitarie assistenziali» sono soppresse;

b) dopo il comma 2, e' inserito il seguente: «2-bis. Quando la persona in stato di incapacita' naturale non e' ricoverata presso strutture sanitarie assistenziali o presso analoghe strutture, comunque denominate, le funzioni di amministratore di sostegno, al solo fine della prestazione del consenso di cui al comma 1, sono svolte dal direttore sanitario della ASL di assistenza o da un suodelegato.»;

c) al comma 3, le parole «individuato ai sensi dei commi 1 e 2» sono sostituite dalle seguenti: «individuato ai sensi dei commi 1, 2 e 2-bis» e, dopo la parola «ricoverata», sono inserite le seguenti: «o della persona non ricoverata di cui al comma 2-bis»;

d) al comma 5, le parole «presupposti di cui ai commi 1, 2 e 3» sono sostituite dalle seguenti: «presupposti di cui ai commi 1, 2, 2-bis e 3» e, dopo le parole «dalla direzione della struttura in cui l'interessato e' ricoverato», sono aggiunte le seguenti: «o, per coloro che non siano ricoverati in strutture sanitarie assistenziali o altre strutture, dal direttore sanitario dell'ASL di assistenza»;

e) al comma 7, primo periodo, le parole «ai sensi del comma 2, a mezzo di posta elettronica certificata, presso la struttura dove la persona e' ricoverata», sono sostituite dalle seguenti: «ai sensi dei commi 2 e 2-bis, a mezzo di posta elettronica certificata, presso

la struttura dove la persona e' ricoverata ovvero, nel caso di persona non ricoverata ai sensi del comma 2-bis, presso l'ASL di assistenza».

## **Capo II**

### **Disposizioni urgenti concernenti termini in materia di giustizia, di lavoro, di rendicontazione del Servizio sanitario regionale nonche' per il rinnovo degli organi degli ordini professionali**

#### **Art. 6**

##### **Misure urgenti per l'esercizio dell'attivita' giudiziaria nell'emergenza pandemica da COVID-19**

1. Al decreto-legge 28 ottobre 2020 n. 137, convertito, con modificazioni, dalla legge 18 dicembre 2020, n. 176, sono apportate le seguenti modificazioni:

a) all'articolo 23, comma 1:

1) al primo periodo le parole «alla scadenza del termine di cui all'articolo 1 del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 maggio 2020, n. 35» sono sostituite dalle seguenti: «al 31 luglio 2021»;

2) al secondo periodo dopo le parole «del medesimo termine» sono aggiunte le seguenti: «del 31 luglio 2021»;

b) all'articolo 23-bis:

1) al comma 1, le parole «alla scadenza del termine di cui all'articolo 1 del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 maggio 2020, n. 35» sono sostituite dalle seguenti: «al 31 luglio 2021»;

2) al comma 7, primo periodo, le parole «all'articolo 310» sono sostituite dalle seguenti: «agli articoli 310 e 322-bis»;

c) all'articolo 23-ter, comma 1, le parole «alla scadenza del termine di cui all'articolo 1 del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 maggio 2020, n. 35» sono sostituite dalle seguenti: «al 31 luglio 2021»;

d) all'articolo 24:

1) al comma 1, le parole «alla scadenza del termine di cui all'articolo 1 del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 maggio 2020, n. 35» sono sostituite dalle seguenti: «al 31 luglio 2021» ed è aggiunto, infine, il seguente periodo: «Il deposito è tempestivo quando è eseguito entro le ore 24 del giorno di scadenza.»;

2) dopo il comma 2 sono inseriti i seguenti:

«2-bis. Il malfunzionamento del portale del processo penale telematico è attestato dal Direttore generale per i servizi informativi automatizzati, e segnalato sul Portale dei servizi telematici del Ministero della giustizia e costituisce caso di forza maggiore ai sensi dell'articolo 175 del codice di procedura penale.

2-ter. Nei casi previsti dal comma 2-bis, fino alla riattivazione dei sistemi, l'autorità giudiziaria precedente può autorizzare il deposito di singoli atti e documenti in formato analogico. L'autorità giudiziaria può autorizzare, altresì, il deposito di singoli atti e documenti in formato analogico per ragioni specifiche ed eccezionali.»;

3) al comma 4, le parole «alla scadenza del termine di cui all'articolo 1 del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 maggio 2020, n. 35» sono sostituite dalle seguenti: «al 31 luglio 2021»;

e) all'articolo 25, comma 1, le parole «al 30 aprile 2021» sono sostituite dalle seguenti: «al 31 luglio

2021»;

f) all'articolo 26, comma 1, le parole «fino al termine dello stato di emergenza epidemiologica da COVID-19» sono sostituite dalle seguenti: «fino al 31 luglio 2021»;

g) all'articolo 27, comma 1, primo periodo, le parole «alla cessazione degli effetti della dichiarazione dello stato di emergenza nazionale da COVID-19, ove sussistano divieti, limiti, impossibilita' di circolazione su tutto o parte del territorio nazionale conseguenti al predetto stato di emergenza ovvero altre situazioni di pericolo per l'incolumita' pubblica o dei soggetti a vario titolo interessati» sono sostituite dalle seguenti: «al 31 luglio 2021,».

