



AMBIENTE DIRITTO

All'interno i contributi dei seguenti autori:

Franco Sciaretta, Maddalena Ippolito, Francesco Perchinunno, Giovanni Savarese, Antonio Mitrotti, Filippo Borriello, Giuseppe Maria Spedicato, Giovanni Fabio Licata, Andrea Conzutti, Luca Petrelli, Edoardo De Marchi, Ludovico A. Mazzaroli, Laura Restuccia, Ugo Salanitro, Maria Assunta Icolari, Alessandro D'Amelio, Gianluca Trenta, Luigi Carbone, Luigi Colella, Claudio Costanzi, Camilla Della Giustina, Luigi Capriello, Daniele Porena, Marcello Vernola, Marisa Meli, Giovanna Marchianò, Fulvia Passananti, Vera Fanti, Maddalena Ippolito, Adriana Ciafardoni.

RIVISTA SCIENTIFICA GIURIDICA IN **CLASSE A** – ANVUR

ISSN 1974-9562

AMBIENTEDIRITTO – EDITORE®



Anno 2021



AmbienteDiritto.it

Rivista Scientifica Giuridica inserita nell'Area 12 della Classe A - ANVUR

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 Cevolun** 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; **Maria Assunta Icolari** Professore associato (IUS/12) Università degli Studi G.. Marconi Roma; **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; **Gianluca Ruggiero** Professore Associato di Diritto Penale (IUS/17) Università del Piemonte Orientale; **Antonio Saitta** Professore Ordinario di Diritto Costituzionale (IUS/08) Università degli Studi di Messina; **Ugo Salanitro** 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); **Vito Tenore** Pres. Sez. Giurisd. della Corte dei Conti Lombardia, Prof. Diritto del Lavoro Pubblico presso SNA (già SSPA), Doc. titolare di Diritto Amministrativo; **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:

Luigi Carbone (Dottorando di ricerca in Diritto Costituzionale – Università degli Studi di Catania); **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); **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*); **Claudio Galtieri** (*Doc. Univ. di Modena-R.Emilia, già Proc. Gen. Corte dei Conti*); **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*); **Vera Parisio** (*Università degli Studi di Brescia - Esperta in materia ambientale*); **Paolo Patrito** (*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); **Gianpaolo Maria Ruotolo** (Università di Foggia); **Francesco Emanuele Salamone** (Università degli Studi della Tuscia); **Antonio Saporito** (Università degli Studi Niccolò Cusano); **Ciro Sbailò** (Università degli Studi internazionali di Roma); **Maria Stefania Scardigno** (Università degli Studi di Bari); **Franco Sciarretta** (Unitelma Sapienza Roma); **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

Rivista Scientifica Giuridica inserita nell'Area 12 della Classe A - ANVUR	2
SALVAGUARDIA DELL'AMBIENTE, SCELTE NEGOZIALI PUBBLICHE, BLUE ECONOMY, INTELLIGENZA ARTIFICIALE di Franco Sciaretta.....	10
LA DISINTERMEDIAZIONE DEI PROCESSI NELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE: L'IMPATTO DELLA TECNOLOGIA BLOCKCHAIN di Maddalena Ippolito	36
LA RIFORMA COSTITUZIONALE SULLA RIDUZIONE DEL NUMERO DEI PARLAMENTARI: GENESI E PROBLEMATICHE ATTUATIVE di Francesco Perchinunno.....	71
LA REALIZZAZIONE DI INTERVENTI ED OPERE NEI SITI CONTAMINATI di Giovanni Savarese.....	98
ALLE RADICI "PUBBLICISTICHE" DEGLI ENERGY PERFORMANCE CONTRACTS (EPC) di Antonio Mitrottii.....	116
LA PRELAZIONE ARTISTICA TRA TUTELA, FRUIZIONE E IDENTITÀ DEL PATRIMONIO CULTURALE di Filippo Borriello	158
FATTISPECIE TIPICA E FIGURE SPECIALI DELLA RESPONSABILITÀ DIRIGENZIALE NEL QUADRO DEL PRINCIPIO COSTITUZIONALE DI DISTINZIONE di Giuseppe Maria Spedicato.....	207
PUBLIC PROCUREMENT AND SUSTAINABILITY: WTO RULES, GENERAL PRINCIPLES AND THE PRACTICE OF STATES' AUTONOMY di Giovanni Fabio Licata	235
NEXT GENERATION EU AL VAGLIO DI KARLSRUHE di Andrea Conzutti.....	251
QUALE FUTURO PER LE AREE MARINE PROTETTE ITALIANE? di Luca Petrelli.....	272
LE PRESCRIZIONI DI "VIVERE ONESTAMENTE" E DI "RISPETTARE LE LEGGI" NEL D. LGS. 6/09/2011, N. 159 di Edoardo De Marchi.....	298
IL D.D.L. ZAN, SE MESSO ALLA PROVA DELLA COSTITUZIONE, NON LA PASSA ... E PER COLPA SUA di Ludovico A. Mazzarolli.....	312
LA CORTE RITORNA SUL RIPARTO DI COMPETENZE TRA STATO E REGIONI IN RIFERIMENTO ALLA NORMATIVA SULL'IMMIGRAZIONE di Laura Restuccia.....	333
REMIEDIATION OF HISTORICAL SOIL CONTAMINATION: OWNER RESPONSIBILITY AND WASTE LAW di Ugo Salanitro.....	350
RESIDENZA FISCALE E STABILE ORGANIZZAZIONE NELL'ERA DELLA DIGITAL ECONOMY di Maria Assunta Icolari, Alessandro D'Amelio.....	357
COPERTURA COSTITUZIONALE E LIMITI DELLE DISPOSIZIONI DI LEGGE IN MATERIA DI VACCINAZIONI di Gianluca Trenta.....	386
IL RIPARTO DI GIURISDIZIONE IN TEMA DI RESPONSABILITÀ PER I DANNI INGIUSTI CAGIONATI A TERZI DAL PUBBLICO DIPENDENTE di Luigi Carbone...	403
IL DIRITTO, LA FRATELLANZA UMANA E L'ECOLOGIA INTEGRALE di Luigi Colella	434
DAL DISPUTE BOARD AL COLLEGIO CONSULTIVO TECNICO di Claudio Costanzi	457

IL DIRITTO AL CIBO ADEGUATO. UN DIRITTO UMANO PRESUPPOSTO O CONSEQUENZIALE? di Camilla Della Giustina	485
SEQUESTRO PREVENTIVO FINALIZZATO ALLA CONFISCA DI SOMME DI DENARO COSTITUENTI "PROFITTO DEL REATO":UNA VEXATA QUAESTIO SOTTOPOSTA A UN NUOVO VAGLIO DELLE SEZIONI UNITE di Luigi Capriello.....	511
CRISI DELLA RAPPRESENTANZA POLITICA E CRISI DEI PARTITI: brevi note a margine dalla prolusione di Santi Romano del 1909 di Daniele Porena.....	537
I CONTRATTI DI FIUME NELLA PIANIFICAZIONE AMBIENTALE di Marcello Vernola	552
QUANDO L'AMBIENTE ENTRA IN CONFLITTO CON SÉ STESSO: FONTI ENERGETICHE RINNOVABILI E TUTELA DEL PAESAGGIO di Marisa Meli.....	603
PROPOSTA DI REGOLAMENTO DELLA COMMISSIONE EUROPEA DEL 21 APRILE 2021 SULL'INTELLIGENZA ARTIFICIALE CON PARTICOLARE RIFERIMENTO ALLE IA AD ALTO RISCHIO di Giovanna Marchianò	616
LE VACCINAZIONI OBBLIGATORIE O RACCOMANDATE ED IL DIRITTO ALL'INDENNIZZO di Fulvia Passananti.....	638
PROBLEMATICHE E PROSPETTIVE DELLA RESPONSABILITÀ ERARIALE: DALLA GESTIONE DELL'EMERGENZA EPIDEMIOLOGICA ALL'ATTUAZIONE DEL PIANO NAZIONALE DI RIPRESA E RESILIENZA (PNRR) di Luigi Carbone	666
REPORT di Vera Fanti, Maddalena Ippolito, Adriana Ciafardoni	711
Collaborazione con AMBIENTEDIRITTO.IT – Rivista Giuridica	747

SALVAGUARDIA DELL'AMBIENTE, SCELTE NEGOZIALI PUBBLICHE, *BLUE ECONOMY*, INTELLIGENZA ARTIFICIALE

Franco Sciarretta*

ABSTRACT [ITA]: La relazione intercorrente tra salvaguardia dell'ambiente e sviluppo economico implica un mutamento di prospettiva indotto dal nuovo modello circolare che si basa su processi economici e produttivi che tengano conto dell'esauribilità delle risorse naturali. Nel modello circolare, che si delinea come la moderna via della sostenibilità il cui percorso è favorito dall'impiego delle tecnologie digitali, la sostenibilità ambientale non equivale più alla semplice conservazione delle risorse esistenti in natura, ma si realizza attraverso la rigenerazione e il riutilizzo dei prodotti. Nell'attuale crisi ecosistemica che sembra senza ritorno, la ricerca di un punto di equilibrio tra tutela dell'ambiente e crescita economica appare imprescindibile in un mercato rilevante quale è quello delle commesse pubbliche.

ABSTRACT [ENG]: *The relationship between environmental protection and economic development implies a change of perspective induced by the new circular model which is based on economic and production processes that take into account the exhaustion of natural resources. In the circular model, which is outlined as the modern way of sustainability whose path is favored by the use of digital technologies, environmental sustainability is no longer equivalent to the simple conservation of existing resources in nature, but is achieved through the regeneration and reuse products. In the current ecosystemic crisis that seems endless, the search for a balance point between environmental protection and economic growth appears essential in a relevant market such as that of public procurement.*

SOMMARIO: **1.** L'ambiente in Costituzione e la sua salvaguardia nel diritto europeo. – **2.** Contrattualistica pubblica e protezione dell'ambiente. – **3.** Il principio dello sviluppo sostenibile nel codice dei contratti pubblici. – **4.** Poteri pubblici e modello di sviluppo economico. – **5.** *Blue economy*: la nuova frontiera dello sviluppo sostenibile? – **6.** Modello circolare e Intelligenza Artificiale – **7.** Considerazioni conclusive.

* Professore aggregato di Diritto Amministrativo nell'Università degli studi di Roma *Unitelma Sapienza*.

1. L'ambiente in Costituzione e la sua salvaguardia nel diritto europeo.

È noto che in Costituzione si rinvengono scarsi riferimenti alla tutela dell'ambiente.

Il testo originario della Carta non conteneva disposizioni che contemplavano espressamente la protezione dell'ambiente.

Il riconoscimento dell'ambiente quale bene giuridico fondamentale si deve prevalentemente all'esegesi giurisprudenziale della Corte costituzionale¹ e della Corte di cassazione² attraverso la valorizzazione delle norme sulla salvaguardia del paesaggio (art. 9) e su quella della salute (art. 32).

Una tutela indiretta e parziale è stata introdotta con la modifica del titolo V della Costituzione³, laddove la tutela dell'ambiente e dell'ecosistema viene attribuita alla potestà legislativa esclusiva dello Stato (art. 117, comma 2, lett. s) e riguardo alla «valorizzazione dei beni culturali e ambientali» è assegnata una potestà legislativa concorrente alle Regioni (art. 117, comma 3).

Nonostante la stretta relazione che si fa intercorrere fra ambiente e mercato, non si scorge alcun collegamento fra di essi né nel titolo II della Carta, né nelle letture tradizionali dei principi ivi sanciti.

Nel dettato costituzionale mercato e sviluppo economico si delineano come ambiti a sé stanti, rispondenti a logiche differenti⁴.

¹ Nella giurisprudenza costituzionale è ricorrente la definizione dell'ambiente quale «bene della vita, materiale e complesso», ovvero come «entità organica» che richiede una salvaguardia del «tutto» e delle «singole componenti considerate come parti del tutto» (*ex multis*, Corte cost., 19 giugno 2019, n. 147; *Id.*, 14 novembre 2007, n. 378, consultabili entrambe su www.giurcost.org).

² Qui ci si limita a ricordare Cass., sez. un., 6 ottobre 1979, n. 5172, in *Foro it.*, 1979, I, c. 2302 ss., con la quale è stata abbandonata la prospettiva meramente dominicale del diritto all'ambiente, assegnando in forza degli artt. 2 e 32 Cost. un contenuto di socialità e di sicurezza al diritto alla salute, così da ricavarne un diritto all'ambiente salubre, fondamentale, incondizionato e assoluto dell'individuo.

³ Legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, *Modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione*, in *Gazzetta ufficiale* n. 248 del 24 ottobre 2001.

⁴ Per una efficace lettura in chiave ecologica della Costituzione economica, F. DE LEONARDIS, *Ambiente e Costituzione economica*, in *Dir. econ.*, 3/2019, editoriale.

I molteplici tentativi di inserire l'ambiente nei principi fondamentali e di porre in connessione la parte dei «Rapporti economici» della Carta con la tutela dell'ambiente non hanno condotto ancora alla esplicitazione di tale valore nel testo costituzionale⁵.

Il progressivo incedere della salvaguardia dell'ambiente nell'ordinamento domestico si deve al diritto europeo⁶ dove ha acquisito uno spazio sempre più ampio, confrontandosi con i principi cardine dell'ordinamento comunitario quali la libera circolazione delle merci e la libertà della concorrenza.

Nel diritto europeo il confronto fra sviluppo economico e tutela delle risorse naturali e dell'ecosistema si è realizzato con modalità diverse nell'arco di qualche decennio nel corso del quale l'ambiente ha assunto rilevanza sempre maggiore.

In una prima fase, coincidente con un contesto economico tradizionale, la tutela dell'ambiente non assumeva dignità giuridica e l'attività economica non incontrava pressoché limiti quanto a ricadute sulla natura e sull'ecosistema, venendo traslate sul futuro le conseguenze di un uso indiscriminato delle risorse naturali.

In una seconda fase identificata comunemente come quella dell'*economia verde*, l'ambiente ha acquisito piena rilevanza giuridica e la sua protezione implica un costo, un aggravio di spesa per produttori e consumatori, delineandosi come un limite per l'attività economica.

Nella terza fase – che è in atto – la sostenibilità ambientale non equivale più alla semplice conservazione delle risorse esistenti in natura⁷, ma si realizza attraverso la rigenerazione e il riutilizzo dei prodotti⁸.

⁵ Anche nella XVIII legislatura sono stati presentati alcuni disegni di legge costituzionale tendenti a inserire l'ambiente nell'art. 9 Cost., fra i quali il n. 1203 del Senato della Repubblica, rubricato «Modifica dell'art. 9 della Costituzione in materia di tutela dell'ambiente e dell'ecosistema, protezione della biodiversità e degli animali, promozione dello sviluppo sostenibile, anche nell'interesse delle future generazioni», consultabile su www.senato.it. Su tali disegni di legge, D. PORENA, *Sull'opportunità di una costituzionalizzazione dell'Ambiente e dei principi che ne guidano la protezione. Osservazioni intorno alle proposte di modifica dell'articolo 9 della Carta presentate nel corso della XVIII legislatura*, in *federalismi.it*, 14/2020, p. 312 ss.

⁶ Segnatamente attraverso l'Atto unico europeo del 17 febbraio 1986, consultabile su <https://eur-lex.europa.eu>, il Trattato di Maastricht del 1992, firmato il 7 febbraio 1992, in *Gazzetta ufficiale delle Comunità europee* C/191 del 29 luglio 1992, nonché la giurisprudenza della Corte di giustizia UE.

⁷ M. MELI, *Oltre il principio chi inquina paga: verso un'economia circolare*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1/2017, p. 63 ss.

⁸ Le tre fasi successive del confronto della tutela dell'ambiente con i principi di concorrenza e libera circolazione delle merci alle quali si fa riferimento sono denominate comunemente come *brown economy*, *green economy* e *blue economy*. Per una ampia ricognizione, R. FERRARA, *Brown economy, green economy, blue economy: l'economia circolare e il diritto dell'ambiente*, in *Dir. e proc. amm.*, 3/2018, p. 801 ss.

Nel modello circolare, la tutela ambientale non è più intesa come un vincolo⁹, ma diviene volano di sviluppo economico, riflettendosi anche sulle normative europee degli appalti pubblici.

Nelle pagine che seguono si intende analizzare la relazione intercorrente tra ambiente e sviluppo economico nell'ottica delle scelte negoziali delle amministrazioni pubbliche, (relazione) che implica un mutamento di prospettiva indotto dal nuovo modello circolare¹⁰ che, al momento, sembra godere di un generalizzato (e quasi incontrastato) *favor*, delineandosi come la moderna via della sostenibilità da percorrere anche con l'ausilio delle tecnologie digitali.

La ricerca di un punto di equilibrio tra protezione dell'ambiente – esigenza ormai ineludibile stante l'attuale crisi ecosistemica che sembra senza ritorno – e crescita economica appare imprescindibile in un mercato assai rilevante quale è quello delle commesse pubbliche.

In tal senso sono eloquenti più disposizioni del vigente codice dei contratti pubblici¹¹, che sottintendono l'impiego di processi economici e produttivi che tengano conto dell'esauribilità delle risorse naturali.

D'altro canto, il concetto di sviluppo sostenibile è dinamico, delineandosi come principio modulabile nei diversi contesti che rende centrale il ruolo dei poteri pubblici nel contemperare gli opposti interessi in gioco.

⁹ J. KORHONEN, C. NUUR, A. FELDMANN, S. ESHETU BIRKIE, *Circular economy as an essentially contested concept*, in *Journal of cleaner production*, vol. 178, 2018, p. 544 ss.

¹⁰ In estrema sintesi la *blue economy* si basa sull'imitazione dei sistemi naturali nella loro capacità di riutilizzare continuamente le risorse senza produrre rifiuti e sprechi. Essa rappresenta una evoluzione della *green economy*: mentre quest'ultima ha quale obiettivo una riduzione, entro un limite accettabile, delle emissioni nocive e inquinanti, la *blue economy* si prefigge di raggiungere la soglia di *emissioni zero*. L'attuale teorizzazione di questo modello economico viene ricondotta a G. PAULI, *The blue economy. 10 years, 100 innovations, 100 million jobs*, Taos, New Mexico, 2010. Su tale modello economico, R.S. STAHEL, *The circular economy. A new relationship with our goods and materials would save resources and energy and create local jobs*, in *Nature*, 24 marzo 2016, 531, p. 435 ss., consultabile su www.nature.com.

¹¹ D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, *Codice dei contratti pubblici*, in *Gazzetta ufficiale* n. 91 del 19 aprile 2016, suppl. ord. n. 10 – con il quale sono state recepite le direttive del Parlamento europeo e del Consiglio n. 2014/23/UE, *sull'aggiudicazione dei contratti di concessione*, n. 2014/24/UE, *sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE*, e n. 2014/25/UE, *sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali e che abroga la direttiva 2004/17/CE*, in *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea*, I, 94 del 28 marzo 2014.

2. Contrattualistica pubblica e protezione dell'ambiente.

La disciplina interna dei contratti pubblici è stata a lungo improntata a una concezione contabilistica¹², siccome volta ad assicurare un impiego corretto e trasparente delle risorse pubbliche attraverso procedure tipizzate per la scelta del contraente privato.

Questa disciplina si è successivamente evoluta per effetto di regole di matrice europea volte a salvaguardare la concorrenza e le dinamiche di mercato.

Soltanto da epoca piuttosto recente il tema degli appalti pubblici incrocia quello della tutela ambientale sempre per impulso del diritto europeo, come può cogliersi anche dalle ultime direttive comunitarie recepite dall'attuale codice dei contratti pubblici.

Il punto di incontro è rappresentato dal principio dello sviluppo sostenibile¹³ che, nel suo nucleo essenziale¹⁴, richiede che ogni attività umana giuridicamente rilevante deve garantire che il soddisfacimento dei bisogni delle generazioni attuali¹⁵ non

¹² Il riferimento è alla disciplina dei pubblici incanti che risale alla l. 22 aprile 1869, n. 5026 (cd. legge Cambray-Digny), *Sull'amministrazione del patrimonio e la contabilità generale dello Stato*, successivamente confluita nel r.d. 17 febbraio 1884, n. 2016, con il quale fu approvato il testo unico della legge sull'amministrazione e sulla contabilità generale dello Stato, e nel relativo regolamento di esecuzione adottato con r.d. 4 maggio 1885, n. 3074. L'impostazione di tale disciplina venne recepita dal r.d. 18 novembre 1923, n. 2440, *Nuove disposizioni sull'amministrazione del patrimonio e sulla contabilità generale dello Stato*, in *Gazzetta ufficiale* n. 275 del 23 novembre 1923, e dal r.d. 23 maggio 1924, n. 827, *Regolamento per l'amministrazione del patrimonio e per la contabilità generale dello Stato*, in *Gazzetta ufficiale* n. 130 del 3 giugno 1924. Per una ricostruzione in chiave critica di questa normativa di stampo contabilistico, F. LEDDA, *Per una nuova normativa sulla contrattazione pubblica*, in AA.VV., *Studi in onore di Antonio Amorth*, I, *Scritti di diritto amministrativo*, Milano, 1982, p. 317 ss.

¹³ G. FIDONE, *Ecoefficienza e sviluppo sostenibile nell'attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, in P. DELL'ANNO, E. PICOZZA (diretto da), *Trattato di diritto dell'ambiente. Tutele parallele, norme processuali*, III, Padova, 2015, p. 1069 ss.; C. ALBERTI, *Tutela ambientale, politica sociale e appalti: verso uno sviluppo sostenibile*, consultabile su www.jus.unitn.it, 2003.

¹⁴ La definizione di sviluppo sostenibile risale al rapporto *Our Common Future*, pubblicato nel 1987 dalla Commissione mondiale per l'ambiente e lo sviluppo (Commissione Brundtland) del Programma delle Nazioni Unite per l'ambiente, organo sussidiario dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite, istituito con risoluzione 2997 (XXVII) del 15 dicembre 1972, a seguito della Conferenza di Stoccolma sull'ambiente umano tenutasi nello stesso anno per iniziativa dell'ONU. Secondo la definizione contenuta nel rapporto Brundtland, «*sustainable development is development that meets the needs of the present without compromising the ability of future generations to meet their own needs*». Una efficace sintesi del rapporto Brundtland è reperibile su www.isprambiente.gov.it.

¹⁵ In questi termini si esprime l'art. 3-*quater* d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, *Norme in materia ambientale*, in *Gazzetta ufficiale* n. 88 del 14 aprile 2006, suppl. ord. n. 96. Sul principio dello sviluppo sostenibile quale chiave di volta del diritto dell'ambiente, F. FRACCHIA, *Introduzione allo studio del diritto dell'ambiente. Principi, concetti e istituti*, Napoli, 2013, nonché ID., *Principi di diritto ambientale e sviluppo sostenibile*, in P.

comprometta la qualità della vita e le possibilità delle generazioni future¹⁶, ponendo come centrale il rapporto¹⁷ tra tutela dell'ambiente e crescita economica¹⁸.

L'affermazione di una esigenza diffusa di sostenibilità si colloca agli inizi degli anni Settanta dello scorso secolo e progredisce di pari passo con l'emersione della questione ambientale, generata dal modello di sviluppo economico e dalla sua incidenza sulle risorse naturali¹⁹.

L'idea di sviluppo sostenibile nasce come espressione di un bisogno di ripensamento dei modelli di sviluppo²⁰, senza porre in discussione l'imperativo della crescita economica²¹ che, nella visione moderna, viene concepita come strumento attraverso cui realizzare la protezione dell'ambiente²².

Un'idea che evoca approcci economici più sensibili alle tematiche ambientali – come pure a quelle sociali – lontani da una incondizionata e aprioristica fiducia nelle capacità del progresso di superare la limitatezza delle riserve naturali²³.

DELL'ANNO, E. PICOZZA (diretto da), *Trattato di diritto dell'ambiente. Principi generali*, I, Padova, 2012, p. 559 ss.

¹⁶ F. FRACCHIA, *Sviluppo sostenibile e diritti delle generazioni future*, in *Riv. quadr. dir. ambiente*, 2010, p. 13 ss.; R. BIFULCO, A. D'ALOIA, *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, Napoli, 2008.

¹⁷ Le conclusioni del rapporto della Commissione Brundtland sono state sviluppate nella dichiarazione della Conferenza delle Nazioni Unite sull'ambiente e lo sviluppo svoltasi a Rio de Janeiro il 3-14 giugno 1992, consultabile su www.isprambiente.gov.it. Il principio 4 recita: «al fine di pervenire ad uno sviluppo sostenibile, la tutela dell'ambiente costituirà parte integrante del processo di sviluppo e non potrà essere considerata separatamente da questo».

¹⁸ Sullo sviluppo del principio dello sviluppo sostenibile nell'ordinamento nazionale, D. PORENA, *Il principio di sostenibilità. "Giuridicizzazione" e progressiva espansione nei sistemi giuridici contemporanei e nell'ordinamento costituzionale italiano*, in www.ambientediritto.it, 4/2020, p. 419 ss.

¹⁹ M. CAFAGNO, F. FONDERICO, *Riflessione economica e modelli di azione amministrativa a tutela dell'ambiente*, in P. DELL'ANNO, E. PICOZZA (diretto da), *Trattato di diritto dell'ambiente. Principi generali*, I, cit., p. 489 ss.

²⁰ E. SCOTTI, *Poteri pubblici, sviluppo sostenibile ed economia circolare*, in *Dir. econ.*, 1/2019, p. 493 ss., p. 500.

²¹ In termini problematici, sovente anche critici, sulla necessità di «uscire dall'economia» per ritrovare la sostenibilità, in ragione dell'impatto catastrofico della logica capitalistica sull'ambiente naturale e sulla vita degli esseri umani, S. LATOUCHE, *Le pari de la décroissance*, Paris, 2006, trad. it. M. Schianchi, *La scommessa della decrescita*, Milano, 2007, p. 60 ss.

²² Sino ai nostri giorni, il tema della compatibilità tra benessere materiale e conservazione dell'ambiente e delle risorse naturali non è stato preso in considerazione dalle teorie economiche dominanti. Come ricorda A. RONCAGLIA, *Breve storia del pensiero economico*, 4^a ed., Bari-Roma, 2020, la mancata considerazione della problematica ambientale e l'imperativo della crescita è comune alle diverse scuole (classica, neoclassica, neoliberista, austriaca, keynesiana) del pensiero economico.

²³ Sul modello economico dello sviluppo sostenibile, con cui si intende un livello di utilizzo delle risorse tale da non ridurre irreversibilmente il capitale naturale e non diminuire le capacità della terra di sostenere la produzione di ricchezza del futuro, H.E. DALY, *Oltre la crescita. L'economia dello sviluppo sostenibile*, Torino, 2001.

Da qui una rimeditazione del rapporto tra crescita economica e salvaguardia dell'ambiente, secondo la logica della doverosità e della solidarietà intesa sia come responsabilità verso le generazioni future²⁴, sia come «equa condivisione tra i popoli del diritto al godimento dell'ambiente»²⁵.

3. Il principio dello sviluppo sostenibile nel codice dei contratti pubblici.

Il principio dello sviluppo sostenibile prende le mosse dal diritto internazionale ed è divenuto parte integrante dell'ordinamento europeo²⁶. L'art. 2 del Trattato UE²⁷ impegna la Comunità europea a promuovere «uno sviluppo armonioso ed equilibrato delle attività economiche nell'insieme della Comunità, una crescita sostenibile, (...) che rispetti l'ambiente»²⁸.

La formulazione nazionale²⁹ del principio³⁰ tende a ricomprendervi non soltanto gli interessi ambientali in senso stretto, ma ne accoglie un'accezione tripartita³¹ attinente, oltre alla dimensione naturalistica, agli aspetti culturali e paesaggistici – in

²⁴ Su tale responsabilità, S. MABELLINI, *La sostenibilità in campo ambientale e i "diritti" delle generazioni future: un'ulteriore prova delle capacità palinogenetiche dell'art. 9, comma 2, Cost.*, in *Dir. soc.*, 2/2018, p. 151 ss.

²⁵ F. FRACCHIA, *La tutela dell'ambiente come dovere di solidarietà*, in *Dir. econ.*, 3/4, 2009, p. 491 ss. V. pure, ID., *Sulla configurazione giuridica unitaria dell'ambiente: art. 2 Cost. e doveri di solidarietà ambientale*, *ivi*, 2/2002, p. 215 ss.; ID., *Lo sviluppo sostenibile. La voce flebile dell'altro tra protezione dell'ambiente e tutela della specie umana*, Napoli, 2010, p. 143 ss.

²⁶ ID., *Il principio dello sviluppo sostenibile*, in G. ROSSI (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, 4^a ed., Torino, 2017, p. 182 ss.

²⁷ Ci si riferisce al Trattato di Maastricht del 7 febbraio 1992.

²⁸ A tale disposizione ha fatto seguito l'art. 3 del Trattato di Lisbona, firmato a Lisbona il 13 dicembre 2007, in *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea* C306 del 17 dicembre 2007, secondo cui 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». L'art. 37 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea* C/202 del 7 giugno 2016, stabilisce che «un livello elevato di tutela dell'ambiente e il miglioramento della sua qualità devono essere integrati nelle politiche dell'Unione e garantiti conformemente al principio dello sviluppo sostenibile».

²⁹ Art. 3-*quater* d.lgs. 152/2006.

³⁰ Sul principio dello sviluppo sostenibile, la letteratura giuridica è vasta. Ci si limita a ricordare S. BORGHESI, A. VERCELLI, *La sostenibilità dello sviluppo globale*, Roma, 2005; A. LANZA, *Lo sviluppo sostenibile*, Bologna, 2006; M. CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente. Come sistema complesso, adattivo, comune*, Torino, 2007.

³¹ Tripartizione che è stata teorizzata da M.S. GIANNINI, «Ambiente»: saggio sui diversi suoi aspetti giuridici, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1973, p. 15 ss.

aderenza con la loro rilevanza costituzionale (art. 9)³², che includono pure le azioni a protezione delle risorse ambientali – e a quelli dell’assetto e della gestione del territorio.

Tale principio esplica effetto non soltanto nelle scelte propriamente ambientali, ma si estende all’intera attività amministrativa di carattere discrezionale in cui si pone la scelta comparativa tra interessi pubblici e privati, (scelta) nell’ambito della quale la tutela dell’ambiente e del patrimonio culturale devono essere oggetto di prioritaria considerazione³³.

Lo sviluppo sostenibile si delinea come il *trait d’union* tra protezione dell’ambiente e attività contrattuale della pubblica amministrazione³⁴, impegnando le stazioni appaltanti a effettuare scelte negoziali improntate alla *green economy*³⁵ tramite azioni aventi finalità di salvaguardia ambientale³⁶.

³² Cons. Stato, sez. III, 11 marzo 2019, n. 1635 (punto 12, motivazione in diritto), consultabile su www.infoappalti.it, illustra come la tutela e salvaguardia dell’ambiente, già presente fra i principi fondamentali ai sensi dell’art. 9 Cost., ha assunto una valenza sempre più forte anche sulla spinta del diritto europeo, e un esercizio esegetico ampliativo della portata dell’art. 32 Cost. ha consentito di estendere l’ambito della tutela garantita alla salute pubblica anche mediante le certificazioni di prodotto, sino a ricomprendervi il «diritto alla salubrità ambientale», anche mediante la disciplina e la conseguente possibilità di certificazione ambientale, di attività delle singole imprese complessivamente rispettose dell’ambiente, e la stessa Corte costituzionale ha inquadrato l’ambiente nell’ambito dei valori costituzionalmente protetti, come una «sorta di materia trasversale», in ordine alla quale si manifestano competenze diverse tanto attinenti allo Stato, quanto spettanti alle singole Regioni.

³³ In questo senso recita l’art. 3-*quater*, comma 2, d.lgs. 152/2006, secondo cui «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». La disposizione fa esplicito riferimento all’attività discrezionale sul presupposto che nell’attività amministrativa vincolata la ponderazione comparativa degli interessi interviene a livello di diritto internazionale, europeo o nazionale.

³⁴ La Comunicazione interpretativa della Commissione del 4 luglio 2001, COM(2001) 274 definitivo, *Il diritto comunitario degli appalti pubblici e la possibilità di integrare considerazioni di carattere ambientale negli appalti pubblici*, consultabile su <https://ec.europa.eu>, precisa che le norme europee sugli appalti, pur avendo carattere prevalentemente economico, devono essere applicate e interpretate conformemente al principio dello sviluppo sostenibile di cui all’art. 2 del Trattato della Comunità europea.

³⁵ S. VILLAMENA, *Codice dei contratti pubblici 2016. Nuovo lessico ambientale, clausole ecologiche, sostenibilità, economicità*, in *Riv. giur. dell’edilizia*, 3/2017, p. 101 ss.; C. FELIZIANI, *I «nuovi» appalti verdi: un primo passo verso un’economia circolare?*, in *Dir. econ.*, 2/2017, p. 349 ss.; A. FARÌ, *L’uso strategico dei contratti pubblici*, in M. CAFAGNO, F. MANGANARO (a cura di), *L’intervento pubblico nell’economia*, Firenze, 2016, p. 441 ss., pp. 454-457.

³⁶ L’ampio dibattito sugli appalti pubblici nella UE ha condotto la Commissione a presentare il Libro Verde, *Gli appalti pubblici nell’Unione Europea. Spunti di riflessione per il futuro*, comunicazione del 27 novembre 1996, consultabile su <https://europa.eu>. Sulla promozione da parte delle amministrazioni pubbliche della diffusione di prodotti più ecologici, tenendo conto anche degli aspetti ambientali nell’aggiudicazione degli appalti pubblici, si veda la Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo del 18 giugno 2003,

A livello europeo³⁷, il *Green Public Procurement*³⁸ è stato introdotto con il preciso obiettivo di perseguire uno sviluppo sostenibile nel settore degli appalti pubblici³⁹.

Si tratta di un istituto che comprende un insieme di strumenti eterogenei volti a favorire la convergenza tra l'interesse principale oggetto dell'appalto e quello alla tutela ambientale.

Alla costruzione di tale istituto ha contribuito significativamente la giurisprudenza della Corte di giustizia europea che ha progressivamente riconosciuto alle amministrazioni aggiudicatrici di tenere conto di criteri legati alla tutela ambientale nell'ambito delle procedure di gara degli appalti pubblici⁴⁰.

Nonostante l'integrazione delle politiche comunitarie ambientali con quella degli appalti pubblici sia una esigenza avvertita almeno dagli ultimi anni Novanta, soltanto con le direttive n. 17 e n. 18 del 2004⁴¹ è stata introdotta la possibilità per le

COM(2003) 302 definitivo, *Politica integrata dei prodotti. Sviluppare il concetto di "ciclo di vita ambientale"*, consultabile su <https://eur-lex.europa.eu>.

³⁷ La strategia dell'UE per lo sviluppo sostenibile è stata lanciata attraverso la Comunicazione della Commissione del 15 maggio 2001, COM(2001) 264 definitivo, *Sviluppo sostenibile in Europa per un mondo migliore: strategia dell'Unione europea per lo sviluppo sostenibile*, consultabile su <https://ec.europa.eu>, ed è stata sviluppata nella Comunicazione della Commissione del 3 marzo 2010, COM(2010) 2020 definitivo, *Europa 2020. Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva*, *ivi*. La Comunicazione *Il futuro sostenibile dell'Europa: prossime tappe* della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni del 22 novembre 2016, COM(2016) 739final, *ivi*, illustra l'azione europea a favore della sostenibilità che si pone in sintonia con l'Agenda 2030 delle Nazioni Unite approvata dall'Assemblea generale il 25 settembre 2015 e contenente i 17 obiettivi dello sviluppo sostenibile a livello mondiale.

³⁸ Per un inquadramento della tematica, G. FIDONE, F. MATALUNI, *Gli appalti verdi nel Codice dei contratti pubblici*, in *Riv. quadr. dir. ambiente*, 3/2016, p. 4 ss.

³⁹ In ambito europeo, il *Green Public Procurement* è definito come l'approccio in base al quale le amministrazioni pubbliche integrano i criteri ambientali in tutte le fasi del processo di acquisto, incoraggiando la diffusione di tecnologie ambientali e lo sviluppo di prodotti validi sotto il profilo ambientale, attraverso la ricerca e la scelta dei risultati e delle soluzioni che hanno il minore impatto possibile sull'ambiente lungo l'intero ciclo di vita. Si veda la Comunicazione del 27 gennaio 2011, COM(2011) 15definitivo, *Libro Verde sulla modernizzazione della politica della UE in materia di appalti pubblici. Per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti*, consultabile su <https://eur-lex.europa.eu>. La Comunicazione del 16 luglio 2008, COM(2008) 400 definitivo, *Appalti pubblici per un ambiente migliore*, consultabile su <https://ec.europa.eu>, puntualizza che realizzare appalti rispettosi dell'ambiente significa andare oltre i bisogni a breve termine, considerando l'impatto a lungo termine di ogni acquisto della pubblica amministrazione.

⁴⁰ Fra le pronunce più significative, Corte giustizia CE, 28 marzo 1996, in causa C-318/94; *Id.*, 17 settembre 2002, in causa C-513/99; *Id.*, 4 dicembre 2003, in causa C-448/01, tutte consultabili su <https://eur-lex.europa.eu>.

⁴¹ Le direttive del Parlamento europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004, 2004/18/CE, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, e 2004/17/CE, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali, in *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea*, L134 del 30 aprile 2004.

stazioni appaltanti di prendere in considerazione elementi di ordine non economico, fra i quali quelli attinenti alla tutela ambientale, per la selezione del contraente privato.

La mancata previsione di criteri ambientali nella normativa europea sugli appalti pubblici si deve alla preoccupazione che le *clausole verdi* nei documenti di gara potessero integrare una misura discriminatoria e lesiva della concorrenza in quanto avrebbero potuto comportare maggiori costi da sostenere per l'operatore economico, penalizzandolo nella partecipazione alla procedura⁴².

Il tema degli appalti verdi poneva, altresì, la questione della loro compatibilità con il principio di economicità⁴³, che aveva generato un ampio dibattito in sede europea⁴⁴. Con le direttive n. 23, n. 24 e n. 25 del 2014, hanno fatto ingresso ulteriori disposizioni a carattere ambientale rispetto a quelle contenute nelle direttive del 2004⁴⁵. Di particolare rilievo è la previsione, ai fini dell'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, del criterio del costo più basso, che è un concetto ben più ampio di quello del prezzo di acquisto del bene⁴⁶. Per la determinazione del costo più basso l'amministrazione aggiudicatrice può prendere in considerazione elementi ulteriori rispetto al solo prezzo, secondo «un approccio costo/efficacia»⁴⁷. In tale prospettiva, assume centralità il concetto di «costo del ciclo di vita del prodotto»

⁴² Sul punto, la giurisprudenza europea, nel porre a confronto il valore dell'ambiente e quello della concorrenza, ha affermato che l'introduzione di clausole verdi nelle procedure di appalto non comporta l'automatica prevalenza della tutela ambientale a discapito delle altre politiche comunitarie, ma rende necessario un bilanciamento dei diversi interessi in gioco (Corte di giustizia UE, 17 settembre 2002, in causa C-513/99, cit.; *Id.*, 4 dicembre 2003, in causa C-448/01, cit.).

⁴³ L'art. 30 d.lgs. 50/2016, recante i principi per l'aggiudicazione e l'esecuzione di appalti e concessioni, adesso prevede che il principio di economicità possa essere subordinato, «nei limiti in cui è espressamente consentito dalle norme vigenti e dal presente codice, ai criteri, previsti nel bando, ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute, dell'ambiente, del patrimonio culturale e alla promozione dello sviluppo sostenibile, anche dal punto di vista energetico» (comma 1). La tutela dell'ambiente è incluso fra i principi per l'affidamento di contratti pubblici esclusi (art. 4), è canone cui deve informarsi la progettazione per gli appalti e le concessioni di lavori e servizi (art. 23), è motivo di esclusione dalla procedura di gara per gravi infrazioni ai relativi obblighi (art. 80, comma 5, lett. a).

⁴⁴ G. FIDONE, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in M. CLARICH (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, 2^a ed., Torino, 2019, p. 3 ss., pp. 32-37.

⁴⁵ G. FIDONE, *Gli appalti verdi all'alba delle nuove direttive: verso modelli più flessibili orientati a scelte eco-efficienti*, in *Riv. ital. dir. pubbl. com.*, 2012, p. 819 ss.; C. GUCCIONE, L. PALATUCCI, *Profili ambientali nelle procedure ad evidenza pubblica*, in P. DELL'ANNO, E. PICOZZA (diretto da), *Trattato di diritto dell'ambiente*, II, Padova, 2013, p. 727 ss.; R. DI PACE, *I profili ambientali nell'esecuzione delle opere pubbliche*, *ivi*, p. 787 ss.

⁴⁶ Artt. 95 e 96 d.lgs. 50/2016.

⁴⁷ Art. 67, comma 2, direttiva 2014/24/UE.

(*life-cycle costing*), che tiene conto dei costi ambientali derivanti dal processo di produzione, utilizzo e smaltimento finale⁴⁸⁴⁹.

I costi del ciclo di vita includono i costi di tutte le fasi della vita di un bene, di un lavoro, o di un servizio⁵⁰, dall'acquisto sino allo smaltimento del prodotto, allo smantellamento del cantiere o alla conclusione di una prestazione⁵¹.

Il concetto di sviluppo sostenibile e salvaguardia dell'ambiente – che è entrato a pieno titolo nella disciplina interna degli appalti pubblici con il codice del 2006⁵² – è diventato un valore fondamentale nell'affidamento e nell'esecuzione delle commesse pubbliche. Un concetto che non viene più inteso come un limite alla concorrenza e alle attività economiche, ma che assurge a interesse pubblico, a valore da salvaguardare e (contro)bilanciare con le dinamiche economiche e concorrenziali.

Nel codice vigente, la tutela dell'ambiente attraverso scelte negoziali che realizzino uno sviluppo sostenibile è divenuto un obbligo ancora più stringente. Rispetto al codice precedente⁵³, il d.lgs. 50/2016 ha incrementato le clausole verdi per quanto concerne sia i criteri di aggiudicazione degli appalti pubblici, sia i criteri ambientali minimi definiti con decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e

⁴⁸ Nella medesima ottica si pongono l'art. 56, comma 2, della direttiva 2014/24/UE, che prevede la possibilità di non aggiudicare la commessa all'operatore che presenta l'offerta economicamente più vantaggiosa se questa non soddisfa gli obblighi di carattere ambientale imposti dal diritto europeo e nazionale, l'art. 57, comma 4, lett. a, che prevede la possibilità di escludere dalla procedura di gara un operatore economico in caso di violazione degli obblighi ambientali sanciti dal diritto europeo e nazionale.

⁴⁹ Analogamente, l'art. 57, comma 4, lett. a, della direttiva 2014/24/UE prevede la possibilità di escludere dalla procedura di gara un operatore economico in caso di violazione degli obblighi ambientali previsti dal diritto europeo e nazionale, disposizione che è stata recepita dall'art. 80, comma 5, lett. a, d.lgs. 50/2016.

⁵⁰ Considerando n. 96, direttiva 2014/24/UE.

⁵¹ G. FIDONE, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, cit., p. 35. L'art. 68 della direttiva 2014/24/UE comprende nei costi del ciclo di vita di un prodotto, di un servizio o di un lavoro: A) costi sostenuti dall'amministrazione aggiudicatrice o da altri utenti quali: i) costi relativi all'acquisizione; ii) costi connessi all'utilizzo, quali consumo di energia e altre risorse; iii) costi di manutenzione; iv) costi relativi al fine vita, come i costi di raccolta e di riciclaggio; B) costi imputati a esternalità ambientali legate ai prodotti, servizi o lavori nel corso del ciclo di vita, a condizione che il loro valore monetario possa essere determinato e verificato; tali costi possono includere i costi delle emissioni di gas a effetto serra e di altre sostanze inquinanti, nonché altri costi legati all'attenuazione dei cambiamenti climatici.

⁵² D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, *Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE*, in *Gazzetta ufficiale* n. 100 del 2 maggio 2006, suppl. ord. n. 107. L'art. 2, comma 2, prevedeva che il principio di economicità – che, unitamente, ai principi di efficacia, tempestività e correttezza, regola l'affidamento e l'esecuzione di opere e lavori pubblici, servizi e forniture – «può essere subordinato, entro i limiti in cui sia espressamente consentito dalle norme vigenti e dal presente codice, ai criteri, previsti dal bando, ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute e dell'ambiente e alla promozione dello sviluppo sostenibile».

⁵³ Art. 68-bis d.lgs. 163/2006.

del mare⁵⁴, che le stazioni appaltanti sono tenute a inserire nella documentazione progettuale e di gara per l'approvvigionamento di determinati beni e servizi⁵⁵.

L'obbligatorietà dell'inserimento delle clausole verdi nei documenti di gara prevista dal codice attuale rispetto alla facoltatività stabilita dalla direttiva 2014/24/UE denota una netta scelta di campo, rendendo evidente il collegamento della crescita economica alla protezione dell'ambiente⁵⁶, attraverso la promozione di prodotti ecocompatibili e di sistemi produttivi innovativi e di minore impatto ambientale.

4. Poteri pubblici e modello di sviluppo economico.

Lo sviluppo sostenibile⁵⁷ incarna un modello di progresso ecocompatibile che non privi le generazioni future della possibilità di ulteriore sviluppo, preservando quantità e qualità del patrimonio e delle riserve naturali⁵⁸. Obiettivo primario di tale modello è quello di realizzare le condizioni per una crescita economica capace di mantenere un equilibrio ambientale.

Secondo la definizione accolta nel rapporto Brundtland⁵⁹, lo sviluppo sostenibile muove da una visione antropocentrica focalizzata non tanto sulla protezione dell'intero ecosistema, quanto piuttosto sulla sopravvivenza e sul benessere delle generazioni umane. La sostenibilità richiama un'idea di mantenimento e

⁵⁴ Con riguardo alla previsione e valorizzazione nella disciplina nazionale di criteri ambientali minimi (CAM) riferiti all'intera filiera produttiva, distributiva e di smaltimento del prodotto, anziché solamente alle sue caratteristiche tecniche, Cons. Stato, sent. 1635/2019, cit.

⁵⁵ Art. 34, rubricato «Criteri di sostenibilità energetica e ambientale», d.lgs. 50/2016.

⁵⁶ In tal senso è emblematico l'art. 95, comma 6, d.lgs. 50/2016, secondo cui l'offerta economicamente più vantaggiosa, individuata sulla base del miglior rapporto qualità prezzo, è valutata sulla base di criteri oggettivi, quali gli aspetti qualitativi, ambientali o sociali, connessi all'oggetto dell'appalto. Ciò significa che le stazioni appaltanti devono considerare le ricadute socio-ambientali della commessa. In questa prospettiva si pone il successivo art. 96, che recepisce l'art. 68 della direttiva n. 24 del 2014, che definisce i costi del ciclo di vita di un prodotto, lavoro o servizio.

⁵⁷ H.E. DALY, *Elements of environmental macroeconomics*, in R. COSTANZA (a cura di), *Ecological economics: the science and management of sustainability*, New York, 1991, p. 32 ss.

⁵⁸ A differenza delle risorse naturali che includono tutti gli elementi o aspetti della natura, a prescindere dalla loro utilizzazione, le riserve definiscono la quantità disponibile di una risorsa naturale, che può essere sfruttata economicamente dall'uomo mediante le tecnologie esistenti, cfr. G. MUREDDU, *Risorse naturali*, in *Enc. sc. sociali*, 1997, consultabile su www.treccani.it.

⁵⁹ V. *sub* precedente nt. 14.

conservazione nel tempo e, soprattutto, nel lungo periodo delle condizioni esistenti senza generare degrado.

La nozione di sviluppo si identifica con l'idea di progresso e di miglioramento, che determini cambiamenti positivi di ordine qualitativo e non solo quantitativo. La virtuosa relazione fra crescita e ambiente viene considerata una condizione indispensabile per ogni sistema produttivo che intenda preservare le sue capacità di sviluppo, a fronte dell'attuale crisi ecosistemica di dimensioni globali⁶⁰. Un'ottica questa che non è limitata all'ambito economico e tecnologico, ma che deve essere necessariamente condivisa nel versante giuridico⁶¹. Lo stretto rapporto intercorrente tra crescita economica e preservazione dell'ambiente richiede ai pubblici poteri di governare il relativo processo attraverso idonee misure regolatorie⁶².

La tutela dell'ambiente non sembra possa essere rimessa soltanto ai tradizionali strumenti pubblicistici, ma implica anche specifici dispositivi di mercato.

Gli strumenti pubblicistici, eccessivamente rigidi e standardizzati, possono risultare poco confacenti alle diverse realtà e, quindi, inefficaci nel prevenire e contrastare le aggressioni all'ambiente. Più studi hanno illustrato che la tutela ambientale più efficace è quella realizzata mediante l'utilizzo integrato di strumenti pubblicistici, economici e di mercato, accanto a quelli propriamente privatistici consistenti essenzialmente nella tutela dei diritti e nelle regole di responsabilità⁶³. Si tratta non tanto di interporre limiti allo sviluppo, quanto di intervenire sull'assetto dei processi economici e produttivi per trovare una mediazione tra ambiente e mercato nuova e alternativa rispetto al concetto di limite. A livello globale, europeo e nazionale, lo sforzo degli apparati pubblici di governare il rapporto tra ambiente e mercato risale agli ultimi anni Novanta, in ragione dell'acquisita consapevolezza dell'esaurimento delle risorse naturali e della prospettiva intergenerazionale.

⁶⁰ M. CLARICH, *La tutela dell'ambiente attraverso il mercato*, in *Dir. pubbl.*, 1/2007, p. 219 ss.; S. VILLAMENA, *Codice dei contratti pubblici 2016. Nuovo lessico ambientale, clausole ecologiche, sostenibilità, economicità*, in *Riv. giur. edilizia*, 3/2017, p. 101 ss.

⁶¹ M. CAFAGNO, F. FONDERICO, *Riflessione economica e modelli di azione amministrativa a tutela dell'ambiente*, cit., p. 487 ss.

⁶² I. ALOGNA, *La circolazione del modello di sviluppo sostenibile. Prospettive di diritto comparato per un percorso multidirezionale*, in G. CERRINA FERRONI, T.E. FROSINI, L. MEZZETTI, P.L. PETRILLO (a cura di), *Ambiente, energia, alimentazione, modelli giuridici comparati per lo sviluppo sostenibile*, vol. 1, tomo I, Firenze, 2016, p. 145 ss.; R. BIFULCO, E. SCOTTI, *Equità ambientale e sviluppo sostenibile: spunti per una riflessione a partire dall'esperienza dell'environmental justice*, *ivi*, p. 169 ss.

⁶³ M. CAFAGNO, *Strumenti di mercato a tutela dell'ambiente*, in G. ROSSI (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, 4^a ed., Torino, 2017, p. 192 ss.

Nell'ordinamento interno, l'ambiente è un valore costituzionalmente protetto, che in quanto tale, delinea una sorta di materia trasversale, rispetto alla quale si manifestano competenze diverse, che possono essere regionali, spettando allo Stato le determinazioni che rispondono a esigenze meritevoli di disciplina uniforme sull'intero territorio nazionale⁶⁴.

Circa il modo di intendere in ambito domestico l'equilibrio tra gli interessi, economico, sociale e ambientale che sono parte integrante del principio dello sviluppo sostenibile⁶⁵, le diverse interpretazioni sono riconducibili a due orientamenti prevalenti, il primo che ne accoglie una lettura «forte», mentre il secondo che propende per una nozione «debole»⁶⁶.

Secondo il primo approccio, l'equilibrio tra i valori antagonisti che vengono in gioco è dato dalla preminenza di quelli ambientali⁶⁷, che genera anche una prevalenza assoluta della tutela dei valori paesaggistici⁶⁸. Nell'accezione debole - che appare dominante a livello globale, europeo e in numerosi ordinamenti nazionali -, l'equilibrio della sostenibilità è dato dal bilanciamento tra i contrapposti interessi non ordinati secondo una gerarchia valoriale, non potendo trovarsi una unica soluzione rispetto a una determinata vicenda ambientale⁶⁹.

Il nostro ordinamento ha recepito, apparentemente, l'orientamento forte, dando priorità all'interesse ambientale. La prassi applicativa denota, però, come l'interesse

⁶⁴ Corte cost., 26 luglio 2002, n. 407 e *Id.*, 13 giugno 2018, n. 121, entrambi consultabili su www.cortecostituzionale.it; nonché, *Id.*, 30 marzo 2018, n. 66, *ivi*.

⁶⁵ A fronte della varietà e rilevanza di interessi nella materia della tutela ambientale e dell'ecosistema, la giurisprudenza costituzionale è costante nell'affermare che «le norme statali che rimettono la definizione di interventi regionali ad atti di pianificazione devono intendersi prescrittive della forma dell'atto amministrativo; solo così, infatti, è possibile assicurare le garanzie procedurali per un giusto equilibrio tra i vari interessi in gioco, anche attraverso l'acquisizione di pareri tecnici, con conseguente divieto per la regione di ricorrere ad una legge provvedimento» (Corte cost., 13 luglio 2017, n. 174, e *Id.*, 14 giugno 2017, n. 139, *ivi*). «L'atto amministrativo costituisce il punto di approdo di un'adeguata attività istruttoria svolta nella sede procedimentale, aperta al coinvolgimento degli enti territoriali e dei soggetti privati interessati, e quindi preordinata all'apprezzamento e alla sintesi delle plurime istanze coinvolte (siano esse statali, locali o private); è in tale sede che dette istanze possono essere valutate in modo trasparente, e ciò non solo a garanzia della scelta – nel rispetto del principio di cui all'art. 97 Cost. - ma anche e soprattutto per il perseguimento, nel modo più adeguato ed efficace, dell'interesse primario coinvolto, che consiste nell'inveramento della tutela ambientale» (Corte cost., sent. 66/2018 e *Id.*, 5 marzo 2018, n. 69, *ivi*).

⁶⁶ Tali orientamenti sono così qualificati e ricostruiti efficacemente da E. SCOTTI, *Poteri pubblici, sviluppo sostenibile ed economia circolare*, cit., p. 504.

⁶⁷ R. FERRARA, *Etica, ambiente e diritto: il punto di vista del giurista*, in R. FERRARA, M.A. SANDULLI (diretto da), *Trattato di diritto dell'ambiente*, Milano, I, 2014, p. 19 ss.

⁶⁸ Corte cost., 7 novembre 2007, n. 367, consultabile su www.giurcost.org.

⁶⁹ *IVI*, p. 33 ss.

ambientale venga spesso relativizzato, in considerazione del fatto che lo sviluppo economico è concepito come interesse paritario, se non talvolta prevalente rispetto alla tutela della salute e del paesaggio⁷⁰. Coniugare crescita economica e salvaguardia dell'ambiente richiede un bilanciamento tra opposti fattori (e valori) quali sono quelli economici, sociali e ambientali, che richiedono la ricerca di un punto di equilibrio accettabile sul piano normativo, della prassi amministrativa e su quello giudiziario. In questo contesto si calano anche il problema dell'accesso paritario alle risorse naturali essenziali⁷¹ e quello della partecipazione⁷² ai processi decisionali che riguardano l'ambiente^{73,74}. Lo sviluppo sostenibile esprime un concetto fluido, se non

⁷⁰ Cfr. Corte cost., 9 maggio 2013, n. 85, resa sul caso Ilva di Taranto, le cui conclusioni sono state temperate da Corte cost., 23 marzo 2018, n. 58, entrambe consultabili su www.giurcost.org, pronuncia quest'ultima che si è posta sulla scia di Corte europea dei diritti dell'uomo, prima sezione, 24 gennaio 2019, causa Cordella e altri c. Italia, ricc. nn. 54414/13 e 54264/15, consultabile su federalismi.it, *focus human rights* n. 1 del 1 maggio 2019, e degli orientamenti della Consulta anteriori alla sent. 85/2013 più aderenti alle scelte valoriali effettuate dalla Costituzione. Sulla prima sentenza, G. MONTEDORO, *Il caso ILVA tra crisi economica ed emergenza ambientale*, in www.apertacontrada.it, 29 agosto 2013; M. BONI, *Le 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)*, *ivi*, 3/2014. Sulla seconda pronuncia, G. AMENDOLA, *Ilva e il diritto alla salute. La Corte costituzionale ci ripensa?*, consultabile su www.questionegiustizia.it, 10 aprile 2018.

⁷¹ In questa ottica si comprende la considerazione delle risorse naturali come beni comuni da governare secondo canoni di equità ambientale, che evoca l'*environmental justice* del mondo anglosassone, su cui R. BIFULCO, E. SCOTTI, *Equità ambientale e sviluppo sostenibile: spunti per una riflessione a partire dall'esperienza dall'environmental justice*, in G. CERRINA FERONI, T.E. FROSINI, L. MEZZETTI, P.L. PETRILLO (a cura di), *Ambiente, energia, alimentazione. Modelli giuridici comparati per lo sviluppo sostenibile*, vol. 1, tomo I, Firenze, 2016, p. 169 ss.

⁷² In proposito, R. FERRARA, *La partecipazione al procedimento amministrativo: un profilo critico*, in *Dir. amm.*, 2/2017, p. 209 ss., pp. 232 s., osserva che gli strumenti partecipativi previsti dalla l. 241/1990 non sono in grado di garantire un'efficace rappresentanza e rappresentazione della pluralità di interessi della società civile, ai quali si riconnettono diritti e pretese relativi all'ambiente, al paesaggio, al territorio, ai beni comuni.

⁷³ Sulle diverse forme partecipative ai processi di *decision making* in ambito nazionale e sovranazionale, G. PEPE, *La democrazia partecipativa ambientale tra ordinamenti sovranazionali ed ordinamento italiano*, in federalismi.it, 2/2020, p. 178 ss. Su tale vasta tematica, v. anche M. PELLINGRA CONTINO, *Partecipazione ai processi decisionali ed accesso alla materia ambientale: riflessioni a partire dalla recente giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Dpce on line*, 1/2017, p. 11 ss.; C. MARI, *La democrazia ambientale. Partecipazione e forme di tutela*, Roma, 2016; M. FEOLA, *Ambiente e democrazia. Il ruolo dei cittadini nella governance ambientale*, Torino, 2014.

⁷⁴ In questa sede ci si limita a richiamare la Convenzione di Aarhus del 25 giugno 1998 sull'accesso alle informazioni, la partecipazione del pubblico ai processi decisionali e l'accesso alla giustizia in materia ambientale, consultabile su <https://eur-lex.europa.eu>. La Convenzione è stata ratificata dall'Italia con l. 16 marzo 2001, n. 108, in *Gazzetta ufficiale* n. 85 del 11 aprile 2001, suppl. ord. n. 80, e ad essa ha aderito la UE con decisione del Consiglio del 17 febbraio 2005, 2005/370/CE, in *Gazzetta ufficiale UE* L 124 del 17 maggio 2005. Come è noto, la Convenzione di Aarhus attribuisce al pubblico (individui ed enti che li rappresentano) diritti di informazione e partecipazione nei processi decisionali in campo ambientale e l'accesso alla giustizia in materia ambientale. Su tale Convenzione, M. MACCHIA, *La compliance al diritto amministrativo globale: il sistema di controllo della convenzione di Aarhus*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2006, p. 639 ss.; S. RODRIGUEZ, *Accesso agli atti, partecipazione e giustizia: i tre volti della Convenzione di Aarhus nell'ordinamento italiano*, in

sfuggente⁷⁵⁷⁶, che può condurre all'applicazione di *standard* ambientali di stampo contabile dall'esito insoddisfacente⁷⁷. I limiti fisici ed ecologici del pianeta appaiono difficilmente rispettabili applicando le comuni coordinate della sostenibilità ambientale⁷⁸, che dovrebbero orientare ogni decisione pubblica. Da ciò è emersa la convinzione che occorra un radicale cambio di paradigma che sostituisca l'anelito della crescita economica a tutti i costi con l'idea di una giusta dimensione dell'economia. Questo obiettivo presuppone decisi mutamenti di stili di vita, di modelli produttivi, di approccio al consumo, orientando produttori e consumatori verso prodotti e servizi con minore impatto ambientale, energie rinnovabili, recupero e riciclo dei rifiuti, progresso tecnologico.

È stato detto che la crescita rappresenta «un affare redditizio solo al netto dei costi ambientali»⁷⁹, ma la realtà contemporanea è caratterizzata ancora da un uso insostenibile delle risorse naturali e da un diffuso degrado ambientale.

5. *Blue economy*: la nuova frontiera dello sviluppo sostenibile?

L'esauribilità delle risorse naturali e la prospettiva intergenerazionale⁸⁰ sono preoccupazioni che trovano vasta risonanza nel settore degli appalti pubblici, come si

A. ANGELETTI (a cura di), *Partecipazione, accesso e giustizia nel diritto ambientale*, Napoli, 2011, p. 71 ss.; A. TANZI, E. FASOLI, L. IAPICHINO (a cura di), *La Convenzione di Aarhus e l'accesso alla giustizia in materia ambientale*, Padova, 2011; R. CARANTA, A. GERBRANDY, B. MULLER (a cura di), *The making of a new european legal culture: the Aarhus Convention*, Zutphen, 2017.

⁷⁵ Secondo l'approccio economico-ecologico, che ha tra i suoi maggiori esponenti H.E. DALY, *Elements of environmental macroeconomics*, cit., p. 32 ss., lo sviluppo sostenibile è subordinato a tre condizioni necessarie: i) il tasso di utilizzazione delle risorse rinnovabili non deve essere superiore al loro tasso di rigenerazione; ii) l'immissione di sostanze inquinanti e di scorie nell'ambiente non deve superare la capacità di carico dell'ambiente stesso; iii) lo stock di risorse non rinnovabili deve rimanere costante nel tempo.

⁷⁶ S. LATOUCHE, *La scommessa della decrescita*, cit., definisce lo sviluppo sostenibile come un ossimoro, un'antinomia, un inganno, una espressione utilizzata dai tecnocrati per persuadere di ciò che in realtà è impossibile: uno sviluppo affidabile, vivibile, duraturo.

⁷⁷ In questo ambito, si colloca l'impronta ecologica, che è un indice statistico utilizzato per misurare la richiesta umana nei confronti della natura. Essa mette in relazione il consumo umano di risorse naturali con la capacità dell'ecosistema di rigenerarle, su cui M. WACKERNAGEL, W.E. REES, *Our ecological footprint: reducing uman impact on the Earth*, Gabriola Island, 1996, trad. it., G. Bologna (a cura di), *L'impronta ecologica. Come ridurre l'impatto dell'uomo sulla terra*, Milano, 2008.

⁷⁸ G. MONTEDORO, *Spunti per la "decostruzione" della nozione di sviluppo sostenibile e per una critica del diritto ambientale*, in *Amministrazione in cammino*, 2009, p. 1 ss., par. 8.

⁷⁹ S. LATOUCHE, *La scommessa della decrescita*, cit., p. 98.

⁸⁰ Sul dibattito intorno alla responsabilità verso le generazioni future con riguardo al modello di sviluppo fondato sull'asservimento tecnologico della natura, H. JONAS, *Il principio responsabilità. Un'etica per la civiltà*

coglie, fra l'altro, dai criteri di aggiudicazione introdotti dal legislatore nel codice vigente.

L'esigenza di uno sviluppo sostenibile fa sì che gli apparati pubblici siano chiamati a farsi interpreti in sede di elaborazione e attuazione delle politiche pubbliche⁸¹, tenuto conto della evanescenza del concetto e delle obiettive difficoltà – sul piano normativo, come pure sul versante amministrativo e giurisprudenziale – di bilanciare mercato e ambiente per individuare un confacente punto di equilibrio⁸².

Tutto ciò si colloca in un contesto ordinamentale caratterizzato da una produzione normativa multilivello e dalla crescente complessità sociale, che conduce a equilibri empirici e contingenti, dando luogo a un quadro giuridico frammentato e instabile⁸³ in cui l'efficienza economica e il profitto assurgono a criteri guida della regolazione pubblica dei mercati⁸⁴ e delle attività private⁸⁵. Parallelamente, gli interessi rilevanti aumentano quantitativamente⁸⁶ e assumono una connotazione peculiare⁸⁷, che li rende non più riducibili alle sole figure dell'interesse pubblico «affidato a una "Autorità" amministrativa⁸⁸, e dell'interesse del privato» destinatario del comando di questa Autorità⁸⁹.

tecnologica (a cura di P.P. Portinaro), trad. P. Rinaudo, Torino, 2009. Sui doveri di responsabilità e solidarietà verso l'ambiente e nei confronti delle generazioni future, F. FRACCHIA, *Lo sviluppo sostenibile. La voce flebile dell'altro tra protezione dell'ambiente e tutela della specie umana*, cit., nonché R. BIFULCO, *Diritti e generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*, Milano, 2008.

⁸¹ Sulle politiche più appropriate in un contesto caratterizzato dalla stretta integrazione economica a livello internazionale e dalla crescente severità dei problemi ambientali globali, M. FRANZINI, *Mercato e politiche per l'ambiente*, Roma, 2007.

⁸² M. CLARICH, *La tutela dell'ambiente attraverso il mercato*, in *Dir. pubbl.*, 1/2007, p. 219 ss. In senso critico, G. MONTEDORO, *Spunti per la "decostruzione" della nozione di sviluppo sostenibile e per una critica del diritto ambientale*, cit.

⁸³ Con specifico riguardo alla complessità del sistema giuridico, A. FALZEA, *Complessità giuridica*, in *Enc. dir., Annali*, I, Milano, 2007, p. 207 ss.

⁸⁴ G. MONTEDORO, *Mercato e potere amministrativo*, Napoli, 2010.

⁸⁵ G. NAPOLITANO, M. ABBRESCIA, *Analisi economica del diritto pubblico*, Bologna, 2009.

⁸⁶ Sulla pluralità di interessi nella materia ambientale incidente nelle dinamiche di formazione delle decisioni amministrative, M. BROCCA, *Interessi ambientali e decisioni amministrative. Profili critici e nuove dinamiche*, Torino, 2018.

⁸⁷ L. DE LUCIA, *Provvedimento amministrativo e diritti dei terzi. Saggio sul diritto amministrativo multipolare*, Torino, 2005.

⁸⁸ G. MONTEDORO, *Il diritto pubblico tra ordine e caos. I pubblici poteri nell'età della responsabilità*, Bari, 2018.

⁸⁹ In questi termini, M. BOMBARDELLI, *Alcune considerazioni sulla complessità amministrativa (...che è diversa dalla complicazione!)*, consultabile su <https://ridiam.it>, 3 marzo 2018, il quale puntualizza anche come «da un lato si assiste alla moltiplicazione degli interessi pubblici e all'emersione di una dinamica complessa e talora conflittuale tra essi. Dall'altro, invece, ci si trova di fronte a una sorta di "esplosione" della figura del privato un tempo cristallizzata nella sola dimensione del titolare di un interesse contrapposto a quello dell'ente pubblico,

Nello scenario appena tratteggiato, si colloca l'emersione del nuovo modello di sviluppo indotto dal *globalclimate change*⁹⁰: la *blue economy* ovvero l'economia circolare, che, allo stato, si delinea come il modello ecocompatibile più avanzato che coniuga crescita economica e rispetto dell'ambiente. Si tratta di un modello di sviluppo che impone mutamenti rilevanti nell'utilizzo delle risorse naturali, nella gestione dei rifiuti e nel ciclo di vita dei prodotti, con una drastica riduzione delle emissioni inquinanti.

Nel modello economico lineare di consumo e produzione, soltanto una ridotta parte dei rifiuti prodotti viene riutilizzata, riciclata o commercializzata sotto forma di materiali secondari, mentre la maggiore parte di essi finisce in discarica o viene incenerita.

È convinzione largamente condivisa che la progressiva riduzione delle risorse disponibili farà sì che le economie mondiali non saranno più in condizione di basarsi su modelli lineari di produzione e consumo.

L'economia circolare⁹¹ viene rappresentata come una alternativa⁹² a questi modelli, mirando a mantenere i beni e i materiali nel circuito produttivo e di consumo per un periodo più lungo e a recuperare le materie prime dopo il ciclo di vita di ciascun prodotto in modo da consentirne un riutilizzo.

Il modello circolare non introduce vincoli allo sviluppo⁹³, ma implica il passaggio a un paradigma virtuoso dei processi economici e produttivi⁹⁴.

Il concetto di fondo di questo modello è che il problema della limitatezza delle risorse naturali si supera attraverso l'idea del loro uso senza sprechi e senza dispersioni, rappresentando una risposta alle teorie della decrescita basate sul

che viene affiancata da molteplici figure tra loro profondamente diverse, poste in relazione non univoca con l'amministrazione e spesso in grado di influenzarne in modo evidente l'attività».

⁹⁰ F. FRACCHIA, *Cambiamento climatico e sviluppo sostenibile: lo stato dell'arte*, in G.F. CARTEI (a cura di), *Cambiamento climatico e sviluppo sostenibile*, Torino, 2013, p. 13 ss.

⁹¹ Sull'itinerario concettuale avviato sin dagli ultimi anni '70 nel campo ambientalistico, filosofico ed economico, R. FERRARA, *Brown economy, green economy, blue economy: l'economia circolare e il diritto dell'ambiente*, cit.

⁹² F. DE LEONARDIS, *Studi in tema di economia circolare*, Macerata, 2019.

⁹³ M. COCCONI, *La regolazione dell'economia circolare. Sostenibilità e nuovi paradigmi di sviluppo*, Milano, 2020.

⁹⁴ F. DE LEONARDIS, *Economia circolare: saggio sui suoi tre diversi aspetti giuridici: verso uno stato circolare?*, in *Dir. amm.*, 1/ 2017, p. 163 ss.

disallineamento fra crescita economica e crescita in termini di quantità delle risorse impiegate nei processi produttivi⁹⁵.

La transizione verso un modello virtuoso rappresenta un momento fondamentale delle attuali strategie europee nelle quali affiora un generalizzato *favor* per l'economia circolare. Nell'ambito delle priorità del programma 2019-2024 della Commissione europea⁹⁶, è centrale l'approdo a una economia circolare⁹⁷ a emissioni zero sviluppata nell'ambito del *Green Deal* europeo e sostenuta da ingenti risorse economiche.

Il nuovo piano d'azione europeo per l'economia circolare a sostegno della produzione di beni e servizi sostenibili⁹⁸ identifica criteri verdi minimi obbligatori da applicare agli appalti pubblici, nonché prevede l'adozione di uno strumento di «*screening* per gli appalti sostenibili» che si ispira al modello di valutazione *ex ante* dell'impatto dei progetti di grandi opere infrastrutturali.

Sulle prospettive del modello dell'economia circolare, vi sono più scuole di pensiero in ambito sia economico che ecologico. Esse possono ricondursi a due visioni contrapposte, da un lato, c'è un approccio – che si profila prevalente – che considera la *blue economy* una straordinaria opportunità per coniugare crescita economica e problematiche ambientali, pure nella consapevolezza dell'imperfezione dei diversi modelli e dell'esigenza di ricercarne di ulteriori; dall'altro lato, vi è un approccio critico sul modello dell'economia circolare e sui suoi fondamenti scientifici, sul rilievo che le dinamiche di qualunque processo vitale non rispondono né ad automatismi, né a regole meccaniche.

Per questa ragione l'economia circolare, anche nell'applicazione ottimale del suo paradigma, non potrebbe condurre alla fuoriuscita dal modello dissipativo e distruttivo.

⁹⁵ Le teorie della decrescita si focalizzano sulle problematiche di un sistema economico-finanziario nel quale le risorse naturali e biologiche sono limitate, richiamando l'attenzione su come la crescita economica illimitata non sia sostenibile per l'ecosistema. Nel contesto di una società incentrata sulla massimizzazione dei consumi e della produzione, i sostenitori della decrescita si interrogano sulla possibilità di una inversione di *trend*, con l'obiettivo di trovare un equilibrio tra uomo e natura. Su tale impostazione, M. PALLANTE, *La decrescita felice. La qualità della vita non dipende dal Pil*, Roma, 2005.

⁹⁶ Il programma presentato dalla presidente della Commissione europea, Ursula Von der Leyen, approvato il 27 novembre 2019 dal Parlamento europeo è consultabile su <https://ec.europa.eu>.

⁹⁷ Sul tale modello economico, *Appalti pubblici per un'economia circolare. Buone prassi e orientamenti*, 2018, *ivi*, varato dalla Commissione Ue sulla scorta del Piano d'azione dell'Unione europea per l'economia circolare (2015), *ivi*, volto a chiudere il cerchio del ciclo di vita dei prodotti. Tale piano riconosce agli appalti pubblici un motore chiave della transizione verso l'economia circolare.

⁹⁸ *Ivi*.

6. Modello circolare e Intelligenza Artificiale.

Il funzionamento ottimale del modello circolare presuppone un sistema efficiente che include tutte le fasi dei processi produttivi, con la consapevolezza che i prodotti di oggi saranno le risorse di domani.

Questo obiettivo implica una sorta di *rivoluzione di sistema*, con il passaggio dal modello attuale a quello circolare, che non si esaurisce nel versante economico e in quello tecnologico, ma che necessita di interventi regolatori dei poteri pubblici.

Il passaggio al modello circolare non riguarda soltanto l'economia, le scienze naturali e quelle tecnologiche⁹⁹, ma investe l'ordinamento giuridico, sollecitando i pubblici poteri a farsi interpreti del principio dello sviluppo sostenibile, anche in sede di disciplina degli approvvigionamenti pubblici. Si tratta di un passaggio che pone l'esigenza di definire i corrispondenti modelli operativi e il relativo statuto giuridico stante l'incapacità dei mercati di governare in autonomia il cambio di paradigma¹⁰⁰.

Gli strumenti utilizzabili appaiono, accanto a quelli tradizionali del *command and control*, il partenariato pubblico privato per l'innovazione e la sensibilizzazione di operatori economici e consumatori, tenendo presente sempre che la *blue economy* non può risolvere il fenomeno dell'esauribilità delle risorse naturali, ma può soltanto contenerlo.

È opinione corrente che ai fini della transizione verso un modello economico circolare assumono un elevato potenziale le moderne tecnologie digitali¹⁰¹¹⁰².

In proposito, si osserva che il paradigma circolare richiede una progettazione innovativa dei prodotti, dei componenti e della scelta dei materiali finalizzata a mantenere durature nel tempo una loro utilizzazione di qualità, a prevedere e

⁹⁹ R. MERLI, M. PREZIOSI, A. ACAMPORA, *How do scholars approach the circular economy? A systematic literature review*, in *Journal of Cleaner Production*, vol. 178, 2018, p. 703 ss.

¹⁰⁰ E. SCOTTI, *Poteri pubblici, sviluppo sostenibile ed economia circolare*, cit., p. 497.

¹⁰¹ Promuovere la transizione verso un modello di crescita rigenerativo che restituisca al pianeta più di quanto prenda attraverso ricerca, innovazione e digitalizzazione è l'obiettivo della 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*, 11 marzo 2020, COM(2020) 98 final, consultabile su <https://eur-lex.europa.eu>.

¹⁰² Nel novero delle tecnologie digitali, si fanno rientrare, fra gli altri, *internet delle cose*, *big data*, *blockchain*, *machine learning*, *smart contract*, l'Intelligenza Artificiale (IA).

consentire cicli di riuso, una effettiva riparabilità e una completa e agevole riciclabilità¹⁰³.

I sistemi di Intelligenza Artificiale¹⁰⁴ sono capaci di fornire un supporto rilevante alle attività di progettazione innovativa, potendo elaborare una grande mole di dati e informazioni in tempi rapidi¹⁰⁵. Si pone l'accento sul fatto che l'impiego dell'IA può aumentare la produttività, ridurre i costi di produzione, espandere l'accesso a beni e servizi, dematerializzare la produzione attenuando l'impatto sull'ambiente, ottimizzare il funzionamento dei mercati, migliorare la ricerca e le terapie farmacologiche, semplificare l'accesso ai servizi pubblici¹⁰⁶¹⁰⁷.

Nel settore dei contratti pubblici, le potenzialità delle nuove tecnologie sono emerse in modo ancora più evidente per effetto della pandemia da Covid-19 tuttora in atto. A livello normativo si è agito, soprattutto, su termini e modalità delle procedure con le quali le stazioni appaltanti possono acquisire le prestazioni delle quali necessitano in una ottica di accelerazione e semplificazione procedimentale¹⁰⁸.

La digitalizzazione dei processi di approvvigionamento di beni e servizi delle amministrazioni pubbliche – nelle fasi *ante* e *post* aggiudicazione – si delinea quale

¹⁰³ Sulle applicazioni dell'IA e della robotica nella prospettiva della salvaguardia dell'ambiente e della transizione all'economia circolare, si veda la risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017, P8_TA(2017)0051, recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica, in *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea* C252 del 18 luglio 2018, *ivi*.

¹⁰⁴ Sullo sviluppo delle macchine intelligenti concepite come sistema che pensa e agisce come gli umani, pensa e agisce in maniera razionale, S.J. RUSSELL, P. NORVIG, *Intelligenza artificiale. Un approccio moderno*, 2^a, Milano, 2005. Per una ricognizione sulle origini dell'Intelligenza Artificiale, T. NUMERICO, *Alan Turing e l'intelligenza delle macchine*, Milano, 2005.

¹⁰⁵ Ai fini della transizione al modello circolare, la Ellen Macarthur Foundation, *Artificial Intelligence and the circular economy. AI as a tool to accelerate the transition*, 2019, consultabile su www.ellenmacarthurfoundation.org, individua tre nodi decisivi: i) la progettazione circolare di prodotti, componenti e della scelta dei materiali; ii) il funzionamento circolare dei modelli di *business*; iii) l'ottimizzazione delle infrastrutture necessarie per la circolarità dei prodotti e dei flussi dei materiali.

¹⁰⁶ La ricerca del McKinsey Global Institute, *Notes from the AI frontier applying AI for social goods*, 2018, consultabile su <https://ec.europa.eu>, illustra che i campi di utilizzo dell'IA sono molteplici, variando dall'agricoltura intelligente, ai consumi di cibo (scarti alimentari), all'ambito sanitario (diagnosi e terapie), al settore energetico, allo smaltimento dei rifiuti, ai trasporti pubblici.

¹⁰⁷ Circa i settori di applicazione dell'*analisi predittiva* da parte delle amministrazioni pubbliche, F. DE LEONARDIS, *Big data, decisioni amministrative e "povertà" di risorse della pubblica amministrazione*, in E. CALZOLAIO (a cura di), *La decisione nel prisma dell'intelligenza artificiale*, Milano, 2020, p. 137 ss., p. 144 ss.

¹⁰⁸ Cfr., fra gli altri, artt. 5-bis e 75, d.l. 17 marzo 2020, n.18, *Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori, imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19*, in *Gazzetta ufficiale* n. 70 del 17 marzo 2020, convertito dalla l. 24 aprile 2020, n. 27, nonché artt. 1 ss. d.l. 16 luglio 2020, n.76, *Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale*, in *Gazzetta ufficiale* n. 178 del 16 luglio 2020, suppl. ord. n. 24, convertito dalla l. 11 settembre 2020, n. 120.

azione prioritaria nell'ottica dell'efficienza del sistema di *public procurement*¹⁰⁹. In effetti, le tecnologie digitali sono in grado di trasformare radicalmente l'intero ciclo degli appalti pubblici e di armonizzare la fase di selezione del contraente privato con quella di esecuzione¹¹⁰. Nella fase esecutiva, soprattutto, l'amministrazione pubblica incontra più limiti nell'esercitare quelle funzioni tipiche di controllo tra le obbligazioni assunte dalla parte privata e il loro corretto adempimento.

La qualità dell'appalto inteso nella sua interezza dipende non soltanto da quanto accade durante la procedura di gara, ma ancora di più dallo svolgimento della fase di gestione ed esecuzione del contratto.

L'applicazione delle tecnologie digitali e, segnatamente, del procedimento algoritmico nella fase di selezione del contraente privato e in quella di esecuzione del contratto sembra destinata a conquistare sempre più spazio, anche in considerazione della crescente complessità del contesto di riferimento¹¹¹. In questa ottica, si rende necessario un complessivo ripensamento dei modelli organizzativi e dei procedimenti di acquisto che si pongano in linea con le dinamiche digitali. Non soltanto la dematerializzazione delle procedure di appalto, ma l'utilizzo della digitalizzazione e dell'Intelligenza Artificiale per conseguire l'efficienza dei processi

¹⁰⁹ In questo senso si muove lo stesso codice dei contratti pubblici. Già l'art. 44 ha previsto la digitalizzazione delle procedure di tutti i contratti pubblici. L'art. 81 dispone l'acquisizione attraverso la Banca dati nazionale degli operatori economici gestita dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti della documentazione comprovante il possesso dei requisiti di carattere generale, tecnico-professionali ed economico e finanziario per la partecipazione alle procedure di gara e per il controllo in fase di esecuzione del contratto di permanenza dei medesimi requisiti. L'art. 212, comma 1, lett. d, demanda alla Cabina di regia presso la Presidenza del consiglio dei ministri il compito di promuovere la realizzazione di un piano nazionale in tema di procedure di acquisto telematiche, ai fini della diffusione dell'utilizzo degli strumenti informatici e della digitalizzazione delle fasi del processo di acquisto. A tali disposizioni si aggiungono quelle che prevedono la gestione da parte dell'Anac della Banca dati nazionale dei contratti pubblici (art. 213, comma 8), le procedure svolte attraverso piattaforme telematiche di negoziazione (art. 58), la digitalizzazione della fase esecutiva dei contratti (art. 111).

¹¹⁰ Sulle problematiche giuridiche scaturenti dall'applicazione dell'intelligenza artificiale nell'azione amministrativa e, segnatamente, da moduli procedurali concernenti procedure concorsuali nelle quali la decisione è generata da un programma informatico, Cons. Stato, sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270; *Id.*, 13 dicembre 2019, n. 8474, entrambe consultabili su www.giustizia.amministrativa.it. Sui processi decisionali informatizzati nell'amministrazione pubblica, si vedano senza alcuna pretesa di completezza, S. CIVITARESE MATTEUCCI, «Umano troppo umano». *Decisioni amministrative automatizzate e principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 1/2019, p. 5 ss.; A. MASUCCI, *L'algoritmizzazione delle decisioni amministrative tra Regolamento europeo e leggi degli Stati membri*, *ivi*, 3/2020, p. 943 ss.; E. CALZOLAIO (a cura di), *La decisione nel prisma dell'intelligenza artificiale*, *cit.*; C. NAPOLI, *Algoritmi, intelligenza artificiale e formazione della volontà pubblica: la decisione amministrativa e quella giudiziaria*, in *Rivista AIC*, 3/2020, p. 318 ss.; R. CAVALLO PERIN (a cura di), *L'amministrazione pubblica con i big data: da Torino un dibattito sull'intelligenza artificiale*, Torino, 2021.

¹¹¹ A. VENTURI, *Il procedimento algoritmico nelle gare per l'affidamento dei contratti pubblici: problemi e proposte*, in www.ambientediritto.it, 4/2020, p. 653 ss., p. 677 ss.

che compongono il più ampio ciclo degli acquisti attraverso una gestione unitaria dell'intervento e un maggiore coordinamento e controllo delle diverse fasi negoziali¹¹².

7. Considerazioni conclusive.

L'esperienza dimostra che nelle arene deliberative l'interesse ambientale da interesse sensibile a tutela rafforzata¹¹³ diviene sovente un interesse indifferenziato, equiparato a tutti gli altri interessi¹¹⁴.

Gli obiettivi di crescita economica spesso, di fatto, soppiantano sia disposizioni normative di univoco senso, sia la Carta costituzionale che privilegia i valori della persona, paesaggistici e culturali rispetto a quelli economici.

L'economia circolare spinge verso azioni positive di miglioramento e sviluppo, distinguendosi dall'approccio tradizionale di impronta negativa di cui è espressione quella legislazione che ha quale obiettivo primario quello di evitare emissioni nocive, rifiuti e inquinamenti.

L'economia circolare, però, anche quando si traduce in stretta regolazione, concerne la materia ambientale e il suo statuto giuridico. Le potenzialità del nuovo modello economico devono essere apprezzate unitamente ai limiti e ai rischi connessi all'approdo a una sostenibilità *debole*.

È intuitivo che l'attuazione del modello circolare è tutt'altro che agevole quando si passa dalla teoria all'applicazione pratica, rendendosi necessario un sistema efficiente di produzione, consumo e recupero la cui strutturazione richiede una transizione graduale.

Da ciò anche l'esigenza di una *governance* trasparente e partecipata quanto a definizione delle strategie, delle regole e dei processi decisionali¹¹⁵. Allo stesso tempo,

¹¹² Autorità nazionale anticorruzione, *Strategie e azioni per l'effettiva semplificazione e trasparenza nei contratti pubblici attraverso la completa digitalizzazione: le proposte dell'Autorità*, 27 maggio 2020, consultabile su www.anticorruzione.it.

¹¹³ L'art. 3-quater, comma 2, d.lgs 152/2006, prevede che l'interesse alla tutela ambientale deve essere oggetto di prioritaria considerazione in sede di scelta comparativa di interessi pubblici e privati.

¹¹⁴ Con riguardo al campo ambientale, V. MOLASCHI, *Le arene deliberative. Contributo allo studio delle nuove forme di partecipazione nei processi di decisione pubblica*, Napoli, 2018.

¹¹⁵ G. PIZZANELLI, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Politiche ambientali e realizzazione delle grandi opere*, Milano, 2010.

non sembra possa prescindere da una giustizia ambientale ed equità intergenerazionale attraverso una equa distribuzione di vantaggi e svantaggi nell'utilizzo delle risorse naturali¹¹⁶.

Il modello circolare pure con le sue grandi potenzialità anche una volta entrato a regime non sembra in grado di invertire la rotta, ma solo di frenare e contenere l'impatto delle attività economiche sull'ambiente.

D'altro canto, il passaggio al modello circolare non può essere rimesso esclusivamente al mondo dell'economia e a quello della tecnica o alla capacità di autoregolazione dei mercati. Occorre l'intervento pubblico per regolare e orientare¹¹⁷ l'iniziativa economica, traducendosi anche in limiti concreti a essa.

Nel comparto degli appalti, è ormai acquisito che all'interesse pubblico alla concorrenza e alla circolazione delle merci si è aggiunto quello allo sviluppo sostenibile, che include la soddisfazione di interessi ambientali e sociali.

La disciplina positiva e l'esegesi giurisprudenziale non si focalizzano soltanto sull'efficienza del mercato e della concorrenza, ma convergono verso obiettivi di sviluppo sostenibile anche attraverso la promozione di imprese eco-efficienti.

Nel lessico giuridico europeo ha fatto ingresso la definizione di *appalti circolari*, definiti come «processi con i quali le autorità pubbliche acquistano lavori, beni o servizi finalizzati a contribuire a cicli chiusi di energia e materiali nelle catene di approvvigionamento, riducendo al minimo, e/o eliminando, l'impatto ambientale e la produzione di rifiuti nell'intero ciclo di vita» dei medesimi lavori, beni o servizi¹¹⁸.

In ambito comunitario, l'inclusione dei principi dell'economia circolare nelle procedure di committenza tende a suscitare negli acquirenti pubblici un approccio improntato alla sostenibilità, a partire dalle prime fasi di un appalto sino alla fine del

¹¹⁶ R. BIFULCO, E. SCOTTI, *Equità ambientale e sviluppo sostenibile: spunti per una riflessione a partire dall'esperienza dell'environmental justice*, cit.

¹¹⁷ È opinione largamente condivisa in dottrina che l'intervento pubblico di regolazione e orientamento debba avvenire con l'impiego di dispositivi di democrazia rappresentativa e partecipativa. Per un inquadramento di questa tematica, U. ALLEGRETTI, *Democrazia partecipativa*, in *Enc. dir., Annali*, IV, 2011, p. 295 ss. Con specifico riguardo al campo ambientale, G. PIZZANELLI, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Politiche ambientali e realizzazione delle grandi opere*, cit.; G. PEPE, *La democrazia partecipativa ambientale tra ordinamenti sovranazionali ed ordinamento italiano*, cit.

¹¹⁸ Commissione europea, *Appalti pubblici per un'economia circolare. Buone prassi e orientamenti*, 2018, p. 5, consultabile su <https://ec.europa.eu>.

ciclo di vita del prodotto, anche nell'ottica di conseguire significativi risparmi di spesa¹¹⁹.

L'entrata a regime di un sistema di contrattualistica circolare implica l'individuazione delle criticità delle procedure di gara tipiche e dei criteri e delle specifiche degli appalti circolari in funzione dei bisogni da soddisfare¹²⁰.

Parimenti, deve essere definito il ruolo degli operatori professionali nell'utilizzo di pratiche circolari e lo spazio di intervento su di esse da parte dei pubblici poteri.

L'operatività di un sistema circolare pone ulteriori problemi applicativi.

Intanto, occorre tenere conto della divergenza di interessi tra committente pubblico e offerenti privati in quanto il primo mira ad acquisire una prestazione efficiente ecocompatibile a un corrispettivo congruo, mentre i secondi hanno interesse a massimizzare il profitto di impresa che può riflettersi negativamente sui requisiti di sostenibilità del prodotto offerto. Dovrà essere rimesso ai documenti di gara e al contratto il compito di mitigare, per quanto possibile, questa divergenza di interessi per concretizzare un acquisto a impatto ambientale *zero*. Le maggiori criticità si profilano, sia nella fase di aggiudicazione che in quella di esecuzione del contratto, riguardo alla ridotta conoscenza da parte dell'amministrazione pubblica delle nozioni tecniche necessarie per potere valutare compiutamente il grado di sostenibilità delle offerte e della prestazione acquisita. Sussiste una oggettiva asimmetria informativa tra le parti, a discapito del contraente pubblico, che può dare luogo ad acquisti non rispondenti alle logiche circolari e, quindi, a un'inadeguata allocazione delle risorse pubbliche¹²¹.

In più casi il *gap* informativo della parte pubblica può essere causato dal personale e dagli strumenti a sua disposizione, che non consentono una conoscenza

¹¹⁹ *Ivi*, p. 6, la Commissione, oltre a dare rilievo alle specifiche tecniche dei prodotti, descrive tre tipologie (o livelli) di modelli di appalti circolari: i) il primo si attua a "*livello sistema*" e concerne gli strumenti contrattuali che l'organizzazione acquirente può utilizzare per realizzare la circolarità, nei quali si fanno rientrare gli accordi di ritiro stipulati con i fornitori, in base ai quali alla fine del ciclo di vita il prodotto viene restituito al fornitore per essere riutilizzato, rifabbricato o riciclato; ii) il secondo è il modello a "*livello fornitore*" che si incentra sulle modalità con le quali i fornitori possono sviluppare la circolarità nell'ambito dei propri sistemi e processi, allo scopo di garantire che i prodotti e i servizi offerti siano rispondenti ai criteri degli appalti circolari; iii) il terzo è il modello a "*livello di prodotto*" che si concentra esclusivamente sui prodotti che i fornitori dei committenti pubblici possono essi stessi acquistare più a valle nella catena di approvvigionamento.

¹²⁰ *Ivi*, p. 8, illustra che occorre ripensare il bisogno: quale è il bisogno; si soddisfa nell'acquisto di un prodotto o nella fornitura di un servizio; è necessario disporre della proprietà o dell'accesso esclusivi oppure è possibile condividere la proprietà.

¹²¹ In generale su tali rischi, G. FIDONE, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, cit., p. 6 ss.

appropriata dei fattori tecnici per verificare il contenuto delle diverse proposte negoziali.

Questa asimmetria informativa appare fisiologica e può variare di livello in relazione a ciascuna vicenda contrattuale. Le relative variabili dipendono dal tipo di amministrazione, dalla sua struttura e dal suo grado di specializzazione.

È evidente che le informazioni tecniche delle quali possono disporre grandi committenti pubblici specializzati sono di gran lunga superiori a quelle in possesso di enti generalisti di minime dimensioni (quali sono, a esempio, i comuni di ridotte dimensioni). Tale asimmetria è collegata, altresì, all'entità delle attività demandate al privato e alla loro complessità. Le informazioni necessarie per acquisti *standard* sono molto minori rispetto a quelle occorrenti per progetti di grande rilevanza.

In presenza di una squilibrata distribuzione delle informazioni, si prospetta il serio rischio di selezionare un contraente privato a ridotta efficienza ecologica e di un adempimento contrattuale non in linea con i canoni della circolarità¹²².

Per contenere tale rischio occorrerà agire sulla scelta del criterio di selezione della parte privata e sulla tipologia della procedura di gara, a seconda se l'acquisto ha per oggetto beni standardizzati, oppure contratti complessi¹²³ concernenti prestazioni con caratteristiche peculiari.

¹²² IVI, pp. 7-9.

¹²³ Sulle peculiarità dei contratti pubblici complessi, M. CAFAGNO, *Flessibilità e negoziazione. Riflessioni sull'affidamento dei contratti complessi*, in *Riv. ital. dir. pubbl. com.*, 5/2013, p. 991 ss.

LA DISINTERMEDIAZIONE DEI PROCESSI NELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE: L'IMPATTO DELLA TECNOLOGIA BLOCKCHAIN

Maddalena Ippolito*

ABSTRACT [ITA]: Il lavoro sottolinea l'assoluta centralità della tecnologia *Blockchain* nell'imperante esigenza di favorire un processo di digitalizzazione e tracciabilità dei dati, quale portato di una trasformazione orientata verso una maggiore verificabilità e contestabilità delle decisioni dell'Amministrazione in una strategia di efficace promozione della trasparenza e di contrasto alla corruzione. Le riflessioni si muovono nel solco delle plurime iniziative europee e nazionali volte a incorniciare un ventaglio di mutazioni che intendono promuovere e realizzare una più efficace partecipazione all'attività amministrativa e gli indubbi vantaggi che tale modello applicativo comporta in termini di trasparenza, efficienza e neutralità nella digitalizzazione dei processi e dei servizi delle pubbliche amministrazioni. In particolare, emerge la necessità di ridurre sia la complessità del procedimento amministrativo che gli "spazi d'ombra" delle procedure ad evidenza pubblica attraverso l'ausilio di strategie di *open government* in grado di coabitare con l'imprescindibile osservanza dei principi generali sul trattamento dei dati personali.

ABSTRACT [ENG]: *The aim of the paper is to underline the absolute centrality of Blockchain technology in order to favor a process of digitalization and traceability of data, as a result of a transformation oriented towards greater verifiability and contestability of the decisions of the Administration in a strategy of effective promotion of transparency and fight against corruption. The reflections develop in the wake of the multiple European and national initiatives aimed at framing a range of changes that intend to promote and implement more effective participation in administrative activity and the undoubted advantages that this application model entails in terms of transparency, efficiency, and neutrality in the digitalization of public administration processes and services. In particular, there is a need to reduce both the complexity of the administrative procedure and the "shadowlands" of public procedures through the aid of open government strategies able to coexist with the essential observance of the general principles on the processing of personal data.*

*Assegnista di ricerca presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Foggia e Avvocato del foro di Foggia.

SOMMARIO: 1. Premessa sull'oggetto dell'indagine. – **2.** *Blockchain*: una *trustless technology* per le pubbliche amministrazioni. – **2.1.** Il quadro normativo e giurisprudenziale di riferimento. – **3.** Le possibili applicazioni della tecnologia *Blockchain* all'attività amministrativa: dalla *street-level bureaucracy* alla *screen-level bureaucracy*. – **4.** Verso un nuovo procedimento amministrativo? – **5.** Alcune considerazioni conclusive.

1. Premessa sull'oggetto dell'indagine.

Il processo di (r)evoluzione digitale e di informatizzazione delle P.A. si muove su una serie di piani volti alla riorganizzazione dei singoli settori dell'amministrazione pubblica, le cui basi si fondano su due capisaldi che si integrano a vicenda. Il primo poggia sulla ridefinizione e sul miglioramento della funzione pubblica in termini di efficienza e di neutralità delle decisioni assunte, nonché di qualità in relazione ai servizi resi a utenti e cittadini, l'altro si rifà al modo di strutturare i procedimenti amministrativi automatizzati rimarcando la necessità che, lo svolgimento degli stessi, sia improntato ai principi fondamentali che governano l'esercizio dell'attività amministrativa. In particolare, la strategia italiana, improntata alla rivoluzione digitale della pubblica amministrazione, cerca di combinare – e concretamente l'ha fatto – l'alto livello di automazione e il processo di informatizzazione degli uffici pubblici – in punto di semplificazione e di standardizzazione dell'attività amministrativa – incidendo specialmente sull'organizzazione della p.a., sul procedimento amministrativo nella sua struttura e disciplina, e sul sistema di imputabilità delle decisioni amministrative.

Per descrivere il nuovo volto dell'amministrazione pubblica è necessario volgere lo sguardo al contesto sovranazionale ed europeo, prima, e alle politiche pubbliche nazionali in materia di digitalizzazione, poi, col fine precipuo di ricostruire l'*iter* logico-giuridico che conduce a confermare la compatibilità tra i principi e gli istituti del diritto amministrativo con l'implementazione della tecnologia *Blockchain* che consentirebbe, attraverso la tracciabilità dei dati e la validazione capillare delle

operazioni (c.d. *timestamp*), di eliminare i dati ridondanti, ridurre gli errori accidentali e gli episodi di alterazione abusiva (corruzione o frode).

2. Blockchain: una *trustless technology* per le pubbliche amministrazioni.

“Tutto è *Blockchain*. O per lo meno lo sarà”.

La previsione di Tapscott secondo la quale la tecnologia *Blockchain* dovrebbe essere interpretata come un importante incentivo alla trasparenza e all’efficienza nell’esercizio dell’attività amministrativa inducono a riflettere sulla costante ricerca di sempre nuovi spazi per l’automatizzazione delle pubbliche amministrazioni, coniugando il canone di condotta ispirato al buon andamento – nelle declinazioni dell’efficienza e dell’economicità – ad una sicura semplificazione del procedimento amministrativo.

In estrema sintesi, con il termine *Blockchain* – dal punto di vista tecnico – ci si riferisce ad una *species* del *genus* delle DLT (*Distributed Ledger Technology*): un database distribuito¹ che registra in una sequenza ordinata temporalmente una serie di operazioni crittografate. I dati inseriti per mezzo di crittografia asimmetrica sono allocati in blocchi accompagnati dal meccanismo di *hashing* (che consente di collegare irreversibilmente ciascun blocco a quello precedente, attraverso il richiamo all’*hash* del blocco precedente in quello successivo) e dalla marcatura temporale (c.d. *timestamping*) (in grado di associare data e ora – certe e legalmente valide – a un documento informatico permettendo una validazione temporale del documento opponibile a terzi). Il controllo decentralizzato avviene attraverso una *Blockchain* che funge da banca dati delle operazioni effettuate (una sorta di libro mastro distribuito)

¹ «La *blockchain* è un database distribuito. [...] Il sistema distribuito si pone in alternativa al classico modello *client-server*, in cui le informazioni transitano da un centro (il *server*) e si diramano mediante i *downloads* dei *clients*; piuttosto, esse sono replicate in una serie di computer (detti “nodi”), in una posizione di parità»: in questi termini cfr. A.M. GAMBINO-C. BOMPRESZI, *Blockchain e protezione dei dati personali*, in *Dir. inf.*, 3, 2019, p. 625. Cfr., altresì, O. LASMOLES, *La difficile appréhension des blockchains par le droit*, in *Revue internationale de droit économique*, 4, 2018, p. 453 ss. e B. BARRAUD, *Les blockchains et le droit*, in *Revue Lamy droit de l’immatériel*, 147, 2018, pp. 48 ss. ad avviso del quale una *Blockchain* può rievocare (usando una metafora) l’idea di un grande libro contabile aperto e non falsificabile, a libera consultazione e nel quale è possibile scrivere sotto il controllo di tutti, nella consapevolezza di quanto già scritto e che quanto scritto è imm modificabile. Una pagina di un libro corrisponderebbe ad un blocco, mentre la sua rilegatura costituirebbe la catena.

gestita da una rete *peer-to-peer* che aderisce ad un protocollo per la convalida dei nuovi blocchi. Ogni nuovo blocco, prima di essere aggiunto alla sequenza/catena (di blocchi) è, infatti, validato dai *miners* tramite la risoluzione di un'operazione matematica e ogni partecipante è detentore di una copia sempre aggiornata del database distribuito onde verificare regolarmente le operazioni che avvengono sulla catena². L'immutabilità dei dati inseriti nel registro distribuito, unitamente all'uso della crittografia asimmetrica, rende particolarmente difficoltoso ogni tentativo di frode: è evidente che l'alterazione retroattiva di un singolo *hash* spezzerebbe la catena di blocchi causando l'inevitabile mutamento degli *hash* susseguenti e, in siffatto contesto, emergerebbe l'evidente contrasto con le copie presenti nei restanti nodi.

Ciò posto si è giunti ad affermare – sulla scorta delle diverse possibilità di accesso al database e del grado di distribuzione dello stesso – l'esistenza di tre tipologie di *Blockchain*, *permissionless*, *permissioned* e ibride, dalle cui caratteristiche strutturali emergerebbe l'idoneità (da un lato) e l'inadeguatezza (dall'altro), alle esigenze del settore pubblico, di siffatta tecnologia, in un approccio volto a superare la tradizionale organizzazione dell'attività amministrativa in taluni specifici settori. Quanto alla prima tipologia, trattasi di *Blockchain* pubbliche – c.d. *permissionless* – liberamente accessibili a chiunque e scevre da restrizioni circa la partecipazione al meccanismo di consenso³. Sotto questo profilo emergono (già) le prime difformità rispetto alla tipologia di *Blockchainpermissioned* caratterizzata, al contrario, da una maggiore centralizzazione, con accessibilità consentita solo previa identificazione e fondata su meccanismi di consenso basati sull'autorità, l'identità e la capacità dei singoli nodi⁴. Le *Blockchain* ibride, al contrario, sono dotate di un parziale

² Per una ricostruzione tecnica della tecnologia Blockchain, L. PAROLA, *Blockchain e contratti intelligenti: uno sguardo al mercato dell'energia*, in *Il teleriscaldamento, la Blockchain e i contratti intelligenti*, a cura di E. Bruti Liberati-M. De Focatiis-A. Travi, Padova, 2019, pp. 93 ss.; F. FAINI, *Il diritto nella tecnica: tecnologie emergenti e nuove forme di regolazione*, in www.federalismi.it, 27 maggio 2020, pp. 93 ss. e M. FAIOLI-E. PETRILLI-D. FAIOLI, *Blockchain, contratti e lavoro. La ri-rivoluzione del digitale nel mondo produttivo e nella PA*, in *Economia e lav.*, 2016, pp. 143 ss.

³ In tema di validazione dei blocchi che compongono la catena cfr. A.M. GAMBINO-C. BOMPRESZI, *Blockchain e protezione dei dati personali*, *op. cit.*, pp. 626 s. i quali rilevarono che nelle *blockchain* pubbliche e *permissionless*, la PoW sia la forma più appropriata. Gli AA. chiariscono il funzionamento della Proof of Work (PoW) sottolineando che «consiste in una competizione tra nodi (*miners*); il primo tra questi che risulti capace di risolvere un complesso problema matematico, trovando un *hash* che sia composto da un numero predeterminato di zeri nella parte iniziale, è legittimato ad inserire un nuovo blocco e a ricevere una ricompensa per il lavoro svolto».

⁴ Per una analitica individuazione degli elementi distintivi delle *Blockchainprivate* cfr., in particolare, F. SARZANADI S. IPPOLITO-M. NICOTRA, *Diritto della Blockchain, intelligenza artificiale e IOT*, Milano, 2018, pp. 23 ss. Gli AA. precisano che le *blockchain* private si attestano su reti a loro volta private, la cui sicurezza è

decentramento – possono essere, infatti, accessibili al pubblico o limitate ad un determinato numero di partecipanti alla catena – e si contraddistinguono per un meccanismo di consenso controllato da un insieme di nodipreselezionati. L'esigenza di semplificazione del sistema amministrativo ben si concilia con il modello della *Blockchainpermissioned*⁵ stante le adeguate peculiarità rispetto ad attività che richiedono il possesso di specifici requisiti soggettivi e oggettivi da parte dei partecipanti al *network*, quali le procedure ad evidenza pubblica oppure nell'ambito di apposite conferenze di servizi.

A fronte delle predette (e doverose) precisazioni di carattere tecnico, volte a delineare le caratteristiche della tecnologia *Blockchain* e la sua concreta applicabilità all'attività amministrativa è opportuno rivolgere l'attenzione verso un quesito specifico: fino a che punto la tecnologia *Blockchain* può trovare applicazione nei procedimenti amministrativi? Per chiarire meglio i termini della questione va, pertanto, ricostruito, in *primis*, il quadro normativo e giurisprudenziale e, in un secondo momento, le possibili implicazioni circa l'applicabilità della tecnologia *Blockchain* nell'ambito dell'attività e dell'organizzazione amministrativa italiana – da sottoporre a ponderazione comparativa con i diritti costituzionalmente riconosciuti, tra cui rientra il diritto alla *privacy* – in un sistema organico di prevenzione della corruzione e di ottimizzazione dell'attività amministrativa.

gestita dai partecipanti in modo da poter garantire il meccanismo di fiducia e sottolineano che i partecipanti ad una blockchain privata condividono, per quanto attiene alla partecipazione al network, gli stessi valori, obiettivi e regole. Pertanto, secondo la loro impostazione, l'efficacia di una *blockchain* privata poggia «sulla fiducia reciproca dei partecipanti e sull'aspettativa che ciascuno di essi ha nel fatto che gli altri agiranno coerentemente con gli obiettivi del network». Inoltre, la componente applicativa delle *blockchain* private deve seguire le logiche tecnologiche e di *governance* che sono definite dagli attori del network e la *governance* costituisce l'insieme di regole condivise da tutti gli autori, definite sulla base degli obiettivi del progetto e dei risultati attesi. In argomento cfr., parimenti, F. FAINI, *Il diritto nella tecnica: tecnologie emergenti e nuove forme di regolazione*, op. cit., p. 94 e A.M. GAMBINO-C. BOMPRESZI, *Blockchain e protezione dei dati personali*, op. cit., pp. 623 ss.

⁵ Cfr. G. GALLONE, *Blockchain, procedimenti amministrativi e prevenzione della corruzione*, in *Dir. economia*, 3, 2019, pp.195 ss. spec. 198. L'A. sottolinea che le *permissioned blockchain* si rivelano quale opzione migliore in quanto «oltre ad esprimere una migliore *performance* tecnica, non soffrono della volatilità – legata alle logiche speculative dei *mining* e dei *tokens* – proprie delle reti aperte. Va aggiunto che l'architettura *permissioned* meglio si concilia con le esigenze di tutela della *privacy*, limitando l'accessibilità dei dati ai soli partecipanti preventivamente autorizzati dal *manager* del *network*» e rimarca che, nell'applicazione della *Blockchain*, «il futuro prossimo della tecnologia in campo pubblico sembra, quindi, legato alla costruzione di *network* di piccole dimensioni, con un numero contenuto di nodi, organizzati in forma *permissioned* e sottoposti a regolamentazione pubblica».