2. All'articolo 85, commi 2, 5, 6 e 8-bis, del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 aprile 2020, n. 27, le parole «fino al termine dello stato di emergenza epidemiologica da COVID-19», ovunque ricorrano, sono sostituite dalle seguenti: «fino al 31 luglio 2021».

3. All'allegato 1 al decreto legislativo 26 agosto 2016, n. 174, sono apportate le seguenti modificazioni:

a) all'articolo 178, comma 4, dopo le parole «all'articolo 93,» sono inserite le seguenti: «l'appello e» e le parole «deve essere depositata» sono sostituite dalle seguenti: «devono essere proposti»;

b) all'articolo 180, comma 1, le parole «Nei giudizi di appello l'atto» sono sostituite dalle seguenti: «L'atto».

## **Art. 7**

### **Misure urgenti in materia di elezioni degli organi dell'ordine professionale di cui alla legge 3 febbraio 1963, n. 69**

1. Il consiglio nazionale dell'ordine professionale di cui alla legge 3 febbraio 1963, n. 69, puo' disporre, al

solo fine di consentire il compiuto adeguamento dei sistemi per lo svolgimento con modalita' telematica delle procedure, in relazione a quanto previsto all'articolo 31, comma 3, del decreto-legge 28 ottobre 2020, n. 137, convertito, con modificazioni, dalla legge 18 dicembre 2020, n. 176, un ulteriore differimento della data delle elezioni, da svolgersi comunque entro un termine non superiore a centottanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto.

## **Art. 8**

### **Termini in materia di lavoro e terzo settore**

1. All'articolo 1, comma 495, della legge 27 dicembre 2019, n. 160, le parole «fino al 31 marzo 2021» sono sostituite dalle seguenti:  
«fino al 31 maggio 2021».

2. All'articolo 1, comma 446, lettera h), della legge 30 dicembre 2018, n. 145, le parole «31 marzo 2021», ovunque ricorrono, sono sostituite dalle seguenti: «31 maggio 2021».

3. All'onere derivante dall'attuazione del comma 2, pari a 5 milioni di euro per l'anno 2021, si provvede a valere sulle risorse del Fondo sociale per occupazione e formazione di cui all'articolo 18, comma 1, lettera a), del decreto-legge 29 novembre 2008, n. 185, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 gennaio 2009, n. 2.

4. All'articolo 106, comma 8-bis, del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 aprile 2020, n. 27, le parole «diverse dagli enti di cui all'articolo 104, comma 1, del codice di cui al decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117» sono soppresse.

## **Art. 9**

**Proroga termini in materia di  
rendicontazione del Servizio  
sanitario regionale**

1. Per l'anno 2021, il termine del 30 aprile di cui all'articolo 1, comma 174, della legge 30 dicembre 2004, n. 311, e' differito al 15 giugno e, conseguentemente, il termine del 31 maggio, ovunque ricorra, e' differito al 15 luglio.

**Capo III**  
**Semplificazione delle procedure per i concorsi pubblici in  
ragione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19**

**Art. 10**

**Misure per lo svolgimento delle  
procedure per i concorsi pubblici**

1. Al fine di ridurre i tempi di reclutamento del personale, le amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, prevedono, anche in deroga alla disciplina del decreto del Presidente della Repubblica 9 maggio 1994, n. 487, e della legge 19 giugno 2019, n. 56, le seguenti modalità semplificate di svolgimento delle prove, assicurandone comunque il profilo comparativo:

a) nei concorsi per il reclutamento di personale non dirigenziale, l'espletamento di una sola prova scritta e di una prova orale;

b) l'utilizzo di strumenti informatici e digitali e, facoltativamente, lo svolgimento in videoconferenza della prova orale, garantendo comunque l'adozione di soluzioni tecniche che ne assicurino la pubblicità,

l'identificazione dei partecipanti, la sicurezza delle comunicazioni e la loro tracciabilità', nel rispetto della normativa in materia di protezione dei dati personali e nel limite delle pertinenti risorse disponibili a legislazione vigente;

c) una fase di valutazione dei titoli legalmente riconosciuti ai fini dell'ammissione alle successive fasi concorsuali. I titoli e l'eventuale esperienza professionale, inclusi i titoli di servizio, possono concorrere alla formazione del punteggio finale.

2. Le amministrazioni di cui al comma 1, nel limite delle pertinenti risorse disponibili a legislazione vigente, possono prevedere, in ragione del numero di partecipanti, l'utilizzo di sedi decentrate con le modalità previste dall'articolo 247, comma 2, del decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34, convertito con modificazioni dalla legge 17 luglio 2020, n. 77, e, ove necessario, la non contestualità, assicurando comunque la trasparenza e l'omogeneità delle prove somministrate in modo da garantire il medesimo grado di selettività tra tutti i partecipanti.

3. Fino al permanere dello stato di emergenza deliberato dal Consiglio dei ministri il 31 gennaio 2020, per le procedure concorsuali i cui bandi sono pubblicati alla data di entrata in vigore del presente decreto le amministrazioni di cui al comma 1 prevedono, qualora non sia stata svolta alcuna attività, l'utilizzo degli strumenti informatici e digitali di cui al comma 1, lettera b), nonché le eventuali misure di cui al comma 2, nel limite delle pertinenti risorse disponibili a legislazione vigente. Le medesime amministrazioni, qualora non sia stata svolta alcuna attività, possono prevedere la fase di valutazione dei titoli di cui al comma 1, lettera c), dandone tempestiva comunicazione ai partecipanti nelle medesime forme di pubblicità adottate per il bando e riaprendo i termini di partecipazione, nonché, per le procedure relative al reclutamento di personale non dirigenziale, l'espletamento di una sola prova scritta e di una eventuale prova orale. Per le procedure concorsuali i

cui bandi sono pubblicati successivamente alla data di entrata in vigore del presente decreto e fino al permanere dello stato di emergenza, le amministrazioni di cui al comma 1 possono altresì prevedere l'espletamento di una sola prova scritta e di una eventuale prova orale, in deroga a quanto previsto dal comma 1, lettera a).

4. Al reclutamento del personale a tempo determinato previsto dall'articolo 1, comma 179, della legge 30 dicembre 2020, n. 178, provvede il Dipartimento della funzione pubblica, ai sensi dell'articolo 4, comma 3-quinquies, del decreto-legge 31 agosto 2013, n. 101, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 ottobre 2013, n. 125, e dell'articolo 35, comma 5, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, anche avvalendosi dell'Associazione Formez PA. Il reclutamento è effettuato mediante procedura concorsuale semplificata anche in deroga alla disciplina del decreto del Presidente della Repubblica 9 maggio 1994, n. 487, e della legge 19 giugno 2019, n. 56, assicurando comunque il profilo comparativo. La procedura prevede una fase di valutazione dei titoli e dell'esperienza professionale anche ai fini dell'ammissione alle successive fasi, il cui punteggio concorre alla formazione del punteggio finale, e una sola prova scritta mediante quesiti a risposta multipla, con esclusione della prova orale. Il Dipartimento può avvalersi delle misure previste dal comma 2. Non si applicano gli articoli 34, comma 6, e 34-bis del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165. L'articolo 1, comma 181, della legge 30 dicembre 2020, n. 178, è abrogato.

5. In ragione dell'emergenza sanitaria in atto, per le procedure concorsuali in corso di svolgimento o i cui bandi sono pubblicati alla data di entrata in vigore del presente decreto, volte all'assunzione di personale con qualifica non dirigenziale, che prevedono tra le fasi selettive un corso di formazione, si applicano le disposizioni di cui al comma 3, anche in deroga al bando, dandone tempestiva comunicazione ai partecipanti nelle medesime forme di pubblicità adottate per il

bando stesso, senza necessita' di riaprire i termini di partecipazione e garantendo comunque il profilo comparativo e la parita' tra i partecipanti. Resta ferma l'attivita' gia' espletata, i cui esiti concorrono alla formazione della graduatoria finale di merito.

6. Le commissioni esaminatrici dei concorsi possono essere suddivise in sottocommissioni, con l'integrazione di un numero di componenti pari a quello delle commissioni originarie e di un segretario aggiunto. Per ciascuna sottocommissione e' nominato un presidente. La commissione e le sottocommissioni garantiscono l'omogeneita' dei criteri di valutazione delle prove. All'attuazione del presente comma le amministrazioni provvedono nei limiti delle risorse disponibili a legislazione vigente.

7. Le disposizioni del presente articolo si applicano anche alle procedure concorsuali indette dalla Commissione per l'attuazione del progetto di riqualificazione delle pubbliche amministrazioni (RIPAM) prevista dall'articolo 35, comma 5, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165.

8. Le disposizioni dei precedenti commi non si applicano alle procedure di reclutamento del personale in regime di diritto pubblico di cui all'articolo 3 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165.

9. Dal 3 maggio 2021 e' consentito lo svolgimento delle procedure selettive in presenza dei concorsi banditi dalle pubbliche amministrazioni nel rispetto di linee guida validate dal Comitato tecnico-scientifico di cui all'ordinanza del Capo del Dipartimento della protezione civile 3 febbraio 2020, n. 630, e successive modificazioni.

10. All'articolo 259 del decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 luglio 2020, n. 77, sono apportate le seguenti modificazioni:

a) alla rubrica, le parole «e del Corpo nazionale dei vigili del fuoco» sono sostituite dalle seguenti: «, del Corpo nazionale dei vigili del fuoco,

dell'amministrazione penitenziaria e dell'amministrazione della giustizia minorile e di comunita'»;

b) al comma 1, le parole «e del Corpo nazionale dei vigili del fuoco» sono sostituite dalle seguenti: «, del Corpo nazionale dei vigili del fuoco, del personale dell'amministrazione penitenziaria e dell'esecuzione penale minorile ed esterna».