2.1. Il quadro normativo e giurisprudenziale di riferimento

Nel contesto sovranazionale, nell'ultimo quinquennio, sono emerse le inarrestabili potenzialità dell'Intelligenza Artificiale (AI)⁶ per applicazioni pratiche che migliorino l'operato delle amministrazioni pubbliche, combinando ingenti volumi di dati e di informazioni di diversa provenienza e garantendone la correttezza e l'esattezza. L'Unione Europea si è, all'uopo, impegnata nel «creare fiducia attraverso la disintermediazione», segnando un importante coinvolgimento europeo al processo di modernizzazione delle pubbliche amministrazioni grazie ad una maggiore trasparenza e ad una maggiore efficacia a livello procedimentale perseguibile con il ricorso all'automazione. In tale direzione, nel febbraio 2017, il Servizio di Ricerca del Parlamento Europeo – nell'ambito del report *“How Blockchain technology could change our lives”* – rimarcò che la *Blockchain technology* – ove opportunamente inserita nelle pubbliche amministrazioni – avrebbe potuto trovare un'applicazione immediata nel campo della tenuta della documentazione amministrativa, consentendo di creare e verificare dei *records* con un maggiore livello di velocità, sicurezza e trasparenza (ad es. per i registri catastali, i certificati di nascita e le licenze commerciali)⁷. In virtù di questi possibili vantaggi applicativi, il 1 febbraio 2018 fu istituito l'*EU Blockchain Observatory and Forum* al fine di monitorare le opportunità e le criticità offerte da questo sofisticato canale di raccolta di dati e informazioni e di sollecitare un dibattito circa la compatibilità di *Blockchain* con le previsioni del Regolamento UE n. 679/2016 (GDPR) relativo alla protezione dei dati personali⁸; successivamente il 10 aprile 2018 fu istituita l'*European Blockchain Partnership (EBP)*⁹ - di cui l'Italia è entrata a far parte

⁶ L'intelligenza artificiale fu ampiamente studiata a partire dagli anni '50 del secolo scorso, tant'è che la sua nascita si fa risalire alla Conferenza di Dartmouth del 1956: cfr., per il testo della proposta, J. MCCARTHY-M.L. MINSKY-N. ROCHESTER-C. SHANNON, *A proposal for the Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence*, 31 agosto 1955, in *AI Magazine*, 27, 4, 2006, pp. 12 ss. Cfr., per un'analisi dei *new risks* per le pubbliche amministrazioni nell'uso dell'IA, A. BARONE, *Amministrazione del rischio e intelligenza artificiale*, in *European Review of Digital Administration & Law – Erdal*, 1-2, 2020, pp. 63 ss.

⁷ P. BOUCHER, *How Blockchain technology could change our lives*, in www.europarl.europa.eu, 2017, p. 18.

⁸ Sui rapporti tra la tecnologia Blockchain ed il Regolamento UE n. 679/2016 sulla protezione dei dati personali, cfr., acutamente, F. SARZANA DI S. IPPOLITO-M. NICOTRA, *Diritto della Blockchain, intelligenza artificiale e IOT*, op. cit., pp. 68 ss.

⁹ Cfr. *Declaration on European Partnership on Blockchain*, in www.ec.europa.eu, 10 aprile 2018. La Dichiarazione sottolinea, convintamente, l'opportunità di una «close cooperation between Member States towards a European ecosystem for blockchain services and applications can avoid fragmented approaches. It can enable the development of interoperable frameworks for blockchain in Europe based on standardised solutions and governance models. Such cooperation can also strengthen compliance with regulations and regulatory convergence which is essential to support scalability of such solutions across borders».

a partire dal 27 settembre 2018 - con lo scopo precipuo di creare un'infrastruttura europea dei servizi *Blockchain* al fine di cooperare nella fornitura di servizi pubblici digitali transfrontalieri secondo i più alti *standards* di sicurezza e *privacy*.

Nel solco di tali iniziative è significativo constatare come l'Unione europea abbia attentamente osservato l'applicabilità della tecnologia *Blockchain* quale importante guida nel processo di semplificazione amministrativa: in questa accezione si inserisce, infatti, la Risoluzione del Parlamento Europeo del 3 ottobre 2018 sulle tecnologie di registro distribuito e *Blockchain* (2017/2772(RSP)) la quale riconosce che «le potenzialità delle DLT e di *Blockchain* possono costituire uno strumento che rafforza l'autonomia dei cittadini, dando loro l'opportunità di controllare i propri dati e decidere quali condividere nel registro, nonché la capacità di scegliere chi possa vedere tali dati» e sottolinea che le predette tecnologie possono modificare alcuni paradigmi esistenti nel procedimento amministrativo, incentivando la disintermediazione e la decentralizzazione di alcune attività e di alcuni settori al fine di favorire sia la semplificazione dei procedimenti (in particolar modo snellendo la fase istruttoria) sia la partecipazione democratica dei cittadini.

A questa linea di tendenza si affiancano talune previsioni volte a contemperare l'ammissibilità del ricorso agli algoritmi nel procedimento amministrativo con le esigenze di protezione dei dati personali. In argomento una recente pagina risulta scritta dalla Risoluzione del Parlamento Europeo del 13 dicembre 2018 sulla *Blockchain*: una politica commerciale lungimirante (2018/2085(INI)) nell'ambito della quale si «evidenzia che, se concepita in modo adeguato, la tecnologia *blockchain* dovrebbe essere in linea con il principio della "protezione dei dati fin dalla progettazione", che serve a garantire agli interessati un maggior controllo sui loro dati conformemente al GDPR; [...] osserva che, nei casi in cui la *blockchain* contiene dati personali, la natura immutabile di alcune tecnologie *blockchain* è probabilmente incompatibile con il diritto alla cancellazione dei dati di cui all'articolo 17 del GDPR; [...] ritiene che ogni utilizzazione delle tecnologie *blockchain* debba essere subordinata alla specificazione di cosa sarà conservato all'interno e all'esterno della catena, e che i dati personali debbano essere conservati al di fuori della catena»¹⁰. Le evidenziate peculiarità dei predetti interventi hanno condotto alla pubblicazione – da parte dell'*European Committee for electrotechnical standardization* a cura del Comitato

¹⁰ Cfr., in argomento, *European Parliament resolution of 13 December 2018 on Blockchain: a forward-looking trade policy*, in www.europal.europa.eu, 2018.

europeo per la standardizzazione (CEN) e del Comitato europeo per la standardizzazione elettronica (Cenelec) – del Libro Bianco sulla *Blockchain*¹¹ finalizzato (tra gli altri) alla valutazione dell’impatto delle nuove tecnologie nei rapporti tra pubblica amministrazione e cittadino ed orientato alla definizione di un modello organizzativo che affronti adeguatamente le problematiche attinenti al settore della protezione dei dati personali.

Dopo aver – seppur brevemente – inquadrato il fenomeno della *Blockchain* nel contesto europeo, è opportuno indagare circa lo stato della normativa italiana sul tema, un ambito sul quale si rintraccia, altresì, una particolare attenzione riservata, negli ultimi anni, dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato. Il quadro europeo appena tratteggiato, venne ad essere, infatti, ulteriormente arricchito mediante un progressivo interesse del giudice amministrativo ad ipotesi di digitalizzazione dell’attività della pubblica amministrazione e una propensione circa la validità dell’impiego degli algoritmi informatici¹², nell’ambito dei procedimenti amministrativi, seppur nella consapevolezza di dover costantemente bilanciare il diritto all’innovazione tecnologica con un diritto costituzionalmente tutelato quale quello alla riservatezza dei dati personali. Nell’ambito dell’ampio programma di riforme delineato nella legge Madia n. 124/2015¹³ – attuata dal D.Lgs. n. 179/2016 e dal D.Lgs. n. 217/2017 – l’opzione privilegiata fu quella di porre in primo piano la questione della «realizzazione di un’amministrazione digitale e aperta», rafforzando la trasparenza, la collaborazione e la partecipazione procedimentale e, in ultimo, valorizzando, all’art. 1, comma 1, lett. b), il principio del *digital first* quale strumento di promozione verso la transizione al digitale.

Avvertita la necessità di pervenire all’estensione dell’ambito di operatività delle *Distributed ledger technology* (d’ora in poi DLT), sommata all’esigenza di coordinare la

¹¹ *Recommendations for successful adoption in Europe of emerging technical standards on Distributed ledger/Blockchain technologies*, in www.cenelec.eu, 2018.

¹² Cfr., su questo profilo, A.G. OROFINO-G. GALLONE, *L’intelligenza artificiale al servizio delle funzioni amministrative: profili problematici e spunti di riflessione*, in *Giur. it.*, 7, 2020, pp. 1738 ss.; cfr., altresì, M.C. CAVALLARO-G. SMORTO, *Decisione pubblica e responsabilità dell’amministrazione nella società dell’algoritmo*, in www.federalismi.it, 2019.

¹³ Per un’analisi della riforma cfr., *ex plurimis*, E. FOLLIERI, *La riforma della pubblica amministrazione nella legge 7.8.2015 ed il ruolo della dottrina*, in www.giustamm.it, 2015; N. LONGOBARDI, *La legge n. 124 del 2015: i procedimenti amministrativi e il problema della semplificazione*, in www.giustamm.it, 4, 2016; B.G. MATTARELLA, *Il contesto e gli obiettivi della riforma*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, pp. 621 ss.; T. TESSARO-S. PIOVESAN, *La riforma Madia del procedimento amministrativo. La legge 241/90 dopo la legge 124/2015*, Santarcangelo di Romagna, 2015; A. TRAVI, *La semplificazione amministrativa come strumento per far fronte alla crisi economica*, in www.giustamm.it, 5, 2016.

normativa nazionale a quella europea vigente in materia, il legislatore nazionale introduce, con l'articolo 8-ter del d.l. 14 dicembre 2018 n. 135, convertito in L. 11 febbraio 2019, n. 12, la prima definizione di "tecnologie basate su registri distribuiti" (tra le quali rientra la *Blockchain*) e di *smart contract*¹⁴. «Si definiscono "tecnologie basate su registri distribuiti" le tecnologie e i protocolli informatici che usano un registro condiviso, distribuito, replicabile, accessibile simultaneamente, architetturealmente decentralizzato su basi crittografiche, tali da consentire la registrazione, la convalida, l'aggiornamento e l'archiviazione di dati sia in chiaro che ulteriormente protetti da crittografia verificabili da ciascun partecipante, non alterabili e non modificabili». L'idea di fondo che attraversa la nuova legge è congeniale all'abbandono del modello tradizionale di amministrazione – con uno sforzo di revisione e di ri-concettualizzazione – propugnando un intervento riformatore, nell'ottica della valorizzazione della disintermediazione, asservito al principio del *trust by computation*¹⁵. Antecedentemente all'entrata in vigore della predetta legge, il quadro normativo nazionale pareva ignorare – pressoché integralmente – il fenomeno dell'automazione contrattuale e le potenzialità dell'uso degli algoritmi ai fini di una automatizzazione delle attività delle pubbliche amministrazioni. Diversamente, l'opzione normativa di cui all'art. 8-ter, involge l'intero "sistema" di automazione amministrativa orientandolo all'implementazione di piattaforme tecnologiche che offrano una funzione di monitoraggio dell'azione amministrativa in grado di assicurare maggiore efficienza e celerità nella

¹⁴ Art. 8-ter, D.L. 14 dicembre 2018, n. 135. Tecnologie basate su registri distribuiti e *smart contract*. «[...] 2. Si definisce "*smart contract*" un programma per elaboratore che opera su tecnologie basate su registri distribuiti e la cui esecuzione vincola automaticamente due o più parti sulla base di effetti predefiniti dalle stesse. Gli *smart contract* soddisfano il requisito della forma scritta previa identificazione informatica delle parti interessate, attraverso un processo avente i requisiti fissati dall'Agenzia per l'Italia digitale con linee guida da adottare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto».

¹⁵ «La scienza della computazione si è sviluppata in modo straordinariamente veloce e l'elaborazione dei *big data* viene fatta mediante la programmazione di un risultato, individuato e raggiunto secondo il grado di certezza proprio dei numeri, palesando una desertificazione della parola che, destrutturata, mette in crisi la sua polisemia, con ricadute rilevanti sul concetto di interpretazione che, diventando progressivamente monosemica, afferma un'ermeneutica funzionale univoca. Una volta ideati, gli algoritmi operano con il potere della riduzione computazionale di elementi centrali dell'esistenza e della coesistenza. [...] per l'algoritmo, l'interezza degli elementi elaborati è calcolabile, quantificabile, misurabile secondo un linguaggio numerico. Ma quel che interessa maggiormente è la trasformazione della libertà umana, gli elementi empatici, in quantità calcolabili, trattati dalle procedure algoritmiche, che incidono sulla realtà delle persone destinate ad una produzione di dati serializzati, attraverso una profilazione di massa non immediatamente percepibile, che condiziona e sagoma le azioni della soggettività»: in questi termini L. AVITABILE, *Presentazione*, in B. Romano, *Algoritmi al potere. Calcolo giudizio-pensiero*, Torino, 2018, pp. XIII s.

digitalizzazione dei processi e dei servizi delle pubbliche amministrazioni¹⁶. Al contempo, sempre a livello nazionale, è emersa un'ulteriore rilevanza del settore in esame comprovata dalle considerazioni confluite nella "Strategia nazionale per l'intelligenza artificiale"¹⁷ ad avviso della quale, al fine precipuo di sostenere la ricerca e l'innovazione sull'IA e la sua concreta adozione, verranno potenziati gli strumenti pubblici di supporto agli investimenti, verranno individuate delle strutture di riferimento europeo per la sperimentazione delle nuove tecnologie capaci di attirare le risorse del Programma per l'Europa Digitale 2021-2027 e, infine, verranno sfruttate molteplici forme di sostegno pubblico-privato al *venture capital*.

Emblematico, sotto il profilo della valorizzazione delle tecnologie basate su registri distribuiti, è, da ultimo, l'art. 26 del d.l. n. 76/2020 (Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale), convertito con modificazioni in L. n. 120/2020, il quale nel disciplinare la piattaforma per le notifiche digitali di atti, provvedimenti, avvisi e comunicazioni della Pubblica Amministrazione¹⁸ dispone che ciascuna amministrazione, nel rispetto delle Linee guida, possa ricorrere alle tecnologie basate su registri distribuiti, tra le quali rientra la *Blockchain*, onde assicurare «l'autenticità, l'integrità, l'immodificabilità, la leggibilità e la reperibilità dei documenti informatici resi disponibili dalle amministrazioni». In un ecosistema tecnologico, una soluzione siffatta conferisce, dal punto di vista pratico, un ulteriore strumento di semplificazione procedimentale¹⁹ e ha il merito di rafforzare un

¹⁶ Sul punto risulta, di primaria importanza, il Piano triennale per l'informatica nella Pubblica Amministrazione 2020-2022, in *www.agid.gov.it*, 2020, p. 23, che, «coerentemente con quanto previsto dal Modello strategico di riferimento, riprende il concetto di piattaforme della Pubblica Amministrazione: piattaforme tecnologiche che offrono funzionalità fondamentali, trasversali, abilitanti e riusabili nella digitalizzazione dei processi e dei servizi della P.A. [...] Si tratta quindi di piattaforme tecnologiche che nascono per supportare la razionalizzazione dei processi di *back-office* della PA, al fine di migliorare l'efficienza e generare risparmi economici, per favorire la semplificazione e la riduzione degli oneri amministrativi a carico di imprese, professionisti e cittadini, nonché per stimolare la creazione di nuovi servizi digitali. Le piattaforme favoriscono la realizzazione di processi distribuiti e la standardizzazione dei flussi di dati tra amministrazioni».

¹⁷ Cfr. Strategia nazionale per l'intelligenza artificiale, in *www.mise.gov.it*, luglio 2019, p. 8 ss.

¹⁸ Cfr., circa il funzionamento della piattaforma, P. CLARIZIA, *La digitalizzazione della pubblica amministrazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 6, 2020, pp. 775 ss.

¹⁹ Cfr. M.A. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo e la semplificazione*, in *Jus publicum*, 4, 2012, pp. 57 s. ad avviso della quale «gli interventi diretti a snellire l'azione dell'amministrazione non si sono limitati alla previsione di istituti *ad hoc* da applicare nell'ambito delle serie procedurali, e non hanno coinvolto il solo Capo IV della legge sul procedimento amministrativo. Esistono invece strumenti di semplificazione "trasversali" che esulano dalla congerie delle misure strettamente procedurali (ovvero che non rientrano nella disciplina della legge n. 241 del 1990), ma che con esse si interrelazionano, consistendo in soluzioni che, se applicate al procedimento, ne determinano in concreto una semplificazione: tra queste l'uso della telematica [...] in considerazione del fatto che informatizzare equivale a dire semplificare». In argomento cfr., altresì, A.G. OROFINO, *La semplificazione digitale*, in *Il diritto dell'economia*, 3, 2019, pp. 87 ss. spec. 92 e 111 il quale

processo evolutivo (sicuramente positivo) sul versante del miglioramento dei servizi ai cittadini, in applicazione di normative che partono dal Codice dell'Amministrazione digitale, procedono con la L. n. 124 del 2015 e arrivano sino alla legge in commento.

La graduale (ma incessante) digitalizzazione procedimentale ha, parimenti, condotto ad interpretazioni giurisprudenziali discordanti, tra le quali è agevole distinguere orientamenti inclini a riconoscere l'incompatibilità del metodo algoritmico con l'attività cognitiva, acquisitiva e di giudizio dell'istruttoria affidata ad un funzionario persona fisica e, perfino, l'inadeguatezza di tale meccanismo rispetto alle specifiche circostanze del caso concreto nella ponderazione dei plurimi interessi in gioco²⁰ e, viceversa, impostazioni favorevoli alla predilezione della legittimità del ricorso ad algoritmi informatizzati sia nell'ambito dei procedimenti standardizzati che nei procedimenti a carattere discrezionale²¹.

Rivolgendo la lente d'osservazione al primo orientamento, sostenuto, *ex plurimis*, dal giudice amministrativo di primo grado, si evince una struttura argomentativa che presuppone il ricorso all'algoritmo – «impersonale e orfano di capacità valutazionali delle singole fattispecie concrete»²² – limitato al fine di «effettuare circoscritte e ben

manifesta che, con riferimento al fine, la semplificazione sia «a) rivolta a garantire il miglior utilizzo delle risorse disponibili nel settore pubblico che, diventate più scarse all'esito della crisi economica, debbono essere gestite in maniera sempre più efficiente per cercare di offrire ai cittadini le stesse utilità che venivano offerte prima dell'avvento della crisi; b) volta a far fronte alla perdita di competitività che un'amministrazione eccessivamente burocratizzata comporta per le imprese e per tutti gli operatori economici» e che la semplificazione digitale sia «una delle sfide più importanti alle quali è chiamato il mondo delle pubbliche amministrazioni, perché possa meglio portare a compimento quel compito fondamentale di [...] servire gli uomini per la piena realizzazione dei propri diritti e per il pieno sviluppo delle proprie libertà, adoperando a tal fine tutti gli strumenti e le possibilità di cui si possa disporre».

²⁰ Cfr. TAR Lazio, Sez. III-ter, 10 settembre 2018, n. 9224, in *Dir. e giust.*, 7 gennaio 2020 secondo cui «un algoritmo quantunque, preimpostato in guisa da tener conto di posizioni personali, di titoli e punteggi, giammai può assicurare la salvaguardia delle garanzie procedurali che gli artt. 2, 6, 7, 8, 9, 10 della L. 7 agosto 1990, n. 241 hanno apprestato, tra l'altro in recepimento di un inveterato percorso giurisprudenziale e dottrinario. Invero [...] gli istituti di partecipazione, di trasparenza e di accesso [...] non possono essere legittimamente mortificate e compresse soppiantando l'attività umana con quella impersonale, che poi non è attività, ossia prodotto delle azioni dell'uomo, che può essere svolta in applicazione di regole o procedure informatiche e matematiche. Ad essere inoltre vulnerato non è solo il canone di trasparenza e di partecipazione procedimentale, ma anche l'obbligo di motivazione delle decisioni amministrative, con il risultato di una frustrazione anche delle correlate garanzie processuali che declinano sul versante del diritto di azione e difesa in giudizio di cui all'art. 24 Cost.».

²¹ Cfr., in proposito, l'accurata ricostruzione giurisprudenziale operata da M.C. CAVALLARO-G. SMORTO, *Decisione pubblica e responsabilità dell'amministrazione nella società dell'algoritmo*, op. cit., pp. 11 ss. e, sulla questione della discrezionalità come limite all'algoritmo, cfr. E. CARLONI, *I principi della legalità algoritmica. Le decisioni automatizzate di fronte al giudice amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2, 2020, pp. 271 ss. spec. 283.

²² Cfr. TAR Lazio, Sez. III-ter, 10 settembre 2018, n. 9224 e TAR Lazio, Sez. III-bis, 27 maggio 2019, n. 6606. In dottrina cfr. M.C. CAVALLARO-G. SMORTO, *Decisione pubblica e responsabilità dell'amministrazione nella*

isolate fasi di un'istruttoria (quelle più meccaniche e prive di momenti valutazionali discrezionali) semplificandole» e che l'esigenza di avvalersi di tali strumenti tenga conto dell'opportuno intervento, nella fase predecisoria e decisoria, di un funzionario o del responsabile del servizio, il quale provveda «a correggere e rettificare eventuali aporie o aberrazioni determinative, al pari di carenze o omissioni istruttorie, la cui omessa rilevazione ed elisione [...] produrrebbe immancabilmente l'illegittimità del provvedimento finale inespresso e illegittimamente sostituito dal risultato dell'operazione algoritmica²³».

L'indirizzo opposto – tra le quali, in un primo momento, si segnalano le conclusioni raggiunte con una recente sentenza del giudice amministrativo²⁴ – accorda l'ingresso delle nuove tecnologie informatiche nei procedimenti amministrativi contrassegnati da procedure seriali standardizzabili. L'approccio di tale giurisprudenza si fa portatore dell'esigenza di conferire garanzie di trasparenza e di verifica in sede giurisdizionale circa l'utilizzo dell'algoritmo nelle procedure valutative della p.a. e, conseguentemente, impone che l'algoritmo sia conoscibile con riguardo ai suoi autori, al procedimento usato per la sua elaborazione, al meccanismo di decisione e, da ultimo, sia soggetto alla cognizione e al sindacato del giudice amministrativo.

In tale prospettiva l'utilizzo della discrezionalità amministrativa – nella rigida e meccanica applicazione delle regole procedurali – cristallizza gli ambiti non aperti alla decisione algoritmica posto che la discrezionalità amministrativa non possa essere demandata al *software*, ma sia da rintracciarsi nel momento dell'elaborazione dello strumento digitale. Una lettura attenta delle due decisioni consente di individuare alcune differenze, non prive di rilievo, che hanno condizionato le successive argomentazioni dei giudici amministrativi.

società dell'algoritmo, op. cit., p. 16. Gli AA. evidenziano che, secondo un certo orientamento giurisprudenziale, l'attività amministrativa discrezionale implicherebbe la sequenza “norma-fatto-potere giuridico-effetto” e, pertanto, presupporrebbe un apprezzamento e una valutazione comparativa di molteplici interessi il cui svolgimento non potrebbe essere in alcun modo affidato ad una macchina.

²³ Cfr. TAR Lazio, Sez. III-bis, 28 maggio 2019, n. 6688.

²⁴ Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270, in *Foro it.*, 11, 2019, pp. 606 ss. e in *Giorn. dir. amm.*, 6, 2019, pp. 781 ss. con nota di V. CANALINI, *L'algoritmo come “atto amministrativo informatico” e il sindacato del giudice*.

Ciò premesso, il più recente orientamento giurisprudenziale – sostenuto dal Consiglio di Stato²⁵ – procede attribuendo al metodo algoritmico l’indubbio merito di realizzare nuove forme di trasparenza informatica ed enfatizza i vantaggi correlati all’impiego degli algoritmi nei procedimenti amministrativi a carattere discrezionale in termini di riduzione della disparità di trattamento, di ampliamento della partecipazione dei soggetti interessati e di certezza nell’applicazione del diritto. Con lo scopo precipuo di colmare la lacuna relativa all’impiego dell’intelligenza artificiale nei procedimenti amministrativi discrezionali, il giudice amministrativo ha individuato quali elementi di minima garanzia per ogni ipotesi di utilizzo degli algoritmi in sede decisoria pubblica: «a) la piena conoscibilità a monte del modulo utilizzato e dei criteri applicati; b) l’imputabilità della decisione dell’organo titolare del potere, il quale deve poter svolgere la necessaria verifica di logicità e legittimità della scelta e degli esiti affidati all’algoritmo». Una linea d’indagine che – riconoscendo la qualifica di attività amministrativa ai procedimenti gestiti ricorrendo ad algoritmi²⁶ – si contraddistingue per aver contribuito (seppur ancora in parte) a disincentivare i comportamenti corruttivi²⁷ e a indirizzare (ancora una volta) l’attività amministrativa al principio di legalità, ai criteri di efficienza, economicità ed efficacia.

²⁵ Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472, in *Giorn. dir. amm.*, 3, 2020, pp. 366 ss. con nota di A. MASCOLO, *Gli algoritmi amministrativi: la sfida della comprensibilità*; in *Giur. it.*, 2020, p. 1190 con nota di M. TIMO, *Il procedimento di assunzione del personale scolastico al vaglio del Consiglio di Stato*; in *www.giustamm.it*, con nota di A. SOLA, *La giurisprudenza e la sfida dell’utilizzo di algoritmi nel procedimento amministrativo* e in *Nuova giur. civ.*, 4, 2020, p. 809 ss. con nota di R. MATTERA, *Decisioni algoritmiche. Il Consiglio di Stato fissa i limiti*. La sentenza in commento rappresenta una linea guida per un utilizzo consapevole dell’algoritmo, rispondente ai principi garantistici del procedimento amministrativo. L’organo giudicante, rilevando le potenzialità della rivoluzione digitale, ha evidenziato che «da un lato c’è l’ansia dell’uomo di perdere la propria primazia ontologica a cui è stato sempre abituato, la quale si veste di argomenti razionali (a titolo esemplificativo: la macchina conduce all’oblio dell’essere) [...] dall’altro c’è invece chi intravede nel robot una via d’uscita dalla complessità caratterizzante la società odierna, in grado di trattenerne l’incertezza. E così il robot è visto come uno strumento in grado di correggere le imperfezioni che caratterizzano i processi cognitivi propri della mente umana, di ridurre al minimo i tempi della giustizia, di ridurre il contenzioso pregresso, di rendere le decisioni prevedibili, di svolgere una funzione dissuasiva nei confronti dell’abuso del processo». Cfr., in senso conforme, Cons. Stato, Sez. VI, 4 febbraio 2020, n. 881, in *Giur. it.*, 7, 2020, pp. 1738 ss. con nota di A.G. OROFINO-G. GALLONE, *L’intelligenza artificiale al servizio delle funzioni amministrative: profili problematici e spunti di riflessione*.

²⁶ In senso contrario TAR Lazio, Sez. III-bis, 10 settembre 2018, n. 9224, *op. cit.*; ID., 27 maggio 2019, n. 6606 e ID., 11 luglio 2018, n. 9230, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2018 nelle quali si era sostenuto che «dirimente si profila in punto di diritto l’argomento secondo cui è mancata nella fattispecie una vera e propria attività amministrativa, essendosi demandato ad un impersonale algoritmo lo svolgimento dell’intera procedura di assegnazione dei docenti alle sedi disponibili nell’organico dell’autonomia della scuola».

²⁷ Al riguardo cfr. le puntuali considerazioni di G. GALLONE, *La pubblica amministrazione alla prova dell’automazione contrattuale. Note in tema di smart contracts*, in *www.federalismi.it*, 24 giugno 2020, pp. 149 ss., secondo cui «l’inserimento di un ecosistema *Blockchain* assicura l’immodificabilità delle operazioni e la loro

Ora, ferma restando la possibilità di prescrivere taluni accorgimenti circa l'utilizzo delle nuove risorse tecnologiche da parte della p.a., pare evidente che il perimetro di applicabilità delle procedure informatizzate, e con esso della tecnologia *Blockchain*, coincida non più solo con gli spazi riservati alle procedure amministrative seriali o standardizzate, ma anche ai processi amministrativi discrezionali. Vero è che dal superamento dei sopraccennati "limiti" si arricchisce il rapporto intercorrente tra tecnologia e diritto, ma ancor più si rimarca la rilevanza della funzione predittiva della *Blockchain* quale strumento idoneo al fine di perseguire la modernizzazione dell'apparato amministrativo²⁸.

3. Le possibili applicazioni della tecnologia Blockchain all'attività amministrativa: dalla *street-level bureaucracy* alla *screen-level bureaucracy*

L'utilizzo delle tecnologie emergenti – tra le quali annoveriamo *Blockchain* – s'impone l'ambizioso obiettivo di richiamare l'attenzione al complesso degli

totale tracciabilità [...] siffatta piena tracciabilità, si accompagna, poi, alla piena trasparenza della vicenda contrattuale [...] ben oltre la trasparenza intesa quale accessibilità totale al dato [...] è di immediata intuizione, infatti, come alla piena trasparenza della vicenda contrattuale si accompagna la riduzione dei margini di incertezza applicativa delle clausole negoziali e, con essa, delle occasioni di *maladministration*. [...] la piena trasparenza assottigliando le sacche di opacità del rapporto e riequilibrando sul piano informativo la posizione delle parti, rappresenta il primo e principale disincentivo verso pratiche di *maladministration*». Sul punto cfr., analogamente, ID., *Blockchain, procedimenti amministrativi e prevenzione della corruzione*, in *Dir. ec.*, 3, 2019, pp. 187-212, spec. 205, secondo cui l'impiego della *Blockchain* «contribuisce, con tutta evidenza, ad illuminare l'azione amministrativa riducendo le zone d'ombra in cui può annidarsi il "rischio-corruzione". Quest'ultimo è, infatti, intimamente legato allo scollamento che suole registrarsi tra il dato formale organizzativo e l'assetto concreto dei processi decisionali, tra organizzazione in senso formale ed organizzazione in senso informale. La prevenzione della corruzione non può, infatti, esaurirsi in un controllo di legalità estrinseco sull'operato dei funzionari ma deve necessariamente guardare al dato di realtà. Un dato di realtà che è apprezzabile solo attraverso la totale condivisione delle informazioni tra i partecipanti, che sono direttamente chiamati ad esercitare un controllo diffuso e capillare».

²⁸ Cfr., in proposito, S. CRISCI, *Intelligenza artificiale ed etica dell'algorithm*, in *Foro amm.*, 10, 2018, pp. 1787 ss., il quale ritiene che l'industria, la P.A. e gli investitori privati possano attivarsi al fine precipuo di costruire la migliore rete neurale possibile. Una rete che accompagni gli investimenti privati e di *venture capital* in un contesto trasparente, in cui le regole vengano scandite sia sulla scorta delle volontà delle parti e finalizzate a rendere disponibili i propri dati, ma anche «da una sorta di negoziazione algoritmica, fissando delle norme certe, al di sotto delle quali si profili una linea invalicabile da chiunque, nel rispetto dell'essere umano e per la tutela del consumatore finale. [...] La Commissione europea ha previsto che: tutti gli Stati membri si diano strategie nazionali in merito; si definisca un nuovo partenariato europeo pubblico-privato per la ricerca e l'innovazione nel campo della IA per promuovere la collaborazione ed il coordinamento tra il mondo accademico e l'industria; vi sia un sostegno alle start-up ed agli innovatori nel campo IA e *blockchain*; si stabilisce una connessione di centri di eccellenza europei per l'IA stanziando alti fondi (66 miliardi di euro) per i poli per la robotica».

strumenti di cui il nostro ordinamento può – e deve – dotarsi al fine di contemperare le molteplici esigenze pubblico-private che si propongono di promuovere una collaborazione/interazione rientrante nelle maglie della sussidiarietà orizzontale *ex art. 118, comma 4, Cost*²⁹.

In questo contesto, le recenti innovazioni tecnologiche potrebbero progredire simultaneamente alle nuove interazioni tra cittadini e p.a., offrendo un alto grado di trasparenza nelle interazioni reciproche³⁰ e una disintermediazione dei processi. A tal fine un intervento sulle procedure non escluderebbe quello sull'organizzazione delle amministrazioni: avvalendosi di processi semplificati e di un'alta qualità delle tecnologie fornite, il processo di "reingegnerizzazione" delle pubbliche amministrazioni involgerebbe, da un lato, interi procedimenti amministrativi – procedure concorsuali, sovvenzioni, procedure ad evidenza pubblica e il PAT (processo amministrativo telematico) – e, dall'altro, l'organizzazione amministrativa (con un potenziale *vulnus* alla definizione di organo e al rapporto di immedesimazione organica³¹).

Seguendo, in particolare, una certa prospettiva di analisi ricostruttiva, è opportuno chiarire che tra gli obiettivi primari delle politiche di *open government* c'è il

²⁹ «Le futur quel les blockchains rendent possible est un monde plus horizontal. Le nouveau droit qu'elles forgent serait par conséquent un droit plus horizontal, se passant d'organes de tutelle et de contrôle [...] les blockchains permettraient ainsi de reconstruire sur de nouvelles bases les sociétés, le collectif, les interindividualités, suivant le modèle d'une société décentralisée, horizontalisée»: così B. BARRAUD, *Les blockchains et le droit*, op. cit., pp. 1 ss. spec. 8. Cfr., sull'impatto della tecnologia blockchain sul monitoraggio della conformità alle normative ambientali, M. ALLENA, *Blockchain technology for environmental compliance: towards a "choral" approach*, in *Environmental Law Review*, 2020.

³⁰ «La trasparenza è percepita non solo come forma di prevenzione dell'illegalità e dei fenomeni corruttivi, ma anche come principale strumento per tentare di riavvicinare il cittadino alla pubblica amministrazione, nell'ambito di quella partecipazione del privato ai pubblici poteri che viene auspicata dall'art. 2 della Costituzione [...] Troppo spesso si è assistito alla c.d. *burocrazia della trasparenza* (la trasparenza legata ad oneri regolatori, amministrativi ed economici non necessari al perseguimento dello scopo) che si è sovrapposta ad una invasiva burocrazia già esistente»: il richiamo è a V. FANTI, *La pubblicità e la trasparenza amministrativa in funzione del contrasto alla corruzione: una breve riflessione in attesa del legislatore delegato*, in *www.giustamm.it*, 3, 2016.

³¹ Cfr., per alcuni lucidi rilievi sul problema, E. PICOZZA, *Politica, diritto amministrativo and artificial intelligence*, in *Giur. it.*, 7, 2019, pp. 1657 ss. L'A., adottando – dal punto di vista metodologico – il criterio del mutamento del diritto amministrativo si sofferma sugli effetti dell'Intelligenza Artificiale sull'attività amministrativa e sul regime delle responsabilità e precisa che è possibile «attribuire la responsabilità dei comportamenti omissivi o commissivi della A.I. al suo programmatore e manutentore: in tal caso però l'ingegnere informatico che "guida la macchina" diventa obiettivamente un pubblico funzionario ed un pubblico ufficiale con tutte le conseguenze del caso ivi incluso il giudizio di responsabilità contabile dinanzi alla Corte dei Conti per danno erariale; se invece si opta per una responsabilità "diretta" della macchina verso i terzi (come normalmente avviene in un ufficio amministrativo "reale") la responsabilità del suo programmatore e manutentore resterebbe pure sempre una responsabilità civile e di regresso».

rafforzamento dell'efficacia dell'apparato amministrativo attraverso la cooperazione tra tutti i livelli di governo (centrale e locale) e le istituzioni private. Da tempo, infatti, si invoca una sorta di "reingegnerizzazione" dell'attività amministrativa intesa come una riorganizzazione delle pubbliche amministrazioni, nei tempi e con le risorse occorrenti per un effettivo incremento della digitalizzazione nei processi degli uffici pubblici³², finalizzata a favorire la cooperazione attiva dei cittadini con le istituzioni pubbliche nel concepimento, prima, e nella realizzazione, poi, degli obiettivi pubblici³³.

Improntando l'azione amministrativa al principio di collaborazione *ex art. 1, comma 2-bis*, L. n. 241/1990 (così come, da ultimo, integrato dall'art. 12, comma 1, lett. 0a, d.l. 76/2020, conv. in L. n. 120/2020³⁴) si elidono gli ostacoli relativi alle modalità di prestazione dei servizi pubblici, si promuove una piena trasparenza dei processi decisionali e si incentiva una partecipazione procedimentale orientata al miglioramento delle politiche pubbliche³⁵. Ciò posto è emersa – con la L. n. 124/2015 (c.d. Legge Madia) – sia l'esigenza di «garantire ai cittadini e alle imprese il diritto di accedere a tutti i dati, i documenti e i servizi di loro interesse in modalità digitale», che la necessità di «semplificazione nell'accesso ai servizi alla persona, riducendo la necessità dell'accesso fisico agli uffici pubblici» cui si affianca – contestualmente –

³² Trattandosi di sofisticati sistemi di Intelligenza Artificiale «che usano reti neurali e possono auto-apprendere, anche senza la supervisione umana» non può parlarsi di semplice automazione dei processi. In argomento cfr. D.U. GALETTA-J.G. CORVALÁN, *Intelligenza artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, in www.federalismi.it, 2019, pp. 7 s., nel quale si ravvisa che solo i sistemi di Intelligenza Artificiale meno sofisticati, o meno complessi, dal punto di vista della programmazione, sono chiamati automazione e, tra questi, è agevole individuare un sistema di Intelligenza Artificiale che sia programmato per calcolare le scadenze procedurali/processuali.

³³ In argomento cfr. *Digital Government strategies for transforming public services in the welfare areas*, in www.oecd.org, luglio 2014. La raccomandazione sulle strategie del Governo digitale disegna un percorso che procede dal NPM, incentrato sulla riduzione dei costi e l'efficienza dell'amministrazione, all'*e-Government*, nel quale l'uso dell'ICT si rivolge agli utenti mediante l'uso di internet, stimolando strumenti di partecipazione procedimentale e di collaborazione nella prestazione dei servizi, e si conclude con il *Digital Government* nel quale gli utenti divengono, per il tramite di internet, parti attive della modernizzazione del settore pubblico, indicando le loro preferenze, i loro bisogni e contribuendo a disegnare la programmazione pubblica, il contenuto e le modalità di prestazione dei servizi pubblici.

³⁴ La lettera 0a) del comma 1 dell'art. 12 del D.l. Semplificazioni ha integrato l'art. 1 della Legge n. 241/1990 introducendo il comma 2-bis, che aggiunge il principio in forza del quale «i rapporti tra amministrazione e cittadini sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede».

³⁵ Una forma di "partecipazione corale" che sostiene le potenzialità della tecnologia *Blockchain* anche al fine precipuo di riconfigurare la protezione ambientale secondo una logica multipolare, prevenendo e riducendo i casi di corruzione o di *maladministration*. Cfr., *amplius*, M. ALLENA, *Blockchain technology for environmental compliance: towards a "choral" approach*, *passim* e spec. pp. 47 ss.

l'esigenza di conferire una maggiore professionalità digitale agli operatori in forza presso le pubbliche amministrazioni.

Dal primo punto di vista la trasparenza dei processi – garantita dal paradigma *Blockchain* – assume la duplice declinazione di argine alla *maladministration* e di strumento per l'«accessibilità totale delle informazioni concernenti l'organizzazione e l'attività delle pubbliche amministrazioni, allo scopo di favorire forme diffuse di controllo nel perseguimento delle funzioni istituzionali e nell'utilizzo delle risorse pubbliche³⁶».

Il Dipartimento della Funzione Pubblica, nel delineare ulteriori modalità di adozione ed attuazione del F.O.I.A., mira, già da qualche anno, a promuovere un ammodernamento delle pubbliche amministrazioni, con l'ausilio di strategie d'accesso civico generalizzato, improntate ad una fruibile diffusione dei dati. Con la Circolare n. 1/2019, nell'attuazione delle norme sull'accesso civico generalizzato (c.d. F.O.I.A.), s'intende «favorire l'utilizzo di soluzioni tecnologiche per la presentazione e la gestione delle istanze di accesso, con l'obiettivo di semplificare le modalità di accesso dei cittadini e il lavoro di gestione delle richieste da parte delle amministrazioni».

L'evoluzione tecnologica, nelle diverse fasi di cui si compone la redazione delle istanze e nelle successive verifiche indispensabili per l'accoglimento o il rigetto della stessa, ha consentito l'implementazione di meccanismi – intelligenza artificiale e algoritmi – volti ad incoraggiare la redazione automatica delle istanze con contestuale riduzione degli errori materiali e significativa diminuzione del tempo dedicato ad esse. Dal punto di vista pratico, una soluzione siffatta ben si concilia con la redazione, e successiva presentazione, di una domanda di accesso ancipite o “a più titoli”³⁷ consentendo all'amministrazione, nella fase procedimentale, e al giudice

³⁶ Tale duplice declinazione si rinviene nell'analisi compiuta da V.M. BOMBARDELLI, *Fra sospetto e partecipazione: la duplice declinazione del principio di trasparenza*, in *Istituzioni del federalismo*, 3-4, 2015, pp. 657 s.

³⁷ La giurisprudenza del Consiglio di Stato ammette, infatti, il concorso degli accessi, cfr., sul punto, l'approccio del Cons. Stato, Sez. V, 02 agosto 2019, n. 5503, in *Foro it.*, 1, 2020, pp. 11 ss. e in *Giorn. dir. amm.*, 2, 2020, pp. 232 ss., con nota di P. RUBECCHINI, *Appalti pubblici e diritto di accesso*. I giudici amministrativi confermano che «nulla nell'ordinamento preclude il cumulo anche contestuale di differenti istanze di accesso [...] la coesistenza di più modelli legali di accesso comporta una prima conseguenza, di ordine procedurale, ed anche processuale, concernente la qualificazione dell'istanza di accesso, in prima battuta, da parte dell'amministrazione interpellata e, quindi, da parte del giudice chiamato a pronunciarsi sul diniego o sul silenzio. Nel caso in cui l'opzione dell'istante sia espressa per un determinato modello, resta precluso alla pubblica amministrazione – fermi i presupposti di accoglibilità dell'istanza – di diversamente qualificare l'istanza stessa al fine di individuare

amministrativo, nell'eventuale fase processuale, di interpretare le richieste di accesso nell'ottica della «migliore soddisfazione dell'interesse conoscitivo» senza arrecare alcun pregiudizio agli interessi coinvolti (tra i quali spicca il diritto alla riservatezza)³⁸.

Quanto al secondo ambito si avverte l'esigenza di ridurre sia i tempi che la distanza fisica per l'accesso ai servizi forniti dalla p.a.: l'uso di strumenti automatizzati - rinnovando, tra gli altri, il modo di lavorare nell'amministrazione - instaura una nuova forma di dialogo tra cittadini e pubblica amministrazione improntata all'assistenza virtuale. La p.a. - tratteggiando un nuovo percorso di partecipazione del privato e avvalendosi di un database distribuito che sfrutta la tecnologia *peer-to-peer* - conferisce al cittadino un sistema decentralizzato che, per molteplici servizi, non ravvisa la necessità di accedere fisicamente agli uffici pubblici e consente, garantendo la sicurezza e la correttezza dei processi, nonché la profilatura "negoziata" dei dati, di procedere alla raccolta e alla memorizzazione - orientata alla consultazione e non all'aggiornamento delle informazioni - dei dati su larga scala (c.d. *data warehouse*) e all'analisi automatica degli stessi al fine di individuare associazioni e relazioni non note a priori tra diversi fattori (c.d. *data mining*).

Nell'incessante opera di digitalizzazione della p.a., appare chiaro che l'introduzione della tecnologia *Blockchain* possa essere inserita quale strumento (virtuoso) proprio nell'ambito della gestione e classificazione dei dati e dei documenti amministrativi, cui è ammesso l'accesso da remoto, assicurando un adeguato livello di sicurezza informatica, in linea con le *best practices* nazionali e internazionali. Una soluzione siffatta consentirebbe, previa digitalizzazione dei dati e dei documenti in possesso delle pubbliche amministrazioni e previa creazione di una rete interoperabile, di servirsi (concretamente) dell'algoritmo quale strumento procedimentale istruttorio all'interno del procedimento amministrativo (anche

la disciplina applicabile; in correlazione, l'opzione preclude al privato istante la conversione in sede di riesame o di ricorso giurisdizionale, dal momento che dovrà applicare e valutare regole e limiti differenti».

³⁸ Cfr., nello specifico, le argomentazioni rintracciate dal Cons. Stato, Ad. Plen., 02 aprile 2020, n. 10, in *Foro. it.*, 7-8, 2020, pp. 380 ss. e cfr., per i primi commenti alla sentenza *de qua*, *Giorn. dir. amm.*, 4, 2020, p. 505 con nota di A. MOLITERNI, *Pluralità di accessi, finalità della trasparenza e disciplina dei contratti pubblici*; in *www.federalismi.it*, 16, 2020, p. 48 ss. con nota di A. CORRADO, *L'accesso civico generalizzato, diritto fondamentale del cittadino, trova applicazione anche per i contratti pubblici: l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato pone fine ai dubbi interpretativi*; in *www.giustamm.it*, 7, 2020 con nota di M. IPPOLITO, *La "cultura" della trasparenza nell'accesso agli atti della fase esecutiva di un procedimento ad evidenza pubblica* e in *Urb. e app.*, 5, 2020, pp. 670 ss., con nota di V. MIRRA, *Diritto d'accesso e attività contrattuale della pubblica amministrazione: la Plenaria risolve ogni dubbio*.

discrezionale³⁹). Fermo restando il rigore in termini di tracciabilità del consenso informato da parte del privato, la tecnica *Blockchain* comporta, in evenienze del genere, una notevole riduzione della tempistica procedimentale (sebbene si tratti di operazioni ripetitive e prive di discrezionalità) e una maggiore imparzialità della decisione automatizzata stante l'esclusione di interferenze dovute a negligenza o (ancor peggio) dolo del funzionario. A quanto premesso è, altresì, indispensabile affiancare la determinazione di livelli di qualità elevati delle prestazioni fornite⁴⁰ e la ridefinizione e semplificazione dei procedimenti amministrativi, con un impatto (non irrilevante) in termini di efficacia ed effettività dell'attività amministrativa.

Il percorso appena segnato si traduce – stante il *deficit* di competenze professionali e tecniche nello sviluppo e nella gestione dei processi di trasformazione digitale – nell'esigenza di procedere all'integrazione del personale in forza presso gli uffici pubblici attraverso una procedura di selezione e successiva assunzione di esperti, dotati di esperienza e qualificazione professionale rispetto all'uso delle nuove tecnologie: in ossequio alle previsioni del CAD, da ultimo modificato dall'art. 32 del d.l. Semplificazioni (convertito in L. n. 120/2020), si rinnova l'impegno di garantire il coordinamento delle iniziative di innovazione tecnologica disciplinando, per il tramite di un codice di condotta tecnologica, «le modalità di progettazione, sviluppo e implementazione dei progetti, sistemi e servizi digitali delle amministrazioni pubbliche». Un quadro di regole certe e condivise che facciano da cornice ad un *iter* di formazione del personale che gli esperti svolgono in collaborazione con l'RTD dell'amministrazione pubblica interessata.

Ciò premesso, non pochi sono i possibili vantaggi legati all'automazione dei processi decisionali. Si pensi, nello specifico, nell'ambito dell'esercizio dell'attività amministrativa di natura “vincolata”⁴¹, alle procedure standardizzate o seriali le

³⁹ Così come confermato in Cons. Stato, Sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 2936, in www.ildirittoamministrativo.it, 2020 e ID, 13 dicembre 2019, nn. 8472, 8473, 8474, *op. cit.*

⁴⁰ In questo senso cfr. D.U. GALETTA-J.G. CORVALÁN, *Intelligenza artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, *op. cit.*, pp. 8 ss. Ad avviso degli AA., dalla prospettiva giuspubblicista, occorre ragionare sul se «l'uso dell'intelligenza Artificiale [...] possa rappresentare un fattore che contribuisce all'interesse pubblico in termini di sviluppo sostenibile e maggiore benessere della collettività» e se fosse possibile adottare, nel nostro Paese, un sistema di Intelligenza Artificiale i cui obiettivi di fondo richiamino le risultanze del sistema Prometea sviluppato in Argentina presso la Procura della città di Buenos Aires. Il sistema si basa, tra gli altri, su una «migliore gestione dei dati e delle informazioni, automatizzando le attività finalizzate a creare documenti che fungono da base per l'adozione di decisioni maggiormente prevedibili».

⁴¹ Cfr., in particolare, A. LE SUEUR, *Robot government: automated decision-making and its implications for Parliament*, in A. HORNE-A. LE SUEUR (a cura di), *Parliament: legislation and accountability*, 2016, p. 190 ad

quali, seguendo predefiniti moduli procedimentali e ricorrendo ad asettici calcoli razionali basati sui dati, si limitano a svolgere «un ruolo *ex ante* di mediazione e composizione di interessi, anche per mezzo di costanti test, aggiornamenti e modalità di perfezionamento dell’algoritmo»⁴². In tale prospettiva l’utilizzo di procedure informatiche, stante l’accuratezza e la pertinenza dei dati che alimentano gli algoritmi, non assurge a motivo di elusione dei principi che conformano il nostro ordinamento e che regolano lo svolgersi dell’attività amministrativa.

Se i benefici dell’uso della *Blockchain* sono in alcuni settori evidenti e le criticità possono essere attenuate attraverso la trasparenza del processo decisionale, più delicati sono i problemi relativi alla gestione dell’attività discrezionale attraverso il ricorso agli algoritmi. È in questa prospettiva che si colloca, invero, uno dei nodi più impegnativi da sciogliere in ragione della difficile riproducibilità dei processi assunti dall’intelligenza umana nelle scelte discrezionali dell’amministrazione.

A condizione che siano garantite la conoscibilità dell’algoritmo, l’imputabilità della decisione all’organo competente⁴³ e che l’uso dell’algoritmo non abbia prodotto effetti discriminatori⁴⁴, appare – in questa sede – condivisibile l’opzione ermeneutica secondo la quale «l’ammissibilità dell’elaborazione elettronica dell’atto

avviso del quale «l’automazione basata sull’applicazione di criteri oggettivi offre la promessa della certezza del diritto (come i casi che vengono trattati nella medesima maniera), l’eliminazione del *bias*, assicurando che ogni considerazione irrilevante non venga inclusa nell’account e che tutti i fattori rilevanti lo siano. In questa misura, l’automazione può essere considerata come rafforzamento dello Stato di diritto»; cfr., altresì, F. MERUSI, *Ragionevolezza e discrezionalità amministrativa*, Napoli, 2011, p. 15, il quale, con riguardo all’attività vincolata, sottolineò che la decisione automatizzata «non è un fenomeno giuridico, ma un fenomeno determinato da un processo tecnologico».

⁴² In questi termini Cons. Stato, Sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270.

⁴³ Secondo parte della dottrina «la risoluzione della problematica dell’imputazione non esaurisce però la tematica della responsabilità risarcitoria da atto amministrativo ad elaborazione elettronica; come per altre fattispecie, occorre, infatti, anche “fare i conti” con l’elemento soggettivo della fattispecie risarcitoria ed è a questo punto che cominciano ad emergere i problemi: “risulta certamente problematico prospettare una responsabilità della pubblica amministrazione per l’adozione e/o esecuzione di un atto amministrativo informatico illegittimo. Se l’art. 2043 c.c. richiede perché sorga la responsabilità del fatto il dolo o la colpa di chi abbia agito per l’autorità, questo riscontro è particolarmente difficile nel caso di un atto amministrativo realizzato con apparecchiature informatiche”»: in questi termini L. VIOLA, *L’intelligenza artificiale nel procedimento e nel processo amministrativo: lo stato dell’arte*, in *Foro amm.*, 9, 2018, pp. 1598 ss. Cfr., per un quadro sinottico del criterio di imputazione dell’atto amministrativo, M.C. CAVALLARO, *Imputazione e responsabilità delle decisioni automatizzate*, in *European Review of Digital Administration & Law – Erdal*, 1-2, 2020, pp. 71 ss., secondo cui «il criterio di imputazione dell’atto e della relativa responsabilità deve avvenire sulla base del principio di immedesimazione organica e dentro il perimetro del principio di legalità, in materia di attribuzione del potere e delle relative competenze tra organi».

⁴⁴ Cfr., con riguardo al principio di non discriminazione algoritmica, R. MATTERA, *Decisioni algoritmiche: il Consiglio di Stato fissa i limiti*, *op. cit.*, p. 3 e D.U. GALETTA-J.C. CORVALÀN, *Intelligenza artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0.? potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, *op. cit.*, p. 21.

amministrativo non è legata alla natura discrezionale o vincolata dell'atto quanto invece essenzialmente alla possibilità, che tuttavia è scientifica e non invece giuridica, di ricostruzione dell'*iter* logico sulla base del quale l'atto stesso possa essere emanato per mezzo di procedure automatizzate quanto al relativo contenuto dispositivo»⁴⁵.

Premessa la generale ammissibilità del ricorso all'algoritmo, la conoscibilità della regola algoritmica attraverso cui si concreta la decisione amministrativa, in conformità agli artt. 13, 14 e 15 del GDPR e all'art. 41 della Carta europea dei Diritti Fondamentali, nonché al principio di trasparenza dell'azione amministrativa, contribuisce a valutare la correttezza, la logicità e la ragionevolezza della decisione amministrativa automatizzata; è, inoltre, leggibile – nella più recente giurisprudenza amministrativa – l'indicazione di un *accorgimento* necessario per l'imputabilità, ad un soggetto (responsabile), dell'attività amministrativa adottata attraverso un processo decisionale algoritmico e degli effetti prodotti dalle decisioni amministrative automatizzate in ossequio alle previsioni di cui all'art. 22 GDPR⁴⁶. La “forza” di *Blockchain*, in questo contesto, risiede nell'instaurazione di un “legame sociale” tra gli

⁴⁵ Così TAR Lazio, Sez. III-bis, 22 marzo 2017, n. 3769, in *Giorn. dir. amm.*, 5, 2018, pp. 647 ss. con nota di I. FORGIONE, *Il caso dell'accesso al software MIUR per l'assegnazione dei docenti*. Cfr., per ulteriori indicazioni, R. CAVALLO PERIN, *Ragionando come se la digitalizzazione fosse data*, in *Dir. amm.*, 2, 2020, p. 315, laddove si precisa che l'annullamento di decisioni aberranti, assunte a causa d'errori di programmazione dell'algoritmo, «ha dato l'occasione per statuire la piena accessibilità al codice sorgente dell'algoritmo, ribadendo l'immane attività umana (conoscitiva e decisionale), forse volendo con ciò relegare le scienze informatiche a rango servente. Senonché è la forte riaffermazione di un primato della decisione umana che rischia di marginalizzare la scienza giuridica, rinunciando in premessa a valorizzare i caratteri che le sono peculiari, ove l'analisi e la classificazione dei casi giurisprudenziali è stata da tempo forgiata proprio per rivelare la *ratio decidendi* che fonda la relazione tra fatto e dispositivo, secondo un procedimento logico che è assimilabile all'operare degli algoritmi».