11. All'articolo 1, comma 925, secondo periodo, della legge 30 dicembre 2020, n. 178, le parole «graduatorie vigenti alla data di entrata in vigore della presente legge» sono sostituite dalle seguenti: «graduatorie delle pubbliche amministrazioni vigenti alla data del 30 aprile 2021».

## **Art. 11**

### **Misure urgenti per lo svolgimento delle prove scritte del concorso per magistrato ordinario indetto con decreto del Ministro della giustizia 29 ottobre 2019**

1. E' consentito lo svolgimento della prova scritta del concorso per magistrato ordinario indetto con decreto del Ministro della giustizia 29 ottobre 2019, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 91 del 19 novembre 2019, anche in deroga alle disposizioni vigenti che regolano lo svolgimento di procedure concorsuali durante l'emergenza pandemica da COVID-19. Con decreto del Ministro della giustizia, da adottarsi entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto, previo parere favorevole del Comitato tecnico-scientifico previsto dall'articolo 2, comma 1, dell'ordinanza del Capo del Dipartimento della protezione civile n. 630 del 3 febbraio 2020, e successive modificazioni, sono stabilite le modalita' operative per lo svolgimento della prova scritta e della prova orale del concorso, nonche' le condizioni per l'accesso ai locali destinati per l'esame, al fine di prevenire possibili fenomeni di diffusione del

contagio da COVID-19.

2. L'accesso dei candidati ai locali destinati allo svolgimento della prova scritta e della prova orale del concorso di cui al comma 1 e' comunque subordinato alla presentazione di una dichiarazione sostitutiva, ai sensi degli articoli 46 e 47 del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, sulle condizioni previste dal decreto di cui al medesimo comma 1. La mancata presentazione della dichiarazione sostitutiva costituisce causa di esclusione dal concorso ai sensi dell'articolo 10, primo comma, del regio decreto 15 ottobre 1925, n. 1860.

3. Al fine di consentire che i componenti della commissione del concorso di cui al comma 1 acquisiscano specifiche competenze sulle questioni organizzative concernenti il rispetto della normativa per il contrasto al COVID-19, il termine di cui all'articolo 5, comma 1, del decreto legislativo 5 aprile 2006, n. 160 e' fissato in trenta giorni.

4. La commissione esaminatrice individua e rende pubblici i criteri per la valutazione dei testi di cui all'articolo 7, terzo comma, del regio decreto 15 ottobre 1925, n. 1860, nei dieci giorni antecedenti lo svolgimento della prova scritta, escludendo quelli che contengono indici dal contenuto non meramente compilativo e descrittivo, schemi o tabelle, ovvero annotazioni diverse dai meri richiami normativi e dalle pronunce della Corte costituzionale.

5. La prova scritta del concorso per magistrato ordinario di cui al comma 1 consiste nello svolgimento di sintetici elaborati teorici su due delle materie di cui all'articolo 1, comma 3, del decreto legislativo 5 aprile 2006, n. 160, individuate mediante sorteggio effettuato dalla commissione di concorso il mattino del giorno fissato per lo svolgimento di ciascuna prova. Quando la commissione definisce i criteri per la valutazione omogenea degli elaborati scritti a norma dell'articolo 5, comma 3, del predetto decreto legislativo n. 160 del 2006, tiene conto della

capacità di sintesi nello svolgimento degli elaborati. Gli elaborati devono essere presentati nel termine di quattro ore dalla dettatura.

6. Nel concorso per magistrato ordinario di cui al presente articolo, l'idoneità è conseguita dai candidati che ottengono una valutazione complessiva nelle due prove non inferiore a novantasei punti, fermi i restanti criteri di cui all'articolo 1, comma 5, del decreto legislativo n. 160 del 2006.

7. Salvo quanto previsto dalle disposizioni dei commi da 1 a 6, allo svolgimento del concorso per magistrato ordinario indetto con decreto del Ministro della giustizia 29 ottobre 2019 si applicano le disposizioni vigenti alla data di entrata in vigore del presente decreto.

8. Per l'attuazione delle disposizioni di cui al presente articolo è autorizzata la spesa di euro 4.130.281 per l'anno 2021, cui si provvede mediante corrispondente riduzione dello stanziamento del fondo speciale di parte corrente iscritto, ai fini del bilancio triennale 2021-2023, nell'ambito del Programma Fondi di riserva e speciali della missione «Fondi da ripartire» dello stato di previsione del Ministero dell'economia e delle finanze per l'anno 2021, allo scopo parzialmente utilizzando l'accantonamento relativo al Ministero della giustizia. Il Ministro dell'economia e delle finanze è autorizzato ad apportare, con propri decreti, le occorrenti variazioni di bilancio.

## **Art. 12**

### **Entrata in**

### **vigore**

1. Il presente decreto entra in vigore il giorno stesso della sua pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della

Repubblica italiana e sarà presentato alle Camere per la conversione in legge.

Il presente decreto, munito del sigillo dello Stato, sarà inserito nella Raccolta ufficiale degli atti normativi della Repubblica italiana. È fatto obbligo a chiunque spetti di osservarlo e di farlo osservare.

Dato a Roma, addì 1° aprile 2021

MATTARELLA

Draghi, Presidente del Consiglio dei ministri

Speranza, Ministro della salute

Cartabia, Ministro della giustizia

Brunetta, Ministro della pubblica amministrazione

Orlando, Ministro del lavoro e delle politiche sociali

Franco, Ministro dell'economia e delle finanze

Visto, il Guardasigilli: Cartabia

# OSSERVATORIO SULLA GIURISPRUDENZA CONTABILE

a cura di Luca Maria Tonelli

## **CORTE DEI CONTI, SEZ. GIURISD. PER LA REGIONE SICILIA – 3 marzo 2021, n. 248**

### **Massima**

**RESPONSABILITÀ AMMINISTRATIVA – Sussistenza della giurisdizione contabile – Art. 180 D.L. n. 34 del 2020 – Modifiche all’art. 4 del D. Lgs. n. 23 del 2011 – Gestori di strutture ricettive e alberghiere – Qualifica di agente contabile del gestore della struttura ricettiva – Responsabile del pagamento.**

Sussiste, nel caso di mancato riversamento di somme introitate a titolo di imposta di soggiorno, la giurisdizione contabile alla luce della sopravvenuta normativa di cui all’art. 180 del D.L. n. 34 del 2020, convertito in L. n. 77 del 2020, secondo cui il gestore della struttura ricettiva è responsabile del pagamento di tale imposta. Il gestore della struttura ricettiva o alberghiera assume, infatti, la qualifica di responsabile del pagamento, ossia di agente contabile, in quanto – incassando da coloro che vi alloggiano l’imposta di soggiorno – maneggia denaro pubblico, che è tenuto a riversare nelle casse dell’Ente.

**DANNO ERARIALE – Imposta di soggiorno non riversata – Regolamento comunale dell’imposta di soggiorno – Somme indebitamente trattenute – Obbligo di versamento trimestrale.**

Ai fini della riscossione dell’imposta di soggiorno, l’agente contabile è chiamato a svolgere una funzione strumentale, che comporta il maneggio di denaro a destinazione pubblica, con il conseguente insorgere del rapporto di servizio, il cui contenuto prevede obblighi di contabilizzazione, rendicontazione e riversamento delle somme introitate, che hanno natura pubblica, in quanto ricevute quale pagamento di un debito di imposta, per sua natura di rilevanza pubblicistica. L’omesso adempimento dell’obbligo di riversamento trimestrale delle somme riscosse, a favore degli Enti locali, configura la sussistenza di un danno erariale, addebitabile alla struttura ricettiva o alberghiera.

*Pres. ed Est. Maneggio. PM Cavallaro c. G. G. e G. C.*

## **CORTE DEI CONTI, SEZ. GIURISD. PER LA REGIONE LAZIO – 17 febbraio 2021, n. 117**

### **Massima**

**DANNO ERARIALE–PUBBLICA AMMINISTRAZIONE– Danno erariale da dimidiate entrate tributarie – Dolo del dipendente – funzionario di Equitalia S.p.A. – Colpa d’apparato**

**dell'amministrazione danneggiata per omesso controllo – Concorso dell'amministrazione alla realizzazione dell'evento lesivo e riduzione del danno – Configurabilità.**

In una fattispecie di responsabilità consumata da un funzionario di Equitalia S.p.A. – cui era stato richiesto un danno erariale per accertate e dimidiate entrate tributarie pari a circa 9 milioni di euro – poiché il medesimo “pur ricoprendo incarichi che non prevedevano contatti con l'utenza, approfittando dell'inefficienza del sistema e sfruttando l'esperienza diretta in Equitalia, otteneva accessi alla documentazione d'ufficio in assenza di valide ragioni di servizio (circa 3000 accessi ingiustificati relativi a 400 posizioni debitorie) fornendo, dietro compenso, ausilio e servizi a imprenditori e soggetti che a vario titolo si rivolgevano al convenuto per ottenere la verifica degli estratti ruolo, la rateizzazione non dovuta delle cartelle esattoriali, la rinuncia ad un'esecuzione forzata e la trattazione rapida della pratica” – il dipendente *de quo* è condannato ad un risarcimento di importo molto ridotto (circa 3 milioni di euro) in considerazione “dell'incidenza colposa dell'amministrazione danneggiata, ritenuta quale apparato, che, con ragionevole presunzione, ha significativamente concorso alla realizzazione dell'evento lesivo omettendo di prevedere e/o effettuare controlli amministrativi e verifiche più efficaci e tempestive che avrebbero potuto evitare, usando l'ordinaria diligenza, la realizzazione di un danno di così ingente portata nel settore dei procedimenti di rateizzazione che, pur a fronte di procedure automatizzate, dovrebbe essere presidiato da continui, accurati controlli in ordine sia ai soggetti richiedenti che agli importi dei benefici concessi”.