⁴⁶ Su questo profilo cfr. A.G. OROFINO-G. GALLONE, *L'intelligenza artificiale al servizio delle funzioni amministrative: profili problematici e spunti di riflessione*, *op. cit.*, i quali evidenziano che «il programma si attegna quasi alla stregua di un responsabile del procedimento che presenta una bozza di atto all'organo titolare del potere di svolgimento della funzione: [...] interviene come un “funzionario” virtuale, che opera in funzione strumentale rispetto ad un “organo” [...] chiamato a verificare [...] se la macchina abbia operato bene o commesso errori. [...] L'argomentazione innanzi riassunta viene supportata, oltre che dal richiamo ai principi classici del diritto amministrativo, ivi compreso quello alla buona amministrazione, anche dal richiamo all'art. 22 del regolamento europeo sul GDPR, il quale concreterebbe il diritto dei destinatari a che le decisioni automatizzate incidenti significativamente sulla loro sfera giuridica non siano basate unicamente su processi informatizzati». Cfr., altresì, l'opinione di D.U. GALETTA-J.G. CORVALÁN, *Intelligenza artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, *op. cit.*, p. 19, per cui non è «immaginabile sostituire con un algoritmo la figura del funzionario responsabile del procedimento: piuttosto è viceversa certamente possibile immaginare che il funzionario responsabile si serva utilmente dell'Intelligenza Artificiale per potere svolgere più rapidamente, e con maggiore precisione, attività della fase istruttoria delle quali resta, ovviamente, il responsabile: sia in termini di verifica dei risultati della stessa, sia in termini di collegamento fra le risultanze della fase istruttoria e l'adozione della decisione finale che confluisce nel provvedimento conclusivo del procedimento».

utenti (i *peer* o nodi): l'architettura della piattaforma utilizzata è basata su una struttura decentralizzata e su azioni predeterminate necessarie al conseguimento di scopi specifici. La predeterminazione delle regole di programmazione e la previsione di limiti introdotti dagli sviluppatori del *software*, riconducendo il programma nell'alveo degli strumenti dell'amministrazione improntati al principio di non esclusività della decisione algoritmica *ex art. 22 GDPR*⁴⁷, rende obiettivamente inadeguati gli argomenti contrari all'applicabilità dell'algoritmo nell'esercizio dell'attività amministrativa (vincolata o discrezionale).

Una strategia siffatta sottolinea l'importanza, anche nell'esercizio dell'attività discrezionale, dei vantaggi economici e giuridici della diffusione della tecnologia Blockchain, il cui scambio automatizzato di dati e la contestuale sicurezza nella conservazione degli stessi si inserisce nell'alveo di una crescente attenzione al problema della corruzione e alla *maladministration*.

4. Verso un nuovo procedimento amministrativo?

L'avvento della *Blockchain*, in specifici campi dell'attività amministrativa, è, altresì, imperniato ad una imprescindibile rimodulazione del procedimento amministrativo⁴⁸ e ad una complessiva modificazione della disciplina degli appalti pubblici⁴⁹, facendo corrispondere ad un più alto tasso di incidenza dell'intelligenza

⁴⁷ Cfr., in argomento, la ricostruzione di cui al Libro bianco, *op. cit.*, par. 5 «Un ecosistema di fiducia: quadro normativo per l'IA», sez. D «Tipi di prescrizioni», punto e) Sorveglianza umana, in base al quale «la sorveglianza umana aiuta a garantire che un sistema di IA non comprometta l'autonomia umana o provochi altri effetti negativi. L'obiettivo di un'IA affidabile, etica e antropocentrica può essere raggiunto garantendo un adeguato coinvolgimento degli esseri umani in relazione alle applicazioni di IA ad alto rischio»; cfr., in dottrina, D. AMOROSO, G. TAMBURRINI, *I sistemi robotici ad autonomia crescente tra etica e diritto: quale ruolo per il controllo umano?*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1, 2019, p. 51, le cui riflessioni sanciscono che «il controllo umano assicura che sia un *agente morale*, e non una macchina, a prendere decisioni riguardanti la vita, l'integrità fisica e i beni delle persone coinvolte».

⁴⁸ Per alcune indicazioni inerenti all'impatto della digitalizzazione sul procedimento amministrativo cfr. S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Digitalisation and reforms of Public Administration in Italy*, in *Italian Journal of Public Law*, 8, 2018, pp. 148 ss.

⁴⁹ «Le prime applicazioni di informatica pubblica hanno sviluppato due differenti approcci tutt'ora presenti nel dibattito: l'uno che relega la tecnica a strumenti d'ausilio (così in sequenza storica: computer, internet, smartphone); l'altro invece che ritiene che l'innovazione investa la pubblica amministrazione e il procedimento decisionale pubblico, ridisegnandone la forma e la sostanza. Entrambi intendono favorire la transizione dalla dimensione analogica a quella digitale sia dell'attività, sia dell'organizzazione della pubblica amministrazione, ma la prima pensa che sia possibile un controllo dall'esterno dell'innovazione (ad opera del diritto e dell'etica), che è essenzialmente riconosciuta ad altri (informatici, neuroscienziati, ecc.); invece la seconda accoglie

artificiale un minor livello di discrezionalità amministrativa “pura”. Ne consegue che l’impiego di sofisticati canali di raccolta di dati e informazioni (*Blockchain technologies, machine learning e cognitive procurement*), perseguendo il diritto ad una buona amministrazione, implicano un inevitabile bilanciamento tra gli interessi della p.a. – funzionalizzata al perseguimento di un interesse pubblico – e quelli dell’individuo in punto di garanzie di trasparenza degli algoritmi, *accountability, privacy*, sicurezza informatica e proprietà intellettuale⁵⁰. Se, da un lato, non v’è chi non veda nel processo di informatizzazione e di automazione delle pubbliche amministrazioni potenzialità rilevanti in grado di prevedere le variabili⁵¹, dall’altro v’è chi avanza riserve basate sullo scetticismo nei confronti delle capacità di tali tecnologie applicate all’attività amministrativa⁵².

l’innovazione scientifica e intende esserne parte determinante»: in questi termini R. CAVALLO PERIN, *Ragionando come se la digitalizzazione fosse data*, op. cit., p. 306.

⁵⁰ Libro bianco, 55 ss. Cfr., in punto di applicabilità del principio di proporzionalità come criterio di sintesi e bilanciamento tra interessi confliggenti, i lucidi rilievi di V. FANTI, *La trasparenza amministrativa: a margine di Corte cost. n. 20/2019*, in *www.federalismi.it*, 5, 2020, pp. 34 ss. spec. 51 secondo cui «il terzo livello del principio di proporzionalità [...] impone un bilanciamento adeguato tra i diversi interessi in gioco e, in particolare, tra i vantaggi derivanti dal perseguimento dell’interesse pubblico ed i pregiudizi arrecati a quelli privati. La proporzionalità in senso stretto, richiedendo che le limitazioni dei diritti dei cittadini non siano eccessive rispetto agli scopi pubblici perseguiti, fa sì che la relazione tra mezzi e scopi sia improntata al canone della ragionevolezza, e tale canone assai spesso è fondato proprio sulla proporzionalità tra mezzi e fini: la scelta pubblica dovrà infatti ricadere [...] su una soluzione che sia non solo idonea e più mite, ma il cui assetto di interessi sia tale da richiedere ai destinatari un sacrificio tollerabile e ragionevole».

⁵¹ In questo senso prezioso è il richiamo a R. CAVALLO PERIN, *Ragionando come se la digitalizzazione fosse data*, op. cit., p. 308, il quale osserva che il grado di conoscenza, offerto dall’intelligenza artificiale, è capace di amplificare largamente le possibilità umane, ordinando e classificando decine di migliaia di casi che sono i precedenti applicativi di un enunciato normativo e che l’intelletto umano ha definito negli anni e di cui è consapevole, «sicché è possibile affermare anzitutto che l’atto amministrativo elaborato dall’algoritmo è decisione prodotta dall’intelligenza artificiale sulla base di migliaia di decisioni assunte in precedenza dall’intelligenza umana».

⁵² Quale supporto all’attività amministrativa sono stati evidenziati alcuni principi generali, tra i quali è possibile distinguere: «il principio di *trasparenza algoritmica*: che implica che debba essere sempre possibile dedurre una “spiegazione comprensibile” circa i criteri su cui si basa l’algoritmo per prevenire ad una certa conclusione e/o risultato. [...] in secondo luogo, deve essere osservato un principio di c.d. *tracciabilità algoritmica*: sicché, un’intelligenza artificiale utilizzata in un contesto quale quello della Pubblica Amministrazione [...] deve essere in grado di spiegare, passo dopo passo, le operazioni tecniche, che svolge, dall’inizio alla fine di un determinato processo; [...] in terzo luogo, si ritiene importante stabilire un *principio di accesso algoritmico massimo*: [...] dovrebbe essere garantito il massimo accesso possibile al sistema di elaborazione delle informazioni che queste tecnologie svolgono, ai sensi e per gli effetti di cui al diritto ad una buona amministrazione previsto dall’art. 41 della Carta dei Diritti dell’Unione Europea. [...] infine, deve senz’altro applicarsi anche un *principio di non discriminazione algoritmica*: che implica che la progettazione e/o implementazione di algoritmi intelligenti deve essere fatta in maniera tale da prevenire il rischio che i sistemi di Intelligenza Artificiale elaborino informazioni o dati in modo distorto o condizionato dalle distinzioni fra esseri umani». Cfr., per una accorta definizione degli stessi, D.U. GALETTA-J.G. CORVALÁN, *Intelligenza artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, op. cit., pp. 20 s.

In questa prospettiva si inserisce la necessità di ridurre la complessità del procedimento amministrativo⁵³, che mal si concilia con i requisiti di snellezza e celerità che la società richiede ai procedimenti dell'amministrazione, in funzione dell'efficienza, imponendo il ricorso a modelli procedurali comuni e standardizzati – che potrebbero essere agevolmente incoraggiati attraverso il ricorso all'intelligenza artificiale, in generale, e alla *Blockchain*, in particolare – tra le diverse amministrazioni al fine di garantire l'interconnessione e l'interoperabilità dei sistemi⁵⁴. Con il termine interconnessione ci si riferisce ad «un presupposto giuridicamente rilevante della cooperazione amministrativa in sede procedimentale [...] (che) costituisce, sotto il profilo tecnologico, la garanzia di completezza dell'istruttoria, in quanto tutti i flussi documentali in origine riferibili a singole articolazioni dell'amministrazione hanno prodotto il risultato di un'unica informazione dedotta oggettivamente nell'arena procedimentale»⁵⁵; quanto all'interoperabilità trattasi della «capacità di due o più sistemi di connettersi tra di loro e di dialogare in forma automatica, scambiando informazioni e condividendo risorse»⁵⁶. Un'interconnessione e un'interoperabilità tra le pubbliche amministrazioni che, nell'incentivare l'interoperabilità tra i sistemi informatici ed il *workflow* documentale delle amministrazioni, favorisce la creazione e l'adozione di un database decentralizzato, per la gestione e la conservazione dei documenti amministrativi, nel quale le operazioni vengono annotate in modo ordinato e sequenziale secondo lo schema della catena di blocchi.

In tale percorso di dematerializzazione dei documenti analogici, non è ammesso il ricorso ad un linguaggio oscuro strumentale ad operazioni scorrette, ma, al contrario, si opta per una maggiore precisione e trasparenza nel raffronto tra i documenti

⁵³R. FERRARA, *Le «complicazioni» della semplificazione amministrativa: verso un'Amministrazione senza qualità?*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, p. 323, precisa che la semplificazione amministrativa sembra essere una sorta di imperativo categorico, un dover essere cui debba obbligatoriamente conformarsi l'azione dei pubblici poteri, al punto che ogni risultato, ogni azione, provvedimento e comportamento, degli apparati amministrativi è prevalentemente giudicato secondo criteri e parametri di efficacia e di efficienza e naturalmente anche di economicità.

⁵⁴Cfr., in proposito, le osservazioni di F. CARDARELLI, *Uso della telematica*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. Sandulli, Giuffrè, Milano, 2010, p. 427, il quale rimarca che i principi di interconnessione e interoperabilità costituiscono i fondamenti dell'amministrazione digitale, prima ancora di essere un requisito tecnologico o una regola tecnica e rilevano in particolare in sede procedimentale come garanzia della cooperazione amministrativa.

⁵⁵F. CARDARELLI, *ibidem*.

⁵⁶Cfr. V. ARPAIA-C.M. FERRO-P. GIUZIO-W. IVALDI-D. MONACELLI, *L'e-Government in Italia: situazione attuale, problemi e prospettive*, in *Banca d'Italia, Questioni di Economia e finanza*, 2016, p. 27.

detenuti dalle pubbliche amministrazioni; il sistema, improntato ad una imprescindibile interrelazione tra competenze giuridiche ed informatiche, è chiamato a garantire la validità della sequenza algoritmica; e, infine, in coerenza con la promozione della cultura digitale, la fiducia è riposta nella disintermediazione. Per la gestione e la conservazione dei documenti amministrativi, l'approccio metodologico appena enunciato richiama le caratteristiche delle tecnologie di registro distribuito e di *Blockchain* idonee a garantire la sicurezza, l'integrità e l'immodificabilità del documento informatico. Binario attiguo, di primario rilievo nel ricorso all'impiego della *Blockchain* nel procedimento amministrativo, risulta essere quello afferente alla possibilità di sviluppare innovative forme di collaborazione tra le pubbliche amministrazioni, con la garanzia di conservazione dell'*ownership* sui dati raccolti e di tracciabilità di specifici processi certificati ed immutabili.

Il processo di digitalizzazione non può, tuttavia, ridursi ad utilizzare le risorse tecnologiche come mero supporto strumentale all'esercizio dell'attività amministrativa, bensì qualificarsi nella prospettiva di un ripensamento che prenda l'avvio dal procedimento amministrativo e che, con l'effettiva implementazione della tecnologia *Blockchain*, si estenda alla prospettazione di nuove forme di illegittimità degli atti legate al suo uso e malfunzionamento e all'individuazione di un criterio di imputazione della responsabilità delle decisioni automatizzate.

Con riguardo alla prima questione, già l'art. 3 L. n. 15/2005 – recante, tra le altre, le misure relative all'uso della telematica nell'attività amministrativa – si era occupato di apportare le prime (seppur necessarie) modifiche all'apparato amministrativo favorendo l'ingresso all'uso della tecnica nel diritto, cui si accompagnava un processo di progressiva riduzione della discrezionalità pura in favore della discrezionalità tecnica, al fine di ridurre i tempi di svolgimento del procedimento amministrativo e di rispondere all'esigenza di continua espansione del mercato transnazionale⁵⁷. Da ultimo, il "nuovo" art. 3-bis della L. n. 241/1990 – così come modificato dall'art. 12, comma 1 lett. b), D.L. n. 76/2020 (Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale), convertito con modificazioni in L. n. 120/2020 – mostra di aver colto l'importanza della rivoluzione digitale nell'esercizio

⁵⁷ Con riferimento alle novità introdotte alla L. n. 241/1990 cfr., in special modo, le attente riflessioni di V. PARISIO, *Procedimento, processo e mercato globalizzato*, in *Giust. civ.*, 11, 2006, pp. 503 ss. e A. MASSERA, *I principi generali dell'azione amministrativa tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, in *Dir. amm.*, 4, 2005, pp. 707 ss.

dei poteri pubblici e, configurando un ulteriore intervento riformatore della legge sul procedimento amministrativo, statuisce che «per conseguire maggiore efficienza nella loro attività, le amministrazioni pubbliche agiscono mediante strumenti informatici e telematici, nei rapporti interni, tra le diverse amministrazioni e tra queste e i privati». Non v'è dubbio che le novità apportate all'art. 3-bis della L. n. 241/1990 abbiano subito gli influssi degli atti di riferimento europeo che si impegnano a costituire una *governance* sovranazionale della *Blockchain*. Una soluzione siffatta offre numerosi spunti di riflessione sull'avvento di una “nuova cultura dell'innovazione”, secondo la quale l'impiego di tecnologie emergenti – tra le quali rientrano indubbiamente l'intelligenza artificiale, la *Blockchain* e gli *smart contracts* – obbliga ad un ripensamento dei modelli procedurali, ritenuti ormai acquisiti, favorendo la semplificazione amministrativa⁵⁸. In tale ottica la *Blockchain* può trovare applicazione, fra gli altri, nell'ambito della conferenza di servizi, quale sede preordinata ad assicurare il confronto degli interessi potenzialmente confliggenti, e nel percorso di conservazione documentale a fronte di digitalizzazione dei processi.

Quanto alla seconda questione meritano particolare attenzione le categorie dell'illegittimità dell'atto amministrativo: il procedimento che conduce alla decisione amministrativa muove da un *input* che, per il tramite di una procedura computazionale di elaborazione e trattamento dei dati immessi, genera un *output* ovvero un provvedimento amministrativo decisorio finale. Nel configurare un “nuovo” procedimento amministrativo completamente informatico, il giudice amministrativo, delegando all'intelligenza artificiale alcuni procedimenti amministrativi⁵⁹, implica che il provvedimento finale, adottato all'esito di tale

⁵⁸ È il caso di precisare che, affinché la trasparenza diventi un fattore di semplificazione dell'amministrazione bisogna che essa sia usata consapevolmente, da tempo si invoca una maggiore trasparenza dell'amministrazione, intesa come elemento speculare della semplificazione. Cfr., in questo senso, R. MORZENTI PELLEGRINI, *Il procedimento amministrativo tra semplificazione e partecipazione*, in M. ANDREIS (a cura di), *Trasformazioni dell'amministrazione e nuova giurisdizione*, Milano, 2004, pp. 182 s. il quale rileva che «trasparenza e semplificazione non sono fenomeni equivalenti, ma strettamente connessi, perché la prima è strumento essenziale per realizzare la seconda. La trasparenza amministrativa consiste, infatti, nella sua accezione più ampia, nella capacità di assicurare la massima circolazione possibile delle informazioni sia all'interno del sistema amministrativo, sia fra quest'ultimo ed il mondo esterno; la semplificazione amministrativa, a sua volta, si fonda sulla comunicazione, cioè appunto sulla circolazione diffusa delle informazioni. Ma, se è vero che non può esserci semplificazione amministrativa senza trasparenza, non risulta sempre vero il contrario. Può esservi, infatti, qualche forma di trasparenza amministrativa (per es., il diritto di accesso ai documenti) che non comporti necessariamente una semplificazione del sistema amministrativo».

⁵⁹ Cfr., la fondamentale sentenza del Cons. Stato, Sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270, più volte citata, che ammette «l'assenza dell'intervento umano in alcuni procedimenti amministrativi» ritenendola «non solo legittima, ma anche desiderabile, perché rafforza il buon andamento e l'imparzialità» e precisa che «il meccanismo attraverso

procedimento automatizzato, possa essere affetto dai tradizionali vizi di legittimità seppur rivisti alla luce delle capacità cognitive proprie dell'intelligenza artificiale.

Più nel dettaglio, i principali rilievi riguardano le figure sintomatiche dell'eccesso di potere⁶⁰ con specifico riferimento al difetto di istruttoria, all'erroneità dei presupposti di fatto e alla disparità di trattamento. Indagando la struttura del vizio di difetto di istruttoria, occorre preliminarmente chiarire che questi costituisce, tradizionalmente, la diretta conseguenza dell'obbligo della p.a. di accertare la situazione fattuale in relazione alla quale la scelta discrezionale è richiesta acquisendo ogni interesse ritenuto rilevante e valutando tutte le soluzioni praticabili. La rimodulazione del vizio, in virtù della rivoluzione digitale in atto, è volta a ricomprendere anche il malfunzionamento del sistema di interoperabilità delle banche dati, l'inadeguatezza tecnica del sistema o l'incompleto inserimento dei dati e dei documenti rilevanti ai fini decisori: nelle predette ipotesi, i dati raccolti e selezionati conducono ad una inadeguata valutazione delle circostanze e, conseguentemente, il provvedimento amministrativo adottato è il portato di una inadeguata istruttoria procedimentale seppur fondato su una serie di scelte neutre. Sono ravvisabili opportuni ripensamenti anche con riferimento all'errore di fatto: tale figura sintomatica risente, in effetti, del malfunzionamento del sistema conducendo ad un provvedimento amministrativo nel quale la rappresentazione dei fatti risulta difforme da quella reale.

Poste tali premesse, si innestano pregnanti complessità sul piano della figura sintomatica della disparità di trattamento. In argomento, senz'altro decisiva diviene la garanzia di effettiva obiettività e neutralità nell'ambito della predisposizione di specifici sistemi algoritmici: non può, in tal senso, eludersi il riferimento al problema del c.d. *bias in, bias out*, in quanto un ipotetico pregiudizio – relativo ad un

il quale si concretizza la decisione robotizzata (ovvero l'algoritmo) deve essere "conoscibile", secondo una declinazione rafforzata del principio di trasparenza, che implica anche quello della piena conoscibilità di una regola espressa in un linguaggio differente da quello giuridico. Tale conoscibilità dell'algoritmo deve essere garantita in tutti gli aspetti: dai suoi autori al procedimento usato per la sua elaborazione, al meccanismo di decisione, comprensivo delle priorità assegnate nella procedura valutativa e decisionale e dei dati selezionati come rilevanti. Ciò al fine di poter verificare che gli esiti del procedimento robotizzato siano conformi alle prescrizioni e alle finalità stabilite dalla legge o dalla stessa amministrazione a monte di tale procedimento e affinché siano chiare – e conseguentemente sindacabili – le modalità e le regole in base alle quali esso è stato impostato».

⁶⁰ Circa l'esatta individuazione del ruolo delle figure sintomatiche dell'eccesso di potere nella costruzione dell'eccesso di potere cfr., *ex multis*, E. FOLLIERI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulla discrezionalità pura o amministrativa. le figure sintomatiche sono norme giuridiche, non sintomi*, in *Dir. e proc. amm.*, 2008, pp. 61 ss. e in *www.giustamm.it*, 2007.

accadimento passato e inficiante un blocco di dati – si ripercuote inesorabilmente sulla previsione futura, veicolando la riproduzione del pregiudizio passato nel presente⁶¹. Trattasi di criticità tutt'altro che ipotetica, possono, difatti, individuarsi dati condizionati, nel loro processo formativo, da pregresse implicazioni politico-sociali che determinano la genesi di algoritmi attestanti propensioni discriminatorie, mediante la perpetrazione di pregiudizi sorti in sistemi pregressi⁶².

Le predette argomentazioni innestano, altresì, l'esigenza di risolvere una questione controversa afferente alla riconducibilità del principio di immedesimazione organica quale criterio di imputazione delle decisioni automatizzate e, conseguentemente, della relativa responsabilità⁶³. Il dibattito risente della concezione, *ex artt.* 28 e 97 Cost., che «consente di imputare all'ente l'attività dell'organo, anche ai fini delle

⁶¹ Pregevoli argomentazioni sono rinvenibili in R. CAVALLO PERIN, *Ragionando come se la digitalizzazione fosse data*, *op. cit.*, pp. 315 s. il quale rileva come «l'annullamento di decisioni aberranti, assunte a causa di errori di programmazione dell'algoritmo, ha dato l'occasione per statuire la piena accessibilità al codice sorgente dell'algoritmo, ribadendo l'immancabile attività umana (conoscibile e decisionale), forse volendo con ciò relegare le scienze informatiche a rango servente. [...] nel caso di risultati aberranti nessuno dubita che si debba procedere alla correzione dell'algoritmo, sia incrementando i casi, sia correggendo i pesi assegnati alle singole variabili, sia – non ultimo – prendendo atto della scarsa intellegibilità delle decisioni a suo tempo assunte dall'intelligenza umana. L'algoritmo verifica la rilevanza di preconcetti o discriminazioni che hanno pesato nell'assunzione delle decisioni dimostrando – contrariamente a quanto si pensa – che quest'ultimo è strumento che rileva l'opacità delle pregresse scelte umane in determinati settori o periodi storici». Cfr., per una rassegna dei problemi connessi con i *bias* cognitivi, D. MARONGIU, *L'intelligenza artificiale "istituzionale": limiti (attuali) e potenzialità*, in *European Review of Digital Administration & Law – Erdal*, 1-2, 2020, pp. 49 ss.

⁶² Cfr., in argomento, Cons. Stato, Sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472, con nota di A. MASCOLO, *Gli algoritmi amministrativi: la sfida della comprensibilità*, *op. cit.*, pp. 2 s. secondo la cui lettura è «probabile che il *software* incorpori i valori e i pregiudizi (i c.d. *bias*) dei programmatori che hanno costruito l'algoritmo o anche – nel caso di sistemi dotati di *machine learning* – dei pregiudizi insiti nei dati utilizzati dal programma per allenarsi. Un recente studio condotto presso la Princeton University ha dimostrato come i comuni programmi di apprendimento automatico, addestrati attraverso il linguaggio *online* disponibile, acquisiscano anche i pregiudizi culturali incorporati negli schemi linguistici comuni. Mentre alcuni di questi pregiudizi sono moralmente neutri – ad esempio una preferenza per un certo tipo di fiore o una razza animale – altri implicano giudizi di razza o di genere, che finiscono per essere incorporati e riprodotti dall'agente artificiale nello svolgimento dei successivi compiti. Sia che siano immessi dal programmatore umano ovvero autonomamente appresi, il principale effetto dei *bias* è di esacerbare iniquità esistenti nella società [...] naturalmente, gli effetti iniqui dei *bias* algoritmici sono tanto più gravi – e pericolosi – nel caso in cui tali algoritmi siano impiegati nei processi decisionali pubblici, nella misura in cui possono comportare ingiustificate disparità di trattamento e discriminazioni inaccettabili in uno Stato democratico. [...] a dispetto di quanti avevano intravisto nell'intelligenza artificiale lo *zenith* della razionalità pura emendata di valori, occorre dunque ammettere che – almeno per il momento – l'intelligenza artificiale resti ancora “umana troppo umana”».

⁶³ Cfr., in proposito, il fondamentale contributo di M.C. CAVALLARO, *Imputazione e responsabilità delle decisioni automatizzate*, *op. cit.*, pp. 71 ss.; nonché M.C. CAVALLARO-G. SMORTO, *Decisione pubblica e responsabilità dell'amministrazione nella società dell'algoritmo*, *op. cit.*, pp. 17 ss.

conseguenti responsabilità»⁶⁴, nonché del modello di amministrazione gerarchicamente organizzata.

Trattasi, tuttavia, di difficoltà certamente superabili. Seguendo l'impostazione dei giudici amministrativi, è d'uopo garantire la riferibilità della decisione finale all'autorità e all'organo competente in base alla legge attributiva del potere⁶⁵. Una scelta che, sul piano pratico, non intende ridurre l'operatività degli algoritmi in posizione meno decisiva e rilevante nella formazione della volontà procedimentale, ma impone al responsabile del procedimento di valutare e verificare la «intima coerenza del risultato ottenuto, rispetto al contesto nel quale si trova a operare, per restituire *ragionevolezza*, e con essa anche umanità, alla decisione da assumere»⁶⁶.

Per quanto più specificamente attiene all'applicabilità della *Blockchain* nell'ambito delle procedure ad evidenza pubblica, occorre precisare che l'attività contrattuale della p.a. consta di una fase procedimentale di evidenza pubblica – la scelta del contraente mediante una procedura di gara – cui segue un momento tipicamente negoziale che prende l'avvio con la stipula del contratto e prosegue con l'esecuzione dello stesso nel quale il rapporto tra l'amministrazione e il privato ha carattere privatistico ed è retto interamente dalle norme civilistiche. Le riflessioni che seguono muovono dalla constatazione che la codetenzione di ogni dato conferisca all'intera vicenda contrattuale un alto livello di trasparenza riducendo il fenomeno corruttivo⁶⁷. Riaffiora, in tale contesto, il contenuto dei considerando nn. 52, 58, 59 e

⁶⁴ In questi termini M.C. CAVALLARO, *Imputazione e responsabilità delle decisioni automatizzate*, op. cit., p. 71. Secondo l'A. «ai fini della responsabilità, si tratta di capire chi effettivamente risponde, in caso di provvedimento illegittimo, degli eventuali danni. Se cioè risponde il dirigente, che è organo dell'amministrazione, munito della competenza, ovvero il responsabile. [...] se, infatti, il dirigente pur potendosi discostare dalle risultanze dell'istruttoria condotta dal responsabile, si conforma alla stessa, egli fa proprio l'atto e ne assume la relativa responsabilità, che per il principio dell'immedesimazione organica è imputata all'ente di appartenenza».

⁶⁵ Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 4 febbraio 2020, n. 881.

⁶⁶ Queste le considerazioni di M.C. CAVALLARO, *Imputazione e responsabilità delle decisioni automatizzate*, op. cit., p. 74.

⁶⁷ «La corruzione è evenienza che si inserisce nel processo di contrattazione fra operatori del mercato minando l'efficienza dello scambio [...] è funzione inversa della capacità di controllo che il principale – pubblica amministrazione è in grado di esercitare. Sicché la piena trasparenza della fase di esecuzione consentito dall'inserimento del contratto nel registro condiviso, assottigliando le sacche di opacità del rapporto e riequilibrando sul piano informativo la posizione delle parti, rappresenta il primo e principale disincentivo verso pratiche di *maladministration*»: in questo senso, in dottrina, G. GALLONE, *La pubblica amministrazione alla prova dell'automazione contrattuale. Note in tema di smart contracts*, op. cit., p. 152. Cfr., in particolare, circa il principio di trasparenza nelle procedure di affidamento A. BARONE-R. D'AGOSTINO, *Modalità di affidamento dei contratti pubblici (artt. 28-34 e artt. 44-58)*, in *Corso sul codice dei contratti pubblici (aggiornato con il d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56)*, a cura di E. Follieri, Napoli, 2017, pp. 300 ss. spec. 305, i quali ritengono che il principio di trasparenza, avendo acquisito una propria autonoma pregnanza, non si pone più in una posizione meramente

129 della Direttiva 2014/24/UE secondo i quali «la tracciabilità e la trasparenza del processo decisionale nelle procedure di appalto è essenziale per garantire procedure leali nonché combattere più efficacemente la corruzione e le frodi». Come non intravedersi, allora, il segno intangibile dei tempi che assegna alle nuove tecnologie – *Blockchain* e *smart contracts* – priorità assoluta rispetto ai tradizionali strumenti di raccolta e valutazione delle offerte.

Nell'ambito del procedimento ad evidenza pubblica, a garanzia della concorrenzialità della procedura stessa, ciascun operatore economico può presentare una sola offerta anche sotto forma di catalogo elettronico *ex art. 57 D.Lgs. n. 50/2016*: partendo da questo presupposto non si può non rilevare come – per contratti in settori ordinari o speciali – l'applicazione della *Blockchain*, quale strumento di conservazione dei dati basata su un sistema di *horodatage*⁶⁸ quasi infallibile, sollecita rilievi sotto il duplice profilo della semplificazione delle procedure di affidamento e della lotta alla *maladministration*.

Quanto al primo profilo, nelle procedure di scelta del contraente, le amministrazioni aggiudicatrici agiscono secondo un predefinito modulo procedimentale e stante «il loro carattere selettivo e comparativo⁶⁹» rappresentano il campo d'elezione per l'applicazione della *Blockchain*. Le tecnologie di registro distribuito risolvono le tradizionali problematiche afferenti all'imputabilità, all'autenticità e alla non modificabilità del documento informatico contenente l'offerta, nonché alla certezza in ordine alla ricezione dell'offerta da parte dell'amministrazione. Al fine di rendere la procedura di individuazione del contraente maggiormente flessibile e snella, pur senza tralasciare le garanzie in punto di trasparenza della vicenda contrattuale, la predisposizione di una piattaforma *Blockchain* può essere prevista quale strumento di verifica del possesso dei requisiti soggettivi di ordine generale ai fini dell'ammissione alla procedura di affidamento, quale database delle offerte formulate e, stante l'immutabilità e l'intangibilità delle

strumentale e subordinata ad altri principi, ma ne è stata valorizzata la posizione polivalente e quasi circolare, perché sembra porsi al contempo come principio guida, motore ispiratore, e obiettivo ultimo da raggiungere. Gli AA. precisano, inoltre, che «in questo processo circolare, il principio di trasparenza, abbinato a quello di pubblicità, e supportato dalle moderne tecnologie, pare consentire una visibilità della procedura di gara e degli atti di programmazione anche all'esterno, dunque, non solo agli interessati a partecipare alla gara ma a chiunque, così da garantire indirettamente, un controllo diffuso sul buon operato dell'amministrazione stessa».

⁶⁸ L'*horodatage* richiama le considerazioni a cui aderisce B. BARRAUD, *Les blockchains et le droit*, *op. cit.*, p. 10, il quale analizza le applicazioni della *Blockchain* nell'ambito dell'attività notarile.

⁶⁹ In questi termini cfr. G. GALLONE, *Blockchain, procedimenti amministrativi e prevenzione della corruzione*, *op. cit.*, p. 204.

offerte presentate, quale modalità di svolgimento delle procedure di affidamento stante la compatibilità con le piattaforme telematiche di negoziazione ex art 58 D.Lgs. n. 50/2016⁷⁰.

Sotto un aspetto parzialmente divaricato, seppur inevitabilmente inglobante le prospettive concernenti il riferimento alla raccolta e all'impiego di Big Data (quanto più possibile completi ed accurati), si coglie l'importanza di creare una piattaforma basata su una tecnologia distribuita in favore della effettiva realizzazione della "Banca dati degli operatori economici" ex art. 81, comma 2, D.Lgs. n. 50/2016⁷¹. Con l'obiettivo precipuo di integrare i dati nella disponibilità delle amministrazioni aggiudicatrici e di superare le c.d. banche dati centralizzate, uno strumento siffatto consentirebbe di superare l'asimmetria informativa creatasi nel rapporto tra la p.a. e gli operatori economici.

«Accanto alla realizzazione di un'unica banca dati, il codice prevede, in aggiunta, anche un sistema di interscambio delle informazioni, preordinato alla prevenzione della corruzione e alla tutela della legalità, e nel contempo ad evitare sovrapposizione di competenze e a ottimizzare l'utilizzo dei dati nell'interesse della fruizione degli stessi da parte degli operatori economici e delle stazioni appaltanti»: l'argomentare del giudice amministrativo in sede consultiva procede prendendo atto sia dell'apporto che la tecnologia *Blockchain* possa conferire nell'ambito della riduzione degli oneri amministrativi, sia dell'esistenza di situazioni particolari, ritagliate proprio in base alle caratteristiche tipologiche del procedimento ad evidenza pubblica, rispetto alle quali l'esigenza di strutturare un sistema

⁷⁰ Per alcune riflessioni circa la digitalizzazione delle procedure di affidamento e il ricorso alle aste elettroniche cfr. A. BARONE-R. D'AGOSTINO, *Modalità di affidamento dei contratti pubblici (artt. 28-34 e artt. 44-58)*, op. cit., pp. 334 ss.

⁷¹ Sul punto cfr. la Commissione speciale del Consiglio di Stato, con il parere del 27 aprile 2018, n. 1126, in *www.lavoripubblici.it*, 2018, che nel delineare la nuova configurazione della Banca dati Nazionale degli Operatori Economici, osserva: «in tale banca dati sono destinate a confluire tutte le informazioni contenute nelle banche dati già esistenti, anche a livello territoriale, onde garantire accessibilità unificata, trasparenza, pubblicità e tracciabilità delle procedure di gara e delle fasi a essa prodromiche e successive». Più di recente, in relazione al rapporto sussistente tra digitalizzazione e art. 81 del Codice dei contratti pubblici, si è espressa l'ANAC con delibera del 27 maggio 2020, *Strategie e azioni per l'effettiva semplificazione e trasparenza nei contratti pubblici attraverso la completa digitalizzazione: le proposte dell'Autorità*, in *www.anticorruzione.it*, 2020. L'Autorità sottolinea che «in attesa di avviare la banca dati degli operatori economici di cui all'art. 81 del Codice, si potrebbe rapidamente attuare una proposta che ha l'obiettivo di semplificare e ridurre notevolmente i tempi di verifica dei requisiti generali nelle procedure di gara ove risulti aggiudicatario un operatore economico già verificato positivamente in una procedura di gara antecedente entro un intervallo di tempo prestabilito (ad esempio, 6 mesi), mediante il ricorso alle informazioni e ai documenti disponibili tramite il sistema AVCPass».

decentralizzato parte dalla necessità di tenere conto di un flusso di dati difficilmente gestibile da parte degli esseri umani⁷².

Quanto al secondo profilo, si tratterebbe di fronteggiare la *maladministration* per il tramite di un controllo diffuso dei singoli passaggi della procedura ad evidenza pubblica, prima, e della fase di esecuzione, poi: una piattaforma *Blockchain* racchiudendo qualsiasi contenuto digitalmente e garantendone l'integrità e l'immodificabilità, attraverso complesse procedure crittografiche, sovviene alle imperanti esigenze sottese ad una strategia di efficace promozione della trasparenza e di contrasto alla corruzione, nella prospettiva di rendere le pubbliche amministrazioni "case di vetro". Non v'è chi non rilevi, pertanto, come un ruolo decisivo possa essere giocato dalla *Blockchain* in relazione alla riduzione di episodi di natura fraudolenta, rendendo possibile, mediante l'accessibilità, la trasparenza e la tracciabilità dei dati, la correttezza della vicenda contrattuale.

5. Alcune considerazioni conclusive.

In attesa di una completa attuazione del principio dell'*once only*, si prende atto che le riflessioni compiute sin qui nascono dalla constatazione della mutata ed incrementata prospettiva in cui si colloca il tema dell'uso della tecnologia *Blockchain* al servizio della p.a., ove si palesa una linea di tendenza volta al superamento, almeno in una certa misura, della tradizionale visione del procedimento amministrativo, per dirigersi verso una nuova prospettiva segnata dalla necessità di promuovere e garantire la c.d. rivoluzione 4.0.⁷³ Per tali ragioni, in un sistema

⁷² Cfr., per autorevoli e pungenti riflessioni, G. GALLONE, *Blockchain, procedimenti amministrativi e prevenzione della corruzione*, op. cit., p. 206, il quale evidenzia che «il principale vantaggio è rappresentato dalla capacità di assicurare l'integrità delle offerte presentate, impedendone, secondo il più tradizionale degli schemi corruttivi, l'aggiustamento *a posteriori*. Il sistema della crittografia asimmetrica, in uno con l'apposizione del marcatore temporale, la condivisione tra tutti i nodi dell'operazione e l'inserimento dell'operazione nel registro, consentono di attribuire il carattere dell'immodificabilità all'operazione. La certa attribuibilità dell'atto, realizzata attraverso l'apposizione di una firma elettronica identificata, soddisfa la forma scritta prescritta dalla normativa, rendendo opponibile a terzi, ai sensi dell'art. 20 comma 1 *bis* del Codice dell'amministrazione digitale, non solo la sua provenienza ma anche la data e ora della sua presentazione. La garanzia, invece, che non siano avvenute alterazioni riposa sulla circostanza che ciascun operatore potrà, disponendo del registro, operare direttamente un confronto tra la matrice presente in quest'ultimo e quella della firma, secondo la logica del *don't trust, verify*».

⁷³ Per usare la terminologia di D.U. GALETTA-J.G. CORVALÁN, *Intelligenza artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, op. cit.

organico di rivisitazione del procedimento amministrativo e delle procedure ad evidenza pubblica, l'ausilio di strategie improntate ad una fruibile diffusione dei dati incentiverebbero politiche di *open government* in grado di coabitare sia con l'imprescindibile osservanza dei principi generali sul trattamento dei dati personali, sia con l'affermarsi dello strumento della *Blockchain*.

Con lo sviluppo delle *Information and Communications Technology* (ICT), l'uso di *Blockchain* – abbandonando lo scetticismo palesato da chi ha descritto il potere nascente dalle nuove tecnologie quale tentativo volto a contribuire alla nascita di una *black block society*⁷⁴– consentirà, al contrario, un accurato monitoraggio delle attività e dei processi decisionali con indiscutibili vantaggi in punto di trasparenza dei dati, muoventesi su di un piano armonico rispetto alla sicurezza degli stessi, garantita sia dall'esclusivo recupero delle informazioni di stretto interesse che dal sistema crittografico posto a protezione della *privacy* di ciascun cittadino; permetterà di elaborare ed incrociare i dati, i documenti e le informazioni, agevolando l'interoperabilità tra le pubbliche amministrazioni; favorirà una più accorta tracciabilità dei dati e, cosa di non poco momento, decreterà l'avanzata costante della digitalizzazione nella p.a., il cui processo di *e-government* seppur iniziato da molti anni stenta a decollare del tutto.

In una prospettiva siffatta è di immediata percezione il collegamento tra le innovazioni tecnologiche ed il mondo del lavoro nelle pubbliche amministrazioni: tale (*r*)evolution impone, infatti, l'accantonamento della tradizionale macchina burocratico-amministrativa consacrando un sistema "intelligente" nel quale siano richieste competenze trasversali – giuridiche ed informatiche – al personale interno all'amministrazione pubblica. La costruzione di una tecnologia incentrata sull'immutabilità dei dati, sulla disintermediazione e sull'autonomia, nonché – per sua stessa conformazione – in grado di conservare e condividere informazioni, richiede un cambiamento di mentalità e un ripensamento sia nel modo di lavorare nelle pubbliche amministrazioni, sia nel modo di essere cittadini. L'impiego di *Blockchain* impone, pertanto, la rivisitazione di istituti e strumenti originariamente congegnati per processi decisionali analogici, nonché l'incremento delle risorse destinate all'educazione digitale e alla formazione professionale.

⁷⁴ Per tale accezione negativa il richiamo è a F. PASQUALE, *The Black Box Society. The secret algorithms that control money and information*, Cambridge, MA, 2015.

È indubbio che la strada maestra legata al definitivo superamento di qualsivoglia documentazione di tipo cartaceo, in luogo dell'esclusiva riferibilità al salvataggio di tutti i dati all'interno di un immutabile e decentralizzato database costituito dallo strumento della *Blockchain* – percorribile qualora anche dottrina e giurisprudenza scelgano di accomiarsi da una visione dell'amministrazione "tradizionale" ormai scalfita da critiche sempre più graffianti – sembrerebbe poter risolvere i versanti problematici relativi alle applicazioni algoritmiche e allontanere i residui e penetranti dubbi di compatibilità dell'algoritmo nell'esercizio dell'attività amministrativa discrezionale.

La diffusione su scala mondiale del COVID-19 ha determinato una situazione di emergenza sanitaria senza precedenti: in tale contesto, l'utilizzo della *Blockchain* rappresenta, senza dubbio, una soluzione ottimale per facilitare il processo di *open government*, in quanto garantirebbe una pluralità di benefici collegati con diffuse forme di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'effettivo utilizzo delle risorse pubbliche. Quale strumento di monitoraggio dei risultati già conseguiti, la *Blockchain* – nel contesto dell'emergenza pandemica – consente a tutte le pubbliche amministrazioni di identificare inequivocabilmente un determinato cittadino, mediante un codice criptato caratterizzato da una stringa alfanumerica, disvela le disomogeneità nella gestione dell'emergenza sul territorio e genera un archivio distribuito in grado di agevolare l'interoperabilità dei dati nella disponibilità delle pubbliche amministrazioni, prima, e degli Stati, poi⁷⁵.

L'amministrazione pubblica italiana è, sostanzialmente, in mezzo al guado: la *Blockchain* dovrebbe essere utilizzata al fine di sfruttarne tutte le potenzialità, superando, quindi, i vincoli e le problematiche evidenziate. È auspicabile strutturare i processi decisionali nella direzione di una nuova rete distributiva, in modo che siano in grado di cogliere in tempi ragionevoli tutti i progressi della scienza e della tecnica⁷⁶, e accantonare le oscillazioni giurisprudenziali, registratesi in alcune

⁷⁵ Sulle effettive potenzialità dell'algoritmo in ambito sanitario cfr., per tutti, R. CAVALLO PERIN, *Ragionando come se la digitalizzazione fosse data*, op. cit., p. 325 ove si precisa che gli algoritmi «sono in grado di segnalare l'andamento delle malattie e i bisogni di cura su base regionale, nazionale o europea, favorendo lo sviluppo programmato di professionalità e di mantenerle nel tempo».

⁷⁶ Cfr., per una puntuale e sempre attuale individuazione dei problemi della pubblica amministrazione, M.S. GIANNINI, *Rapporto sui principali problemi dell'amministrazione dello Stato*, in *Foro it.*, 1979, V, pp. 289 ss., laddove si getta la luce sul fatto che «ad iniziare dai servizi di connettivo (protocollo, archivio, copia, spedizione, comunicazione) fino ai processi decisionali, i tempi tecnici delle amministrazioni pubbliche sono in media tre volte più lunghi di quelli privati, e i prodotti sono sempre scadenti».

pronunce, al fine di orientarsi verso una gerarchizzazione improntata all'orizzontalità e alla collaborazione in luogo del tradizionale sistema giuridico, istituzionale e politico votato alla verticalità.

LA RIFORMA COSTITUZIONALE SULLA RIDUZIONE DEL NUMERO DEI PARLAMENTARI: GENESI E PROBLEMATICHE ATTUATIVE

Francesco Perchinunno

ABSTRACT [ITA]: La recente Legge costituzionale 19 ottobre 2020, n.1 ha determinato la riduzione del numero dei parlamentari, da 630 a 400 deputati e da 315 a 200 senatori elettivi. La riforma, nel prevedere una drastica riduzione del numero dei parlamentari, ha modificato gli articoli 56 e 57 della Costituzione con l'obiettivo sia di favorire un miglioramento del processo decisionale delle Camere e renderle più capaci di rispondere alle esigenze dei cittadini, sia di ridurre il costo della politica. La riduzione del numero dei parlamentari entrerà in vigore dall'inizio della prossima Legislatura e richiederà un necessario adeguamento della legislazione elettorale. Particolarmente intenso è stato il dibattito che ha preceduto il voto referendario e l'entrata in vigore della riforma e numerosi sono stati i profili di criticità evidenziati dalla dottrina con riferimento al principio di rappresentatività e democraticità, essenza del nostro ordinamento costituzionale.

ABSTRACT [ENG]: *The recent Constitutional Law No. 1 of 19 October 2020 produced a reduction of number of parliamentarians, from 630 to 400 deputies and from 315 to 200 elected senators. The reform modified articles 56 and 57 of the Constitution with the aim of both promoting an improvement in the decision-making process of the Chambers and making them more capable of responding to the needs of citizens as well as reducing the cost of the policy. The reduction in the number of parliamentarians will become effective from the beginning of the next legislature and will require a necessary adjustment of the electoral legislation. The debate that preceded the referendum vote and the application of the reform was particularly intense and critical issues are performed by the doctrine with reference to the principle of representativeness and democracy, the essence of our constitutional system.*

SOMMARIO: **1.** L'elaborato iter di approvazione. - **2.** L'ampia cornice del dibattito parlamentare. - **3.** Gli effetti della riforma sul principio di rappresentanza. - **4.** L'incidenza della riforma sugli organi collegiali. - **5.** La cornice normativa *de iure condendo*. - **6.** Le recenti iniziative di riforma *in itinere*.

1. L'elaborato iter di approvazione.

Il 20 e 21 settembre 2020 si sono svolte le consultazioni elettorali in seno al referendum costituzionale confermativo sulla riduzione del numero dei parlamentari, quest'ultimo oggetto di differimento tramite d.l. 18/2020¹. La recente tornata referendaria, come noto, ha sortito esito favorevole, registrando il 69,64 % dei voti favorevoli e il 30,34 % dei contrari, così determinando l'approvazione del testo di legge costituzionale pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 240 del 12 ottobre 2019, che prevedeva la riduzione del numero dei parlamentari: da 630 a 400 deputati e da 315 a 200 senatori elettivi. Tra le modifiche, sono state approvate quelle afferenti agli articoli 56, secondo comma, e 57, secondo comma, della Costituzione, nonché all'articolo 59, in tema di nomina dei senatori a vita.

Il testo di legge, prodromico alla suindicata iniziativa referendaria, era stato approvato dal Senato, in seconda deliberazione, con la maggioranza assoluta dei suoi componenti, nella seduta dell'11 luglio 2019, e dalla Camera dei deputati, in seconda deliberazione, con la maggioranza dei due terzi dei suoi componenti, nella seduta dell'8 ottobre 2019 e, in conformità all'art. 138 Cost., il testo di legge è stato sottoposto a referendum popolare confermativo il 20 e 21 settembre 2020².

Come accennato in premessa, il decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18 aveva prorogato il termine di indizione del referendum, stabilendo che la consultazione referendaria poteva essere indetta entro 240 giorni (anziché 60 come prevede la legge) dalla comunicazione dell'ordinanza dell'Ufficio centrale per il referendum che lo aveva ammesso in data 23 gennaio 2020. Con il successivo il d.l. 20 aprile 2020, n. 26, in via eccezionale e alla luce dell'emergenza sanitaria in atto, venivano prorogati

¹ Il referendum è stato indetto con D.P.R. 17 luglio 2020, adottato previa deliberazione del Consiglio dei ministri del 14 luglio 2020, su proposta del Presidente del Consiglio dei ministri, di concerto con i Ministri dell'interno e della giustizia.

² La riforma si colloca tra le c.d. "microriforme", limitate e precise del testo. Sul tema si veda, tra i più recenti dibattiti, gli interventi di A. MORELLI e A. MORRONE, *La stagione delle riforme? Webinar* organizzato da l'ANF sede di Bologna, venerdì 4 dicembre 2020; "Dopo il taglio. Le riforme consequenziali alla riduzione del numero dei parlamentari", A. CERRI, Osservazioni sui progetti di riforma costituzionale patrocinati dal Ministro per i rapporti con il Parlamento, in *Astrid Rassegna*, n. 14, 2018. Rilevi circa tale scelta in M. PLUTINO, *Esiste un divieto di accorpamento, e in generale di abbinamento, dei referendum costituzionali alle elezioni?*, in *Nomos*, fasc. 1, 2020; V. DE SANTIS, *Il voto in tempo di emergenza. Il rinvio del referendum costituzionale sulla riduzione del numero dei parlamentari*, in *Osservatorio AIC*, 3/2020; M. CALAMO SPECCHIA, Audizione dinnanzi alla Commissione Affari costituzionali del Senato della Repubblica del 17 giugno 2020, *ivi*, 4/2020.

nuovamente i termini ordinari indicati dalla legislazione vigente per lo svolgimento delle consultazioni elettorali con l'applicazione del principio dell'*election day* anche ai fini dello svolgimento del referendum costituzionale.

Prima del voto referendario, sono stati dichiarati inammissibili tutti e quattro i ricorsi proposti dinanzi alla Corte costituzionale³. Con ordinanza n.195/2020, la Consulta ha dichiarato inammissibile il conflitto sollevato dal Comitato promotore del referendum sul testo di legge costituzionale riguardante il "taglio dei parlamentari" avente per oggetto l'abbinamento delle due votazioni, disposto dal d.l. n. 26 del 2020 e dal DPR 17 luglio 2020, mancando la legittimazione soggettiva del Comitato a sollevare detto conflitto dato che la Costituzione non gli attribuisce una

³ Dall'esame del comunicato stampa reso dalla Corte Costituzionale, a seguito di camera di consiglio del 12 agosto 2020, si è potuta evincere la declaratoria di inammissibilità dei quattro ricorsi proposti, per conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato, in relazione al taglio dei parlamentari ed all'*election day*. Nello specifico, i conflitti tra poteri sono stati sollevati dal Comitato promotore del referendum, dalla Regione Basilicata, da un senatore e dall'Associazione +Europa. Le relative ordinanze, depositate il 13 agosto 2020, esplicano le ragioni per cui la Corte Costituzionale ha ritenuto inammissibili i ricorsi. Con ordinanza n. 195/2020 la Corte ha dichiarato inammissibile il conflitto sollevato dal Comitato promotore del referendum sul testo di legge costituzionale riguardante il "taglio dei parlamentari" avente per oggetto l'abbinamento delle due votazioni, disposto dal d.l. n. 26 del 2020 e dal d.P.R. 17 luglio 2020. Il Comitato promotore non ha legittimazione soggettiva a sollevare questo conflitto dato che la Costituzione non gli attribuisce una funzione generale di tutela del miglior esercizio del diritto di voto da parte dell'intero corpo elettorale. Ordinanza n. 196/2020 La Corte costituzionale ha dichiarato inammissibile il conflitto promosso dall'Associazione +Europa, nella sua veste di partito politico, avente ad oggetto in particolare la previsione (contenuta nel d.l. n. 26/2020) che riduce a un terzo il numero minimo di sottoscrizioni richiesto per presentare liste e candidature nelle elezioni regionali. Secondo +Europa, omettendo di prevedere, in favore dei partiti già presenti in Parlamento, una deroga all'obbligo della raccolta delle sottoscrizioni, il legislatore avrebbe leso le sue attribuzioni costituzionali in quanto partito politico. L'inammissibilità del conflitto deriva dal difetto di legittimazione della ricorrente in base alla costante giurisprudenza costituzionale che nega ai partiti politici la natura di potere dello Stato. Con ordinanza n. 197/2020, poi, la Corte costituzionale ha dichiarato inammissibile il ricorso presentato dal senatore De Falco nei confronti del Senato, del Governo e del Presidente della Repubblica perché espone, in modo confuso e incoerente, critiche alla legge elettorale, alla riforma costituzionale, all'accorpamento delle consultazioni, all'utilizzo dei decreti legge e, infine, al procedimento di conversione in legge degli stessi, sovrapponendo argomenti giuridico-costituzionali tra loro ben distinti. Inoltre, pur sostenendo la violazione di plurimi principi costituzionali inerenti sia il procedimento legislativo sia quello di revisione costituzionale, il ricorso non ha chiarito quali attribuzioni costituzionali del singolo parlamentare siano state in concreto lese nel corso di questi procedimenti. Con ordinanza n. 198/2020, infine, la Corte ha dichiarato inammissibile il ricorso proposto dalla Regione Basilicata con riferimento sia all'avvenuta approvazione definitiva del testo di legge costituzionale di modifica degli articoli 56, 57 e 59 della Costituzione sulla riduzione del numero dei parlamentari, sia al d.P.R. del 17 luglio 2020 di indizione del referendum popolare confermativo. La Corte, in linea con la propria giurisprudenza, ha infatti escluso la legittimazione soggettiva degli enti territoriali, in generale, e della Regione, in particolare, perché non sono potere dello Stato ai sensi dell'articolo 134 della Costituzione.

funzione generale di tutela del miglior esercizio del diritto di voto da parte dell'intero corpo elettorale⁴.

Quanto al conflitto promosso dall'Associazione +Europa, nella sua veste di partito politico, il rilievo era stato mosso in particolare in ordine alla previsione contenuta nel DL n. 26 del 2020 che riduceva a un terzo il numero minimo di sottoscrizioni richiesto per presentare liste e candidature nelle elezioni regionali. La doglianza era stata fondata sull'omessa previsione, in favore dei partiti già presenti in Parlamento, di una deroga all'obbligo della raccolta delle sottoscrizioni; in tal senso, il legislatore aveva leso le sue attribuzioni costituzionali, in quanto trattavasi di partito politico. La declaratoria di inammissibilità del conflitto, di cui all'ordinanza n.196/2020 scaturiva dal difetto di legittimazione della Associazione ricorrente, in base alla costante giurisprudenza costituzionale che nega ai partiti politici la natura di potere dello Stato.

Quanto, poi, all'inammissibilità del ricorso presentato dal senatore De Falco, la Corte costituzionale, con l'ordinanza n.197/2020 ha ritenuto che il ricorso esponesse, in modo confuso e incoerente, critiche alla legge elettorale, alla riforma costituzionale, all'accorpamento delle consultazioni, all'utilizzo dei decreti-legge e, infine, al procedimento di conversione in legge degli stessi, sovrapponendo argomenti giuridico-costituzionali tra loro ben distinti: peraltro, senza chiarire quali attribuzioni costituzionali del singolo parlamentare fossero state in concreto lese nel corso di del procedimento legislativo e di quello di revisione costituzionale.

La Corte, infine, con ordinanza n.198/2020 ha dichiarato inammissibile il ricorso proposto dalla Regione Basilicata con riferimento sia all'avvenuta approvazione definitiva, l'8 ottobre 2019, del testo di legge costituzionale di modifica degli articoli 56, 57 e 59 della Costituzione sulla riduzione del numero dei parlamentari, sia al DPR del 17 luglio 2020 di indizione del referendum popolare confermativo. La decisione della Corte, si allinea alla propria giurisprudenza tesa all'esclusione della legittimazione soggettiva degli enti territoriali, in generale, e della Regione, in particolare, non trattandosi di poteri dello Stato, nel senso indicato dall'articolo 134 Cost.

⁴ Per una disamina della decisione resa dalla Corte, cfr. F. GABRIELE, *Al referendum costituzionale non spetta (anche) un "tono" costituzionale (brevi note a Corte costituzionale ord. 195/2020)*, in Consulta Online, 8 febbraio 2021.

La questione attinente al numero dei parlamentari è disciplinata secondo varie modalità nei diversi ordinamenti, per quanto concerne sia la fonte giuridica (disposizione costituzionale o di legge organica o di legge ordinaria), sia la determinazione numerica (in numero prestabilito o in rapporto alla popolazione). In Italia, la scelta del numero dei parlamentari era stata determinata dalla Carta costituzionale in rapporto alla popolazione, ma dopo la revisione costituzionale, operata con legge costituzionale 9 febbraio 1963, n. 2 si era passati al numero fisso. Il testo originario approvato dall'Assemblea Costituente prevedeva: per la Camera, un deputato ogni 80.000 abitanti (o frazioni superiori a 40.000); per il Senato, un senatore ogni 200.000 abitanti (o frazioni superiori a 100.000). Con la precitata legge costituzionale n. 2 del 1963 si adottò un nuovo testo degli articoli 56 e 57 della Costituzione, con la previsione di un numero fisso di parlamentari, rispettivamente, pari a 630 deputati e 315 senatori (oltre ai senatori a vita di nomina presidenziale e ai senatori di diritto ed a vita). Il dibattito sulle riforme istituzionali, aveva portato il Parlamento italiano a deliberare in più occasioni la modificazione del numero dei parlamentari, senza che l'iter della revisione costituzionale, tuttavia, fosse portato mai a concreta attuazione⁵.

⁵ Particolarmente dibattuta è stata la questione legata al numero dei parlamentari, come emerge dalle numerose proposte di revisione - risalenti alle passate legislature - degli articoli 56 e 57 della Costituzione, e alla previsione introdotta dalla legge costituzionale n. 2 del 1963 di un numero fisso di deputati e senatori, rispettivamente pari a 630 e 315 (oltre ai senatori a vita e i senatori di diritto a vita). Nella precedente formulazione, approvata dall'Assemblea Costituente, il numero dei parlamentari era determinato in misura fissa in rapporto con la popolazione: per la Camera, un deputato ogni 80.000 abitanti (o frazioni superiori a 40.000); per il Senato, un senatore ogni 200.000 abitanti (o frazioni superiori a 100.000). La disciplina costituzionale introdotta nel 1963 - parificando la durata delle due Camere, in precedenza diversificata in quanto di sei anni per il Senato - manteneva un quoziente di rappresentatività non lontano da quello risultante dall'applicazione della originaria formulazione, per quanto riguarda la Camera dei deputati; mentre per il Senato, mirava ad affrontare il profilo della 'integrazione' della sua composizione. A partire dalla seconda legislatura, la composizione numerica del Senato si ridimensionò ai soli senatori elettivi (oltre ai senatori a vita ed agli ex Presidenti della Repubblica) ed il dibattito si orientò sui criteri da adottare per riequilibrarla rispetto all'altro ramo del Parlamento (che contava allora 590 deputati); nella terza legislatura il disegno di legge costituzionale d'iniziativa governativa infine approvato era indirizzato ad un migliore equilibrio nella composizione numerica delle due Camere, al fine di assicurare un funzionamento più organico al sistema bicamerale. Tra i momenti salienti del dibattito parlamentare sulle riforme istituzionali sviluppatosi dagli anni Ottanta, della riduzione del numero dei parlamentari si discusse in seno alla Commissione parlamentare bicamerale istituita nella IX legislatura (Commissione Bozzi, 1983-1985), mentre nella XI legislatura, altra Commissione bicamerale, (Commissione De Mita-Iotti, 1992-1994) non propose alcuna modifica degli articoli 56 e 57 della Costituzione, contrariamente alla XIII legislatura, in seno alla quale, la "Commissione D'Alema" del 1997, portò all'esame un progetto, caratterizzato dalla previsione tra 400 e 500 deputati e 200 senatori (elettivi). Nella XIV legislatura, il Parlamento approvò in duplice deliberazione un disegno di legge costituzionale (A.S. n. 2544-D), in cui era prevista una Camera composta di 518 deputati (elettivi), un Senato di 252 senatori. Tale legge di revisione fu

La recente riforma costituzionale ha comportato la riduzione del numero dei deputati da 630 a 400 e dei senatori elettivi da 315 a 200, fissando in 5 il numero massimo dei senatori a vita e ridimensionando il numero complessivo dei parlamentari da 945 a 600, compresi i parlamentari eletti nella circoscrizione Estero. Si è determinata, così, una riduzione del 36,5% dei parlamentari, mentre nella circoscrizione Estero si è passati, alla Camera, da 12 a 8 deputati, al Senato, da 6 a 4 senatori (3 senatori per regione o provincia autonoma, in luogo dei precedenti 7). Nessuna modifica è stata apportata al terzo comma dell'art. 57 Cost. che assegna alla Valle d'Aosta 1 senatore ed al Molise 2. In rapporto alla popolazione, si è passati da 96.006 a 151.210 abitanti per ciascun deputato, mentre al Senato, da 188.424 a 302.420 abitanti per ciascun senatore. La riforma, poi, ha fissato in 5 il numero massimo dei senatori a vita in carica, modificando il previgente articolo 59, secondo comma, della Costituzione, nel senso di consentire al Presidente della Repubblica di nominare senatori a vita cinque cittadini che hanno illustrato la Patria per altissimi meriti nel campo sociale, scientifico, artistico e letterario, costituendo, così, un "numero chiuso", escludendo interpretazioni secondo cui a ciascun Presidente della Repubblica fosse consentito nominare 5 senatori a vita. Permane immutata, invece, la previsione di cui al primo comma dell'articolo 59 della Costituzione, ai sensi della quale «è senatore di diritto e a vita, salvo rinuncia, chi è stato Presidente della Repubblica».

sottoposta a referendum, (25-26 giugno 2006) con esito sfavorevole. Successivamente, nel corso della XV legislatura, la Commissione Affari costituzionali della Camera dei deputati approvò un testo unificato - la cd. "bozza Violante" - con la previsione di un numero di deputati pari a 512 ed un Senato, di fatto, di 186 componenti; progetto che non giunse ad approvazione entro la fine della legislatura. Toccò alla Commissione Affari costituzionali del Senato, nel corso della XVI legislatura, l'esame di numerosi disegni di riforma costituzionale, finalizzati alla riduzione del numero dei parlamentari; il testo licenziato (Camera di 508 deputati e Senato di 250 senatori, oltre ai senatori a vita e quelli di diritto) non riuscì a completare il suo iter prima della fine della legislatura. Nel corso della XVII legislatura, poi, fu evidenziata la necessità di addivenire a modifiche costituzionali, al fine di giungere al superamento del bicameralismo paritario, passando dal criterio di un deputato ogni 95.000 abitanti, ad un parametro più in linea con gli standard europei: un deputato ogni 125.000 abitanti: ciò al fine di pervenire ad un numero complessivo di 480 deputati. Per i senatori, si proponeva un numero complessivo di 120, ripartiti in proporzione al numero di abitanti in ciascuna Regione e per la Camera dei Deputati, la Commissione istituita, propose una Camera di 450 Deputati, allineandosi, in larga parte, ai criteri esposti nella cd. "bozza Violante" della precedente legislatura. La legge di revisione fu poi sottoposta a referendum costituzionale, (espletatosi il 4 dicembre 2016) con esito sfavorevole, come già accaduto nel 2006.

2. L'ampia cornice del dibattito parlamentare.

Tra le ragioni poste a sostegno dell'approvata revisione, nel corso del dibattito è emersa diffusamente quella afferente all'incidenza positiva della riduzione del numero dei parlamentari sulla funzionalità delle Commissioni parlamentari, la cui piena operatività costituisce condizione necessaria per un Parlamento efficiente. La riduzione del numero degli eletti avrebbe potuto rappresentare uno strumento per rendere più trasparenti e maggiormente comprensibili i lavori parlamentari, consentendo al singolo parlamentare di accrescere il proprio ruolo e la propria capacità di rappresentare gli elettori ed al Parlamento, nel suo complesso, di accrescere la propria funzionalità, efficienza e capacità decisionale. Inoltre, quanto ai dati numerici, era stato evidenziato che le Commissioni parlamentari della Camera dei deputati - in media con 45 componenti, rispetto al Senato della Repubblica con una media di 23 componenti - con la riduzione del numero dei parlamentari, sarebbero passate a circa 30 componenti (numero comunque superiore a quello degli attuali componenti delle Commissioni del Senato), mentre con riguardo al Senato, si sarebbe dovuta valutare l'opportunità di un accorpamento di alcune Commissioni, sottoponendo a modifica i regolamenti parlamentari.

Altra questione emersa nel corso dei lavori parlamentari è stata quella dell'incidenza in tema di "rappresentatività" del Parlamento, in ordine alla quale, i sostenitori della riforma avevano evidenziato che tale critica era basata, in realtà, su una visione meramente "quantitativa" della rappresentanza, sottesa all'equazione: più parlamentari, più democrazia. La rappresentanza, viceversa, costituisce lo strumento che assicura che le decisioni pubbliche corrispondano alla volontà dei cittadini, in un contesto in cui i parlamentari costituiscono il collegamento tra cittadini e Istituzioni in un processo deliberativo complesso, che si completa con l'approvazione delle leggi.

Dal precitato dibattito era emerso che il numero dei parlamentari costituiva solo uno degli elementi di un complesso meccanismo, nel quale concorrono ulteriori condizioni affinché la rappresentanza funzioni e produca decisioni pubbliche sorrette dal consenso, tra cui il corretto funzionamento dei partiti e dei movimenti, il pluralismo e l'indipendenza dell'informazione, una società civile articolata ed energica, l'interazione delle istituzioni locali che devono fungere da veicoli di partecipazione popolare, l'efficacia degli strumenti di democrazia diretta.

Nel corso del dibattito, con riferimento al rapporto tra numero dei parlamentari e rappresentatività si è posto l'accento sugli effetti della prospettata riforma sul numero dei delegati regionali che partecipano all'elezione del Presidente della Repubblica e sulla variazione nella composizione dell'Assemblea degli elettori, con un lieve incremento percentuale del peso dei delegati regionali del collegio che elegge il Presidente della Repubblica, che passa dal 5,8% all'8,8%. Tra i sostenitori della riforma era stato evidenziato come il modesto incremento andava ad allinearsi con l'evoluzione del ruolo costituzionale delle Regioni, già valorizzate dalla riforma del 2001 atteso che, il numero dei delegati regionali non è mai stato posto, in sede Costituente, in relazione alla consistenza numerica delle Camere; infatti, il numero fisso di delegati regionali, era stato stabilito dal testo costituzionale del 1948, quando il numero dei parlamentari (prima della riforma del 1963) era variabile in quanto determinato in relazione alla popolazione. Peraltro, si era sostenuto, il numero dei delegati regionali non è stabilito dalla Costituzione in rapporto alla numerosità del Senato, se si pensa che il Senato del 1948 aveva 237 membri elettivi (1 per ogni 200.000 abitanti) ed il numero dei delegati regionali era fisso, a prescindere dalla circostanza che nelle prime elezioni i delegati regionali non poterono parteciparvi in quanto le Regioni non avevano completato il processo di formazione. Quanto, poi, al numero dei tre delegati regionali, scelto dai Costituenti indipendentemente dal numero dei parlamentari, avrebbe consentito di rappresentare le forze politiche regionali di maggioranza con due delegati e quelle di minoranza con uno.

La questione del numero dei collegi elettorali e dei potenziali effetti distorsivi della rappresentanza politica prodotti dalla riduzione del numero dei parlamentari, come conseguenza dell'ampliamento dei collegi, è stata dibattuta e superata dalla considerazione che l'ampliamento dei collegi uninominali costituisce non una conseguenza diretta della riforma costituzionale, bensì il risultato della meccanica attuazione della legislazione elettorale in vigore, come modificata dalla legge n. 51 del 2019, al solo fine di consentirne l'applicazione indipendentemente dal numero dei parlamentari fissato in Costituzione nonché di scongiurare il rischio di paralisi del potere presidenziale di scioglimento delle Camere. In tal senso, compito del Parlamento, quindi, in sede di una più sostanziale revisione della legge elettorale, quello di scegliere la dimensione dei collegi uninominali, nel caso in cui le Camere intendano mantenerli nel sistema elettorale; sicché l'ampiezza dei collegi elettorali dipende direttamente dal numero dei parlamentari solo quando il numero dei collegi

è pari al numero dei parlamentari e con un numero di collegi pari a 630 (rispetto ai 232 collegi uninominali sino ad allora presenti alla Camera), la riduzione del numero dei parlamentari a 400 comporterebbe ovviamente una riduzione dei collegi e quindi un loro ampliamento. Compito del legislatore quello di scegliere di conservare lo stesso numero di collegi, anche con 400 deputati, oppure decidere quasi di raddoppiarne il numero, quasi dimezzandoli dunque di ampiezza.

Il dibattito parlamentare è stato esteso anche al tema della rappresentanza degli italiani all'estero. Sul punto i fautori della riforma costituzionale hanno evidenziato come la previsione di una riduzione degli eletti nella Circostrizione Estero (da 12 a 8 per la Camera e da 6 a 4 per il Senato) nella stessa percentuale applicata al numero dei parlamentari eletti in Italia, non determini senza alcuna penalizzazione degli elettori residenti all'estero.⁶

Altra questione affrontata è stata quella afferente alla rappresentanza delle forze politiche minori e dei territori poco popolosi. Sul punto, dal dibattito è emerso che mentre per il Senato della Repubblica il sistema elettorale su base regionale e dunque la riduzione del numero dei seggi assegnati alle singole Regioni, avrebbe determinato effetti più favorevoli alle forze politiche maggiori e meno favorevoli alle forze politiche minori, per la Camera dei deputati, invece, la riforma avrebbe determinato alcuna incidenza negativa sulla rappresentanza delle forze minori, atteso che con la riduzione del numero dei deputati le minoranze continueranno ad accedere alla rappresentanza solo in caso di superamento della soglia prevista dall'attuale sistema elettorale (pari al 3%), con riduzione di circa un terzo il numero dei seggi ad esse spettanti, al pari di tutte le altre forze politiche. Ai rilievi mossi è stato replicato come rappresentanza riguardi gli elettori e non i territori e che ciascun territorio riceva un numero di rappresentanti in proporzione ai suoi residenti; sicché la riduzione del 36,5% riguarda, quindi, allo stesso modo tutti i territori, più o meno popolosi, senza alcuna flessione di rappresentanza per territori poco popolosi.

Uno degli obiettivi della riforma costituzionale è stato quello di consentire all'Italia di allinearsi al resto d'Europa quanto al numero di parlamentari elettivi a livello nazionale. Per rendere confrontabile il numero dei parlamentari di ciascun

⁶ La Circostrizione Estero non era prevista in Costituzione perché, come noto, istituita dalla legge costituzionale 17 gennaio 2000, n. 1 che ha modificato l'art. 48 Cost., poi la legge costituzionale 23 gennaio 2001, n. 1 ha modificato gli articoli 56 e 57 della Costituzione fissando il numero dei deputati e senatori eletti in rappresentanza degli italiani residenti all'estero.

Paese, se lo scopo è quello di valutarne l'efficacia nella funzione di rappresentare i cittadini, occorre considerare il numero dei soli parlamentari elettivi e il nostro Parlamento, in questo caso, va considerato nella sua interezza, prendendo in esame il numero complessivo di deputati e senatori eletti direttamente dai cittadini (non considerando ovviamente i senatori a vita e diritto) e il dato che emerge individuava l'Italia come il Paese europeo con il numero più elevato di parlamentari direttamente eletti dal popolo.⁷

Il complesso *iter* procedimentale è recentemente confluito nella legge costituzionale 19 ottobre 2020, n.1, contrassegnata dalla previsione di una riduzione del numero dei parlamentari, da 630 a 400 deputati e da 315 a 200 senatori elettivi⁸. Particolarmente suffragata, *ab origine* detta iniziativa di riforma, se si pensa alla proposta di legge costituzionale [A.C. 1585-B](#) approvata in via definitiva dalla Camera dei deputati (8 ottobre 2019, in seconda deliberazione), con larga misura di consensi⁹.

Il testo della legge costituzionale, approvato in seconda votazione a maggioranza assoluta, ma inferiore ai due terzi dei membri di ciascuna Camera, in conformità alle disposizioni dell'art. 138 della Costituzione, è stato sottoposto a referendum popolare, per iniziativa di un quinto dei senatori, in linea con il dettato costituzionale, con richiesta firmata da 71 senatori, depositata il 10 gennaio 2020, ritenuta successivamente conforme ai canoni costituzionali dall'Ufficio centrale per il referendum della Corte di Cassazione. Dopo la decretata posticipazione di sei mesi del referendum confermativo, considerata opportuna, al di là delle ragioni legate alla pandemia, anche al fine di garantire il diritto dei cittadini ad una piena informazione ed alle forze politiche e sociali di organizzare più propriamente la campagna elettorale, il referendum è stato essere indetto per le giornate del 20 e 21 settembre 2020¹⁰.

⁷ Il numero complessivo è di 945, rispetto alla Germania con circa 700 parlamentari, la Gran Bretagna con circa 650 e la Francia con poco meno di 600.

⁸ La legge costituzionale 19 ottobre 2020, n. 1 “*Modifiche agli articoli 56, 57 e 59 della Costituzione in materia di riduzione del numero dei parlamentari*” è stata pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 261 del 21 ottobre 2020.

⁹ La proposta di legge costituzionale [A.C. 1585-B](#), approvata in via definitiva dalla Camera dei deputati nella seduta dell'8 ottobre 2019, in seconda deliberazione, ha registrato, in sede di votazione: 569 presenti, 567 votanti, 553 favorevoli, 14 contrari e 2 astenuti.

¹⁰ Si tratta del noto Decreto-Legge 17 marzo 2020, n. 18, “*Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19*”, in G.U. Serie Generale n.70 del 17-03-2020, convertito con modificazioni dalla L. 24 aprile 2020, n. 27 (in S.O. n. 16, relativo alla G.U. 29/04/2020, n. 110). L'art. 81 (Misure urgenti per lo svolgimento della

Il 20 e 21 settembre 2020 (c.d. *election-day*) si sono svolte contestualmente diverse consultazioni elettorali previste per il 2020: oltre al precitato referendum costituzionale confermativo sulla riduzione del numero dei parlamentari, sono state espletate le elezioni suppletive di due senatori, le elezioni amministrative e quelle per il rinnovo dei consigli di alcune regioni¹¹. Il referendum in esame ha sortito, come noto, esito favorevole (69,64 % favorevoli e 30,34 % contrari), determinando la riduzione del numero dei parlamentari da 630 a 400 deputati e da 315 a 200 senatori elettivi e la modifica degli articoli 56, secondo comma, e 57, secondo comma, della Costituzione, nonché dell'articolo 59 della Costituzione sulla nomina dei senatori a vita¹². Le indicazioni di sintesi della riforma che entrerà in vigore dall'inizio della prossima Legislatura e che richiederà comunque un adeguamento della legislazione elettorale, riconducono ad un duplice obiettivo: favorire un miglioramento del

consultazione referendaria nell'anno 2020) così recita: “*In considerazione dello stato di emergenza sul territorio nazionale relativo al rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili, dichiarato con la delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 26 del 1° febbraio 2020, in deroga a quanto previsto dall'articolo 15, primo comma, della legge 25 maggio 1970, n. 352, il termine entro il quale è indetto il referendum confermativo del testo legge costituzionale, recante: «Modifiche agli articoli 56, 57 e 59 della Costituzione in materia di riduzione del numero dei parlamentari», pubblicato nella Gazzetta Ufficiale, Serie Generale, n. 240 del 12 ottobre 2019, è fissato in duecentoquaranta giorni dalla comunicazione dell'ordinanza che lo ha ammesso.»*”

¹¹ Il decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18 ha prorogato il termine di indizione del referendum ex art. 138 Cost. sul testo di legge costituzionale che dispone la riduzione del numero dei parlamentari stabilendo che la consultazione referendaria possa essere indetta entro 240 giorni (anziché 60 come prevede la legge) dalla comunicazione dell'ordinanza dell'Ufficio centrale per il referendum che lo ha ammesso (comunicazione avvenuta il 23 gennaio 2020). Successivamente, il decreto-legge 20 aprile 2020, n. 26 ha posticipato, in via eccezionale alla luce dell'emergenza sanitaria in atto, i termini ordinari indicati dalla legislazione vigente per lo svolgimento delle consultazioni elettorali previste nel 2020. Le consultazioni interessate dal provvedimento sono: elezioni suppletive per la Camera e il Senato; elezioni dei Consigli comunali e circoscrizionali; elezioni dei Consigli provinciali e dei Presidenti delle province; elezioni per il rinnovo dei Consigli regionali e per l'elezione del Presidente nelle regioni a statuto ordinario. Prevista, inoltre, l'applicazione del principio dell'*election day* anche ai fini dello svolgimento del referendum costituzionale. Dopo l'*election day* del 20-21 settembre 2020, a causa della recrudescenza dell'emergenza sanitaria sono state adottate altre misure di urgenza finalizzate al rinvio di elezioni: D.L. 7 novembre 2020, n. 148 (abrogato e confluito nel D.L. 125/2020), Disposizioni urgenti per il differimento di consultazioni elettorali per l'anno 2020. Rinvio al 2021, entro il 31 marzo, delle elezioni già indette per il 22 e 23 novembre 2020 nei comuni sciolti per infiltrazioni mafiose, disponendo l'integrale rinnovo del procedimento di presentazione di tutte le liste e candidature a sindaco e consigliere comunale. Fino al rinnovo di questi organi viene prorogata la gestione delle commissioni straordinarie. Il provvedimento riguarda anche le consultazioni elettorali per l'elezione dei presidenti delle province e dei consigli provinciali, che si devono svolgere entro il 31 marzo 2021.

¹² Nel dettaglio, il Referendum ha registrato un numero di elettori pari a 50.955.985 e di votanti pari a 26.050.227. Una percentuale del 51,12% di voti validi (25.605.096), con un numero di schede bianche pari a 218.093, di schede non valide (bianche incluse) pari a 445.131. L'esito finale: per il Sì, 17.913.259 voti, pari al 69,96%, mentre per il No, 7.691.837, pari al 30,04%.

processo decisionale delle Camere per renderle più capaci di rispondere alle esigenze dei cittadini e ridurre il costo della politica (con un risparmio stimato di circa 500 milioni di euro in una Legislatura). Sul fronte comparatistico, obiettivo della riforma, quello di consentire all'Italia di allinearsi al resto d'Europa, trattandosi del paese con il numero più alto di parlamentari direttamente eletti dal popolo (945).

3. Gli effetti della riforma sul principio di rappresentanza.

L'esito del voto referendario, ritenuto in larga parte "inaspettato" per lo meno in ordine alle indicazioni numeriche espresse, ha aperto il campo a molteplici riflessioni sugli effetti di natura sistemica della revisione operata¹³. Come già evidenziato nella fase preceduto il recente responso popolare il nuovo assetto numerico delle Camere impone una serie di interventi correttivi sui regolamenti parlamentari e sulle norme che regolano il procedimento di elezione del Parlamento.

Giova premettere che mentre i pregressi interventi del 2006 e del 2016, cui si è accennato in premessa, erano finalizzati all'attuazione di modifiche costituzionali incisive e sostanziali e sicuramente più organiche, l'attuale intervento si è posto in una logica di modifiche costituzionali delimitata ad aspetti e ambiti puntuali e ristretti e tese ad una graduale opera di "rinverdimento" della Carta costituzionale¹⁴.

¹³Si v., *ex multis*, L.A. MAZZAROLLI, *La (ipotetica) riduzione del numero dei parlamentari di fronte al «nodo» della legge elettorale: un finto problema*, in questa Rivista, n.4/2020, *ivi*, L. TRENTA, *Gli effetti della riduzione del numero dei parlamentari*, *ivi*, p. 11 ss.; G. TARLI BARBIERI, *La riduzione del numero dei parlamentari: una riforma opportuna?* (Ricordando Paolo Carrozza), in *Le Regioni*, 2019, n. 2, pp. 375-386; I. TANTULLI, *La Legge 27 maggio 2019, n. 51: una normativa elettorale applicabile indipendentemente dal numero dei parlamentari. Soluzioni nuove, problemi antichi*, in *Oss. AIC*, 2019; C. TUCCIARELLI, "Il significato dei numeri: riduzione del numero di deputati e senatori e regolamenti parlamentari", *Osservatorio sulle fonti*, 1/2020, p. 167 ss.; L. LEO, *La riduzione del numero dei parlamentari tra passato e presente*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3, 2020, p. 600 ss.; M. LUCIANI, *Un "taglio" non meditato*, in *ROSSI, E.* (a cura di), *Meno parlamentari, più democrazia?*, op. cit. p. 245 ss.; M. MANETTI, *La riduzione del numero dei parlamentari e le sue ineffabilragioni*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3; D. PORENA, *La proposta di legge costituzionale in materia di riduzione del numero dei parlamentari (A.C. 1585): un delicato "snodo" critico per il sistema rappresentativo della democrazia parlamentare*, in *federalismi*, n.14/2019; A. ALGOSTINO, *Perché ridurre il numero dei parlamentari è contro la democrazia*, in *Forum Quaderni costituzionali*, Rassegna 8/2019, 15.9.2019; M. TROISI, *Regioni e rappresentanza politica*, Cacucci, Bari, 2018; *Id. Rappresentatività e governabilità nella legislazione elettorale regionale*, Cacucci, Bari, 2011; A. GUSMAI, *Il gruppo parlamentare. Profili evolutivi di un soggetto della rappresentanza politica*, Cacucci, Bari, 2019.

¹⁴La prima deliberazione in Senato, nel febbraio 2019, ha visto il voto favorevole di oltre il 75% dei votanti, mentre alla Camera i voti favorevoli sono stati più bassi di solo un paio di punti percentuali. La seconda votazione in Senato, pur vedendo schierarsi a favore della riforma oltre il 78% dei votanti, non ha permesso di superare però il quorum dei due terzi dei componenti dell'Assemblea, aprendo così la strada al referendum

L'elevata quota di consenso popolare aveva già caratterizzato il consenso manifestato dalle forze politiche rappresentate in Parlamento durante il complesso *iter* di formazione del disegno di legge costituzionale, se si pensa al cambio di maggioranza che ha contrassegnato il passaggio dal primo al secondo Governo Conte. La riforma, stando ai numeri e al consenso raggiunto, sembra aver assunto i caratteri della necessarietà, anche se occorre fare da subito i conti con le non poche conseguenze che l'adozione della riforma potrà comportare sull'attuale sistema costituzionale. Si pensi all'interazione con il "principio di rappresentanza" e alle funzioni di garanzia che il Parlamento nel nostro sistema esercita¹⁵, oltre ai dubbi attuativi che la recente revisione comporta in merito alla legge elettorale politica¹⁶.

Tra i rilievi critici mossi sin dalla fase embrionale della riforma è emerso che la riduzione del numero dei parlamentari nella stessa proporzione del 36,5% per ciascun ramo del Parlamento ove non seguita da modificazioni del sistema bicamerale perfetto e delle funzioni delle stesse Camere, avrebbe rischiato di vanificare il tentativo di esaltare il ruolo costituzionale dell'organo parlamentare, rimanendo ancorato ad una mera "riduzione di spesa", senza ulteriori benefici per il Parlamento.

confermativo. Nella votazione finale della Camera, dei 569 presenti ben 553 hanno votato a favore della riforma; un numero pari ad oltre il 97% dei consensi espressi⁶. Procedimento di approvazione conclusosi nel tempo relativamente breve di un anno, con una discussione parlamentare straordinariamente contratta nei tempi e che soprattutto è sembrata poco attenta a prendere in considerazione «valutazioni di merito e possibili declinazioni [del] "sì" o "no" alla riforma».

¹⁵ Molteplici i rilievi che hanno animato il dibattito referendario, evidenziando le palesi conseguenze di organizzazione e funzionamento per le Camere che comporterà la riduzione del numero dei parlamentari, tali da rendere necessaria una incisiva revisione dei regolamenti parlamentari, avrebbero inciso negativamente sull'applicabilità di questa riforma. Si è replicato, sul punto, che le norme dei regolamenti parlamentari sono nella piena disponibilità delle Camere, tanto da poter essere non solo riformate a maggioranza (art. 64 Cost.), ma perfino disapplicate in concreto qualora nessun membro vi si opponga. In questo senso, tutti i possibili problemi di organizzazione interna delle assemblee parlamentari che deriveranno da questa riforma potranno essere corretti, anche differenziando i testi regolamentari dei due rami del Parlamento (i 200 Senatori potranno di certo coprire un minor numero di commissioni rispetto ai 400 deputati).

¹⁶ In dottrina, tra i diversi scritti sul progetto di revisione costituzionale comportante la riduzione del numero di parlamentari in considerazione, si vedano in ottiche diverse: E. ROSSI, *La riduzione del numero dei parlamentari*, in *Quaderni cost.*, n. 2/2019, pp. 423-425; A. TORRE, *Meno siamo, meglio stiamo? Il numero dei parlamentari fra quantità e qualità della rappresentanza*, in *Quaderni costituzionali*, n.3/2020; G. CERRINA FERONI, *Riduzione del numero dei parlamentari e applicabilità delle leggi elettorali*, in Osservatorio AIC, n. 3/2019, 4 ss.; C. TRIPODINA, *Riduzione del numero dei parlamentari, tra riforma costituzionale ed emergenza nazionale*, op. cit., p. 69 ss.; P. LOGROSCINO, *Rinvigorire il Parlamento 'tagliato' a scapito delle ragioni del regionalismo*, in *Federalismi*, n. 24, 5 agosto 2020.

Nello specifico, si è dibattuto sui riflessi della riduzione del numero dei parlamentari sulla democrazia rappresentativa, sul potenziamento o meno dell'apporto diretto dei cittadini rispetto alle scelte politiche, partendo dall'analisi della diretta incidenza del dato numerico sulla dimensione della stessa rappresentanza. Sul punto, il dibattito ha fatto emergere le divergenze tra i fautori della riforma e coloro che hanno rimarcato l'esigenza di inquadrare il dato in esame tra gli elementi che incidono non solo in via indiretta o secondaria sugli assetti dell'ordinamento costituzionale, come attestato dalla centralità del tema nel dibattito costituzionale dell'era moderna¹⁷. Il peso dei numeri, la sua rilevanza - è stato affermato a chiare lettere - in un assetto democratico a democrazia rappresentativa come il nostro, non potrebbe mai assumere un'incidenza marginale perché la forza dei numeri consiste proprio nell'attribuire alla rappresentanza, l'esatta dimensione e legittimazione nel quadro istituzionale e politico. L'intervento che la riforma ha operato inciderebbe, in tal senso, con un rilevante peso specifico sul nostro modello di democrazia; la riduzione del numero dei parlamentari operata dalla riforma comporta una intensificazione del rapporto tra rappresentati e rappresentanti, attestata dal passaggio, per la Camera dei deputati, dalla proporzione di un deputato ogni 96.000 elettori ad uno ogni 151.000 e per il Senato, da un senatore ogni 200.000 elettori, ad uno ogni 300.000. Peraltro, se da un lato, si registra un rafforzamento del ruolo politico di ogni singolo parlamentare, cui verrebbe affidata la "responsabilità" di rappresentare un numero sensibilmente più elevato di elettori e di zone territoriali, in linea di ipotesi con una maggiore semplificazione del quadro di gestione politica, dall'altro, però, la revisione comporterebbe un rafforzamento delle forze politiche più grandi, penalizzando quelle meno suffragate.

Come accennato in apertura di paragrafo, la variabile costante che può amplificare o ridurre gli effetti della riforma è rappresentata dal sistema elettorale che interagisce con le modifiche apportate, così come appare incontestabile che la riduzione dei componenti delle Camere determini un accentramento di potere e di fatto un

¹⁷ Numerosi spunti di riflessione nel dibattito: *Il referendum sulla riduzione dei parlamentari, Tre ragioni per il SÌ e tre per il NO*. Forum dei costituzionalisti, Valerio Onida, Ida Nicotra, Alessandro Morelli e Lara Trucco, in *giustiziainsieme.it*, 8 settembre 2020. F. BIONDI, *Le conseguenze della riforma costituzionale del 2019*, in *Nomos*, 3, p. 1 ss.

rafforzamento di coloro che sono preposti alla scelta delle singole candidature da proporre alle elezioni politiche.

4. L'incidenza della riforma sugli organi collegiali.

Altro profilo di maggiore intensificazione del dibattito, attiene alla nuova composizione delle commissioni parlamentari permanenti¹⁸. Mentre per taluni la riduzione del numero dei componenti è destinata a generare una maggiore efficienza e in linea di ipotesi, maggiore prestigio all'Organo parlamentare che ne risulterebbe così rafforzato nel suo ruolo istituzionale¹⁹, altri hanno ravvisato nella riduzione del numero dei parlamentari un dato destinato ad incrementare la capacità di incidenza, di autonomia e prestigio di ciascuno di essi e ad ampliare, inoltre, funzionalità ed efficienza di ciascuna Camera nel suo complesso²⁰. Stando al dato numerico, i parlamentari, ancor più quelli appartenenti ai gruppi minoritari, sarebbero tenuti a partecipare ad un numero più elevato di commissioni, rendendo così ancor di più problematica l'organizzazione dei lavori parlamentari nell'ipotesi di contestuali sedute delle commissioni.

Nel dibattito che ha accompagnato l'iter parlamentare della riforma è stato evidenziato il presunto vantaggio che la riduzione del numero dei parlamentari

¹⁸ Cfr. N. LUPO, Riduzione del numero dei parlamentari e organizzazione interna delle Camere, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3/2020, spec. p.332 ss.; A. PERTICI, *La riduzione del numero dei parlamentari e le questioni aperte sullarappresentanza e sul buon funzionamento delle Camere*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3/2020, p. 322 ss. In ordine al principio in esame, si v. M. LUCIANI, *Il paradigma della rappresentanza di fronte alla crisi del rappresentato*, in N. ZANON e F. BIONDI, (a cura di), *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 109 e ss.; S. CURRERI, *Democrazia e rappresentanza politica*, Firenze University Press, 2004; A. MORELLI, *Le trasformazioni del principio democratico*, in L. VENTURA e A. MORELLI (a cura di), *Principi costituzionali*, Milano, Giuffrè, 2015, p. 95 ss; M. PODETTA, *La nuova disciplina dei gruppi al Senato tra demagogia riformista, dubbi costituzionali e distorsioni applicative*, in *costituzionalismo.it*, n. 1, p. 139 ss.

¹⁹ Si veda, C. FUSARO, Nota scritta nell'ambito delle audizioni in Ufficio di Presidenza, in relazione all'esame in sede referente dei ddl. cost. n. 214 e conn. (riduzione del numero dei parlamentari), in *Astrid Rassegna*, 2018.

²⁰ Si v. le riflessioni di C. TRIPODINA, *Riduzione del numero dei parlamentari, tra riforma costituzionale ed emergenza nazionale*, in *Oss. Cost.*, n.3/2020; G. DI PLINIO, *Un "adeguamento" della costituzione formale alla costituzione materiale. Il "taglio" del numero dei parlamentari, in dieci mosse*, in *Federalismi.it*, n.7/2019; P. CARROZZA, *È solo una questione di numeri? Le proposte di riforma degli artt. 56 e 57 Cost. per la riduzione dei parlamentari*, in *Dir. pubb. comp. eur.*, fasc. spec., maggio 2019; L. GORI, *Sull'organizzazione del Parlamento e sui regolamenti parlamentari*, in E. ROSSI, (a cura di), *Meno parlamentari, più democrazia?*, Pisa University Press, 2020, p. 131 ss.

avrebbe comportato in termini di funzionamento delle Camere, in relazione ai dei tempi di discussione e di maggiore efficienza e funzionalità delle singole attività parlamentari²¹. Si tratta di osservazioni ovviamente senza controprova e prive di concreti dati di comparazione e riscontro e che peraltro devono misurarsi con la circostanza che nelle discussioni in assemblea non prendendo la parola ogni singolo componente dell'Assemblea, bensì soltanto coloro che sono indicati dai gruppi parlamentari per i singoli interventi programmati. Stando, poi al dato numerico, rispetto alle attuali commissioni permanenti verrebbe a trasformarsi la composizione numerica interna quasi dimezzandosi a seguito del considerevole taglio del numero dei parlamentari; la conseguenza è che si potrebbe ipotizzare la riduzione del numero complessivo delle stesse commissioni, con l'accorpamento o la previsione di una ipotesi di partecipazione dei parlamentari, contestualmente, a più commissioni. Quest'ultimo dato potrebbe, per invero, costituire un elemento di maggior complessità dei lavori e di estensione della durata delle singole discussioni per l'evidente incremento del carico di lavoro²².

Diversi, dunque, i profili di criticità evidenziati dalla dottrina e numerosi i rischi paventati di futura incostituzionalità della stessa riforma, in considerazione del nocumento che la stessa potrebbe generare sull'organizzazione delle Camere²³; gli effetti della riduzione del numero dei parlamentari, nello specifico, potrebbero

²¹ Particolarmente intenso il dibattito sugli effetti sugli organi collegiali e sulle Commissioni di Camera e Senato e sull'incidenza della riduzione del numero dei parlamentari sicuramente sulle future scelte e sulla composizione numerica degli organi collegiali di direzione politico-amministrativa parlamentari. Analogamente, potrà accadere per le Giunte parlamentari della Camera e del Senato impegnate a garantire il corretto funzionamento della Camera e l'autonomia del Parlamento rispetto agli altri poteri. Oltretutto, il numero fisso delle cariche nei suindicati organismi collegiali non sempre può essere agevolmente sottoposto a decremento, se si pensa ai vice-presidenti, che sostituiscono il Presidente nel caso di assenza, o anche i questori, i quali per i compiti a loro attribuiti, non possono essere di numero inferiore a tre membri. La riduzione operata dalla riforma renderebbe difficoltosa l'applicazione del criterio di nomina, rompendo quell'equilibrio istituzionale che finora ha prevalso. Se in futuro dovesse prevalere il criterio di proporzionalità, rischierebbero, come detto in premessa di essere penalizzati i gruppi minoritari o d'opposizione, viceversa, nel caso di prevalenza del criterio della rappresentatività, si verrebbe a determinare una sovra-rappresentazione dei gruppi minoritari rispetto alla consistenza numerica.

²² La riduzione del numero dei parlamentari determina, inoltre, la variazione dell'assemblea degli elettori del Presidente della Repubblica che viene rideterminata nell'indice numerico di 600 parlamentari (oltre ai senatori a vita), cui occorre aggiungere i 58 rappresentanti delle Regioni (tre delegati per ogni Regione e un solo delegato per la Valle d'Aosta). Di conseguenza, viene a configurarsi un rafforzamento della componente espressa dai Consigli regionali (dal 5,7% all'8,8%), rispetto al totale degli aventi diritto.

²³ Alcuni rilievi, in tal senso, in P. COSTANZO, *Quando i numeri manifestano principi ovvero della probabile incostituzionalità della riduzione dei parlamentari*, in *Consulta Online*, fasc. 1/2020.

riflettersi sull'organizzazione interna delle commissioni permanenti, aggravandone lavoro e tempi di espletamento, con il rischio di pervenire ad una differenziazione tra commissioni permanenti tra quelle "a tempo pieno" e altre "part-time".

Peraltro, occorrerà ripensare alla consuetudine costituzionale che ha contrassegnato l'accesso di ciascun parlamentare ad una sola Commissione permanente, alla quale è designato, *ab origine*, da parte del gruppo di appartenenza. Sul punto, la soluzione più diffusamente ipotizzata è quella della riduzione del numero delle Commissioni permanenti per garantire la presenza in ciascuna di un numero adeguato di componenti.

Pur se indubbia appare l'incidenza della riduzione del numero dei parlamentari anche sulle scelte e composizioni numeriche degli organi collegiali di direzione politico-amministrativa parlamentari, appare più complesso il discorso legato agli effetti sul numero dei deputati da nominare nelle commissioni parlamentari permanenti, anche in considerazione del criterio proporzionale dei grupparlamentari e alla sua necessaria conformità alle regole costituzionali. Si pensi al disposto dell'art. 72 che prevede - per la composizione delle Commissioni finalizzata alla predisposizione dei disegni di legge - il rispetto della proporzione dei gruppi parlamentari o la previsione di cui all'art. 82 che attribuisce a ciascuna Camera la facoltà di disporre inchieste su materie di pubblico interesse attraverso l'istituzione di particolari Commissioni la cui composizione deve rispecchiare la proporzione dei gruppi parlamentari.

Il rischio cui si andrebbe incontro è quello di ridisegnare i criteri di determinazione del numero dei membri che compongono le Commissioni, così violando le indicazioni regolamentari che non consentono espressamente di operare modifiche sul ruolo dei singoli parlamentari e sulla partecipazione alle stesse, solo per rispettare il criterio di proporzionalità; sicché, l'ipotesi di assegnazione di alcuni deputati a più commissioni, potrebbe alterare il criterio di proporzionalità della singola commissione rispetto a tutta l'Assemblea.

Vi è poi l'ipotesi che alcuni gruppi parlamentari non siano rappresentati in tutte le Commissioni, perché inferiori al numero dei loro rappresentanti rispetto al numero delle Commissioni presenti; per le forze politiche di opposizione, potrebbe delinarsi un quadro di inoperatività nell'esercizio del loro mandato nel quadro dell'informazione, ispezione e controllo. Come accennato, si potrebbe ipotizzare il necessario accorpamento delle attuali Commissioni parlamentari e la

riconfigurazione delle loro competenze; occorrerà, comunque, che il tutto avvenga in maniera omogenea e armonizzata per entrambe le Camere poiché si potrebbero generare deleterie sproporzioni. Altrettanto importante sarà aver cura che non vadano a crearsi asimmetrie con i ministeri di riferimento a seguito della riduzione o accorpamento delle commissioni parlamentari (che comunque dovrà seguire il criterio dell'affinità tra le singole commissioni oggetto di fusione); infatti, in linea di ipotesi si potrebbero verificare squilibri nei rapporti tra i citati organi, come nel caso di più commissioni associate ad un solo ministero, o più ministeri riconducibili ad una solacommissione. Tra l'altro, il nuovo quadro di composizione delle commissioni potrebbe obbligare ad un decremento numerico delle Commissioni (fusione o accorpamento) per evitare un eccessivo addensamento di lavoro per i parlamentari impegnati in più commissioni.

Vi è poi un ulteriore aspetto legato sempre alla riduzione del numero dei parlamentari e all'incidenza della riforma anche sui Gruppi parlamentari, istituiti per garantire il buon andamento dei lavori parlamentari e l'effettività del principio di rappresentatività da regolamenti parlamentari che prevedono che ciascun parlamentare, subito dopo l'elezione, sia tenuto ad iscriversi a un Gruppo parlamentare²⁴.

Alla luce della vigente disciplina regolamentare si andrebbe a profilare una situazione in cui alcune forze politiche, pur ottenendo i seggi disponibili, non riuscirebbero a formare un Gruppo politico, salvo che non si intervenga per abbassare il quorum per la formazione del Gruppo parlamentare con un criterio proporzionale, anche se potrebbero generarsi nuovi Gruppi con un numero troppo esiguo di componenti o anche forze politiche impossibilitate a formare un Gruppo. Appare, dunque, un dato necessario quello della modifica ai regolamenti parlamentari²⁵.

²⁴ Il dato numerico, secondo il dettato regolamentare vigente, richiede nel caso del Gruppo politico presente alla Camera dei Deputati, ad ogni inizio legislatura, un numero minimo di 20 rappresentanti (rispetto ai 10 per il Senato), mentre per il Gruppo misto 10.

²⁵ Sul punto, v. C. MASCIOTTA, *I regolamenti parlamentari alla prova della riduzione del numero dei parlamentari*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2020, p. 761 ss.; N. LUPO, *Tutto ciò che si può (e si deve) fare con i regolamenti parlamentari, all'indomani del referendum costituzionale, in federalismi*, spec. p. 5 ss.; G. GUERRA, *Quando il legislatore costituzionale "dà i numeri" è meglio non fidarsi. Brevi osservazioni critiche sulla riduzione dei parlamentari*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 2/2020, p. 507 ss.; L. LEO, *La riduzione del numero dei parlamentari tra passato e presente*, *ivi*, 3, 2020, p. 593 ss.

5. La cornice normativa *de iure condendo*.

La riforma in esame si colloca in una più vasta cornice di modifiche che di fatto pongono in discussione l'originario ruolo del Parlamento e la sua centralità, già in questi anni messa in discussione anche dalle sempre più ricorrenti pronunce monito della Corte costituzionale che ne avevano ravvisato spazi di inefficienza e grave inerzia²⁶. Si tratta di un processo su cui ha inciso la graduale crisi della rappresentanza politica e il tentativo di spostare una parte del potere d'indirizzo, di stimolo e di controllo sul corpo elettorale, che si vuole trasformare nello strumento cardine della futura democrazia. Si pensi, tra gli altri, al programma di riorganizzazione degli istituti di democrazia diretta - come nel caso del progetto di riforma dell'art. 71 Cost. in materia di iniziativa legislativa popolare, tramite l'introduzione del "referendum propositivo"²⁷ - con l'obiettivo di accrescerne l'efficacia nella fase di formazione delle leggi²⁸.

La proposta di legge di modifica dell'art. 71 Cost. con la previsione dell'iniziativa legislativa popolare "rafforzata" e la previsione di un referendum approvativo, con l'inserimento di nuove forme di democrazia diretta, in realtà tende a depotenziare quella rappresentativa e la revisione operata dalla riforma in esame sulla riduzione del numero dei parlamentari sembra allinearsi all'accennato obiettivo di depotenziare il ruolo del Parlamento ed attuare una politica protesa alla sostituzione della dialettica parlamentare attraverso la legittimazione democratica del voto popolare. Tra gli obiettivi, quello di limitare i repentini e costanti spostamenti dei membri del parlamento all'interno dei gruppi politici, attraverso nuove regole costituzionali, in un quadro che si era da sempre orientato verso la piena libertà, per l'eletto, di cambiare in corso d'opera la cornice politica di appartenenza. Peraltro, il principio

²⁶ Cfr. sul punto, S. GAMBINO, *Quale centralità del Parlamento se si procedesse al taglio del numero dei parlamentari?*, in *Consulta online*, 1 settembre 2020.

²⁷ Si tratta del Disegno di legge costituzionale A.C. 1173, di Modifica dell'art. 71 della Costituzione in materia di iniziativa legislativa popolare. Sullo stesso argomento è stato poi associato, in sede referente, il disegno di legge costituzionale A.C. 726, Modifica dell'articolo 71 della Costituzione, concernente l'iniziativa delle leggi e l'introduzione del referendum propositivo, testo poi passato al Senato con disegno di legge costituzionale S. 1089.

²⁸ Puntuale la disamina di E. CATELANI, *Una riforma costituzionale puntuale che ha effetti ulteriori alla mera riduzione del numero dei Parlamentari?*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, **3/2020**; M. VOLPI, *La riduzione del numero dei parlamentari e il futuro della rappresentanza*, in *Costituzionalismo* 1/2020, p. 43 ss.

del divieto del mandato imperativo aveva assunto, nel tempo, una duplice accezione di tutelare il parlamentare nella sua autonomia sia dal corpo elettorale che dagli stessi partiti politici, in un quadro di non necessaria coincidenza in termini di rappresentanza²⁹.

Nel recente programma politico, l'obiettivo di avviare una revisione costituzionale volta a introdurre istituti che assicurino più equilibrio al sistema, il progetto di revisione dell'art. 67 Cost., con riferimento al divieto di mandato imperativo, se correlato alla riduzione dei parlamentari, rischia di trasformare profondamente il ruolo del Parlamento, assegnando ai singoli componenti il mero compito di trasferire nell'Assemblea le decisioni precedentemente assunte nelle sedi politiche³⁰.

Tornando al referendum confermativo, si tratta di un progetto di riforma finalizzato ad una fusione della volontà riformatrice del legislatore con il consenso popolare e la riforma in esame potrebbe rappresentare l'avvio di un processo di sensibile modifica della nostra Costituzione che potrebbe interessare anche il principio del bicameralismo perfetto, muovendosi verso una differenziazione nel ruolo e nelle competenze tra le due Camere³¹. Vi è poi che la dimensione più esigua

²⁹ “Il libero mandato è, in sostanza, l'essenza della rappresentanza e la radice dalla quale germogliano una serie di diritti e prerogative del singolo parlamentare attraverso le quali partecipa, ancorché singolarmente, alle funzioni legislative, di indirizzo e di controllo con cui si forma e si determina la volontà ultima del Parlamento. Caduto l'art. 67 Cost., verrebbe ad essere pregiudicata l'essenza della rappresentanza politica e, conseguentemente, menomata l'attività parlamentare che si nutre del dibattito, della diversità di posizioni, della contrapposizione tra gli interessi in gioco anche nell'ambito di un singolo gruppo parlamentare”. In tal senso, L. DI MAJO, *Riduzione del numero dei parlamentari e centralità del Parlamento*, in *Riv. Gruppo di Pisa*, n. 3/2020, p. 55 ss.

³⁰ Sul punto, cfr. A. PATRONI GRIFFI, *La riduzione del numero dei parlamentari: uno specchietto per le allodole? in federalismi*, paper – 28 aprile 2020. “...aleggiano pericolose voci politiche favorevoli al superamento del divieto di mandato imperativo che è garanzia fondamentale nel disegno costituzionale, ma che si traduce talora in strumento di basso calcolo politico personalistico, contribuendo a svuotare di significato la rappresentanza della Nazione voluta dai Costituenti nell'articolo 67. Il vero tema è la perdita, sì della centralità parlamentare, ma soprattutto la crisi della rappresentanza politica, la sua scarsa qualità, ed è una crisi profonda, che investe gli eletti e, in qualche misura, la società, gli elettori e, dunque, noi stessi”.