*Pres. Ciaramella; Est. Palomba. PM Becciac. S. Fedele (avv.ti P. Giovannelli e A. Bianconi)*

**CORTE DEI CONTI, SEZ. GIURISD. PER LA REGIONE CALABRIA – 8 febbraio 2021, sentenza n. 39****Massima**

**PUBBLICA AMMINISTRAZIONE – PUBBLICO IMPIEGO – Periodo di servizio preruolo – Iscrizione all'assicurazione generale obbligatoria – Presentazione necessaria di domanda di computabilità del periodo di servizio preruolo – Valutazione ai fini del trattamento di quiescenza – Art. 11 DPR n. 1092 del 1973 – Art. 147 DPR n. 1092 del 1973 – Termine di presentazione della domanda – Decadenza.**

Il periodo di servizio preruolo, ancorché reso con iscrizione all'assicurazione generale obbligatoria (AGO), per essere valutato ai fini del trattamento di quiescenza, deve costituire oggetto di un'esplicita domanda di computo, da presentarsi entro un determinato periodo di tempo, come prescrive l'art. 11 del DPR n. 1092 del 1973. Ai sensi dell'art. 147 del DPR n. 1092 del 1973, il dipendente statale che abbia da far valere servizi o periodi computabili a domanda, con o senza riscatto, deve presentare, a pena di decadenza, istanza almeno due anni prima del raggiungimento del limite di età previsto per la cessazione dal servizio. Qualora la cessazione dal servizio abbia luogo prima che sia scaduto il termine, la domanda deve essere presentata, a pena di decadenza, entro novanta giorni dalla comunicazione del provvedimento di cessazione.

Giudice Unico delle pensioni: di Pietro. L.F. (avv. Pisani) c. Agenzia delle Entrate-Direzione Regionale della Calabria e Ministero dell'Economia e delle Finanze

## **CORTE DEI CONTI, LAZIO – 4 febbraio 2021, sentenza n. 79**

### **Massima**

**MASSIMA: RESPONSABILITÀ AMMINISTRATIVA – DANNO ERARIALE – Mancato riversamento di bolli – Regolamento nazionale di contabilità – Responsabilità dell'agente – Responsabilità aggravata – Art. 194 del Regolamento nazionale di contabilità – Non rilevanza nel giudizio contabile della confisca penale.**

Il maneggio di denaro da riscossione di tributi, in generale, comporta responsabilità dell'agente che non effettua i riversamenti anche ai limiti per colpa lieve, come prevede il regolamento nazionale di contabilità, in quanto attività specificamente protetta dall'ordinamento. Con ciò si vuole indicare un principio generale, senza voler entrare nel merito della applicabilità della disciplina nazionale ad un tributo regionale specificamente dotato di normativa e regolamentazione anche in via convenzionale.

A nulla serve opporre l'avvenuta confisca di analoga somma da parte del giudice penale, dal momento che tale provvedimento afflittivo penale non ha alcun rilievo in sede giuscontabile. Si ricorda, *ex multis*, sent. n. 340/2017 della Sezione Terza Giurisdizionale Centrale d'Appello, la quale osserva che *“la confisca è da considerare una ‘pena accessoria’, che toglie definitivamente al condannato le cose che servono o furono destinate a commettere il reato e le cose che ne sono il prodotto o il profitto. Gli importi confiscati sono dunque ontologicamente e finalisticamente diversi dalle somme del danno subito dall'Amministrazione in conseguenza delle condotte delittuose del convenuto, in quanto la confisca ha natura sanzionatoria e non risarcitoria, con la conseguenza che le somme confiscate nulla hanno a che vedere con la quantificazione del danno subito dall'Amministrazione che deve essere risarcito, indipendentemente dalla pena accessoria della confisca inflitta. Si tratta infatti di misura ablatoria coattiva di uno o di più beni a favore dell'ente pubblico sovrano avente lo scopo principale di evitare che il reo, mantenendo la disponibilità dei beni, sia indotto all'ulteriore commissione di reati. Quindi si tratta di strumento avente natura punitiva e dissuasiva che prescinde totalmente da ogni aspetto inerente alla presenza di danni di natura patrimoniale. Del resto, l'importo confiscato è introitato direttamente dall'Amministrazione statale e non già dall'Ente direttamente danneggiato dalla condotta dolosa degli appellanti.”*

Pres.: Miele; Est.: d'Ambrosio. PM Pezzillic. L. Zerri (avv. Macari)

## **CORTE DEI CONTI, SEZ. GIURISD. PER LA REGIONE SICILIA – 13 gennaio 2021, n. 38**

### **Massima**

**RESPONSABILITÀ AMMINISTRATIVA – DIRITTO PROCESSUALE – Assenza ingiustificata dal servizio – Falsa attestazione della presenza in servizio di un dipendente della P.A. – Art. 55 quater D. Lgs. 165 del 2001 – Art. 55 quinquies D. Lgs. n. 165 del 2001 – Art. 16, comma 1, lett. a), D. Lgs. n. 75 del 2017 – Effetti della sentenza di patteggiamento ex art. 444 c.p.p. – Prova di tipo presuntivo – Art. 651 c.p.p.**