³¹ Cfr. la disamina di F. SEVERA, *Effetti e prospettive future dell'ormai definitiva riduzione del numero dei parlamentari*. (A proposito del volume di E. Rossi (a cura di), *Meno parlamentari, più democrazia?*, Pisa, UPI, 2020, pp. 286), in *Nomos*, 2/2020; A. CIANCIO, *Quali riforme dopo la riduzione del numero dei parlamentari? Brevi considerazioni a margine della proposta per la valorizzazione del Parlamento in seduta comune e l'introduzione della sfiducia costruttiva*, in *federalismi*, paper - 21 Ottobre 2020; M. BELLETTI, *Miopia istituzionale nella strategia delle riforme costituzionali, o consapevole ricerca di una “marginalizzazione” della rappresentanza parlamentare? Le conseguenze della riduzione del numero dei parlamentari, ovvero, la strada verso l'introduzione di un sistema monocamerale*, *ivi*, paper-15 aprile 2020, p. 1 ss.; A. PIRAINO, *Crisi della democrazia, taglio dei parlamentari e “trasformazione” del sistema delle leggi elettorali*, *ivi*; V. PEPE, *La “democrazia povera” e il referendum sulla riduzione dei parlamentari in Italia. Brevi notesulla violazione del*

delle assemblee legislative necessiterà di un nuovo sistema elettorale che difficilmente potrà evitare la forte limitazione della rappresentazione dei partiti più piccoli; ciò posto, la nuova legge elettorale potrebbe prevedere soglie di sbarramento ragionevolmente più alte, ovvero rendere proporzionalmente più ampia la quota di seggi assegnata su base di collegi uninominali, in un contesto che sarà contrassegnato da un significativo incremento dell'influenza personale del singolo parlamentare, chiamato a rappresentare collegi più vasti e più popolosi e ad assumere maggior peso decisionale nei singoli gruppi parlamentari, per le ragioni anzidette. Parimenti, si assisterà ad un incremento del potere di chi potrà scegliere candidati e ruoli³².

Rilievi conclusivi inducono all'interrogativo se la modifica costituzionale in esame debba essere valutata singolarmente o sia prodromica rispetto ad una pluralità d'interventi legislativi e di revisione costituzionale che potrebbero sottoporre il nostro ordinamento ad una trasformazione non certo di lieve entità. Appare indubbia l'esigenza indifferibile di porre in essere una concreta ed immediata normativa attuativa della riforma, in assenza della quale si rischierebbe di generare effetti doppiamente deleteri per la stabilità e organicità del sistema costituzionale³³.

Nei recenti dibattiti della dottrina, infatti, ha preso piede in maniera sempre più significativa l'esigenza di affrontare il tema delle prossime e necessarie riforme conseguenziali a quella già varata sulla riduzione del numero dei parlamentari. La lente di ingrandimento si è spostata sul percorso per incrementare le opportune garanzie costituzionali e di rappresentanza democratica, che il Governo aveva fissato

principio di uguaglianza del voto, *ivi*, p. 1 ss.; S. CURRERI, *Gli effetti della riduzione del numero dei parlamentari sull'organizzazione e sul funzionamento delle Camere*, *ivi*.

³² Si v. F. CLEMENTI, *Sulla proposta costituzionale di riduzione del numero dei parlamentari: non sempre "less is more"*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. 19, 2019, p. 11 ss.

³³ In tal senso, N. LUPO, *Il referendum per ridurre i parlamentari? La riforma è nulla, senza l'attuazione*, in *sog.luiss.it*. L'Autore evidenzia che "In caso di vittoria del "sì" al referendum, se ci si limiterà a dare attuazione alla riforma soltanto adeguando i quorum – e dunque, in particolare, esclusivamente riducendo i requisiti per la formazione dei gruppi, ma lasciando immutati numero e composizione delle commissioni, senza incidere in alcun modo sui rapporti tra le due Camere – il ritorno, in termini di maggiore efficienza e di recupero del ruolo del Parlamento, appare davvero arduo da dimostrare. A quel punto gli argomenti a favore dell'antiparlamentarismo troverebbero di sicuro nuova e ulteriore linfa. Se al contrario si avrà la forza di cogliere questa occasione per ripensare in profondità, esattamente 50 anni dopo i regolamenti del 1971, le caratteristiche dei soggetti e dei procedimenti parlamentari, una revisione costituzionale apparentemente minimale potrebbe segnare un significativo cambio di passo negli assetti del parlamentarismo in Italia". Cfr., anche i rilievi di M. FERRARA, *La revisione puntuale sulla riduzione del numero dei parlamentari nella XVIII legislatura (ovvero del modificare la Costituzione per punti agili)*, in *federalismi*, n.12, del 29 aprile 2020.

tra gli obiettivi per assicurare il pluralismo politico e territoriale. In cima, la riforma della legge elettorale, la modifica dei requisiti di elettorato attivo e passivo per l'elezione delle Camere ed una revisione costituzionale volta a introdurre istituti che assicurino più equilibrio al sistema e che contribuiscano a riavvicinare i cittadini alle istituzioni. L'intervento di modifica del sistema elettorale rappresenta, diffusamente, il contrappeso più importante alla riduzione del numero dei parlamentari e l'auspicio è che si possano assicurare pluralismo politico e territoriale, parità di genere e maggior allineamento ai moniti della giurisprudenza costituzionale in materia elettorale. Il disegno che si profila sembra escludere il ricorso a sistemi maggioritari, come anche l'adozione di sistemi misti o fondati su un premio di maggioranza come quelli sperimentati dal 1993 in poi. In tal senso si colloca la proposta di legge A.C. 2329, che prevede un sistema proporzionale per liste concorrenti in circoscrizioni plurinominali con l'abolizione dei collegi uninominali e della possibilità per le liste di dare vita a una coalizione. Diretta conseguenza che l'elettore disporrebbe di un unico voto per la lista prescelta, con l'eliminazione del cd. "voto congiunto", che vincolava l'elettore nell'attribuzione di due voti politicamente diversi (nel collegio uninominale e in quello plurinominale)³⁴.

Rilievi critici sono stati evidenziati in ordine all'entità della "soglia di sbarramento" fissata al 5% su scala nazionale - dato funzionale a preservare il Paese da una smisurata frammentazione politica - in termini non tanto dissimili, di fatto, da quanto era regolamentato dal sistema elettorale proporzionale della Camera antecedente alla legge del 1993, pur dovendosi necessariamente parametrare l'entità della soglia al singolo contesto politico in cui dovrebbe applicarsi. Poche le assonanze con l'omologa soglia prevista nel sistema tedesco, ove l'accesso alla rappresentanza è attribuito alle liste che superino il 5% o siano vincenti in tre collegi uninominali. Maggiori perplessità sono emerse in ordine alla riproposizione delle "liste bloccate", elemento che ha già contrassegnato le leggi elettorali dal 1993 in poi e già sindacato dalla Corte costituzionale - in occasione del vaglio di legittimità costituzionale della n.270 del 2005 - che ne aveva evidenziato, nei rilievi di criticità, l'illegittima sottrazione, per l'elettore, di ogni margine di scelta dei propri rappresentanti, scelta che veniva assegnata preventivamente ai partiti.

³⁴ Sul punto, cfr. D. PORENA, *Il "Germanicum" tra luci e ombre: brevi note e osservazioni critiche sulla legge elettorale all'esame del Parlamento*, in questa Rivista, n.4/2020, p. 506 ss.

La stessa Corte nella successiva pronuncia n. 35 del 2017, censurando alcuni profili della legge n. 52 del 2015 non aveva ravvisato ragioni di incostituzionalità nella previsione dei capilista bloccati, sia in considerazione della ridotta dimensione dei collegi plurinominali, della limitazione del blocco ai soli capilista e della possibilità di esprimere due preferenze per gli altri candidati, purché di sesso diverso. Dall'esame del precitato disegno di legge, la previsione di collegi plurinominali (con l'attribuzione da 2 a 8 seggi), emerge come l'unica e sola delle tre suindicate condizioni che verrebbero preservate, così profilandosi una situazione nella quale sono i vertici o direttamente il leader del partito a scegliere i candidati, con rischi di compressione della libertà dell'elettore e del livello di qualità della rappresentanza. Elemento che sembrerebbe disattendere l'accennato obiettivo di elidere il distacco tra elettori ed eletti.

Tra le accennate iniziative di riforma costituzionale in corso di esame vi è il testo di modifica costituzionale (A.C. 1585-B cost.) che, modificando l'art. 58, primo comma, Cost., abbassa da 25 a 18 anni l'età per eleggere i componenti del Senato, al fine di equiparare i requisiti di elettorato attivo e passivo a quelli previsti per la Camera³⁵. Tra le ragioni ad essa sottese, quella di rispettare il principio di eguaglianza del voto per due Camere che esercitano le stesse funzioni, riducendo la differenza intercorrente fra il corpo elettorale della Camera e quello del Senato (dai recenti dati quasi raddoppiato) e al fine di ridurre la possibilità che le elezioni delle due Camere vadano a generare maggioranze diverse, nell'ottica di una maggiore effettività del sistema "bicamerale perfetto" (forse prodromica ad una più pregnante riforma tesa al monocameralismo)³⁶.

Tra le altre iniziative, sono in corso di esame parlamentare altri progetti di legge di modifica costituzionale, quali la modifica degli artt. 57 e 83 Cost., in materia di base elettorale per l'elezione del Senato della Repubblica e di riduzione del numero dei delegati regionali per l'elezione del Presidente della Repubblica (A.C. 2238). In discussione, inoltre, un progetto di modifica costituzionale che, integrando l'art. 71

³⁵ L'originario testo unificato, accorpava varie proposte di legge costituzionali e stabiliva solo la riduzione a 18 anni dell'elettorato attivo era stato approvato dalla Camera il 31 luglio 2019; in seguito, il disegno di legge costituzionale A.S. 1440 ha subito emendamenti nella Commissione affari costituzionali del Senato, in data 15 gennaio 2020, con l'inserimento della riduzione dell'elettorato passivo a 25 anni.

³⁶ Sul punto, si v. N. LUPO, *Audizione informale sui disegni di legge costituzionale S. 1440 e abbinati* (Modifica all'art. 58 Cost., in materia di elettorato per l'elezione del Senato della Repubblica) – Commissione Affari Costituzionali del Senato, Ufficio di Presidenza, integrato dai rappresentanti dei gruppi – 14 novembre 2019, in *Astridonline.it*, 18/2019, p. 1 ss.

Cost., introduce una particolare forma di iniziativa legislativa popolare "rinforzata" che può essere confermata attraverso il referendum popolare (A.C. 1173); quanto all'art. 75 Cost., altra proposta afferisce al *quorum* richiesto per l'approvazione del referendum abrogativo. All'esame del Senato, poi, una proposta di legge (già passata al vaglio del referendum del 2006) che abroga il Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro (CNEL) e una proposta di legge che dispone la costituzionalizzazione del sistema delle Conferenze e l'introduzione della clausola di supremazia statale (A.S. 1825).

Con riferimento all'iniziativa di modifica degli artt.57, comma 1, Cost. e dell'art. 83, c. 2, Cost., si tratta, anzitutto, di modifiche accorpate in una sola proposta di legge costituzionale (A.C. 2238). Dal progetto di riforma emerge l'intento di sostituire con la base «regionale» prevista per l'elezione del Senato con quella «circostrizionale» e di ridurre da tre a due dei delegati regionali che partecipano all'elezione del Presidente della Repubblica; quanto alla proposta di legge di previsione della base circostrizionale per l'elezione del Senato, essa è stata motivata sia dall'eccessiva ampiezza dei collegi uninominali senatoriali, sia dalla forte disparità tra le Regioni nel rapporto tra seggi e popolazione media, che si avrebbero «in assenza di ulteriori interventi legislativi e costituzionali», anche al fine di garantire il pluralismo nelle Regioni più piccole. Vi è però il rischio che il mantenimento di un numero minimo di seggi per ogni Regione potrebbe generare dubbi sulla possibilità di una assegnazione nazionale dei seggi comportando, altresì, il mantenimento di un riferimento alle Regioni nella definizione delle circostrizioni³⁷.

Quanto, infine, alla proposta di riduzione di un terzo del numero dei delegati regionali prevista per l'elezione del Presidente della Repubblica si tratta di una riforma dettata dalla necessità di evitare che la riduzione del numero dei parlamentari, possa incidere sull'eccessivo peso della componente regionale nel collegio elettorale (si passerebbe dal 5,8% all'8,7%). Sono emerse, tra le criticità, quella dettata dalla necessità di accrescere il ruolo delle Regioni in Parlamento e, altra ancora, ancorata all'impossibilità di contemperare la rappresentanza delle minoranze

³⁷Tra le criticità evidenziate, cfr. M. VOLPI, *La riduzione del numero dei parlamentari e il futuro della rappresentanza*, op. cit., p. 28 ss.; secondo l'Autore, «...l'adozione di un sistema elettorale proporzionale renderebbe possibile...una ripartizione nazionale dei seggi tra le liste concorrenti, fermo restando poi l'obbligo di operare una assegnazione alle Regioni sulla base dei seggi a queste attribuiti. Quanto alla definizione delle circostrizioni nulla vieterebbe che, accanto a circostrizioni infra-regionali per le Regioni più popolate, vi siano circostrizioni pluriregionali delle quali facciano parte quelle meno popolate...».

prevista nell'art. 83, c. 2, Cost., con il diritto della maggioranza a essere prevalente nella delegazione regionale³⁸.

6. Le recenti iniziative di riforma in itinere.

Dal recente dibattito è emersa una diffusa convergenza sulla considerazione che se la riforma in esame non sarà accompagnata da riforme importanti di riequilibrio, gli esiti saranno difficilmente favorevoli e proficui. L'auspicio è orientato per lo meno verso una nuova legge elettorale equilibrata e parametrata alla situazione attuale, un consistente lavoro di "aggiornamento" dei regolamenti parlamentari che riesca a valorizzare il ruolo del Parlamento³⁹.

Il nuovo assetto numerico delle Camere troverà applicazione dalla prossima legislatura e non si dovrebbe perdere l'occasione di apporre per tempo le necessarie integrazioni a tale intervento riformatore, sia sotto il profilo dell'adeguamento dei regolamenti parlamentari, sia mediante ulteriori revisioni della Costituzione. La crisi di governo poi sopraggiunta ha fortemente rallentato le iniziative e il dibattito sulle riforme istituzionali, anche in considerazione del concreto rischio di nuove elezioni anticipate.

Vi sono già in cantiere alcune proposte e anche in ordine alle modifiche da apporre ai regolamenti parlamentari, piccoli e timidi passi si sono registrati⁴⁰. Tra le

³⁸ In tal senso, N. LUPU, *Audizione informale*, cit.; secondo M. VOLPI, *La riduzione del numero dei parlamentari*, op. cit., p. 30 ss., la necessità di accrescere il ruolo delle Regioni in Parlamento appare un problema reale, ma che non può essere affrontato in modo trasversale e isolato, facendo ricorso ad una riforma organica dello Stato regionale italiano e delle istituzioni di raccordo tra Stato e Regioni. Quanto, invece, all'impossibilità di contemperare la rappresentanza delle minoranze prevista nell'art. 83, c. 2, Cost., con il diritto della maggioranza a essere prevalente nella delegazione regionale, «...è inevitabile che la rappresentanza delle minoranze si risolva nell'attribuire a queste uno dei due delegati... il sacrificio imposto alle maggioranze nei Consigli regionali è attenuato dalla considerazione che maggioranze e minoranze sono variabili nelle diverse Regioni e dalla constatazione che il voto dei delegati regionali è sempre avvenuto in base alle appartenenze politiche nazionali». Cfr., inoltre, N. LUPU, G. PICCIRILLI, (a cura di) *Legge elettorale e riforma costituzionale: procedure parlamentari "sotto stress"*, Il Mulino, 2016.

³⁹ M. VOLPI, *La riduzione del numero dei parlamentari e il futuro della rappresentanza*, op. cit., p. 23 ss.

⁴⁰ Le due Giunte per il regolamento, infatti, hanno disposto l'istituzione di comitati ristretti al loro interno, al fine di avviare in via informale il lavoro di elaborazione delle proposte di modifica dei regolamenti conseguenti alla riduzione del numero dei parlamentari. Non sarà quindi possibile avere risultanze dei lavori all'interno di tali comitati ristretti finché questi non saranno condivisi nella Giunta plenaria (nonché quest'ultima pubblicherà i resoconti delle relative sedute). Il Comitato ristretto costituito presso la Giunta per il regolamento della Camera si è riunito il 22 ottobre. Sul punto, cfr. F. FABRIZZI, G. PICCIRILLI, *Osservatorio parlamentare sulle riforme*

iniziative che hanno già trovato approdo occorre annotare il decreto legislativo 23 dicembre 2020, n. 177, finalizzato alla riconfigurazione dei nuovi collegi elettorali, nell'ottica di immediato adeguamento degli stessi all'avvenuta riduzione del numero dei parlamentari e di assicurare la massima neutralità nella delineazione territoriale dei collegi⁴¹.

La tempestiva adozione del decreto legislativo è stata inquadrata tra gli adempimenti costituzionali necessari in attesa che sia approvata la nuova riforma elettorale all'esame delle Camere, per la determinazione dei collegi uninominali e plurinominali per l'elezione della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica in base alla delega contenuta nell'articolo 3 della legge 27 maggio 2019, n. 51, poi divenuta operativa a seguito dell'entrata in vigore della legge costituzionale 19 ottobre 2020, n. 1 sulla riduzione del numero dei parlamentari in conseguenza dell'esito favorevole del referendum costituzionale confermativo.

La scelta manifestata dal Governo è stata quella di non esercitare alcuna forma di discrezionalità politica rispetto al disegno dei collegi elettorali presentato dalla Commissione sulla base di decisioni tecniche, al fine di assicurare, come detto, la massima neutralità politica nella delimitazione territoriale dei collegi stessi. Con il decreto legislativo 23 dicembre 2020, n. 177 che ridefinisce il numero e la dimensione dei collegi uninominali e plurinominali per le elezioni della Camera e del Senato. Non sono oggetto della delega legislativa le disposizioni riguardanti la circoscrizione Estero a cui sono assegnati, a seguito dell'entrata in vigore della legge costituzionale n. 1 del 2020, 8 seggi alla Camera e 4 seggi al Senato, inoltre non è stato oggetto di modifica quanto disposto per la regione Valle d'Aosta, alla quale spetta un solo seggio in ciascun ramo del Parlamento e le cui modalità di elezione, con metodo maggioritario, sono disciplinate da specifiche norme.

Il decreto legislativo n. 177 del 2020 è composto da sei articoli e dalle tabelle allegate recanti la determinazione dei collegi elettorali a seguito dell'entrata in vigore della legge costituzionale n. 1 del 2020 sulla riduzione del numero dei parlamentari. In particolare, l'articolo 1 riguarda la determinazione dei collegi per la Camera dei deputati rinviando – per i collegi uninominali – a quanto previsto dalla Tabella A.1 e

istituzionali conseguenti alla riduzione del numero dei parlamentari, in *Federalismi*, paper – aggiornato al 17 marzo 2021.

⁴¹ Si tratta del d.l. n.177/2020: “Determinazione dei collegi elettorali uninominali e plurinominali per l'elezione della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica, a norma dell'articolo 3 della legge 27 maggio 2019, n. 51”, pubblicato nella G.U. n. 321 del 29 dicembre 2020, S.O. n. 45.

– per i collegi plurinominali – dalla Tabella A.2. L'articolo 2 riguarda la determinazione dei collegi per il Senato della Repubblica rinviando – per i collegi uninominali – a quanto previsto dalla Tabella B.1 e – per i collegi plurinominali – dalla Tabella B.2.

Quanto alle citate tabelle esse recano, per ciascuna circoscrizione elettorale, un codice alfanumerico e la denominazione della circoscrizione elettorale; la denominazione del collegio; la denominazione del comune o dell'area sub-comunale con la maggiore ampiezza demografica inclusi nel collegio e la denominazione del comune o dell'area sub-comunale inclusi nel collegio.

L'avvenuta rideterminazione dei collegi elettorali alla luce della nuova configurazione numerica delle Camere operata dal decreto legislativo 23 dicembre 2020, n. 177, come detto è stata presentata come un intervento costituente il minimo necessario per assicurare la funzionalità del meccanismo elettorale anche con i nuovi numeri dei componenti delle Camere, che troveranno applicazione con la prossima legislatura. Di fatto, la legge n. 51 del 2019 aveva operato un "adeguamento anticipato" del meccanismo elettorale previsto dalla legge n. 165 del 2017 (c.d. Rosatellum-bis) a una eventuale modifica del numero dei parlamentari. L'esito referendario, infatti, aveva reso necessaria la riconfigurazione dei collegi con l'incremento dell'estensione territoriale, lasciando incognite circa i territori da accorpare tra loro⁴².

Come accennato, le turbolenze generate dalla crisi politica hanno indubbiamente frenato le prospettive di riforme istituzionali a seguito della riduzione del numero dei parlamentari e occorrerà riprendere i lavori con maggiore celerità – atteso che anche nelle ultime settimane non risultano essere stati fatti significativi passi avanti – al fine di prevenire gli scompensi nell'equilibrio istituzionale e gravi alterazioni dell'ordinamento costituzionale. Il cammino è ancora lungo e tortuoso, ma occorre scongiurare il rischio che anche la riforma in esame sia foriera di tardivi pentimenti, come occorso in altre iniziative di revisione costituzionale che non hanno sortito gli effetti auspicati, impegnando la Corte costituzionale al di là di ogni più infausta previsione.

⁴² In tal senso, F. FABRIZZI, G. PICCIRILLI, *Osservatorio parlamentare sulle riforme istituzionali*, op. cit.

LA REALIZZAZIONE DI INTERVENTI ED OPERE NEI SITI CONTAMINATI

Giovanni Savarese*

ABSTRACT [ITA]: L'ordinamento italiano in materia di caratterizzazione e bonifica dei siti contaminati (d.lgs. 152/2006) prevede che il sito sul quale risultino necessarie attività di messa in sicurezza, bonifica o ripristino ambientale possa essere gravato da un onere di natura patrimoniale. A ciò si aggiunge il vincolo urbanistico e d'uso che può scaturire dalla valutazione effettuata tramite analisi di rischio sanitario-ambientale sito specifica. Anche se non c'è traccia evidente di limitazioni alla realizzazione di opere edilizie e/o urbanistiche sui siti per i quali sia attivo un c.d. *procedimento di caratterizzazione e bonifica*, alcuni interventi normativi che hanno specificato tipologie di interventi ammessi e relative condizioni di verifica di non interferenza con le attività di tutela ambientale, possono essere interpretati con accezione restrittiva rispetto a quanto non previsto. Il d.lgs. 152/2006 tuttavia non è l'unica fonte a cui riferirsi per il caso in esame e indubbiamente può essere novellato a pieno titolo il D.P.R. 120/2017 che disciplina la gestione delle terre e rocce da scavo con riguardo anche ai siti contaminati. Il d.lgs. 152/2006 ha poi subito numerosi aggiornamenti e specificamente in argomento sono state introdotte novità rilevanti dal D.L. 76/2020. Scopo del presente contributo è ripercorrere gli assetti principali che riguardano la realizzazione di opere ed interventi nei siti contaminati secondo le fonti normative richiamate e darne una lettura integrata.

Parole chiave: ambiente, bonifica, caratterizzazione ambientale, scavi.

* 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.

ABSTRACT [ENG]: The Italian law on the characterization and remediation of contaminated sites (Legislative Decree no. 152 of 2006) provides that the site on which safety, remediation or environmental restoration activities are necessary may be burdened by a financial charge. Added to this is the urban planning and use constraint that may arise from the assessment carried out through a site-specific health-environmental risk assessment. Even if there is no obvious trace of limitations to the construction of building and / or urban planning works on the sites for which a so-called characterization and remediation process, some regulatory interventions that have specified the types of interventions allowed and the relative conditions of verification of non-interference with environmental protection activities, can be interpreted with a restrictive meaning with respect to what is not foreseen. However, Legislative Decree no. 152/2006 is not the only source to refer to for the case in question and undoubtedly the President of the Republic Decree no. 120 of 2017 which governs the management of excavated earth and rocks with regard also to contaminated sites. The Legislative Decree no. 152/2006 has then undergone numerous updates and specifically on the subject relevant innovations have been introduced by the Legislative Decree no. 76 of 2020. The purpose of this contribution is to retrace the main structures concerning the construction of works and interventions in contaminated sites according to the regulatory sources mentioned and to give an integrated reading.

Key word: *environment, remediation, site characterization, dig.*

SOMMARIO: **1.** Introduzione. – **2.** Il regime dei vincoli (una sintetica ricostruzione) e la realizzazione di opere nei siti contaminati nel tempo. – **3.** Le più recenti disposizioni in materia di realizzazione di interventi ed opere nei siti contaminati. – **4.** Realizzazione di interventi e gestione delle attività di scavo nei siti contaminati. – **5.** Lettura combinata del D.P.R. 120/2017 e del D.L. 76/2020. – **6.** Regione Toscana: una prima esperienza di indicazioni sull'art. 242-ter – **7.** Conclusioni.

1. Introduzione.

La Parte IV del d.lgs. 3 aprile 2006 n. 152 (c.d. Codice o Testo Unico dell'Ambiente¹) al Titolo V disciplina la materia "*Bonifica dei siti contaminati*". Nel merito si occupa delle procedure che permettono di affrontare la problematica, anche potenziale, di contaminazione delle matrici ambientali al fine di assicurare una pronta risposta dei vari soggetti (privati e pubblici) volta a contrastare, minimizzare e/o eliminare gli effetti negativi sull'ambiente e sull'uomo. È utile in questa sede ricordare che il codice distingue tra la definizione di «*sito potenzialmente contaminato*» da quella di «*sito contaminato*»: il primo è il caso di attestato o presunto superamento delle Concentrazione Soglia di Contaminazione² (CSC) per il quale si deve procedere ad «*operazioni di caratterizzazione e di analisi di rischio sanitario e ambientale sito specifica, che ne permettano di determinare lo stato o meno di contaminazione sulla base delle concentrazioni soglia di rischio (CSR)*», il secondo è il caso di sito nel quale l'attestato superamento delle CSR ne rende necessaria «*la messa in sicurezza e la bonifica*»³. In entrambi i casi, con diversi livelli, al sito sono applicate le procedure amministrative e tecniche previste dal Titolo V siano esse ordinarie *ex art* 242 o di altro tipo⁴. Nell'ambito di tali procedure il sito può risultare gravato da un regime di vincoli che impongono al proprietario del sito (anche se non responsabile della contaminazione) una serie di responsabilità⁵ ed oneri alcuni per l'appunto patrimoniali e immobiliari altri relativi allo stato fattuale del sito.

¹ 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, A. Lorenzetti, *Tecnica normativa e ambiente nel dialogo tra legislatore e giudici*, in *La tecnica normativa tra legislatore e giudici*, Quaderni del Gruppo di Pisa, M. Cavino, L. Conte, Convegni – Editoriale Scientifica, 2013, pag. 275 e ss.

² Tabella 1 (per il terreno) o Tabella 2 (per le acque sotterranee) di cui all'Allegato 5 al Titolo V alla Parte IV

³ Sul tema CSC e CSR si veda TAR Lombardia, Sez. I, 10 febbraio 2021, n. 142.

⁴ Procedure per aree contaminate di ridotte dimensioni *ex art.* 249, quelle *ex art.* 241-bis che disciplinano gli interventi «*nelle aree destinate ad uso esclusivo delle Forze Armate*», quelle *ex art.* 242-bis «*di bonifica del suolo con riduzione della contaminazione ai valori di concentrazione soglia di contaminazione*», quelle *ex art.* 252 «*relative alla rete di distribuzione carburanti*» e le procedure *ex art.* 241 «*aree destinate alla produzione agricola e all'allevamento*».

⁵ Si veda sul tema delle responsabilità TAR Lombardia, Sez. I, 9 ottobre 2018, n. 964 ed anche Cons. di Stato, Sez. IV, 7 settembre 2020, n. 5372.

Tali gravosità sono state interpretate nel tempo come vincolo anche alla realizzazione di opere ed interventi. Su quest'ultima materia è intervenuto il recente D.L. 76/2020 che ha apportato modifiche ed integrazioni al codice dell'ambiente. Obiettivo del contributo è illustrare gli impatti di quest'ultimo intervento normativo, dopo una breve disamina del regime vincolistico gravante sui i siti contaminati, anche in relazione ad altre norme di settore. La specificità dell'argomento in esame e il carattere di novità del testo esaminato hanno determinato la scarsa possibilità di attingere e far ricorso ad elementi di letteratura e giurisprudenza circostanziati.

2. Il regime dei vincoli (una sintetica ricostruzione) e la realizzazione di opere nei siti contaminati nel tempo.

Tra gli altri aspetti che caratterizzano un *“sito (potenzialmente) contaminato”* vi è l'onere legato alle attività di messa in sicurezza e bonifica che grava in caso di interventi *«effettuati d'ufficio dall'autorità competente»* ai sensi dell'art. 253 del d.lgs. 152/2006: infatti *«Le spese sostenute per gli interventi (di messa in sicurezza, bonifica o risanamento esercitate d'ufficio - n.d.r.)«sono assistite da privilegio speciale immobiliare sulle aree medesime»⁶. L'onere è tanto fattuale «che deve essere indicato nel certificato di destinazione urbanistica» e può essere fatto valere anche sul proprietario del sito non responsabile, in ogni caso nella misura massima pari al «valore di mercato del sito determinato a seguito dell'esecuzione degli interventi medesimi». Vincolo più specifico risulta qualora «all'esito dell'analisi di rischio sito specifica venga accertato il superamento delle concentrazioni di rischio»: secondo il comma 2 dell'art. 251 tale evenienza viene riportata dal certificato di destinazione urbanistica. Qualora invece la procedura di analisi di rischio sanitario-ambientale sito specifica riconduca al non superamento delle concentrazioni soglia di rischio (definite maggiori delle CSC) ovvero alla definizione e stato di *“sito non contaminato”* ex art. 240 comma 1 lettera f) il vincolo è in relazione alla caratteristica di sito specificità dell'analisi modellistica che si basa sulla *«ricostruzione del mondo reale (naturale e antropico), dei suoi elementi e delle**

⁶ Per un'analisi dettagliata si veda V. Corriero, *Garanzie reali e personali in funzione di tutela ambientale*, Università degli Studi di Bari, 2013-2014.

interazioni tra di essi, tramite strumenti matematici»⁷. Ogni variazione che impatti su tale ricostruzione, che prende il nome di “*modello concettuale del sito*”⁸, comporta la necessità che venga aggiornata l’analisi modellistica di rischio⁹.

Accanto a questi istituti, evidentemente vincolanti, non sembrano esserci particolari indicazioni ostative sorte nel tempo all’attuazione di sviluppi urbanistici, industriali e/o interventi edilizi in genere, e specificatamente nei casi in cui esiste una correlazione tra questa e la modifica allo *status quo* del suolo e del sottosuolo, anche se il tema è dibattuto. Autorevole letteratura ritiene che «*l’Amministrazione ... non può inibire l’utilizzo dell’area oggetto di bonifica (inibizione giustificata esclusivamente dall’onere reale)*»¹⁰ e che «*la quasi totalità degli interpreti esclude che dall’onere reale derivino obblighi di non fare*»¹¹. Diverso orientamento è invece quello del Giudice Amministrativo che ritiene come le esigenze di salvaguardia dei valori ambientali e di tutela della salute «*impediscono che si proceda all’edificazione ... dell’area gravemente inquinata, prima che ne sia realizzata l’integrale bonifica*»¹².

Invero, avendo il legislatore in più occasioni ritenuto necessario individuare procedure specifiche per la realizzazione di talune opere o interventi in siti contaminati, una certa interpretazione porterebbe ad escludere la realizzazione di

⁷ Istituto Superiore per la Ricerca e la Protezione Ambientale, *Criteri metodologici per l’applicazione dell’analisi assoluta di rischio ai siti contaminati*, (revisione 2, marzo 2008).

⁸ Come definito nell’Allegato 2 “*Criteri generali per la caratterizzazione dei siti contaminati*” al Titolo V alla Parte IV del codice.

⁹ Fonte nota 7, «*È sempre necessario prevedere la conduzione di una valutazione di rischio integrativa al momento dell’attuazione del cambiamento di destinazione e/o di utilizzo del sito*».

¹⁰ L. Prati, *La giurisprudenza in tema di bonifiche dei siti di interesse nazionale dopo il D. Lgs. 152/2006 – AMBIENTEDIRITTO.it* - Editore AMBIENTEDIRITTO, 2007 a commento di TAR Lombardia, Sez. II, 27 giugno 2007, n. 5288.

¹¹ S. Bigatti, *Rifiuti. disciplina dell’onere reale nella normativa sui siti contaminati*, Lexambiente – Editore Ramacci, 2020.

¹² TAR Piemonte, Sez. I, 21 novembre 2008, n. 2928 e sul tema si veda anche TAR Trento, Sez. Unica, 20 novembre 2013, n. 382 laddove viene avallata la valutazione fatta dall’amministrazione comunale in merito alla «*dismissione di una parte della capacità edificatoria*» di un sito identificato nel Piano regionale di bonifica delle aree inquinate in ragione del «*grave stato di degrado*» e viene inoltre riconosciuta la piena titolarità della scelta discrezionale nel «*valutare l’area in questione come di non più prevista edificazione*». Seguendo le ricostruzioni di cui al TAR Trento, Sez. Unica, 15 novembre 2019, n. 154 che si occupa di altri profili giurisprudenziali relativi alle medesime aree di cui alla precedente dello stesso Giudice (Sito di interesse nazionale “Trento Nord” area denominata “ex SLOI”), si apprende poi che in forza di un accordo di programma sottoscritto con i Soggetti non responsabili della contaminazione che si sono fatti carico di «*predisporre l’analisi di rischio e il progetto operativo di bonifica e ripristino ambientale del sito*» la stessa amministrazione ha «*riconosciuto in sede di pianificazione urbanistica un bonus volumetrico ... incrementandone la capacità edificatoria a copertura dei costi*».

opere non espressamente richiamate¹³. A proposito di interventi legislativi in materia, un primo richiamo alla possibilità di esecuzione di opere viene introdotto nel codice e segnatamente al comma 9 dell'art. 242 dal Decreto Legge 6 dicembre 2011, n. 201¹⁴: questo novella la possibilità che possano essere autorizzati interventi di manutenzione e messa in sicurezza di impianti e reti tecnologiche presenti sul sito oggetto di procedimento ambientale. Condizione vincolante è l'assenza di compromissione agli interventi di risanamento.

Più incisiva è l'azione da ricondurre all'emanazione del Decreto Legge 12 settembre 2014, n. 133¹⁵ (c.d. Sblocca Italia) che specificava, sebbene con una travagliata evoluzione¹⁶, la possibilità di realizzare uno spettro più ampio di interventi nei siti contaminati dettando procedure specifiche. Tali ultime, oggi di fatto inserite nel codice dell'ambiente in virtù dell'art. 242-ter (analizzato nel seguito), si pongono l'obiettivo di verificare che la realizzazione delle opere e degli interventi elencati in norma come ammessi non pregiudichi né interferisca con il completamento delle attività di bonifica.

D'altro canto, venendo alle disposizioni più recenti, la realizzazione di opere nei *siti contaminati* è ammessa senza esclusione di sorta, relativamente alla tipologia di opera, dal Decreto del Presidente della Repubblica 13 giugno 2017, n. 120¹⁷ che regola la gestione delle c.d. *terre e rocce da scavo*.

Anche se non più aggiornato, appare significativo riportare quanto indicato dal Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare (oggi Ministero della Transizione Ecologica) nel protocollo del 2014 adottato insieme alla società Terna Rete Italia S.p.A. per la realizzazione di infrastrutture elettriche: *«la questione della possibilità di eseguire opere e interventi in aree contaminate ... è stata affrontata dal legislatore con ripetuti e disomogenei interventi normativi ... da tali disposizioni ... si ritiene possa desumersi il principio generale che interventi ed opere, di interesse pubblico generale ...*

¹³ F. Vanetti, *Coordinamento tra attività di bonifica e interventi edilizi: è possibile?*, Rivista Giuridica dell'Ambiente – RGAONLINE, 2019.

¹⁴ Convertito nella Legge 22 dicembre 2011, n. 214.

¹⁵ Convertito nella Legge 11 novembre 2014, n. 164.

¹⁶ Nel decreto legge la possibilità era riservata a tutti i siti, questa è stata poi ridimensionata alle sole «*proprietà degli enti territoriali*» nella Legge di conversione 164/2014 salvo poi essere nuovamente ricondotta a tutti i siti tramite emanazione d'urgenza del Decreto Legge 11 novembre 2014, n. 165 decaduto poi per non conversione.

¹⁷ 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, nella legge 11 novembre 2014, n. 164.

possano essere realizzati ... a condizione che detti interventi non pregiudichino né interferiscano con ... la bonifica»¹⁸.

3. Le più recenti disposizioni in materia di realizzazione di interventi ed opere nei siti contaminati.

Il 14 settembre 2020 è stato pubblicato nella Gazzetta Ufficiale, il 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»¹⁹. Dei nove articoli che compongono il Capo, l'art. 52 introduce al codice dell'ambiente l'art. 242-ter *Interventi e opere nei siti oggetto di bonifica*. Gli interventi che «possono essere realizzati» sono i seguenti:

- Richiesti dalla normativa sulla sicurezza dei luoghi di lavoro
- Opere lineari di pubblico interesse, di sistemazione idraulica, di mitigazione del rischio idraulico
- Manutenzione ordinaria e straordinaria di impianti e infrastrutture, compresi adeguamenti alle prescrizioni autorizzative
- Opere per la realizzazione di impianti per la produzione energetica da fonti rinnovabili e di sistemi di accumulo, esclusi gli impianti termoelettrici, fatti salvi i casi di riconversione da un combustibile fossile ad altra fonte meno inquinante o qualora l'installazione comporti una riduzione degli impatti ambientali rispetto all'assetto esistente, opere con le medesime connesse, infrastrutture indispensabili alla costruzione e all'esercizio degli stessi impianti
- Opere lineari necessarie per l'esercizio di impianti e forniture di servizi
- «interventi statali sottoposti a VIA presenti nell'allegato II alla parte seconda del Codice dell'ambiente (in sostanza grandi impianti come raffinerie, elettrodotti, centrali termiche, strade, ferrovie, etc.)»²⁰

È determinante che le modalità di esecuzione delle opere «non pregiudichino né interferiscano con l'esecuzione e il completamento della bonifica» e non «determinino rischi per la salute dei lavoratori». Tale condizione dovrà essere specificatamente valutata

¹⁸ Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare prot. 0009210/TRI del 28/03/2014 fonte minambiente.it.

¹⁹ Per una più ampia analisi degli impatti in tema di «procedimento di caratterizzazione e bonifica» del D.L. 76/2020 si veda G. Savarese, *Siti Contaminati. Un'analisi del procedimento di caratterizzazione e bonifica alla luce del Decreto Legge 16 giugno 2020, n. 76*, AMBIENTEDIRITTO.it – Editore AMBIENTEDIRITTO, 2021.

²⁰ Per la classe elencata nel punto si riporta la definizione degli interventi data dal Servizio Studi – Dipartimento istituzioni della Camera dei deputati nella redazione del dossier di illustrazione del disegno di legge di conversione, D20076a_vol_II. Gli altri punti sono richiami testuali dell'art. 242-ter.

dall’Autorità competente ai sensi del Titolo V alla 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 (comma 2). Il comma 4 prevede²¹, per la verifica del rispetto delle condizioni di non interferenza con le attività di bonifica e di garanzia di salute dei lavoratori, procedure che si distinguono a seconda dello *step* al quale l’iter è giunto:

- 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.

- 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.

In ogni caso dovranno essere adottate *«precauzioni necessarie a non aumentare i livelli di inquinamento delle matrici ambientali interessate»*. È bene evidenziare che tali procedure sono da intendersi valide sin tanto che il Ministero della Transizione Ecologica (MiTE) e le Regioni non provvedano da un lato a specificare le procedure per la valutazione di non interferenza e rispetto della salute dei lavoratori dall’altro a definire modalità di controllo.

Le disposizioni su riportate ricalcano, dal punto di vista tecnico, quanto già previsto nella stessa materia dal D.L. 133/2014 (già richiamato) ai commi 7, 8 e 9 all’art. 34, oggi abrogati dal D.L. 76/2020. Inoltre, a proposito di opere ed interventi, il comma 3 dell’art. 242-ter prevede che Ministero della Transizione Ecologica e Regioni (con le responsabilità di cui alla nota 21) provvedano ad individuare categorie di interventi, tra quelle già elencate, che non necessitano di preventiva autorizzazione. Infine, per la gestione dei terreni movimentati, l’articolo 242-ter rimanda al D.P.R.

²¹ Nelle more che Ministero della Transizione Ecologica (per le aree ricomprese nei siti di interesse nazionale) e le Regioni (per le restanti aree) definiscano specifiche procedure per la valutazione e le modalità di controllo che dovranno essere prese (comma 3).

120/2017. Si segnala, a margine, che con l'art. 242-ter viene introdotta al Titolo V la dicitura "*sito oggetto di bonifica*" senza ulteriori indicazioni in merito a quale siano le caratteristiche che concorrono a definire tale circostanza.²²

4. Realizzazione di interventi e gestione delle attività di scavo nei siti contaminati.

Una fonte normativa che appare imprescindibile nell'analisi della tematica affrontata nel presente lavoro è il D.P.R. 120/2017 già richiamato in introduzione; tale presunzione si basa sull'assunto che la realizzazione di un'opera o di un intervento comporti un'attività di scavo anche minimale. È condivisibile che ciò possa non essere sempre vero, ma ai fini della materia trattata, l'Autore la ritiene una condizione prevalente²³. Questo Decreto si occupa della gestione del materiale escavato nel corso della realizzazione di opere di varia natura, con l'obiettivo di definirne la qualifica in ordine alla disciplina per la gestione dei rifiuti. Secondo questa disciplina il materiale *terre e rocce da scavo* può assumere la qualifica di "rifiuto", di "escluso dalla disciplina dei rifiuti" o di "sottoprodotto"²⁴. Per quest'ultima fattispecie, senza poter entrare nel dettaglio, ne viene regolamentata la gestione specificatamente nei siti oggetto di bonifica. È necessario avere chiara la definizione utilizzata nel D.P.R. che parla di "*sito oggetto di bonifica*" identificato 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*»; deve quindi intendersi una qualsiasi fase della procedura ed anche il caso di procedure concluse (per non

²² Per una breve discussione sulle formule semantiche utilizzate per esprimere le caratteristiche di *sito* nel Titolo V alla Parte IV del d.lgs. 152/2006 si veda G. Savarese, *Siti Contaminati. Un'analisi del procedimento di caratterizzazione e bonifica alla luce del Decreto Legge 16 giugno 2020*, n. 76, cit.

²³ Peraltro, sarebbe da rifiutare la possibilità che debba essere valutato *ex art. 242-ter* un intervento di "*manutenzione ordinaria*" dell'impianto idrico-sanitario di una struttura edilizia o un intervento "*richiesto dalla normativa sulla sicurezza dei luoghi di lavoro*" inerente all'apposizione di segnaletica verticale sui muri perimetrali di un fabbricato, presenti in un sito contaminato. Con queste premesse, la realizzazione di opere che non prevedano attività di scavo, ovvero attività che impattino in termini di "occupazione" piuttosto che di "movimentazione" del suolo, possono essere considerate "residuali" non già in ordine alla rilevanza funzionale che esse possano assumere (si immagini il tracciato di un elettrodotto, ammesso che la sua realizzazione non comporti movimentazione di suolo) e men che meno in ordine al potenziale impatto sulle attività di risanamento (una "occupazione" di suolo potrebbe precludere futuri interventi) ma per la rappresentatività che un tal tipo di intervento possa assumere nel più ampio quadro degli interventi realizzabili.

²⁴ Ai sensi dell'articolo 184-bis, del d.lgs. n. 152/2006 è un sottoprodotto e non un rifiuto ai sensi dell'articolo 183, comma 1, lettera a), qualsiasi sostanza od oggetto che soddisfa determinati criteri previsti dalla norma.

necessità di intervento o per certificazione degli interventi di bonifica eseguiti ad esempio). In tale quadro, nel caso vi sia la volontà di utilizzo come sottoprodotto delle terre e rocce da scavo prodotte nel “*sito oggetto di bonifica*” il D.P.R. prevede un doppio livello di rispetto sui materiali oggetto di scavo e movimentati:

- delle CSC per i «*parametri pertinenti al procedimento di bonifica*» ex art. 12.
- dei connotati di sottoprodotto e dei requisiti di qualità ambientale ex art. 4.

Sin qui si sono sinteticamente descritti gli adempimenti che devono essere condotti nei siti c.d. “*oggetto di bonifica*” al fine di verificare la possibilità di qualificare il materiale escavato come sottoprodotto. Laddove sia necessario o si intenda gestire quale “*rifiuto*” il materiale escavato, dovranno essere condotti gli accertamenti propri della disciplina come da Titolo I alla Parte IV al codice.

Come detto, se per gran parte delle proprie disposizioni il D.P.R. 120/2017 si riferisce al materiale escavato, con riferimento ai siti contaminati sono fornite indicazioni anche su altri aspetti come illustrato nel seguito. Il D.P.R. si occupa della conduzione delle attività di scavo nei siti contaminati con l’articolo 25 del *Titolo V - Terre e Rocce da scavo nei siti oggetto di bonifica*. L’art. 25 prevede che, nell’ambito delle «*Attività di scavo*», per i siti già caratterizzati ai sensi dell’art. 242 del d.lgs. 152/2006 debba essere prelevato un numero significativo di campioni di suolo sulla base di un piano concordato con l’Agenzia Regionale di Protezione Ambientale che deve pronunciarsi entro trenta giorni. Il piano e il relativo cronoprogramma di dettaglio devono essere trasmessi trenta giorni prima dell’avvio dei lavori. (comma a). È inoltre previsto che l’Agenzia possa esprimersi «*eventualmente stabilendo particolari prescrizioni in relazione alla specificità del sito e dell’intervento*». Infine, è specificato che le attività di scavo devono essere condotte «*senza creare pregiudizio agli interventi e alle opere di prevenzione, messa in sicurezza, bonifica e ripristino necessarie ...*» (comma b).

In ultima analisi una lettura del D.P.R. 120/2017 permette di identificare un doppio binario impostato dal legislatore di approccio al sito contaminato, in materia di “*terre e rocce da scavo*”:

a) materiale escavato, al fine di assumere la qualifica di sottoprodotto – accertamento qualità ambientale in relazione al procedimento ambientale attivo (ex art. 12) e ai requisiti da soddisfare propri del sottoprodotto (ex art. 4).

b) Esecuzione dello scavo (e inevitabilmente delle opere e degli interventi) – nel caso di sito già caratterizzato necessità di caratterizzazione ambientale e non pregiudizio agli interventi messa in sicurezza/bonifica(ex art. 25).

Il binario è unico se le “*terre e rocce da scavo*” assumono la qualifica di “*rifiuto*” e segnatamente dovranno essere condotti accertamenti in relazione alle modalità esecutive dello scavo, che non possono evidentemente essere svincolate dal tema “*realizzazione opere*”. Ne consegue che le indicazioni fornite dal D.P.R. 120/2017 su questo aspetto nei siti contaminati debbano essere tenute in grande considerazione.

5. Lettura combinata del D.P.R. 120/2017 e del D.L. 76/2020.

Sulla base di quanto ricostruito, e con gli assunti fatti dall'Autore, nei siti contaminati la realizzazione di interventi ed opere deve tenere conto sia degli aspetti che riguardano il procedimento tecnico ed amministrativo di *caratterizzazione e bonifica* (attenzione rivolta al sito e agli interventi ovvero alla conduzione delle attività) sia di quelli che riguardano la gestione delle c.d. *terre e rocce da scavo* (attenzione posta sul materiale escavato). Poiché il regolamento per la gestione delle terre e rocce da scavo (D.P.R. 120/2017) succedeva alle disposizioni all'epoca vigenti sulla conduzione delle attività di realizzazione delle opere (art. 34 del D.L. 133/2014), il legislatore aveva posto come punto di cerniera tra i due aspetti l'art. 25 del D.P.R. In quest'ottica, lo svolgimento delle attività di scavo era condotto ai sensi dell'art. 25 del Decreto solo nel caso di «*siti oggetto di bonifica già caratterizzati*» mentre era condotto secondo quanto previsto dal comma 8 dell'art. 34 del D.L. 133/2014 nel caso di siti «*in cui non sia stata ancora realizzata la caratterizzazione*» e di siti «*in presenza di attività di messa in sicurezza operativa*».

Come è stato illustrato, attualmente la conduzione delle attività di scavo dovrebbe tenere conto di quanto previsto dall'art. 242-ter al d.lgs. 152/2006 visto che il D.L. 76/2020 ha abrogato i commi 7, 8 e 9 dell'art. 34 del D.L. 133/2014 (vedi 1 Capitolo). Il quadro tuttavia appare meno chiaro, perché il “punto di cerniera” risulta indebolito dall'abrogazione suddetta: infatti il D.L. 76/2020 non ha previsto di sostituire quanto riportato al comma 1 dell'art. 25 del D.P.R. 120/2017 ed ovvero «*Fatto salvo quanto disposto dall'articolo 34, comma 7, del decreto-legge 12 settembre 2014, n. 133, convertito con modificazioni, dalla legge 11 novembre 2014, n. 164*» con “*Fatto salvo quanto disposto dall'articolo 242-ter, comma 4, del d.lgs. 152/2006*”, con gli effetti descritti nel seguito. Le disposizioni del D.P.R. 120/17 sono sempre valide in ordine all'esecuzione di interventi con annesso scavo in siti oggetto di “*procedimento ambientale*” con

«caratterizzazione già approvata», anche se non è da escludere un'antinomia normativa, sicuramente puntuale, ma concettualmente non di poco conto. Secondo il D.P.R. infatti in caso attività di messa in sicurezza operativa in esercizio, che insiste su sito con caratterizzazione già eseguita²⁵, deve essere condotta una indagine ambientale concordata con l'Agenzia di Protezione Ambientale competente con una procedura che ha tempo complessivo anche di 60 giorni (tenuto conto della condivisione del Piano con l'Agenzia e del preavviso da garantire prima dell'avvio dei lavori); invece il 242-ter del codice ambientale per il medesimo caso prevede la possibilità di eseguire gli interventi salvo comunicazione di avvio con preavviso di 15 giorni²⁶. Il 242-ter disciplina anche interventi su siti "in cui non sia stata ancora realizzata la caratterizzazione" (approfondimento capitolo 3). Se è vero che la diversa trattazione data al sito "con messa in sicurezza operativa" non si sarebbe verificata se il "punto di cerniera" di cui all'art. 25 del D.P.R. fosse stato opportunamente considerato, sarebbe rimasta un'illogicità di fondo: il caso di sito con intervento di bonifica in corso (indubbiamente il livello più alto di conoscenza delle caratteristiche del sito) o addirittura con intervento certificato²⁷ rientra, secondo il D.P.R. 120/2017, nella categoria di quelli che richiedono di eseguire accertamenti ambientali specifici sulla qualità ambientale dei terreni.

Un'opzione per superare l'impasse era stata in realtà prevista nelle proposte emendative in assemblea legislativa, abrogando per intero l'art. 25²⁸. Sarebbe stato altresì possibile abrogarne i contenuti e sostituirli con un richiamo alle disposizioni dell'art. 242-ter. Con tali presupposti, le valutazioni su quale sia la procedura da adottare (nel caso di "intervento" con associata attività di "scavo") debbono considerare da un lato il fatto che le disposizioni di cui al art. 242-ter del d.lgs. 152/2006 si inseriscono a pieno titolo nella materia "realizzazione di opere" e che dunque possano essere considerate prevalenti dall'altro però che l'art. 25 D.P.R. 120/2017 disciplina per titolo le "attività di scavo" con altrettanta specificità ed

²⁵ A proposito l'Allegato 3 del Titolo V alla Parte IV del codice riporta «È opportuno progettare tali interventi dopo aver eseguito la caratterizzazione ambientale del sito».

²⁶ Peraltro, sembra utile evidenziare come rispetto a quanto riportato dal comma 4 ovvero «procedure e modalità di caratterizzazione, scavo e gestione dei terreni movimentati» non ci sia nulla che rientri in queste procedure nel prevedere che in caso di "Messa in Sicurezza Operativa in essere" le attività possano essere avviate previo avviso effettuato con anticipo di almeno 15 giorni,

²⁷ Si ricorda la definizione del D.P.R. 120/17 ««sito oggetto di bonifica»: sito nel quale sono state attivate le procedure di cui al Titolo V, della Parte IV, del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152».

²⁸ Proposta emendativa pubblicata nell'Allegato A della seduta del 08/09/2020 52.100.

opportunità: non sembra in questo caso di grande aiuto la massima *lex specialis derogat generali*. Va notato peraltro come nel caso di volontà (e possibilità) di attribuire la qualifica di sottoprodotto al materiale escavato, le procedure di accertamento ambientale da condurre sono in numero pari a tre (cfr. Par. 4): è di tutta evidenza che tale sovrapposizione sarà di natura più che altro “*amministrativa*” o “*procedurale*” che non “*operativa*”.

Nella tabella seguente sono ricostruiti gli adempimenti connessi alla conduzione delle attività di scavo (e non di qualifica o gestione come sottoprodotto del materiale escavato per il quale altre sono le necessità) che risultano da una lettura del combinato disposto oggetto di analisi nel presente lavoro.

<i>Fattispecie</i>	<i>d.lgs. 152/2006 art. 242-ter</i>	<i>D.P.R. 120/2017 art. 25</i>
Caratterizzazione non svolta	Attuare un piano di indagini ex All. 2 d.lgs. 152/2006 concordato con l’Agenzia di Protezione Ambientale da eseguire con preavviso di almeno 30 giorni	-
Caratterizzazione svolta	-	Attuare un piano di indagini ex comma 1 lettera a) concordato con l’Agenzia di Protezione Ambientale, da eseguire con preavviso di almeno 30 giorni
Messa in Sicurezza Operativa	Inviare una comunicazione inizio lavori con preavviso di almeno 15 giorni	

Tabella 1 Riepilogo adempimenti connessi alla conduzione delle attività di scavo per la realizzazione di opere in siti oggetto di procedimento ambientale ex Titolo V Parte IV d.lgs. 152/2006.

Da ultimo e sempre relativamente alle attività di scavo, richiamando quanto riportato nel Capitolo 3 in merito alle individuazioni che dovranno essere adottate da Ministero della Transizione Ecologica e Regioni «*di interventi non necessari di autorizzazione e di criteri valutativi*», si prevede che influenzeranno anche «*quelle (opere individuate n.d.r.) di cui all’articolo 25 del decreto del Presidente della Repubblica 13 giugno 2017, n. 120*»; come illustrato tuttavia l’art. 25 del D.P.R. non tratta né di interventi né di opere ma disciplina unicamente le modalità di conduzione delle attività di scavo in «*sito oggetto di bonifica*» ed in relazione specifica alla necessità che sia «*analizzato un numero significativo di campioni di suolo insaturo*» e che queste si

svolgano «senza creare pregiudizio agli interventi e alle opere di prevenzione, messa in sicurezza...e nel rispetto della normativa vigente in tema di salute e sicurezza dei lavoratori».

6. Regione Toscana: una prima esperienza di indicazioni sull'art. 242-ter.

È stato ricordato nel terzo paragrafo che le disposizioni di cui all'art. 242-ter ed in particolare quelle che riguardano le procedure di valutazione e i criteri di controllo del requisito di "non interferenza" (tra la realizzazione di opere e gli interventi di tutela ambientale) si attuano nelle more che il Ministero della Transizione Ecologica per le aree ricadenti nei SIN e le Regioni nelle restanti aree definiscano modalità specifiche. Gli stessi soggetti possono altresì identificare tipologie di interventi per le quali non è necessaria una preventiva autorizzazione. All'atto della stesura del presente contributo si ha notizia di disposizioni in tal senso solo dalla Regione Toscana. Questa, con Deliberazione 1 febbraio 2021, n. 55 ha emanato in Allegato A le proprie «Linee guida di prima applicazione per l'attuazione dell'art. 242 ter "Interventi ed opere in siti oggetto di bonifica" del D.Lgs. 152/2006.».

Trattasi di un documento di natura estremamente tecnica rispetto al quale non si vorrebbe in questa sede dare un'ampia e compiuta illustrazione. È tuttavia utile farvi riferimento per una prima analisi di come le intenzioni *semplificatorie* del D.L. 76/2020 siano state tradotte a scala decentrata, almeno in questa occasione.

Un primo aspetto che non sfugge è nella declaratoria delle delibera, laddove si riporta come l'art. 242-ter stabilisca che «...nei siti oggetto di bonifica possono essere realizzati gli interventi e le opere tassativamente elencate al comma 1...»; l'avverbio "tassativamente" è una aggiunta alla disposizione normativa nazionale con la quale evidentemente il legislatore regionale vuole in principio dipanare qualsiasi dubbio vi fosse su natura restrittiva o meno delle previsioni del codice (si veda paragrafo 1).

Passando alle allegate Linee Guida, la Regione Toscana ha voluto dare maggiore specificazione della formula "sito oggetto di bonifica", utilizzata dal legislatore nazionale: questoviene definito in primis quale «un sito per il quale sia stato accertato almeno un superamento delle CSC» ed in aggiunta un qualsiasi sito censito nel Piano

regionale rifiuti e bonifiche e nei piani provinciali di bonifiche²⁹ oltre che nei Siti di interesse regionale. La Regione traduce le disposizioni nazionali relative alla verifica di “*non interferenza*” nella necessità che la realizzazione di interventi ed opere sia sottoposta ad una procedura di valutazione preventiva definita «*di tipo “sanitario-ambientale”*». Tale procedura prevede un’attività istruttoria svolta dalla autorità competente ai sensi del Titolo V alla Parte IV del d.lgs. 152/2006 che, correttamente, le Linee Guida regionali distinguono puntualmente rispetto a quella precedente legata all’autorizzazione degli interventi. Con tali premesse, sebbene per gli effetti della Legge Regionale del 10 luglio 2006 n. 30 i comuni abbiamo ricevuto delega dalla Regione in materia di «*funzioni amministrative inerenti agli interventi di bonifica*», essendo il 242-ter cronologicamente successivo a tale atto di trasferimento, la competenza della valutazione “*sanitario-ambientale*” risulta essere in capo alla Regione Toscana che dunque si affianca con un sub procedimento alla titolarità comunale concessa dalla Legge 30/2006 e si aggiunge all’autorità competente per l’autorizzazione delle opere alla quale rimane in capo la responsabilità di accertare che le stesse rientrino tra quelle previste dall’art. 242-ter. In questo sub procedimento³⁰ la Regione esprime il proprio nulla osta entro 30 giorni «*dall’acquisizione dei contributi ambientale e sanitario di ARPAT e ASL*» (o nell’ambito della Conferenza dei Servizi se prevista).

Quanto alla componente “*ambientale*” della valutazione richiesta, le Linee Guida ripercorrono in modo fedele l’impianto di disposizioni previste a livello nazionale (cfr. Par. 3) per quanto attiene alla casistica «*in cui non sia stata ancora realizzata la caratterizzazione*» mentre per l’altra fattispecie «*in cui siano in essere attività di messa in sicurezza operativa*» viene prevista la necessità del nulla osta sulla base della valutazione “*sanitaria-ambientale*” prima di poter procedere all’attuazione previa comunicazione di avvio con 15 giorni di anticipo. Quest’ultima procedura si applica anche ai casi di siti in cui sia stata già svolta la caratterizzazione ambientale (non considerati dall’art. 242-ter del codice introdotto dal D.L. 76/2020).

²⁹ Da una lettura del *Piano regionale di gestione dei rifiuti e bonifica dei siti inquinati per la razionalizzazione del sistema impiantistico di trattamento dei rifiuti* della Regione Toscana (delibera del Consiglio regionale n. 55 del 26 luglio 2017) sembrerebbero censiti in tali strumenti anche siti per i quali non sia accertato lo stato della contaminazione ovvero siti per i quali sia stata riscontrata la “*non necessità di intervento*”.

³⁰ Interno alle amministrazioni, con un “*passaggio di consegne*” per il tramite della modulistica di cui al Decreto Dirigenziale del *Settore Bonifiche ed Autorizzazioni* della *Direzione Ambiente ed Energia* della Regione, numero 3030 del 26/02/2021.

Quanto alla caratteristica “*sanitaria*” della valutazione, è richiesta, oltre all’assunzione di impegno ad inserire nel «*Piano di Sicurezza e Coordinamento ... le procedure e le misure da adottare ... in relazione al particolare contesto del sito da bonificare*», anche la presentazione di un documento di analisi del rischio (preliminare) indotto dalla presenza dei contaminati. Non è espressamente richiamata la procedura “*analisi di rischio sanitario – ambientale sito specifica*” di cui all’art. 242 comma 4 del d.lgs. 15/2006: ciò è corretto visto che trattasi di un ambito diverso ed inoltre che non coprirebbe lo spettro completo delle necessità ma solo quelle nel caso in cui la modellazione restituisse valori di Concentrazioni Soglia di Rischio maggiori alle massime concentrazioni dei contaminati rilevate in sito tale da definire lo stesso “*non contaminato*” e peraltro unicamente per il rischio chimico³¹, ma tutti gli elementi richiamati lasciano intendere che tale procedura sia quella da sottoporre. Questo è avvalorato anche dal fatto che le Linee Guida prevedono il caso in cui «*siano invece già noti gli esiti dell’Analisi di Rischio sito specifica*» (inevitabilmente di cui al comma 4 art. 242) per il quale sarà necessario valutare, in relazione alle caratteristiche delle opere da realizzare, eventuali aggiornamenti.

Infine, sebbene il Paragrafo III richiami quanto previsto dal comma 3 dell’art. 242-ter in merito alla necessità di individuare categorie di interventi che non necessitano di preventiva autorizzazione, nulla a questo proposito viene definito della Linee Guida della Regione Toscana. Non sarebbe da escludere che la Regione abbia ritenuto sempre necessaria una preventiva valutazione.

7. Conclusioni.

Nel presente contributo si è cercato di illustrare l’impianto normativo che sottende alla realizzazione di interventi ed opere in siti interessati da procedure di “*caratterizzazione e bonifica*” ai sensi del Titolo V alla Parte IV del d.lgs. 152/2006. La caratteristica indubbiamente “*di nicchia*” del tema si riflette anche sulla generale scarsità di fonti tanto di giurisprudenza quanto di dottrina, diversamente da quanto

³¹ *Il rischio chimico per i lavoratori nei siti contaminati*, Editore Istituto nazionale Assicurazione Infortuni sul Lavoro, 2014.

accade per altre sfaccettature del tema “*siti contaminati*”³², alle quali attingere. Invero la materia è potenzialmente applicabile ad una vastità di occasioni³³.

Le principali fonti sono costituite dall’art. 242-ter del codice dell’ambiente (introdotto nel 2020 tramite decreto legge n. 76) e dall’art. 25 del D.P.R. 120/2017. L’intervento legislativo più recente ha avuto l’indiscutibile pregio di aver ampliato la tipologia di opere che sono consentite e aver ricondotto entro il testo unico disposizioni sostanzialmente analoghe ma inserite in un diverso settore dell’ordinamento. Nel far ciò ha indubbiamente apportato maggiore uniformità e chiarezza, almeno nella composizione testuale della norma (anche se si segnala la permanenza dei contenuti al comma 9 dell’art. 242, ormai “*residuali*”). Tuttavia, possono essere fatte alcune considerazioni critiche e *in primis* non di poco conto risulta lo scollamento apportato tra la norma propria dei *siti contaminati* e quella relativa a *terre e rocce da scavo*.

Quanto alla “*realizzazione di opere*” se come detto ad oggi la tipologia di opere consentite è ampliata, nulla risulta di realizzabile che riguardi sviluppi urbanistici piuttosto che economici/produttivi³⁴ nonostante sia documentato il beneficio che investimenti (anche privati) in tal senso potrebbero apportare ai siti contaminati³⁵ ed anzi questo ulteriore intervento volto a individuare opere consentite porterebbe a rafforzare l’ipotesi che un sito contaminato (anche solo potenzialmente) sia gravato da obblighi di *non facere*. Ed è innegabile che la tipologia di interventi che si trova oggi ad essere autorizzabile può essere distinta in due blocchi tipologici: da un lato interventi non procrastinabili perché imposti dalla normativa o legati ad altre

³² A proposito di rapporto “*giudici e legislatore*”, anche se non puntualmente ricondotto al tema, ma a più ampio respiro sulla materia “*ambiente*” A. Lorenzetti, *Tecnica normativa e ambiente nel dialogo tra legislatore e giudici*, in *La tecnica normativa tra legislatore e giudici*, Quaderni del Gruppo di Pisa, M. Cavino, L. Conte, Convegni – Editoriale Scientifica, 2013 pag. 288; l’Autore ritiene che «*non si può disconoscere il ruolo che sono venuti (e vengono) a svolgere gli organi giurisdizionali chiamati ad applicare al caso concreto norme a contenuto astratto*” e parla di “*massiccia e significativa presenza della giurisprudenza in materia ambientale*».

³³ Un numero pari a 18.241 è quello dei siti censiti da ISPRA su tutto il territorio nazionale per i quali risulta attivo un c.d. “*procedimento di caratterizzazione e bonifica*” cui se ne aggiungono circa altrettanti per i quali il procedimento è concluso. Questi numeri non comprendono quelli relativi alle perimetrazioni dei Siti di Interesse Nazionale. F. Araneo, E. Bartolucci, *Lo stato delle bonifiche dei siti contaminati in Italia: i dati regionali*, Edizione 2021. ISPRA, Rapporti 337/21, 2021.

³⁴ Per quanto non fosse ricompreso nel caso dei c.d. *Siti inquinati nazionali di preminente interesse pubblico per la riconversione industriale* di cui all’art. 252-bis. Per un’analisi si veda F. Benedetti, *Siti di preminente interesse pubblico per la riconversione industriale le novità introdotte dall’art. 252 bis del TUA*, AMBIENTE & SVILUPPO, IPSOA, 2008.

³⁵ Per una originale analisi del potenziale di rilancio dell’attività economica nei siti contaminati in Italia si suggerisce *Dalla bonifica alla reindustrializzazione. Analisi, Criticità, Proposte*, Confindustria, 2016.

autorizzazioni di pubblico rilievo e interventi accessori (manutenzione) dall'altro interventi connessi ad opere di ampio respiro e interesse strategico nazionale. Non è ardito giungere alla conclusione che la previsione autorizzatoria per tali opere nei siti contaminati dovrebbe essere considerata un punto di "partenza", al quale ci si trova peraltro dopo 15 anni di emanazione del codice, piuttosto che di "arrivo".

In merito alla condizione di "non interferenza" posta tra la realizzazione delle opere e gli interventi di messa in sicurezza o bonifica da attuare, all'atto pratico la verifica di suddetta compatibilità ricorre essenzialmente ad una caratterizzazione ambientale mentre poco spazio è dato ad una reale verifica di interferenza e sovrapposizione tra interventi "da realizzare" e interventi "di risanamento".

Infine, anche in relazione alle criticità su esposte, non rimane che attendere i provvedimenti che il Ministero e le Regioni dovranno adottare secondo il comma 3 dell'art. 242-ter tramite i quali definire criteri e procedure per la valutazione della compatibilità tra interventi e bonifica/messa in sicurezza nonché tipologie di interventi per le quali non è richiesta autorizzazione. Su questo aspetto all'atto della stesura del presente lavoro, trascorsi 6 mesi dalla conversione in legge del D.L. 76/2020, si ha notizia dell'intervento della sola Regione Toscana, come illustrato al Par. 6. La previsione semplificatoria del legislatore nazionale, agli effetti della delibera regionale, se per un verso risulta meglio declinata ai casi reali dall'altro può essere giudicata appesantita facendo soprattutto riemergere la problematica attribuzione delle competenze tra Stato e Regioni e tra queste ultime ed i Comuni.

Post-scriptum: durante la fase di review del presente lavoro il Ministero della Transizione Ecologica ha adottato con decreto della Direzione Generale per il Risanamento Ambientale n. 46 del 30/04/2021 «la modulistica per la presentazione dell'istanza di avvio del procedimento di valutazione di cui all'articolo 242-ter, comma 2». Si tratta di indicazioni inerenti alle modalità di presentazione dell'istanza di verifica del rispetto non interferenza nell'ambito dei SIN (art. 242-ter co. 2) e non riguardano né la modalità di controllo sulla non interferenza con le attività di risanamento né eventuali indicazioni su opere che non necessitino di autorizzazione. In questo senso tale atto non altera, nella sostanza, il quadro ricostruito.

ALLE RADICI "PUBBLICISTICHE" DEGLI *ENERGY PERFORMANCE CONTRACTS* (EPC)

Antonio Mitrotti*

ABSTRACT [ITA]: L'energia non si crea e non si distrugge ma si trasforma incessantemente, tanto che la stessa materia di cui l'uomo è fatto può essere considerata come un concentrato di energia in forma stabile. Ben consapevoli della (estrema) complessità scientifica del fenomeno energetico si vuole offrire un'analisi protesa all'insegna della ricostruzione delle radici pubblicistiche degli *Energy Performance Contracts*: con il fine di comprenderne la *ratio* nonché, soprattutto, il collocamento nell'alveo dell'ordinamento repubblicano, anticipando sin d'ora che se è vero che senza energia l'uomo non esisterebbe allora quando si parla dell'*Energy Performance Contract* si discute di un modello contrattuale costituzionalmente funzionale al sopravvivere dell'uomo e, per conseguenza, alla garanzia del "pieno sviluppo della persona umana" (ex art. 3, comma 2, Cost.).

ABSTRACT [ENG]: *Energy is not created or destroyed but is constantly transformed, so much so that the very matter of which man is made can be considered as a concentrate of energy in a stable form. Well aware of the (extreme) scientific complexity of the energy phenomenon, we want to offer an analysis aimed at reconstructing the publicistic roots of the Energy Performance Contracts: with the aim of understanding their rationale and, above all, their placement in the republican system, anticipating from now on that if it is true that without energy man would not exist then we are discussing a constitutionally functional institution for man's survival and, consequently, for guaranteeing the "full development of the human person" (pursuant to art. 3, paragraph 2, of the Constitution).*

SOMMARIO: **1.** Premesse sull'energia. – **2.** Brevi cenni sull'energia e sulle radici degli *Energy Performance Contracts* nel diritto dell'Unione Europea. – **3.** Energia ed *Energy Performance Contracts* nella "Repubblica italiana delle Autonomie". – **4.** Gli *Energy Performance Contracts* a 'beneficio' delle Pubbliche Amministrazioni. – **5.** Considerazioni conclusive.

* Assegnista di ricerca in Diritto Costituzionale presso l'Università degli Studi di Trieste. Cultore delle materie di Diritto Costituzionale e di Diritto Amministrativo presso l'Università degli Studi di Trieste e Cultore della materia di Diritto Urbanistico, dei Beni Culturali e del Paesaggio presso l'Università del Salento.

1. Premesse sull'energia.

«La materia non si crea e non si distrugge, dicevano [incessantemente] gli scienziati di tutte le epoche [...] Einstein ci ha insegnato che questo non è vero e che ciò che non si crea e non si distrugge è in realtà l'energia mentre la materia può essere considerata in ultima analisi un concentrato di energia in forma stabile»¹.

Di primo acchito potrebbe, quasi, rivelarsi imbarazzante se ci soffermassimo, minimamente, a riflettere sugli aspetti ontologici sottesi allo storico (imponente ed inesauribile) fenomeno energetico².

Dinanzi all'energia, infatti, l'uomo è di per sé eziologicamente avvolto da una 'originaria' coltre enigmatica.

Tant'è che tra interpretazioni diametralmente opposte sull'esistenza dell'universo ossia tra il *Big Bang* quale colossale 'esplosione di energia', da un lato, e, dall'altro, la descrizione biblica dell'onnipotente 'creazione' divina dell'universo esiste, a ben riflettere, un logico e sottilissimo punto di contatto comune: senza 'energia' non vi sarebbero mai stati né lo spazio né l'uomo e neppure, ovviamente, esisterebbero tuttora³.

Paradossalmente, la storia dell'esistenza umana considerata in relazione all'intimo 'significato' dell'energia parte proprio da un'oggettiva incognita: ancorché nello sforzo di avvicinarsi progressivamente alla verità ed alla conoscenza. Soprattutto - come appare evidente - se provassimo a cercare, a fondo, delle 'esaurienti' risposte strutturali rispetto alle primarie questioni definitorie legate al concetto di "energia"⁴.

¹ F. SELLERI, *Che cos'è l'energia*, Roma, Editori Riuniti, 1982, p. 75.

² Fra tutti, appare estremamente significativo rinviare alle autorevoli osservazioni sviluppate in F. CARNELUTTI, *Studi sulle energie come oggetto di rapporti giuridici*, in *Rivista di Diritto commerciale*, n. 5 (pt. 1) 1913, pp. 355-394; G. GUARINO, *Unità ed autonomia del diritto dell'energia*, in *Scritti di Diritto pubblico dell'economia e di diritto dell'energia*, Milano, Giuffrè, 1962, p. 229 ss.; F. BASSI, *Appunti per una disciplina pubblicistica dell'energia*, in *Foro Amministrativo*, n. 3/1982, pp. 322-326. Per un taglio, squisitamente, storico si veda, altresì, il recentissimo contributo monografico di G. PAGNOTTA, *Prometeo a Fukushima. Storia dell'energia dall'antichità ad oggi*, Torino, Einaudi, 2020.

³ Sul punto non è peregrino ritenere che sussista, da anni, una certa convergenza tra fisici e teologi, in tal senso appare estremamente interessante rimandare a quanto recentemente descritto in A. LO CAMPO, *Il premio Nobel Roger Penrose, il teorico ateo dell'esistenza di Dio*, in *Avvenire.it*, Agorà, 7 ottobre 2020.

⁴ *Ex plurimis*, G. GUARINO (a cura di), *La questione energia*, Lavello, Alagrafica Volonnino, 2007; A. CLÒ, *Il rebus energetico. Tra politica, economia e ambiente*, Bologna, il Mulino, 2008; C. BUZZACCHI (a cura di), *Il prisma energia. Integrazione di interessi e competenze*, Milano, Giuffrè, 2010; G. ZORZOLI, *Terra ed energia*, in *Parolechiave*, n. 44/2010, pp. 177-187; M. MARTIN, *Il concetto di Energia in Freud, Jung e Rigo*, in *Rivista di Psicoterapia immaginativa - ITP*, luglio 2012; F. MERUSI, *Si può vendere anche fumo: nuovi beni e nuovi diritti*

Eppure, ad oggi, in non poche parti del mondo l'utilizzo quotidiano di energia risponde ad un automatismo così forte e radicato da condurre ad ignorare cosa accada, effettivamente, a monte di una semplice 'presa di corrente' o, per altro verso, come funzionino, di fatto, i treni, le automobili e gli aerei utili - ad esempio - per i necessari spostamenti⁵. Un imbarazzo (ad essere sinceri) fisiologicamente destinato a crescere in maniera pressoché esponenziale quanto più, parallelamente, il curioso osservatore dei fenomeni energetici maturasse (nel frattempo) l'esatta, ed effettiva, consapevolezza della realistica portata (ambientale, economica, sociale, giuridica) del "settore dell'energia" nell'alveo dell'ordinamento italiano ed europeo (*ex parte principis*), oltre che, naturalmente, nelle vite quotidiane di ciascun cittadino (*ex parte civis*). È anche per questo - forse - che si è recentemente assistito (dopo anni di cronica necessità⁶) alla, stringente, esigenza politica di porre in essere l'istituzione di un 'Ministero per la transizione ecologica', unitamente alla funzionale costituzione di un Comitato interministeriale, *ad hoc*, per la 'transizione energetica', con peculiari attribuzioni di 'coordinamento', per l'appunto, in materia di "energia": proprio in ragione dell'ontologica natura del 'fenomeno' energetico, che è - *ex se* -

nel diritto dell'energia, in *Scritti in onore di Franco Bassi*, Vol. II, Napoli, Edizioni Scientifiche italiane, 2015, pp. 1067-1082; A. CLÒ, *Energia tra fatti e percezione*, in *Energia*, n. 3/2017, pp. 4-9.

⁵ «Con un grammo di inchiostro si possono scrivere parole composte da un totale di circa mille lettere. Supponiamo di poter raccogliere l'inchiostro che serve per scrivere una sola lettera e di poter trasformare la materia di cui è composto in energia cinetica: ne avremmo abbastanza per far viaggiare un grande treno pesante duemila tonnellate alla velocità di mille chilometri all'ora» F. SELLERI, *Che cos'è l'energia*, Roma, Editori Riuniti, 1982, p. 90.

⁶ Da tempo, ormai, si riflette sull'importanza di non trascurare i multidisciplinari profili sottesi ad una "transizione energetica" ed ecologica; si vedano *ex plurimis* (e senza pretese di esaustività) P. TESTORE - M. G. CATALDI, *L'intervento dei pubblici poteri nel governo della politica energetica*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n. 1/1985, pp. 185-245; V. BETTINI - R. GALTIERI, *La transizione energetica. Una proposta di modello a scala regionale*, Milano, CittàStudi, 1992; A. CLÒ, *Politiche energetiche, ambiente e mercato*, in *Economia e ambiente*, n. 1-2/1996, pp. 13-17; W. GANAPINI, *Politiche energetiche per la sostenibilità*, in *Quale impresa*, n. 6-7/2003, pp. 27-29; G. COZZI - S. VACCÀ - E. RULLANI, *Dal petrolio all'energia tecnologica': la nuova economia della transizione energetica*, in *Economia delle fonti di energia e dell'ambiente*, n. 2-3/2007, pp. 161-190; G. BATTISTI, *Quale transizione energetica? Il ruolo delle fonti alternative*, in *Est-ovest: Rivista interdisciplinare di studi sull'integrazione europea*, n. 3/2009, pp. 1-15; I. SCOTTI, *Sfera pubblica, conflitto ambientale e transizione energetica*, in *Prisma*, n. 3/2014, pp. 31-53; B. VILLALBA, *La democrazia alla prova della transizione energetica*, in *Aggiornamenti sociali*, n. 10/2015, pp. 674-680; E. BRUTI LIBERATI - M. DE FOCATIIS - A. TRAVI (a cura di), *La transizione energetica e il Winter Package. Politiche pubbliche e regolazione dei mercati*, Milano, Wolters Kluwer, 2018; L. AMMANNATI (a cura di), *La transizione energetica*, Torino, Giappichelli, 2018; N. MAGNANI, *Transizione energetica e società: temi e prospettive di analisi sociologica*, Milano, Franco Angeli, 2018; T. FAVARO, *Regolare la «transizione energetica»: Stato, mercato, innovazione*, Padova, Cedam, 2020; F. SCALIA, *Energia sostenibile e cambiamento climatico: profili giuridici della transizione energetica*, Torino, Giappichelli, 2020. Per un'aggiornata e recentissima lettura si confronti L. GIURATO, *Il percorso della transizione energetica: da un'economia basata sull'energia pulita alla "rivoluzione verde e transizione ecologica" del recovery plan*, in *AmbienteDiritto.it*, n. 1/2021.

intrinsecamente caratterizzato dall'espansiva trasversalità materiale, rispetto a numerose materie "oggetto" dell'ordinamento⁷.

D'altra parte per definire cosa esattamente sia l'energia, per essere conseguentemente capaci di sfruttare le manifestazioni benefiche dell'energia, nonché per difendersi dalle capacità disastrose "dell'energia naturale" (si pensi, solo, agli eventi calamitosi prodotti dai terremoti e maremoti) è sempre necessaria una complessa compenetrazione multidisciplinare di competenze: a partire dalle indispensabili competenze tecniche proprie delle scienze (così dette) 'esatte', passando per gli (strumentali) aspetti giuridici del diritto pubblico, sino ad arrivare a considerare gli inscindibili profili economici e sociali legati all'articolato 'fenomeno energetico' (profili, questi ultimi, più esposti alla 'percezione' immediata da parte del cittadino).

L'intrinseca complessità strutturale della "materia energetica" spinge - perciò - il giurista a delle inevitabili semplificazioni "convenzionali" ogni qual volta si voglia anche solo approfondire singoli aspetti del settore energetico dell'ordinamento. Del resto, la nozione di energia presenta (scientificamente) un, vero e proprio, carattere liminale per il diritto: giacché il 'settore energetico' rimarrebbe, sostanzialmente, 'insuscettibile' di qualsiasi disciplina giuridica se le 'scienze fisiche' non fossero, effettivamente, capaci di 'trasmettere' alla percezione del giurista che "cos'è l'energia"⁸. È così che, già, nel 1942 (dunque in età prerepubblicana) si è pervenuti alla, celebre, formulazione enucleata all'articolo 814 del Codice civile (rubricato, proprio, "Energie"), laddove segnatamente si «*considerano beni mobili le energie naturali*

⁷ Laddove, in linea di massima, per "materia oggetto" deve intendersi una materia connotata - sotto il profilo del *drafting* - da una maggiore (e qualitativamente migliore) forza descrittiva dell'ambito ovverosia del settore materiale in cui il soggetto legislativamente competente è abilitato ad intervenire. Per un'analisi approfondita appare utile rimandare *ex multis* a G. FALCON, *Il nuovo Titolo V della Parte seconda della Costituzione*, in *Le Regioni*, n. 1/2001, pp. 3-10 (in particolare p. 5); G. FALCON, *Modello e transizione nel nuovo Titolo V della Parte seconda della Costituzione*, in *Le Regioni*, n. 6/2001, pp. 1247-1271; B. CARAVITA, *La Costituzione dopo la riforma del Titolo V. Stato, Regioni e autonomie fra Repubblica e Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2002, p. 71 ss.; F. CINTIOLI, *Il problema delle incerte materie nel Titolo V della Costituzione*, in P. CALDERISI - F. CINTIOLI - G. PITRUZZELLA (a cura di), *La Costituzione promessa. Governo del Premier e federalismo alla prova della riforma*, Soveria Mannelli, Rubbettino Editore, 2004, pp. 47-48; F. LEOTTA, *La competenza legislativa nei sistemi autonomisti. Dalla crisi della sovranità statale all'affermarsi della sussidiarietà*, Milano, Giuffrè, 2007, particolarmente p. 185 ss.; D. MONE, *Qualità normativa tra tecnocrazia ed effettività della democrazia rappresentativa*, Napoli, Jovene, 2010; P. COSTANZO, *La lingua delle aule parlamentari, la lingua della Costituzione e la lingua della legge*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2015, pp. 1-9; T. E. FROSINI, *La tecnica legislativa e i suoi confini*, in *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, tomo II, Torino, Giappichelli, 2016, pp. 1018-1028. Più di recente sia consentito il rinvio ad A. MITROTTI, *L'interesse nazionale nell'ordinamento italiano. Itinerari della genesi ed evoluzione di un'araba fenice*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, p. 123 ss.

⁸ F. SELLERI, *Che cos'è l'energia*, Roma, Editori Riuniti, 1982, p. 7 ss.

che hanno valore economico» (come - per esempio - l'energia cinetica, l'energia termica, l'energia elettrica oppure, ancora, l'energia eolica).

Una definizione legislativa di non poca rilevanza, posto che ne è derivata una piuttosto chiara conseguenza interpretativa: se il legislatore ha voluto 'considerare' come dei 'beni mobili' le 'energie naturali' suscettibili di un valore economico allora, ed a maggior ragione, anche le energie 'prodotte dall'uomo' (quelle così dette 'artificiali', per intendersi) saranno da considerarsi, parimenti, come dei beni mobili dell'ordinamento. Il che si spiega in ragione del semplicissimo fatto per cui l'energia 'prodotta' dall'uomo non è altro, in verità, che una forma di 'sfruttamento' (artificiale ed economico) dell'energia naturale. Ne è nato un vero e proprio, strategico, mercato dell'energia: cronicamente alimentato da pregnanti esigenze di crescita economica, soprattutto dopo i noti nefasti prodotti dalla seconda guerra mondiale.

Volendone qui semplificare al massimo i tratti descrittivi del suo percorso evolutivo, possiamo pacificamente riconoscere che nella storia del 'mercato energetico' maturato in epoca repubblicana ha, senz'altro, giocato un ruolo fondamentale l'onda d'urto scatenata dal progressivo processo di, così detta, 'integrazione europea': che ha spinto - con decisa continuità - il legislatore di regolazione del peculiare 'mercato dell'energia' verso il sensibile 'contemperamento' (*rectius* 'bilanciamento') tra, da una parte, gli 'interessi generali' tipicamente riconducibili all'esercizio di ciò che non a torto potrebbe inquadrarsi come un 'servizio pubblico universale'⁹ (di per sé chiamato ad assicurare gli

⁹ «L'interesse generale e in particolare l'interesse alla 'coesione territoriale e sociale' può comprendere una pluralità di 'missioni' specifiche, che possono andare dall'erogazione agli utenti-consumatori di prestazioni nel regime tradizionale di servizio pubblico in senso stretto (cioè rispondenti, quantomeno, alle regole dell'eguaglianza, della continuità e dell'adeguamento delle prestazioni) o in quello più moderno di 'servizio universale', al perseguimento di altri interessi pubblici, come la lotta contro le esclusioni e lo sviluppo equilibrato del territorio» D. SORACE, *Il servizio di interesse economico generale dell'energia elettrica in Italia tra concorrenza ed altri interessi pubblici*, in *Diritto Pubblico*, n. 3/2004, p. 1023.

Sul "servizio universale" appare, qui, significativo rimandare, *ex multis*, a M. CLARICH, *Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, in *Diritto Pubblico*, n. 1/1998, pp. 181-200; W. BAUMOL, *A ciascuno il tuo: concorrenza e servizio universale*, in *Mercato, Concorrenza, Regole*, n. 1/1999, pp. 65-78; G. TELESE, *Servizio di interesse economico generale e servizio universale nella giurisprudenza e normativa comunitaria*, in *Jus*, n. 3/1999, pp. 947-966; G. NAPOLITANO, *Il servizio universale e i diritti dei cittadini utenti*, in *Mercato, Concorrenza, Regole*, n. 2/2000, pp. 429-455; V. GASPARINI CASARI, *Il servizio universale*, in *Il diritto dell'economia*, n. 2/2000, pp. 263-289; G. F. CARTEL, *Il servizio universale*, Milano, Giuffrè, 2002; N. RANGONE, *Continuità, trasparenza e regolazione del servizio universale*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, n. 10/2003, pp. 1089-1094; M. ZINZI, *Il complesso equilibrio tra la libera concorrenza, gli oneri per le licenze individuali e le esigenze del servizio universale*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, n. 1/2007, pp. 436-439; S. DE ANGELIS, *Il servizio universale nell'ordinamento italiano e nel nuovo quadro regolamentare europeo*, in *Diritto ed economia dei mezzi di comunicazione*, n. 2/2010; A. SCHETTINO,

approvvigionamenti e la “sicurezza di energia”¹⁰ per tutti i cittadini) e, dall'altra parte, la basilare garanzia (‘effettiva’) dei fondamentali principi europei di concorrenza e di libera circolazione di merci, servizi e di capitali¹¹. Si è, così, pervenuti (come sarà, ben, noto) a scelte di politica legislativa strutturalmente ispirate «*da un lato, alla necessità [rigorosa per le Amministrazioni Pubbliche] di seguire per certi contratti quelle procedure che realizzerebbero, secondo una formula corrente, la ‘concorrenza per il mercato’ e, dall'altro, alla necessaria attribuzione di certe funzioni ad ‘autorità indipendenti’*»¹² proposte al ‘delicatissimo ruolo’ di salvaguardare, nel concreto, la (ardua) convivenza quotidiana tra la concorrenza ed i connessi principi

Liberalizzazione e regolamentazione delle comunicazioni elettroniche: gli obblighi di servizio universale, in *Rassegna di Diritto Pubblico Europeo*, n. 1/2012, pp. 229-249; A. CAUDURO - P. LIBERATI, *Brevi note sul servizio universale*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2019, pp. 131-161.

¹⁰ Il concetto di ‘sicurezza energetica’ presenta, in verità, un’estensione piuttosto ampia e talvolta ambigua: tale da investire, unitamente, tanto aspetti geopolitici legati ad una “indipendenza energetica” della Repubblica italiana, quanto - non di meno - profili dalla natura squisitamente giuridica, come quelli strettamente connessi ai principi di prevenzione e di precauzione sottesi alle potenzialità dannose derivanti dallo ‘sfruttamento’ delle fonti energetiche. Sul punto appare significativo rinviare, *ex plurimis*, alle osservazioni sviluppate in G. ERCOLANI, *La sicurezza energetica*, in *Gnosis. Rivista italiana di intelligence*, n. 2/2008, pp. 49-64; A. BARONE, *Le fonti di energia tra gestione precauzionale e diritto giurisprudenziale*, in *Federalismi.it*, n. 16/2013; L. RUGGIERO, *Il ruolo degli idrocarburi negli scenari geopolitici della sicurezza energetica euro-mediterranea dopo la “primavera araba”*, in *Rivista geografica italiana*, n. 1/2015, pp. 51-66.

¹¹ *Ex plurimis*, E. MATTEI, *Il problema dell'energia nel Mercato comune*, Roma, Editore ENI, 1960; L. CORRADINI, *Verso un mercato europeo dell'energia*, in *Economia internazionale delle fonti di energia*, n. 6/1962, pp. 924-944; L. DENZI, *Il mercato dell'energia tra profitto e pubblica utilità*, Padova, Cedam, 1994; F. BRIATICO - F. VENANZI, *Nuove prospettive per il mercato dell'energia*, in *il Mulino*, n. 3/1997, pp. 579-582; A. COLAVECCHIO, *La liberalizzazione del settore elettrico nel quadro del diritto comunitario: alla ricerca di un giusto bilanciamento fra regole di concorrenza ed esigenze di servizio pubblico*, Bari, Cacucci Editore (specie p. 111 ss.); F. PAULI, *La tutela del consumatore nella liberalizzazione dei mercati energetici*, in *Qualità*, n. 3/2002, pp. 24-29; F. POLETTINI, *Nuove misure per la promozione della concorrenza nel mercato energetico*, in *Il diritto industriale*, n. 6/2007, pp. 565-568; P. CIRIELLI, *La completa liberalizzazione dei mercati energetici*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, n. 3/2008, pp. 280-288; E. CIARALLI, *I mercati europei dell'elettricità e del gas. Il terzo pacchetto legislativo presentato dalla Commissione*, in *Mercato, Concorrenza, Regole*, n. 1/2008, pp. 179-217; E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione dei mercati energetici tra l'autorità per l'energia elettrica e il gas e il governo*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n. 2/2009, pp. 435-479; A. CANEPA, *La costruzione del mercato europeo dell'energia e il difficile percorso del “terzo pacchetto” legislativo*, in *Amministrare*, n. 2/2009, pp. 217-230; F. DI CRISTINA, *L'attuazione del ‘terzo pacchetto’ e il nuovo assetto dei mercati energetici*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, n. 9/2011, pp. 925-935; G. MORBIDELLI, *Regolazione e concorrenza nel mercato energetico*, in *Munus*, n. 1/2011, pp. 1-32; G. NAPOLITANO, *La politica europea per il mercato interno dell'energia e il suo impatto sull'ordinamento italiano*, in *Federalismi.it*, n. 4/2012; G. NAPOLITANO - A. ZOPPINI (a cura di), *Annuario di Diritto dell'energia. La tutela dei consumatori nei mercati energetici*, Bologna, il Mulino, 2015; R. MICCÙ, *Regolazione e governo multilivello del mercato dell'energia*, in A. CIANCIO (a cura di), *Le trasformazioni istituzionali a Sessant'anni dei trattati di Roma. Atti del Convegno, Catania, 31 marzo-1 aprile 2017*, Torino, Giappichelli, 2017, pp. 233-261; F. VETRÒ, *Evoluzioni del diritto europeo dell'energia, transizione energetica e sistema istituzionale: il ruolo del GSE S.p.A.*, in *Il diritto dell'economia*, n. 1/2020, pp. 501-537.

¹² D. SORACE, *Il servizio di interesse economico generale dell'energia elettrica in Italia tra concorrenza ed altri interessi pubblici*, in *Diritto Pubblico*, n. 3/2004, pp. 1011-1012.

europei, per un verso, e, per altro verso, i molteplici 'interessi pubblici' coinvolti nel settore energetico oggetto di regolazione.

Il tutto si è sviluppato in un'ottica chiaramente protesa nel voler assicurare - tanto per gli operatori economici quanto per gli stessi consumatori finali del 'mercato energetico' - un assetto istituzionale strutturalmente idoneo ad evitare discriminazioni. Ciò in ragione di almeno due - ancorché funzionalmente connesse - essenziali finalità costituzionali, quali: *in primis*, il fine di un miglioramento della qualità, dell'efficacia e dell'efficienza stessa dei servizi pubblici nel 'settore energetico' (*ex art. 41 e 97 Cost.*); in secondo luogo (*ex parte civis*) nella prospettiva di garantire - con piena effettività - il diritto all'energia (quale fondamentale diritto dell'uomo di «quarta generazione»¹³, nell'alveo di una forma di Stato costituzional-democratica).

Senonché l'oggetto della presente trattazione si propone di offrire un'analisi pubblicistica dei profili inerenti ad una particolare fetta del "mercato energetico", corrispondente a quel segmento in cui 'domanda pubblica' ed offerta degli operatori economici in concorrenza si incontrano per la stipula degli - oggi, ormai, celebri - *Energy Performance Contracts*: quali accordi funzionalmente diretti a riqualificare e migliorare l'efficienza dei sistemi energetici. La qual cosa, però, muove (si badi) a partire da uno stringente assioma di carattere 'tecnico/scientifico' e dal rimarchevole valore assiologico, secondo cui soltanto «*l'energia elettrica possiede alcune caratteristiche che mancano alle altre: tutte le altre energie possono essere trasformate in energia elettrica; essa è l'unica che può essere trasportata anche a grande distanza dal luogo di produzione; ed è a sua volta riconvertibile nelle altre forme di energia: meccanica e termica* [ad esempio]. *Da tutto ciò si comprende l'importanza [strategica] della energia elettrica per lo sviluppo e la modernizzazione della società umana*»¹⁴; specialmente in chiave di lettura (ed approfondimento) degli *Energy Performance Contracts*.

2. Brevi cenni sull'energia e sulle radici degli *Energy Performance Contracts* nel diritto dell'Unione Europea.

¹³ Sulle "generazioni" dei diritti della persona si rimanda, senza pretese di esaustività, ad A. RINELLA, *Le "generazioni" dei diritti della persona e la tutela internazionale*, in L. PEGORARO - A. REPOSO - A. RINELLA - R. SCARCIGLIA - M. VOLPI, *Diritto Costituzionale e Pubblico*, Torino, Giappichelli, 2005, pp. 194-196.

¹⁴ R. FEDERICI, *Sulla differenza tra energia e prodotti energetici. Le peculiarità dell'energia elettrica*, in E. PICOZZA - S. M. SAMBRI (a cura di), *Il Diritto dell'energia*, Wolters Kluwer - Cedam, Padova, 2015, pp. 9-10.

Non si esagererebbe - per niente - se affermassimo che il 'mercato energetico' sia da sempre al centro delle politiche europee.

Sin dalle origini, infatti, accanto all'espressa disciplina contemplata nel Trattato CECA - scaduto nel 2002 - per la realizzazione di un mercato comune del carbone, ferro ed acciaio, l'intervento comunitario in materia di energia si è, con continuità, sviluppato lungo un crescente asse rappresentato "dall'espansiva" via dei così detti "poteri impliciti"¹⁵: in forza di un'interpretazione enucleata, dalla giurisprudenza comunitaria, a partire da quanto, in principio, disposto dall'articolo 308 del Trattato CEE.

Ne è concretamente disceso che la Comunità e le sue Istituzioni avrebbero, senz'altro, potuto ritenersi titolari «*non solo dei poteri espressamente previsti dal Trattato, ma anche di quei poteri ulteriori [...] necessari per esercitare nella maniera più efficace [possibile] i poteri espressi o per realizzare compiutamente i fini della Comunità*»¹⁶.

In tal senso i "poteri impliciti" hanno finito per assurgere, progressivamente, al ruolo di 'strumentale istituto' per la crescita delle politiche europee nel settore dell'energia: rivelando come l'energia manifestasse, in sé, un'evidente 'intrinseca vocazione' di (oggettivo) ampliamento delle maglie concretamente riferibili ai poteri di azione comunitaria per settori, già, oggetto di espressa attribuzione di competenze. Tant'è che l'intrinseca natura trasversale insita nella 'disciplina' energetica ha, pacificamente, reso possibile qualsiasi 'pervasiva' interconnessione competenziale tra gli obiettivi politici europei riconducibili al settore energetico e qualunque altra materia comunitaria esplicitamente disciplinata dai Trattati. Il che in ragione, oggettiva, della strutturale sovrapposibilità ontologica di numerose materie espressamente attribuite alla competenza della CEE rispetto ai teleologici profili

¹⁵ Sul principio dei poteri impliciti si rimanda - *ex multis* - alle pregevoli ricostruzioni sviluppate in A. ANZON, *La delimitazione delle competenze dell'Unione Europea*, in *Diritto Pubblico*, n. 3/2003, pp. 787-808; G. GAJA, *Introduzione al diritto comunitario*, Roma-Bari, Editori Laterza, 2007, pp. 85-89; U. VILLANI, *Istituzioni di diritto dell'Unione Europea*, Bari, Cacucci Editore, 2008, p. 45 ss.; R. BIN - G. PITRUZZELLA, *Diritto Costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 104; C. DEODATO, *Gli incerti ed elastici confini delle attribuzioni dell'Unione Europea: la debole applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità*, in *Federalismi.it*, n. 24/2018; G. TESAURO, *Manuale di diritto dell'Unione Europea*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, p. 50 ss.

¹⁶ U. VILLANI, *Le norme*, in *Sud in Europa*, giugno 2007, consultabile su www.sudineuropa.net. Per riflessioni a più ampio respiro sul riparto di competenze all'interno dell'Unione Europea si legga, altresì, L. AZZENA, *Il sistema delle competenze dell'Unione europea*, in www.astrid-online.it.

energetici spiegati nelle costanti 'politiche comunitarie' di 'sviluppo' (evolutivo) dei propri ambiti materiali¹⁷.

Né può dirsi una pura e banale casualità che con il Trattato di Lisbona l'energia sia stata - definitivamente - elevata al 'rango' di una "materia" di competenza concorrente tra Unione e Stati membri (*ex art.* 4 TFUE), giacché il riconoscimento materiale dell'energia può leggersi come un intervento coerente con l'esigenza di positivizzare una competenza già ben presente nell'ordinamento europeo *sub specie* di 'obiettivo trasversale' (ed implicito) rispetto a numerose, altre, materie attribuite alla titolarità competenziale dell'UE: attraverso il richiamato ricorso, appunto, ai così detti "poteri impliciti". Sicché la positivizzazione dell'energia come 'materia concorrente' può ben inquadrarsi (senza strappi) nella duplice e congiunta prospettiva europea di rispondere, da un lato, al fine di un allineamento, inequivocabile, della 'materia energetica' rispetto al principio di legalità dei Trattati (allontanando ogni spettro di possibile carenza di attribuzione dei poteri nel settore energetico) insieme, dall'altro lato, all'obiettivo di incrementare gli effetti sottesi all'utilizzo della teoria dei "poteri impliciti" e, non di meno, della complementare "clausola di flessibilità" oggi contemplata dall'articolo 352 TFUE¹⁸.

D'altra parte, le differenze teoriche e la 'complementarietà' sostanziale tra i "poteri impliciti" e la "clausola di flessibilità" si evincono chiaramente in relazione al percorso europeo del "fenomeno energetico": proprio nella misura in cui laddove storicamente la 'politica energetica' dell'Unione non sia riuscita (materialmente) ad espandersi per la via dei "poteri impliciti" lo ha fatto per il tramite della "clausola di flessibilità"¹⁹, la cui *ratio* risponde infatti all'esigenza di permettere un'estensione delle competenze dell'Unione al di là di quelle formalmente attribuite. Sennonché la positivizzazione dell'energia come materia di 'competenza concorrente' (*ex art.* 4 TFUE) unita agli effetti combinati dei "poteri impliciti" e della "clausola di flessibilità" hanno incredibilmente accresciuto - senza precedenti paragonabili - il materiale ruolo dell'energia nell'ordinamento europeo. Si pensi, in generale, alle

¹⁷ «Si deve [infatti] aggiungere che la Corte di Giustizia ha affermato anche un metodo storico, o evolutivo, d'interpretazione, dichiarando che le norme comunitarie vanno interpretate tenendo conto dello stadio di evoluzione del diritto comunitario» U. VILLANI, *Le norme*, in *Sud in Europa*, giugno 2007, consultabile su www.sudineuropa.net.

¹⁸ Sul 'temperamento' alla portata del principio di attribuzione nonché sulle relazioni tra teoria dei poteri impliciti e clausola di flessibilità appare significativo rimandare a P. BARGIACCHI, *Diritto dell'Unione europea. Istituzioni, norme, politiche*, Ariccia, Aracne, 2015, p. 127 ss.

¹⁹ G. TESAURO, *Manuale di diritto dell'Unione Europea*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, p. 53.

potenziali interconnessioni (e sovrapposizioni disciplinari) tra il settore energetico e, per esempio, la competenza esclusiva dell'Unione in materia di "conservazione delle risorse biologiche del mare" (*ex art. 3 TFUE*): fino al decennio scorso pochi avrebbero 'immaginato' che le alghe marine potessero 'trasformarsi' in energia utile per alimentare i trasporti o per il riscaldamento degli ambienti in cui viviamo²⁰, eppure oggi difficilmente potrebbe dubitarsi che le alghe quali "risorse biologiche del mare" rappresentino, al contempo, delle preziosissime forme di biocarburante avanzato, di seconda generazione (fonti energetiche, pertanto rientranti - *ratione materiae* - anche nella 'competenza concorrente' dell'energia, *ex art. 4 e 194 TFUE*).

Ma l'espansività della 'politica energetica' racchiusa nel combinato ricorso tra il precipitato della risalente teoria dei "poteri impliciti", l'attuale "clausola di flessibilità" (*ex art. 352 TFUE*) e la 'trasversalità' propria della competenza concorrente sull'energia appare, ben, più evidente allorché ci si riferisca all'estensione di altre materie disciplinate dal Trattato sul funzionamento dell'Unione: si rifletta, ad esempio, sulle interconnessioni con la materia dell'ambiente e sui sovrapponibili aspetti di un'utilizzazione "accorta e razionale delle risorse naturali", che tenga conto, per altro, delle fondamentali "biodiversità"²¹ (*ex art. 4 e 191 TFUE*).

Del resto - a ben riflettere - la tutela dell'ambiente, delle sue risorse naturali ed il ricollegabile uso 'razionale' delle fonti energetiche (sul piano attivo di uno sfruttamento delle fonti di energia e sotto il profilo passivo dei possibili rischi di inquinamento ambientale) costituiscono materialmente un tutt'uno sotto moltissimi profili: soprattutto nell'ottica del solidaristico ed intergenerazionale principio di "sviluppo sostenibile"²². Per giunta non si possono, altresì, affatto trascurare - e lo si

²⁰ Appare interessante rinviare alla lettura di quanto ricostruito in C. SAPORITI, *La casa che prende energia dalle alghe*, in *Corriere della Sera*, 13 febbraio 2013 (reperibile su www.corriere.it); S. BOSCO - F. DRAGONI, *La politica incentivante europea per le bioenergie*, in E. BONARI - G. MARACCHI (a cura di), *Le biomasse lignocellulosiche*, Firenze, Firenze University Press, 2016, pp. 27-29; M. PANETTO, *Dalle alghe non solo il carburante del futuro*, in *ilbolive.unipd.it*, 15 maggio 2017.

²¹ Sul punto si confronti, *ex plurimis*, quanto di recente ricostruito in M. ONIDA, *Il diritto ambientale dell'UE nel tempo, tra agenda europea e politiche nazionali*, in *Federalismi.it*, n. 7/2020.

²² In relazione alle riflessioni sul "principio di sostenibilità" nel panorama della letteratura giuspubblicistica appare significativo rimandare (senza, ovviamente, alcuna pretesa di esaustività nel riferimento) ad A. MAZZITELLI, *La tutela dell'ambiente nella Costituzione. Il principio dello sviluppo sostenibile*, Cosenza, Editore Periferia, 1999; L. CASSETTI, *Stabilità economica e diritti fondamentali. L'Euro e la disciplina costituzionale dell'economia*, Torino, Giappichelli, 2002; F. FRACCHIA, *Lo sviluppo sostenibile. La voce flebile dell'altro tra protezione dell'ambiente e tutela della specie umana*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2010; F. CAPRIGLIONE, *Misure anticrisi tra regole di mercato e sviluppo sostenibile*, Torino, Giappichelli, 2010; A. MAESTRONI, *La dimensione solidaristica dello sviluppo sostenibile. Dal quadro sovranazionale alle decisioni della Corte costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2012; M. DE CILLIS, *Diritto, economia e bioetica ambientale nel rapporto con le*

capisce di primo acchito - le interconnessioni disciplinari tra l'energia e le materie di competenza concorrente (*ex art. 4 TFUE*) dei "trasporti" e delle "reti transeuropee", che (a differenza della materia ambientale) di fatto non esisterebbero neppure, in natura, senza l'energia ed in mancanza, cioè, del settore competenziale sull'energia. Oltre tutto, la competenza in materia di energia (*ex art. 4 e 194 TFUE*) è andata, con il tempo, a sovrapporsi - ancorché indirettamente - con alcuni cruciali aspetti in materia di "sanità pubblica" (*ex art. 4 e 168 TFUE*), se si pensa agli effetti disastrosi per la salute derivanti dall'inquinamento da fonti di energia non rinnovabili, passando per i non secondari profili in materia di "politica sociale" (*ex art. 4 e 151 TFUE*), se si mettesse in relazione l'obiettivo di "promozione dell'occupazione" con le capacità occupazionali del settore energetico, fino a giungere alle interconnessioni con la materia di "coesione economica, sociale e territoriale" all'interno dell'Unione (*ex art. 4 e 174 TFUE*): il cui ambito oggettivo di sviluppo viene in sé attraversato dalla crescita futura di forme 'nuove e rinnovabili' di energie, ben presenti in natura in varie e numerose regioni europee economicamente e socialmente 'svantaggiate'. Non trascurando in quest'ottica i globali benefici per l'intero spazio del territorio unionale derivanti dai 'risparmi energetici' conseguibili mediante l'utilizzo degli istituti europei per l'efficienza energetica²³. Ovviamente - ad onta delle chiare ragioni scientifiche evidenziate in premessa - è innegabile l'interferenza disciplinare (sul piano ontologico, prima ancora che sotto il profilo giuridico) tra la materia dell'energia e gli obiettivi europei riconducibili al settore di "ricerca e sviluppo tecnologico": *ex art. 179 e ss.* del Trattato sul Funzionamento dell'Unione. Il che ha, senz'altro, contribuito alla decisa (se non proprio decisiva) spinta di convergenza tra, da una parte, il piano teorico di una valorizzazione delle (essenziali) basi scientifiche e tecnologiche della ricerca e, dall'altra parte, il livello delle contingibili esigenze politiche legate ad una concreta scoperta degli strumenti volti a realizzare - effettivamente - gli scopi e le finalità europee nel 'settore energetico'. Anche perché - detto in estrema sintesi - l'energia ha assunto un ruolo di indiscutibile rilievo

generazioni future, Trento, Tangram Edizioni Scientifiche, 2016; D. PORENA, *Il principio di sostenibilità. Contributo allo studio di un programma costituzionale di solidarietà intergenerazionale*, Torino, Giappichelli, 2017; G. PALOMBINO, *La tutela delle generazioni future nel dialogo tra legislatore e Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, n. 24/2020; M. COCCONI, *La regolazione dell'economia circolare. Sostenibilità e nuovi paradigmi di sviluppo*, Milano, Franco Angeli, 2020.

²³ Sul punto appare estremamente utile rimandare a quanto ricostruito in L. CUOCOLO (a cura di), *La riqualificazione energetica degli edifici: sfide e prospettive*, Università L. Bocconi, RULES Research Unit Law and Economics Studies, Paper No. 2014-3, pp. 1-54.

primario nel diritto europeo, attraversando (come sin qui sommariamente esposto) gran parte delle materie di competenza dell'Unione.