Al fine di valutare la sussistenza della responsabilità erariale, la giurisprudenza contabile ha ripetutamente affermato che la sentenza di patteggiamento emessa in sede penale ha un valore probatorio qualificato, pur non essendo precluso al giudice contabile l'accertamento e la valutazione dei fatti in modo difforme da quello contenuto nella sentenza resa ai sensi dell'art. 444 c.p.p.; tale valore è, di conseguenza, superabile solo attraverso specifiche prove contrarie. Va considerato, infatti, che il giudice penale, prima di applicare la pena su richiesta della parte, deve verificare di non dovere pronunciare sentenza di proscioglimento dell'imputato a norma dell'art. 129 c.p.p., ove il fatto non sussista ovvero per altri motivi sussumibili in altre formule assolutorie. Pertanto, pur non essendo assistita dall'efficacia vincolante che deriva dalle sentenze emesse a seguito di dibattimento ex art. 651 c.p.p., la sentenza ex art. 444 c.p.p. costituisce una prova di tipo presuntivo, la cui eventuale affermazione di irrilevanza obbliga il giudice contabile a dare ampia motivazione sulle ragioni per le quali l'imputato abbia chiesto di essere condannato e il giudice penale non abbia disposto il proscioglimento in assenza della responsabilità penale. Ciò è confermato dalla costante giurisprudenza della Cassazione, che ha affermato che la sentenza penale di applicazione della pena su richiesta delle parti ex art. 444 c.p.p. costituisce un indiscutibile elemento di prova per il giudice di merito.

**DANNO ERARIALE – Danno all'immagine della P.A. – Danno non patrimoniale – Art. 2059 c.c. – Lesione dei principi di imparzialità e di buon andamento della P.A. ex art. 97 Cost. – Quantificazione del danno all'immagine – Art. 155, comma 2, c.p.c. – Art. 2727 c.c.**

La lesione del diritto della P.A. all'integrità della propria immagine è causa di danno non patrimoniale risarcibile ai sensi dell'art. 2059 c.c. sia sotto il profilo della sua reputazione presso i consociati in genere o presso quei settori con i quali l'Ente interagisce, sia sotto il profilo dell'incidenza negativa che la sminuita considerazione cagiona nell'agire dei suoi organi. La tutela dell'immagine è strettamente connessa al rispetto dei principi di imparzialità e di buon andamento della P.A. sanciti dall'art. 97 Cost. Secondo la giurisprudenza contabile, pertanto, la violazione del diritto alla reputazione della P.A., pur trattandosi di un danno non patrimoniale, può essere oggetto di valutazione economica, concretizzandosi determinando un onere finanziario a carico della collettività. Per quanto concerne, poi, la quantificazione di tale danno – da compiersi in via equitativa, ai sensi dell'art. 1226 c.c. – i parametri nel giudizio contabili debbono essere forniti dall'attore pubblico. In aggiunta, il giudice può avvalersi anche dei fatti notori (ex art. 115, comma 2, c.p.c.) e delle presunzioni (ex art. 2727 ss. c.c.).

*Pres. Maneggio, Est. Cancilla – PM Cavallaro c. Valentino (avv. Rizzo)*

## **CORTE DEI CONTI, SEZ. GIURISD. PER LA REGIONE SARDEGNA – 7 gennaio 2021, n. 4**

### **Massima**

**RESPONSABILITÀ AMMINISTRATIVA – DIRITTO PROCESSUALE – Questioni pregiudiziali e preliminari – Sospensione del giudizio contabile – Art. 106, comma 1, c.g.c. – Diversità sostanziale tra l'azione ex art. 2041 c.c. e l'azione di responsabilità erariale.**

La richiesta di sospensione del giudizio contabile non può essere accolta in pendenza del giudizio civile, qualora fondata esclusivamente su ragioni di mera opportunità, poiché tale sospensione sarebbe in contrasto con il principio di ragionevole durata del processo, vista la reciproca indipendenza dell'azione civile rispetto a quella erariale. La sospensione del processo ai sensi dell'art. 106 del codice di giustizia contabile, inoltre, opera solo in ipotesi di pregiudizialità giuridica; pregiudizialità che, nel caso di specie, non sussiste in ragione della diversità esistente tra l'azione ex art. 2041 c.c. promossa dall'Ente e mirante ad ottenere l'indennizzo spettante a titolo di ingiustificato arricchimento, e quella oggetto del giudizio di responsabilità, afferente ad una ipotesi di danno conseguente alla condotta omissiva dell'avvocato dell'Ente, assunta come gravemente colposa.

**DANNO ERARIALE – Responsabilità professionale dell'avvocato-dipendente pubblico per omessa riproposizione di domanda in appello – Mancato riconoscimento di indennizzo ex art. 2041 c.c. – Responsabilità professionale del legale per condotta omissiva – Regola della preponderanza del “più probabile che non”.**

Sussiste responsabilità per danno erariale correlata a responsabilità professionale di avvocato-dipendente pubblico per omessa riproposizione di domanda in appello e conseguente mancato riconoscimento di un indennizzo ex art. 2041 c.c. È necessario investigare, al fine di poter affermare la sussistenza del nesso di causalità fra l'omissione e l'evento di danno, quale sarebbe stato l'esito del giudizio se il legale dell'Ente avesse posto in essere con la necessaria diligenza e correttezza l'attività difensiva cui era tenuto. In questi casi, per accertare la responsabilità professionale del legale per condotta omissiva, occorre fare applicazione della regola della preponderanza del “più probabile che non”.

*Pres. Silveri, Est. d'Ambrosio. PM dott. Madeo c. omissis (avv.ti Lauro e Savona)*



### **Collaborazione con AMBIENTEDIRITTO.IT – Rivista Giuridica**

La rivista è aperta, in particolare, ad accademici, a studiosi ed esperti delle discipline giuridiche; la collaborazione con AMBIENTEDIRITTO.IT è gratuita e volontaria. Può consistere nell'invio di testi e/o di documentazione giuridica (sentenze, ordinanze etc.). Gli scritti e quant'altro inviato, anche se non pubblicati, non verranno restituiti.

Le proposte di collaborazione, per l'espletamento della procedura di valutazione, possono essere sottoposte alla redazione di AD a questo indirizzo E-mail: *rivista @ ambientediritto.it*.

I riferimenti agli autori dei lavori pubblicati (articoli, commenti, interventi...) saranno citati all'interno del testo ed in una pagina appositamente creata. È inoltre possibile, previo accordo, creare e gestire nuove sezioni del Portale.

*L'esubero di nuove informazioni continuamente prodotte ed acquisite determina un istintivo atteggiamento collettivo di difesa, come segnalano la frantumazione dei linguaggi scientifici in un gran numero di settori e sottosectori spesso scarsamente comunicanti e, nel più vasto riferimento sociale, una cultura sempre più frammentata in tanti interessi particolari e quasi mai tesa alla ricerca con prospettive globali.*

*La cultura fortemente frammentata e accelerata è sfociata sul piano intellettuale e su quello sociale nel senso dell'effimero, è diventata cultura dell'effimero e ha aumentato l'incapacità di creare sintesi come risposte ai problemi giuridici, sociali e del diritto. Occorre articolare collegamenti e interdipendenze capaci di mettere in relazione e valorizzare a pieno tutta la ricchezza, la fecondità e la capacità autoprogettuale di ogni singola disciplina e sottodisciplina. Occorre una ricerca interdisciplinare che sia ricerca di globalità come ricerca di relazione fra diversi frammenti e quindi come ricerca di orizzonti di significati.*

*Una comunicazione “certificata del diritto” è il tentativo complesso di localizzare nella storia l’istante dell’originalità primitiva, di indicare lo stadio larvale di ciò che verrà. Le nostre difficoltà, ovviamente, non alla sola effimera modernità sono imputabili: arduo è imparare a farsi esperti, a vivere.*



**AMBIENTEDIRITTO.it - EDITORE<sup>©®</sup>**

**AMBIENTEDIRITTO.it** - Rivista Giuridica Telematica di Diritto Pubblico - Electronic Review Law Public - Via Filangeri, 19 - 98078 Tortorici ME - Tel +39 0941.327734 - Fax digitale +39 1782724258 - Mob. +39 3383702058 - info (at) ambientediritto.it - (C.C. REA): 182841 - Direttore Responsabile, Proprietario ed Editore: Fulvio Conti Guglia - C.F.: CNTFLV64H26L308W - P.IVA 02601280833 - Pubblicata in Tortorici dal 2000 Testata registrata presso il Tribunale di Patti Reg. n. 197 del 19/07/2006 - ISSN 1974-9562 - (BarCode 9 771974 956204) - Pubblicazione quotidiana in formato elettronico - Copyright AD - AmbienteDiritto - Editore - La rivista Giuridica AMBIENTEDIRITTO.IT 1974-9562 è riconosciuta ed inserita nell'Area 12 - CLASSE A - Riviste Scientifiche Giuridiche. ANVUR: Agenzia Nazionale di Valutazione del Sistema Universitario e della Ricerca (D.P.R. n.76/2010). Valutazione della Qualità della Ricerca (VQR); Autovalutazione, Valutazione periodica, Accreditamento (AVA); Abilitazione Scientifica Nazionale (ASN). Repertorio del Foro Italiano [www.ambientediritto.it](http://www.ambientediritto.it). Catalogo CINECA - Codice rivista: E197807. Catalogo internazionale ROAD (<http://road.issn.org/>), patrocinato dall'UNESCO (e curato dal Communication and Information Sector).

Impaginazione e controlli a cura di Nicole Piccozzi.