Un fenomeno reso materialmente possibile dall'intrinseca trasversalità della competenza energetica, secondo una propensione trasversale a propria volta 'esponenzialmente' alimentata sul piano giuridico dal potenziale ricorso (*ex se* "energico") alla "clausola di flessibilità" nonché, in ogni caso, ai "poteri impliciti" sottesi alle stesse (espresse) competenze dell'Unione.

Da qui si possono, agevolmente, comprendere le profonde 'radici' storiche, politiche, economiche, sociali e l'intima *ratio* giuridica degli *Energy Performance Contracts*. È così che dinanzi alle complesse sfide imposte dai cambiamenti climatici, alle notevoli difficoltà di gestione della scarsità di risorse energetiche ed ai sensibilissimi profili economici e sociali implicati dal fenomeno dell'energia l'Unione Europea (elaborando - invero - embrionali riferimenti legislativi anteriori al Trattato di Lisbona²⁴) è 'pervenuta' a disciplinare con la Direttiva del 25 ottobre 2012, n. 27²⁵ (posta in essere nel "quadro comune di misure per la promozione dell'efficienza energetica nell'Unione") una nuova, nodale, tipologia contrattuale: quella degli "*Energy Performance Contracts*" ovvero - per dirla in italiano - dei "*Contratti di Rendimento Energetico*".

3. Energia ed *Energy Performance Contracts* nella "Repubblica italiana delle Autonomie".

Nell'ordinamento della Repubblica italiana i principi europei in materia di "efficienza energetica" nonché il trasversale valore materiale dei profili (ambientali, economici, tecnologici e sociali) sottesi all'energia sono stati compiutamente recepiti con il D. Lgs. n. 102 del 4 luglio 2014 (modificato, per altro, di recente dal D. Lgs. n. 73 del 14 luglio 2020): in attuazione, per l'appunto, della Direttiva 2012/27/UE e delle sue stesse, successive, modifiche intervenute con l'ultima Direttiva 2018/2002/UE.

²⁴ In effetti già prima del Trattato di Lisbona merita di essere segnalata la Direttiva 2006/32/CE, del 5 aprile 2006, per aver fatto riferimento per la prima volta all'interno della legislazione europea agli *Energy Performance Contracts*: ancorché non si possa, in realtà, fare a meno di evidenziare che si trattasse di un puro riferimento nominalistico, privo, cioè, di una precisa definizione degli elementi essenziali afferenti alla relativa tipologia contrattuale.

²⁵ Per l'esattezza, la Direttiva del 25 ottobre 2012, n. 27 è intervenuta a modificare le precedenti Direttive 2009/125/CE e 2010/30/UE, con - per altro - l'abrogazione delle Direttive 2004/8/CE e 2006/32/CE.

In verità, all'ordinamento repubblicano italiano non può dirsi che fossero sconosciute la materia dell'energia e - specialmente - le connesse declinazioni materiali: soprattutto in relazione alla "efficienza energetica". Basterebbe solo rileggere alcuni passi di una risalente sentenza della Corte costituzionale per accorgersi che il settore energetico, in quanto espressione di un "preminente interesse nazionale", fosse da considerare come "incidente" su «*diversi settori sociali ed economici, di sviluppo produttivo e di benessere in genere*»²⁶, giacché estrinsecazione di una disciplina *ex se* teleologicamente protesa a perseguire «*l'obiettivo di rilevanza nazionale di un risparmio nell'uso dell'energia, in considerazione della limitatezza delle risorse disponibili e della dipendenza dall'estero negli approvvigionamenti*»²⁷. Fa quasi impressione, con tutta onestà, che già prima dei notevoli cambiamenti intervenuti sul Titolo V della Parte II della Costituzione (ed antecedentemente alle stesse, profonde, evoluzioni inverte nell'ordinamento repubblicano per effetto delle fasi dell'integrazione europea) il Giudice delle Leggi, nel 1991, ponesse a base delle proprie argomentazioni decisorie aspetti che a distanza di trent'anni corrispondono, esattamente, alle solenni finalità perseguite dal recentissimo legislatore nel quadro di attuazione dei principi europei. Tanto è vero che le disposizioni di legge da ultimo introdotte in materia, non più di un anno fa, prescrivono, con estrema chiarezza, la necessità del conseguimento dell'obiettivo nazionale di risparmio energetico come - strutturalmente - funzionale rispetto «*all'attuazione del principio europeo che pone l'efficienza energetica al primo posto*»²⁸.

Il che se da un lato appare come l'ovvia espressione dell'intima 'natura ontologica' del fenomeno energetico che - lo si è detto in premessa - si pone nel "continuo sforzo" di avvicinarsi incessantemente alla conoscenza della realtà materiale (e quindi ogni ricerca nel settore si 'presenterà' sempre come, inevitabilmente, 'nuova') dall'altra parte 'testimonia' probabilmente il superamento di un 'assetto istituzionale' che negli anni addietro si è, in sé, dimostrato incapace di realizzare con efficacia gli sfidanti obiettivi del risparmio energetico e, soprattutto, di una sana gestione della scarsità di risorse energetiche. Per la verità, rispetto all'originario testo della Carta costituzionale l'unico elemento rimasto - assolutamente - identico in relazione alla

²⁶ C. cost., sent. 27 dicembre 1991, n. 483, par. 4 del Considerato in diritto.

²⁷ C. cost., sent. 27 dicembre 1991, n. 483, par. 6.2 del Considerato in diritto.

²⁸ Così recita il testo dell'articolo 1 (rubricato «finalità») del D. Lgs. n. 102 del 4 luglio 2014, ad onta - si tiene a puntualizzarlo - delle recentissime modifiche introdotte dall'articolo 1 del D. Lgs. n. 73 del 14 luglio 2020.

disciplina sull'energia è il (laconico) riferimento che l'articolo 43 pone nei riguardi delle 'fonti energetiche', quali «oggetto di possibile collettivizzazione»²⁹. A parte questo immutato riferimento formale³⁰ la disciplina costituzionale sull'energia ha subito - nel tempo - profondissime modifiche. Infatti prima della celeberrima revisione del Titolo V, intervenuta nel 2001, l'energia non compariva affatto nell'elencazione delle materie di cui all'articolo 117 della Carta repubblicana. La qual cosa recava, per vero, conseguenze notevoli nell'ottica del riparto competenziale tra Stato e Regioni: perché significava che l'energia sarebbe stata, senz'altro, da ascrivere (sulla base della precedente tecnica di ripartizione competenziale) tra le materie di 'competenza residuale' dello Stato, con la gravida conseguenza per cui - fra l'altro - anche la titolarità delle funzioni amministrative sarebbe spettata allo Stato, per effetto del noto principio del così detto "parallelismo delle funzioni". Ne risultava - in effetti - un fortissimo accentramento statale, giacché, per l'appunto, tanto la competenza legislativa quanto la titolarità delle funzioni amministrative, in concreto, riconducibili al 'settore energetico' risultavano riposte in capo allo Stato: il quale, oltre tutto, avrebbe pure potuto adottare (così come infatti è stato inizialmente) delle dirigistiche politiche di statalizzazione delle imprese operanti nei mercati energetici (al ricorrere, ovviamente, dei presupposti di cui all'articolo 43 della Carta repubblicana).

La storia costituzionale dell'energia è però cominciata a mutare, radicalmente, col vento (energico) 'spirato' dai Trattati delle Comunità Europee.

I principi di matrice europea, difatti, hanno avuto l'indiscutibile effetto di produrre una duplice conseguenza sul piano dell'ordinamento costituzionale italiano.

²⁹ A. COLAVECCHIO, *Il riparto delle attribuzioni in materia di energia tra Stato, Regioni ed Enti locali*, in E. PICOZZA - S. M. SAMBRI (a cura di), *Il Diritto dell'energia*, Wolters Kluwer - Cedam, Padova, 2015, p. 68. L'Autore richiama, per altro, quanto autorevolmente ricostruito in M. S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, il Mulino, 1995, p. 141 ss.

³⁰ Giova puntualizzare come autorevolissima parte della dottrina abbia argomentato l'intervenuta abrogazione di numerose disposizioni costituzionali riguardanti l'economia per incompatibilità con il principio europeo della libera concorrenza, in tal senso si confronti (*ex multis*) F. MERUSI, *Giustizia Amministrativa e autorità indipendenti*, in AA. VV., *Associazione italiana dei Professori di Diritto Amministrativo*, Annuario 2002, Milano, Giuffrè, 2003, p. 176. Per una lettura diametralmente opposta (fondata sul pregnante presupposto per cui i principi europei del libero mercato e della concorrenza non possano mai abrogare disposizioni costituzionali dell'economia aventi a base della propria *ratio* il non rinunciabile perseguimento dell'utilità sociale e dell'interesse generale, quali principi supremi dell'ordinamento) sia consentito il riferimento ad 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, pp. 190-198.

Da un lato appare cosa incontrovertibile che i fondamentali principi di “concorrenza nel mercato” e di “libera circolazione di capitali, merci e servizi” abbiano, sostanzialmente, spezzato ogni potenziale ‘prospettiva’ di intervento diretto degli Stati membri nei “mercati dell’energia”: il che ha generato un’intuibile ripercussione rivolta sul versante interno alle fonti del nostro ordinamento nella materia del ‘settore energetico’, poiché si è progressivamente assistito ad una sensibile restrizione interpretativa del campo di applicazione costituzionale tracciato dalla disposizione di cui all’articolo 43 della Carta repubblicana, per alcuni - addirittura - oggetto di “un’abrogazione tacita”³¹.

Dall’altro lato, poi, non può affatto sottacersi come il principio della sussidiarietà nei rapporti tra Comunità e Stati membri abbia, di fatto, finito per giocare un ruolo stringente e pressoché ‘condizionante’ anche sotto il profilo delle relazioni interne all’ordinamento della Repubblica italiana³², incidendo sul concreto modo in cui avrebbe dovuto funzionare effettivamente il riparto delle competenze tra Stato, Regioni ed Autonomie locali. Né sarebbe esagerato sostenere che il principio europeo della sussidiarietà abbia costituito da esempio per le fasi di una progressiva apertura della politica legislativa e costituzionale italiana verso modelli organizzativi (s)oggettivamente ‘ispirati’ ad una maggiore sensibilità nei confronti dell’esigenze proprie delle Autonomie territoriali; sino al punto da condurre alla nota revisione del

³¹ F. MERUSI, *Giustizia Amministrativa e autorità indipendenti*, in AA. VV., *Associazione italiana dei Professori di Diritto Amministrativo*, Annuario 2002, Milano, Giuffrè, 2003, p. 176 ss.

³² Sul punto, per una preziosa ricostruzione in dottrina, si vedano, *ex plurimis*, P. CARETTI, *Il principio di sussidiarietà e i suoi riflessi sul piano dell’ordinamento comunitario e sul piano dell’ordinamento nazionale*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1/1993, pp. 7-31; A. D’ATENA, *Il principio di sussidiarietà nella Costituzione italiana*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, n. 3-4/1997, pp. 603-627; A. RINELLA - L. COEN - R. SCARCIGLIA (a cura di), *Sussidiarietà e ordinamenti costituzionali. Esperienze a confronto*, Padova, 1999; P. CARETTI, *L’assetto dei rapporti tra competenza legislativa statale e regionale, alla luce del nuovo Titolo V della Costituzione: aspetti problematici*, in *Le Regioni*, n. 6/2001, pp. 1223-1232; E. BONELLI, *Sussidiarietà, necessità e proporzionalità/adequatezza nell’ordinamento comunitario e in alcune esperienze europee*, in *Diritto e cultura*, n. 1-2/2001, pp. 17-40; A. RUGGERI, *La ricomposizione delle fonti in sistema, nella Repubblica delle autonomie, e le nuove frontiere della normazione*, in *Le Regioni*, n. 4/2002, pp. 699-728; F. CORTESE, *Le competenze amministrative nel nuovo ordinamento della Repubblica. Sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza come criteri allocativi*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, n. 5/2003, pp. 843-897; S. BARTOLE, *Collaborazione e sussidiarietà nel nuovo ordine regionale*, in *Le Regioni*, n. 2-3/2004, pp. 578-586; G. MARAZZITA, *I poteri sostitutivi fra emergency clause e assetto dinamico delle competenze*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, n. 5/2005, pp. 819-853; C. PADULA, *Principio di sussidiarietà verticale ed interesse nazionale: distinzione teorica, sovrapposizione pratica*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, n. 1/2006, pp. 817-840; F. PIZZETTI, *I nuovi elementi “unificanti” del sistema costituzionale italiano*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, n. 2/2010, pp. 333-367; S. CASSESE, *I principi di sussidiarietà e di leale cooperazione*, in S. CASSESE (a cura di), *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, Milano, 2012, p. 21 ss.

Titolo V della Parte II della Carta costituzionale, che, per autorevole parte della dottrina, ha segnato l'esordio della così detta "Repubblica delle Autonomie"³³.

Sicché non può definirsi come il frutto di un mero caso (politicamente accidentale) se la Legge costituzionale del 18 ottobre 2001, n. 3 sia andata nella ferma direzione di mutare in 'senso sussidiario' l'originario assetto del riparto competenziale tra Stato, Regioni ed Autonomie locali³⁴: essendo innegabile che nell'ordinamento fosse già da tempo in atto un progressivo processo di maturazione della portata prescrittiva del ("risalente"³⁵) principio di sussidiarietà, che, del resto, per l'indiretta via dell'uniforme applicazione del diritto comunitario è silenziosamente veicolato nelle categorie istituzionali della Repubblica italiana sia sotto il pregnante profilo legislativo (se si ponesse mente alle non certo trascurabili modifiche intervenute a "Costituzione invariata") che, non di meno, sul piano della, stessa, dirimente giurisprudenza³⁶.

In particolare, per quel che strettamente interessa il 'settore energetico', la riforma del Titolo V ha pressoché rivoluzionato l'originario assetto di ripartizione delle competenze in materia di 'energia': giacché il novellato articolo 117 della Costituzione, contrariamente al passato, ha espressamente disciplinato al suo comma 3 - tra le materie di competenza concorrente - anche la materia relativa alla «produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia».

Ne è concretamente disceso un totale ribaltamento rispetto all'originario archetipo competenziale nel 'settore energetico'.

³³ Si vedano, per tutti, M. CAMELLI, *Amministrazione (e interpreti) davanti al Titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni*, n. 6/2001, pp. 1273-1304; F. MERLONI, *La leale collaborazione nella Repubblica delle autonomie*, in *Diritto Pubblico*, n. 3/2002, pp. 827-880; T. GROPPI - M. OLIVETTI (a cura di), *La Repubblica delle autonomie. Regioni ed enti locali nel nuovo Titolo V*, Torino, Giappichelli, 2003; A. PIOGGIA - L. VANDELLI (a cura di), *La Repubblica delle autonomie nella giurisprudenza costituzionale. Regioni ed enti locali dopo la riforma del Titolo V*, Bologna, il Mulino, 2006; C. DI MARCO - L. G. SCIANNELLA (a cura di), *Dalla Repubblica delle Autonomie ad un nuovo (e indefinito) accentramento dei poteri nello Stato*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014; G. DEMURO, *La Repubblica delle autonomie, una e indivisibile*, in *Federalismi.it*, n. 7/2018. Più di recente appare significativo rimandare a quanto diffusamente ricostruito in F. BASSANINI - F. CERNIGLIA - F. PIZZOLATO - A. QUADRIO CURZIO - L. VANDELLI (a cura di), *Il mostro effimero. Democrazia, economia e corpi intermedi*, Bologna, il Mulino, 2019.

³⁴ Sulla 'ispirazione sussidiaria' del vigente riparto di competenze contemplato in Costituzione sia consentito il rinvio alle ricostruzioni in A. MITROTTI, *L'interesse nazionale nell'ordinamento italiano. Itinerari della genesi ed evoluzione di un'araba fenice*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, p. 141 ss.

³⁵ Appare significativo rimandare, *ex plurimis*, all'approfondita ricostruzione del principio di sussidiarietà offerta in G. SCACCIA, *Sussidiarietà istituzionale e poteri statali di unificazione normativa*, Napoli, 2009, p. 8 ss.

³⁶ Di estremo interesse sono le recentissime osservazioni in M. MAZZAMUTO, *Le Sezioni Unite della Cassazione garanti del diritto UE?*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, n. 5/2020, pp. 651-685.

Non solo, infatti, le Regioni risultano oggi titolari della competenza a porre in essere la “disciplina legislativa di dettaglio” in materia di produzione, trasporto e distribuzione di energia (secondo il classico funzionamento delle ‘competenze concorrenti’ o ‘ripartite’ di cui al comma 3 dell’articolo 117 della Carta) ma ne è derivata, per conseguenza, la (non trascurabile) titolarità in capo alle Regioni della potestà regolamentare, ai sensi di quanto prescritto dal comma 6 del revisionato articolo 117.

Con l’introduzione di uno schema competenziale radicalmente ‘capovolto’ - per l’appunto - rispetto a quello contemplato dall’originaria Carta repubblicana: mentre prima allo Stato sarebbe spettata ogni competenza nel settore energetico, sia sul piano legislativo che sotto il profilo della titolarità di esercizio delle funzioni amministrative, oggi lo Stato può formalmente vantare il solo titolo della disciplina di principio nella materia di «*produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell’energia*». Per altro, l’intervenuto ‘ribaltamento’ dell’originaria disciplina costituzionale sull’energia non si è arrestato semplicemente ai soli profili della potestà legislativa e regolamentare della ‘materia energetica’ ma (come diretta conseguenza del superamento, ancorché formale³⁷, del “parallelismo delle funzioni”) ha altresì involto il sensibile piano delle funzioni amministrative: se si pone mente agli effetti discendenti dal revisionato testo dell’articolo 118 della Costituzione, in base al quale le “*funzioni amministrative sono attribuite ai Comuni salvo che, per assicurare l’esercizio unitario, siano conferite a Province, Città metropolitane, Regioni e Stato, sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza*”. In quest’ottica, oltre tutto, difficilmente poteva disconoscersi che l’“ispirazione sussidiaria” del nuovo riparto competenziale sull’energia corrispondesse - in sostanza - alle esigenze europee, nel frattempo, consolidate: giacché da una parte vi era la ferma convinzione che una

³⁷ Per la tesi di un sostanziale (e ‘rovesciato’) ritorno ad una vera e propria forma giurisprudenziale di ‘parallelismo invertito’ si rimanda, *ex plurimis*, a quanto approfondito in L. TORCHIA, *In principio sono le funzioni (amministrative): la legislazione seguirà (a proposito della sentenza 303/2003 della Corte costituzionale)*, in www.astrid-online.it; A. RUGGERI, *Il parallelismo “redivivo” e la sussidiarietà legislativa (ma non regolamentare ...)* in una storica (e, però, solo in parte soddisfacente) pronuncia, in www.forumcostituzionale.it; O. CHESSA, *Sussidiarietà ed esigenze unitarie: modelli giurisprudenziali e modelli teorici a confronto*, in *Le Regioni*, n. 4/2004, pp. 941-954; A. MORRONE, *Lo Stato regionale: dalla giustizia costituzionale alla politica*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2/2006, pp. 351-356; 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*, in *Le Regioni*, n. 4-5/2008, pp. 883-896; M. MANCINI, “*Il curioso caso della chiamata in sussidiarietà*”: *trasfigurazione e distorsione del modello originario*, in *Ricerche giuridiche*, volume 3, n. 1/2014, pp. 27-67; A. MITROTTI, *La chiamata in sussidiarietà come meccanismo di recupero dell’interesse nazionale in materia di politica economica*, in *AmbienteDiritto.it*, 16 aprile 2018.

gestione sussidiaria dell'energia (gestita dal 'basso' - per intendersi - ossia dagli enti territoriali più vicini agli amministrati) potesse, in sé, rispondere meglio al perseguimento degli sfidanti obiettivi di un utilizzo sempre più efficace ed efficiente delle risorse disponibili; dall'altra parte, poi, non si poteva, certo, revocare in dubbio che il carattere 'policentrico' e 'multilivello' del revisionato assetto repubblicano nel settore dell'energia ben si 'conciliasse' con l'intima natura del «servizio pubblico a rete»³⁸, che - non a caso - il diritto europeo ha elaborato proprio in diretta relazione ai "mercati energetici", laddove il principio della concorrenza nel mercato ha reso, oggettivamente, necessaria una recisa separazione dei segmenti sottesi alla filiera propria dei servizi energetici erogati (a cominciare, naturalmente, dalla basilare distinzione tra reti e servizi).

Senonché l'introdotta quadro - apparentemente di perfetta tenuta - ha iniziato sin dagli esordi a manifestare dei considerevoli segni di, chiara, cedevolezza.

Da un lato - per il vero - l'esordiente disciplina in materia di «produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia» ha cominciato, in maniera pressoché sistematica, a 'subire' i pervasivi effetti delle 'interferenze competenziali' con altre materie trasversali di competenza esclusiva dello Stato, fino al punto cruciale di veri e propri "conflitti di competenza"³⁹.

Si pensi soltanto alle potenziali sovrapposizioni disciplinari tra la materia energetica, per un verso, e, per altri versi, le finalistiche materie - di competenza statale - della tutela della concorrenza (che viene, ovviamente, ad interferire per tutto quanto attiene al "mercato dell'energia"), dell'ordine pubblico e della sicurezza (in relazione agli imprescindibili *standards* di 'incolumità pubblica' che il settore

³⁸ Per degli approfondimenti sul, così detto, «servizio pubblico a rete» si leggano E. FERRARI (a cura di), *I servizi a rete in Europa. Concorrenza tra gli operatori e garanzia dei cittadini*, Milano, Raffaello Cortina Editore, 2000; F. VETRÒ, *Il servizio pubblico a rete. L'esempio paradigmatico dell'energia elettrica*, Torino, Giappichelli, 2005; E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici a rete. Il caso dell'energia elettrica e del gas naturale*, Milano, Giuffrè, 2006; M. CAMMELLI (a cura di), *Territorialità e delocalizzazione nel governo locale*, Bologna, il Mulino, 2007; G. DE MINICO (a cura di), *Dalla tecnologia ai diritti. Banda larga e servizi a rete*, Napoli, Jovene, 2010; F. COSTANTINO, *La proprietà delle reti dei servizi pubblici locali - in particolare del servizio idrico (a proposito di Corte Cost. 320/2011)*, in *Rivista AIC*, n. 2/2012; M. PASSALACQUA (a cura di), *Il «disordine» dei servizi pubblici locali. Dalla promozione del mercato ai vincoli di finanza pubblica*, Torino, Giappichelli, 2015.

³⁹ Si confronti A. COLAVECCHIO, *Il riparto delle attribuzioni in materia di energia tra Stato, Regioni ed Enti locali*, in E. PICOZZA - S. M. SAMBRI (a cura di), *Il Diritto dell'energia*, Wolters Kluwer - Cedam, Padova, 2015, p. 73 ss. Più di recente sul tema delle sovrapposizioni competenziali, dei discendenti conflitti di competenza nonché - soprattutto - sui relativi criteri di risoluzione giurisprudenziale delle numerosissime controversie si consentito il rinvio ad A. MITROTTI, *L'interesse nazionale nell'ordinamento italiano. Itinerari della genesi ed evoluzione di un'araba fenice*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, p. 123 ss.

energetico deve assicurare), passando per l'essenziale tutela "dell'ambiente e dell'ecosistema" (in ragione delle fisiologiche interferenze con gli aspetti di una 'sana' gestione inerente allo sfruttamento delle fonti naturali di produzione energetica), sino agli intrecci competenziali tra l'energia e la garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale (con la chiara sovrapposizione rispetto ai "livelli qualitativi minimi" che i 'servizi energetici' - quali ferma espressione di "servizi pubblici universali" - sono chiamati a dover assicurare agli utenti).

Si tratta di intrecci e sovrapposizioni competenziali che hanno comprensibilmente finito per ingenerare delle fortissime incertezze circa l'effettivo ambito di applicazione della 'nuova' materia di "produzione, trasporto e distribuzione dell'energia".

Né si potrebbero giudicare del tutto soddisfacenti i pur encomiabili sforzi profusi dal Giudice delle Leggi: che ha finito per risolvere, di caso in caso, i numerosissimi 'conflitti competenziali' con l'ambiguo ricorso al celebre criterio di 'prevalenza' della materia dominante nel 'concorso' fra titoli competenziali in 'conflitto', in cui però la confusa commistione tra giudizi quantitativi della materia più estesa nell'intreccio e valutazioni surrettiziamente legate al vecchio principio di supremazia gerarchica del legislatore statale⁴⁰ hanno, di fatto, portato a prevalere pressoché sistematicamente le materie di competenza esclusiva dello Stato.

Con il 'risultante' effetto di affiancare alle incertezze del caso (senz'altro tipiche degli orientamenti 'creativi' di una giurisprudenza, in sé, priva di un positivo istituto risolutivo dei 'conflitti') un effettivo appiattimento degli spazi disciplinari per la potestà legislativa delle Regioni.

Dall'altro lato non può sottacersi come il 'settore energetico' successivo alla revisione del Titolo V abbia subito più di qualche distorsione anche sul piano di esercizio delle funzioni amministrative. Il che si è materialmente verificato a cominciare - per un banalissimo esempio - dall'endemica ambiguità legislativa esistente nella disciplina dei margini di 'confine' tra il potere politico e le prerogative

⁴⁰ La posta in gioco, tuttavia, sarebbe piuttosto seria e, per molti versi, preoccupante, con l'effetto, cioè, di alimentare sostanzialmente nell'interprete e tra gli stessi addetti ai lavori: «*le suggestioni in termini di supremazia statale evocate dall'espressione [della] prevalenza*» E. BUOSO, *Concorso di competenze, clausole di prevalenza e competenze prevalenti*, in *Le Regioni*, n. 1/2008, p. 83. Sul punto sia, altresì, consentito rimandare alle riflessioni maturate in A. MITROTTI, *L'interesse nazionale nell'ordinamento italiano. Itinerari della genesi ed evoluzione di un'araba fenice*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, p. 169 ss.

proprie degli organismi tecnici indipendenti (che ha inevitabilmente ‘influito’⁴¹ sulle modalità di esercizio concreto delle attribuzioni in materia di regolazione dei ‘mercati energetici’), sino a giungere ai diversi casi di un non infrequente ritorno ordinamentale ad una sorta di ‘parallelismo’ (rispetto al passato invertito⁴²) tra funzioni amministrative e legislative spiegate nel settore energetico⁴³, sulla base del celebre istituto della, così detta, “chiamata in sussidiarietà legislativa”⁴⁴.

A tutto ciò si è, poi, aggiunto che - al di là della mobilità e (talvolta imprevedibile) flessibilità implicite nelle, non sporadiche, ipotesi di “attrazione in sussidiarietà” - le funzioni amministrative in materia di energia sono state, oggettivamente, vittime di

⁴¹ *Ex plurimis* appare significativo rinviare (senza pretese di esaustività) a quanto ricostruito in S. LABRIOLA (a cura di), *Le autorità indipendenti. Da fattori evolutivi ad elementi della transizione nel diritto pubblico italiano*, Milano, Giuffrè, 1999; M. CLARICH, *Le autorità indipendenti nello “spazio regolatorio”: l’ascesa e il declino del modello*, in *Diritto Pubblico*, n. 3/2004, pp. 1035-1074; E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione dei mercati energetici tra l’autorità per l’energia elettrica e il gas e il governo*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n. 2/2009, pp. 435-479; M. CLARICH - F. SCALFANI, *La regolazione dei mercati energetici*, in Aa. Vv., *Rapporto 2011-2012. Il governo dell’energia per lo sviluppo del paese*, Bologna, il Mulino, 2012, p. 277 ss.; S. CASSESE, *La legge n. 481/1995. Crisi delle autorità indipendenti*, in *Energia*, n. 4/2015. Di recente si confrontino, altresì, le aggiornate riflessioni in G. DALLE CARBONARE, *Riparto di attribuzioni tra ARERA e Ministeri: la decisione del TAR Lombardia in tema di Certificati bianchi*, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, n. 1/2020, pp. 147-163; F. ZAMMARTINO, *Le Autorità amministrative indipendenti: aspetti problematici e nuove prospettive*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 1/2020, pp. 952-986.

⁴² L. TORCHIA, *In principio sono le funzioni (amministrative): la legislazione seguirà (a proposito della sentenza 303/2003 della Corte costituzionale)*, in www.astrid-online.it.

⁴³ *Ex multis*, A. COLAVECCHIO, *Il riparto delle attribuzioni in materia di energia tra Stato, Regioni ed Enti locali*, in E. PICOZZA - S. M. SAMBRI (a cura di), *Il Diritto dell’energia*, Wolters Kluwer - Cedam, Padova, 2015, p. 96 ss.

⁴⁴ La copiosa letteratura sul così detto “meccanismo di attrazione in sussidiarietà legislativa” è davvero troppo ampia per poter essere richiamata con una qualche ambizione di esaustività, ciò posto sia consentito il rinvio - senza nessuna pretesa di completezza - a quanto efficacemente ricostruito in A. RUGGERI, *Il parallelismo “redivivo” e la sussidiarietà legislativa (ma non regolamentare ...) in una storica (e, però, solo in parte soddisfacente) pronunzia*, in www.forumcostituzionale.it; L. VIOLINI, *I confini della sussidiarietà: potestà legislativa “concorrente”, leale collaborazione e “strict scrutiny”*, in *Le Regioni*, n. 2-3/2004, pp. 587-602; O. CHESSA, *Sussidiarietà ed esigenze unitarie: modelli giurisprudenziali e modelli teorici a confronto*, in *Le Regioni*, n. 4/2004, pp. 941-954; A. MORRONE, *Lo Stato regionale: dalla giustizia costituzionale alla politica*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2/2006, pp. 351-356; F. BENELLI, *I criteri di allocazione delle competenze nella giurisprudenza costituzionale dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, n. 1/2007, pp. 11-37; 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, pp. 779-790; A. RUGGERI, *Il problematico “bilanciamento” tra politica e diritto costituzionale (tornando a riflettere su Corte cost. n. 303 del 2003)*, in *Le Regioni*, n. 4-5/2008, pp. 849-864; 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*, in *Le Regioni*, n. 4-5/2008, pp. 883-896; C. MAINARDIS, *Chiamata in sussidiarietà e strumenti di raccordo nei rapporti Stato-Regioni*, in *Le Regioni*, n. 2-3/2011, pp. 455-498; M. MANCINI, *“Il curioso caso della chiamata in sussidiarietà”: trasfigurazione e distorsione del modello originario*, in *Ricerche giuridiche*, volume 3, n. 1/2014, pp. 27-67; A. MITROTTI, *La chiamata in sussidiarietà come meccanismo di recupero dell’interesse nazionale in materia di politica economica*, in *AmbienteDiritto.it*, 16 aprile 2018.

una disomogenea adeguatezza tecnica degli apparati amministrativi, di fatto, riconducibili agli enti territoriali *sub* statali, specialmente per il caso di moltissimi Comuni: da qui è derivato un disarticolato ed incerto esercizio dei poteri pubblici nel 'settore energetico'.

Non è un caso, insomma, che «*all'indomani della riforma costituzionale del 2001 ci si è chiesti, da più parti, se intraprendere la via del "federalismo" anche nel settore energetico fosse stata una scelta adeguatamente ponderata e si è anzi richiamata la necessità di una rapida marcia indietro, sottolineando l'esigenza, per la sicurezza energetica nazionale, di una gestione [materialmente] centralizzata dell'energia. In particolare, si è avvertito come la distribuzione dei poteri normativi derivante dalla novella del Titolo V sarebbe stata fonte di pesanti asimmetrie regolatorie, con il rischio di bloccare un settore strategico per lo sviluppo dell'intero sistema economico*»⁴⁵. Eppure ad onta degli incerti margini competenziali sottostanti alla riformata cornice costituzionale (fra l'altro connotata da vari tentativi di revisione del già revisionato Titolo V) il quadro dell'articolata disciplina sottesa al 'settore energetico' ha rinvenuto sempre nel diritto europeo la 'fonte' di un'inaspettata omogeneizzazione: il che (si badi) sia in relazione alla ripartizione delle competenze legislative statali e regionali che - non di meno - sotto il sensibile profilo di esercizio delle funzioni amministrative.

In tal senso dottrina e giurisprudenza non hanno potuto, d'altra parte, trascurare che fra le rilevanti modifiche intervenute nel 2001 la revisione del Titolo V sia da segnalare anche per quanto emblematicamente introdotto al primo comma del novellato articolo 117 della Carta repubblicana, la cui pregnante 'portata prescrittiva' impone una chiara, importante, 'limitazione generale' per la potestà legislativa esercitata da Stato e Regioni.

Dal che il legislatore viene ad essere 'impegnato' - secondo un 'obbligo paritetico' rispetto alle competenze ripartite tra Stato e Regioni - non soltanto al rispetto della Costituzione ma 'pure' alla (assai significativa) osservanza (esplicita) dei "*vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario*": cosicché i vincoli europei, pertanto, obbligano espressamente la potestà legislativa statale e regionale non più solo sotto il profilo 'esterno' del diritto internazionale, bensì anche sul piano strettamente 'interno' del diritto costituzionale.

⁴⁵ A. COLAVECCHIO, *Il riparto delle attribuzioni in materia di energia tra Stato, Regioni ed Enti locali*, in E. PICOZZA - S. M. SAMBRI (a cura di), *Il Diritto dell'energia*, Wolters Kluwer - Cedam, Padova, 2015, p. 79.

Per questa via i fondamentali obiettivi europei della “concorrenza nel mercato”, della “libera circolazione di merci, capitali e servizi” e, in particolare, dell’“efficienza energetica” (addirittura elevata «al primo posto»⁴⁶) sono venuti ad imporsi nell’ordinamento italiano della Repubblica delle Autonomie come essenziali ‘principi precettivi’ (e non meramente ‘programmatici’) per l’esercizio della potestà legislativa (statale e regionale) e - non di meno - nell’esplicazione delle concrete funzioni di ‘amministrazione attiva’ degli enti competenti nel settore dell’energia. In quest’ottica, al netto delle resilienti invocazioni di un *deficit* di democraticità del diritto dell’UE, i principi europei ed in particolare, per quel che interessa in questa sede, quelli propri del settore dell’energia sono stati costituzionalmente ‘incastonati’ nel quadro del, così detto, ‘circuito democratico’ della Repubblica italiana⁴⁷. Giacché appare pressoché incontrovertibile che i vincoli europei nel settore energetico costituiscano oggi dei fondamentali principi precettivi per la Repubblica italiana: a partire dalle scelte (squisitamente politiche) del legislatore statale e regionale (ai sensi della chiara disciplina contemplata dal primo comma del novellato articolo 117 Cost.) passando (*in medias res*) per le funzioni di ‘amministrazione attiva’ (laddove i principi europei assurgono in sostanza a basilari ‘finalità’ che la Pubblica Amministrazione è assolutamente obbligata ad attuare ed eseguire), fino al piano conclusivo dell’effettivo godimento dei discendenti benefici per gli operatori economici del ‘mercato energetico’ e, soprattutto, dei relativi utenti.

Oltretutto qualora nel policentrico e multilivello ordinamento della “Repubblica delle Autonomie” dovessero verificarsi non improbabili arresti patologici (disomogenei disallineamenti ovvero disfunzioni) il revisionato testo del Titolo V ha introdotto una significativa garanzia di ‘chiusura’ del, così detto, ‘circuito democratico’, con la stringente previsione costituzionale di uno straordinario potere sostitutivo del Governo⁴⁸ (disciplinato - come sarà ben noto - dall’articolo 120, comma 2, della Carta repubblicana) al ricorrere, fra le altre ipotesi, del mancato rispetto

⁴⁶ Così recita il testo dell’articolo 1 (rubricato «finalità») del D. Lgs. n. 102 del 4 luglio 2014, ad onta - si tiene a puntualizzarlo - delle recentissime modifiche introdotte dall’articolo 1 del D. Lgs. n. 73 del 14 luglio 2020.

⁴⁷ Sul significato e sulla portata sottesa al “circuito democratico” appare illuminante il rinvio a quanto osservato da S. CASSESE, *Dal principio di legalità al rispetto del diritto*, in S. CASSESE (a cura di), *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2012, pp. 9-12.

⁴⁸ Per una diffusa, ed aggiornata, disamina sul punto sia consentito il rinvio ad A. MITROTTI, *L’interesse nazionale nell’ordinamento italiano. Itinerari della genesi ed evoluzione di un’araba fenice*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, p. 253 ss.

“della normativa comunitaria” da parte degli enti territoriali *sub* statali (ossia Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni).

È per questi sentieri costituzionali che si è venuta - in concretezza - ad aprire “la strada” nell’ordinamento repubblicano dell’*Energy Performance Contract*: che da, mero, istituto contrattuale di matrice europea è passato, nell’arco di breve tempo, ad essere legislativamente elevato al rango di un uniformante presupposto dell’ordinamento italiano (strutturalmente policentrico e multilivello) rispetto all’effettiva realizzazione degli ‘obiettivi europei’ in materia di energia (si confrontino sul punto le numerosissime disposizioni sugli *Energy Performance Contracts* contemplate nel D. Lgs. n. 102 del 4 luglio 2014⁴⁹). In tal senso - infatti - il ruolo giocato dagli *Energy Performance Contracts* è molto meno marginale di quanto gli (euro)scettici avrebbero potuto inizialmente immaginare: non solo le esigenze e le difficoltà attuali legate alla descritta materia di produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell’energia verrebbero praticamente stemperate in natura dal risparmio di energia che gli *Energy Performance Contracts* sono capaci di assicurare - fino, quasi, a rendere irrilevanti i ‘materiali’ problemi di produzione e distribuzione energetica del Paese - ma a ben riflettere si tratterebbe di un istituto cruciale sotto altri numerosissimi profili ambientali, economici e sociali, se solo si ponesse mente ai collegamenti tra il principio di efficienza energetica ed i vitali benefici nell’utilizzo razionale delle naturali risorse energetiche disponibili, il che senza, di certo, trascurare i positivi effetti strumentali che i risparmi di energia avrebbero, senz’altro, nelle Pubbliche Amministrazioni rispetto al (fondamentale) perseguimento degli equilibri di bilancio e - non di meno - della, connessa, sostenibilità del debito pubblico, in assoluta coerenza con quanto, d’altra parte, solennemente disposto dagli articoli 81, 97, e 119 della Carta costituzionale.

Tanto più se leggessimo tutto ciò secondo la pregnante chiave di lettura di uno sviluppo, intergenerazionale, economicamente sostenibile: dinanzi al quale - se ci ragionassimo con la dovuta attenzione - tutti i preziosi risparmi energetici, concretamente, realizzabili in prospettiva sottenderebbero, senz’altro, la decisa capacità di spingere il ruolo degli *Energy Performance Contracts* alla posizione di un nevralgico istituto concepibile in funzione di un (sensibile) punto di contatto tra - da

⁴⁹ Così come recentemente novellato dal D. Lgs. n. 73 del 14 luglio 2020, in attuazione delle modifiche che la Direttiva 2018/2002/UE aveva, nel frattempo, apportato rispetto all’originaria disciplina contemplata nella Direttiva 2012/27/UE.

una parte - le materie dell'ambiente, della salute, della ricerca, della promozione dell'occupazione (nonché delle stesse, ricollegabili, politiche europee nel settore di una coesione economica, sociale e territoriale) e - dall'altra parte - le esigenze (soltanto in apparenza lontane) poste a base di un'evoluzione (di tipo qualitativo) della materia della concorrenza nel mercato dell'energia.

4. Gli Energy Performance Contracts a 'beneficio' delle Pubbliche Amministrazioni.

Nell'ordinamento repubblicano i "Contratti di Rendimento Energetico" (ovvero di "Prestazione Energetica") rinvencono la propria puntuale definizione legislativa nell'articolo 2 (comma 2, lettera n) del D. Lgs. n. 102 del 4 luglio 2014, a mente del quale gli "EPC"⁵⁰ (acronimo di "Energy Performance Contracts") realizzano un «*accordo contrattuale tra il beneficiario o chi per esso esercita il potere negoziale e il fornitore di una misura di miglioramento dell'efficienza energetica, verificata e monitorata durante l'intera durata del contratto, dove gli investimenti (lavori, forniture o servizi) realizzati sono pagati in funzione del livello di miglioramento dell'efficienza energetica stabilito contrattualmente o di altri criteri di prestazione energetica concordati, quali i risparmi finanziari*»⁵¹. Salta immediatamente all'occhio, con tutt'onestà, come, nel sinallagma oggetto delle prestazioni contrattuali, l'accordo (alla base) di un *Energy Performance Contract* preveda che il fornitore delle 'misure migliorative' dell'efficienza energetica si obblighi verso un corrispettivo 'commisurato' ai perfezionamenti ed ai progressi energetici - di fatto - ottenuti in relazione a quanto stabilito contrattualmente o, comunque, sulla base di "altri criteri di prestazione energetica" concordati: quali, per esempio, i (concreti) "risparmi finanziari".

Né può lasciare indifferenti, in tal senso, che il corrispettivo del fornitore possa - in realtà - alternativamente commisurarsi tanto in relazione ai "risparmi energetici" ottenuti, quanto ai "risparmi finanziari" assicurati: ciò lascia, infatti, amplissimi margini di riflessione sul 'tipo' di interesse corrispondente all'ottenimento delle prestazioni promesse dal fornitore e sembrerebbe lasciar, ragionevolmente, supporre

⁵⁰ Acronimo di *Energy Performance Contracts*.

⁵¹ Gazzetta Ufficiale n. 165 del 18-07-2014, Leggi ed altri atti normativi, Decreto Legislativo 4 luglio 2014, n. 102.

che il soggetto creditore delle prestazioni del miglioramento energetico non vanti un interesse appiattito unicamente su di un carattere di natura patrimoniale⁵².

Tant'è che "risparmio energetico" e "risparmio finanziario" ancorché sovrapponibili in sostanza non possono considerarsi concettualmente come due nozioni assolutamente identiche. La qual cosa, fra l'altro, assume una 'gravida connotazione' (di estrema significatività) proprio nell'ipotesi in cui sia la Pubblica Amministrazione il soggetto 'interessato' alle prestazioni del 'miglioramento energetico'⁵³ oggetto di un'obbligazione contrattuale del fornitore di un "Contratto di Rendimento Energetico". In questo caso infatti sarebbe evidente che l'interesse dell'Amministrazione Pubblica all'ottenimento delle prestazioni di efficienza energetica non sia legato al mero, e puro, risparmio finanziario e, quindi, ad un tipo di interesse, esclusivamente, patrimoniale, in quanto verrebbe a trattarsi - piuttosto - della commistione con altri 'interessi pubblici' costituzionalmente tutelati, quali (*in primis*) la fondamentale tutela dell'ambiente (col minor spreco possibile di fonti di produzione energetica e la conseguenziale riduzione dell'inquinamento ambientale), passando per i non affatto secondari interessi ad una valorizzazione del patrimonio immobiliare dell'Amministrazione Pubblica, fino all'imprescindibile perseguimento dei 'trasversali' obiettivi europei in materia energetica.

Degli obiettivi quelli del diritto europeo sull'energia che (come già osservato) nell'ordinamento repubblicano assumono, a propria volta, il dirimente ruolo di 'finalità precettive' per l'azione amministrativa, involgendo contemporaneamente numerosissimi tipi di interessi pubblici: ad iniziare dall'ormai imprescindibile garanzia di un intergenerazionale sviluppo sostenibile⁵⁴, passando per la realizzazione dei profili di una coesione economica, sociale e territoriale che, praticamente, i risparmi energetici possono permettere di concretizzarsi all'interno

⁵² Si confronti *ex multis* quanto diffusamente analizzato nella curatela di M. PENNASILICO (a cura di), *Manuale di diritto civile dell'ambiente*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2014, p. 242 ss.

⁵³ In tal senso non può dirsi un puro caso che il legislatore abbia avvertito la necessità di disciplinare espressamente gli «Elementi minimi che devono figurare nei contratti di rendimento energetico sottoscritti con il settore pubblico o nel relativo capitolato d'appalto», ai sensi di quanto prescritto dall'Allegato 8 al D. Lgs. 4 luglio 2014, n. 102.

⁵⁴ Del resto è già da tempo che l'attenta, lungimirante, dottrina evidenzia che «la crescita economica cui tende l'Unione europea (anche mediante la politica degli appalti pubblici) si ispira a un [pregnante] modello di "sviluppo equilibrato e sostenibile"» M. BROCCA, *Sollecitazioni comunitarie per appalti pubblici più «ecologici» e «sociali»*, in *Urbanistica e Appalti*, n. 9/2002, p. 998. In questa prospettiva appaiono per altro significative le recenti riflessioni sviluppate in A. DI GIOVANNI, *L'ambiente sostenibile nel nuovo Codice degli appalti: green public procurement e certificazioni ambientali*, in *Il diritto dell'economia*, n. 1/2018, pp. 157-180.

dello spazio europeo (grazie allo sviluppo delle potenzialità energetiche delle aree più depresse), senza, certamente, voler, qui, ignorare tutti i positivi effetti ‘immediati’ che l’efficienza energetica è capace, senza dubbi, di produrre sugli equilibri di bilancio e sulla sostenibilità del debito proprio del complesso delle Pubbliche Amministrazioni. Tutto ciò argomenta chiaramente che sotto il precipuo “angolo visuale” delle Amministrazioni Pubbliche il principio dell’efficienza energetica risponde, oggi, ad un obbligo traente la propria fonte (d’interesse) nella Legge e nella Costituzione prima ancora che (*ex art. 1173 c.c.*) nei “Contratti di Rendimento Energetico”, a cui l’Amministrazione è obbligata a ricorrere strumentalmente⁵⁵ proprio al peculiare fine della soddisfazione dei molteplici interessi sottostanti all’energia ed al mercato energetico europeo (a partire dal basilare rispetto del principio della libera concorrenza nel mercato europeo dell’energia). In quest’ottica probabilmente non si esagererebbe se ‘guardassimo’ ai “Contratti di Rendimento Energetico” come ad una «*tecnica normativa [che] è espressione della [intrinseca] funzione di regolazione che il diritto dei contratti spesso svolge nel diritto privato europeo*»⁵⁶.

D’altra parte non è un caso che gli *Energy Performance Contracts* siano di origine europea: dove non di rado vi è una sostanziale commistione tra categorie privatistiche e pubblicistiche con cui l’ordinamento italiano è tradizionalmente abituato a riflettere. Difficile insomma ritenere che a monte della stipula di un “Contratto di Rendimento Energetico” la Pubblica Amministrazione persegua unicamente interessi di natura patrimoniale. Il che, per altro, genera significativi effetti in relazione al corretto inquadramento della natura dei “Contratti di Rendimento Energetico” e delle connesse procedure di affidamento da parte dell’Amministrazione. La pluralità degli interessi pubblici, patrimoniali e non, sottostanti all’affidamento di un *Energy Performance Contract* e nondimeno la peculiarità dell’elemento legato al corrispettivo del fornitore di misure migliorative

⁵⁵ Sul punto appare estremamente utile rimandare a quanto osservato in F. D’ANGELO, *Amministrazioni pubbliche e risparmio energetico: le Energy service companies (E.S.Co.) nel settore pubblico*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, n. 1/2014, pp. 224-260; C. BENANTI, *Energy Performance Contract: il contratto di rendimento energetico o di prestazione energetica*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, n. 2/2017, pp. 403-437.

⁵⁶ C. BENANTI, *Energy Performance Contract: il contratto di rendimento energetico o di prestazione energetica*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, n. 2/2017, pp. 412-413. Qui - fra l’altro - l’Autrice richiama a sostegno delle proprie argomentazioni quanto, autorevolmente, ricostruito da A. ZOPPINI, *L’efficienza energetica: spunti di diritto privato*, in L. CARBONE - G. NAPOLITANO - A. ZOPPINI (a cura di), *Annuario di Diritto dell’energia. Politiche pubbliche e disciplina dell’efficienza energetica*, Bologna, il Mulino, 2016, p. 359 ss.

dell'efficienza energetica lascerebbero di primo acchito senz'altro immaginare che si tratti della concessione di un servizio (il 'servizio di prestazione energetica' di una Pubblica Amministrazione).

D'altronde lo 'schema causale' degli *Energy Performance Contracts* addossa, interamente, sul fornitore delle prestazioni energetiche tutti i rischi discendenti dal caso di mancato conseguimento dei "risparmi energetici" e/o dei "risparmi finanziari". Il che secondo un modello funzionale - in qualche modo - 'assonante' rispetto a quello dei rapporti di natura concessoria: in cui l'Amministrazione Pubblica dispone di proprie risorse riservate in ragione del prioritario perseguimento di interessi pubblici⁵⁷ e il concessionario assume completamente su di sé 'tutti i rischi' relativi alla gestione dei beni od attività oggetto di concessione⁵⁸.

Eppure, a ben riflettere, tra la struttura causale di un *Energy Performance Contract*, da una parte, e quella del rapporto di concessione di un servizio, dall'altra, si interpone una sottile, ma fondamentale, linea distintiva: nei "Contratti di Rendimento Energetico", infatti, il 'profitto' che il fornitore dei 'servizi' di 'prestazione energetica' può trarre non possiede - a stretto rigore - il carattere di un vero e proprio 'rischio di gestione' di un 'servizio' affidato in concessione, giacché i

⁵⁷Tant'è che «la concessione, nelle sue diverse specie, persegue prioritariamente l'interesse pubblico (che assume il ruolo di interesse principale da realizzare), mentre l'interesse privato può trovare soddisfazione solo ove non contrasti con l'interesse pubblico» S. TARULLO, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Bologna, Zanichelli, 2017, p. 307.

⁵⁸Ci si rende conto dell'estrema semplificazione operata nel testo in relazione agli elementi strutturali sottesi all'istituto della 'concessione di servizi', per cui tuttavia sarebbe opportuna una distinta sede di trattazione *ad hoc*. Ciò posto sia consentito rinviare *ex plurimis* nel panorama della letteratura scientifica (e senza ovviamente pretese di completezza nel riferimento) a quanto criticamente ricostruito in G. DI GASPARE, *Tra Stato e mercato: l'insostenibile leggerezza della concessione amministrativa*, in *Politica del Diritto*, n. 3/1998, pp. 503-534; A. GIANNELLI, *La concessione di servizi: verso un'interpretazione estensiva del requisito del rischio di gestione*, in *Urbanistica e Appalti*, n. 10/2007, pp. 1280-1285; C. F. CODUTI, *La centralità del rischio nella concessione di servizio pubblico*, in *Rassegna Avvocatura dello Stato*, n. 1/2008, pp. 298-308; S. SGUBIN, *La difficile applicazione del diritto comunitario agli istituti tra appalto e concessione*, in *Giustizia Amministrativa*, n. 2/2009, pp. 47-72; A. MASSERA, *La concessione di servizi: una questione di regime sempre aperta*, in *Munus*, n. 1/2011, pp. 245-268; B. GILIBERTI, *La concessione di pubblico servizio tra sistematiche nazionali e diritto comunitario*, in *Diritto Amministrativo*, n. 1/2011, pp. 183-240; S. MONZANI, *Il trasferimento al privato del rischio economico di gestione quale tratto distintivo della concessione rispetto all'appalto di servizi e le conseguenze in tema di normativa applicabile (nota a Cons. St., sez. VI, 4 settembre 2012, n. 4682)*, in *Il Foro Amministrativo - C.d.S.*, n. 1/2013, pp. 243-253; F. GOISIS, *Il rischio economico quale proprium del concetto di concessione nella direttiva 2014/23/UE: approccio economico versus visioni tradizionali*, in *Diritto Amministrativo*, n. 4/2015, pp. 743-766; G. RONDONI, *Affidamento in concessione e "rischio operativo"*, in *I contratti dello Stato e degli enti pubblici*, n. 2/2016, pp. 33-44; A. DI GIOVANNI, *Diritto soggettivo e interesse legittimo nella concessione di servizi pubblici. Riflessi sul riparto di giurisdizione*, in *Rivista di Diritto Privato*, n. 1/2018, pp. 51-77; M. CERUTI, *L'istituto euro-unitario della concessione e la fine della dicotomia fra autorizzazione e concessione*, in *Urbanistica e Appalti*, n. 6/2020, pp. 745-756; M. ZACCHEO, *Concessioni pubbliche e sopravvenienze*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2021, pp. 1-22.

‘risparmi energetici’ od i connessi ‘risparmi finanziari’ non sono la stessa cosa degli utili potenzialmente derivanti dalla gestione di un, determinato, servizio destinato all’utenza.

Nei “Contratti di Rendimento Energetico”, ad un’attenta riflessione, è assente quel tipico ‘rischio operativo’ esposto alle fluttuazioni del mercato che costituisce, in sé, il tratto ‘essenziale’ di una concessione di servizi. Né si potrebbe mai sostenere - in effetti - che i risparmi energetici ottenuti dal fornitore di un “Contratto di Prestazione Energetica” siano la stessa cosa degli utili derivanti dalla ‘gestione’ del ‘servizio’ di fornitura di energia erogato all’Amministrazione. Esiste infatti una materiale distinzione soggettiva tra chi concretamente eroga il servizio della fornitura di energia a beneficio di una Pubblica Amministrazione e chi, piuttosto, si obbliga - in qualità di fornitore di un *Energy Performance Contract* - a migliorare effettivamente i livelli di prestazione energetica (diminuendone i consumi) del servizio di fornitura dell’energia di cui l’Amministrazione Pubblica, in concreto, si avvale.

Una distinzione assai netta e particolarmente evidente anche sotto il ‘profilo oggettivo’ della remunerazione realizzabile. Il che è ben comprensibile se si pone mente al semplicissimo fatto che il soggetto fornitore di un “Contratto di Prestazione Energetica” realizza degli interessi economici diametralmente opposti rispetto al soggetto che eroga il servizio di fornitura dell’energia ad un’Amministrazione Pubblica. Il miglioramento delle prestazioni energetiche, infatti, si dirige nella materiale direzione - per intendersi - di ridurre i consumi del servizio di energia e, quindi, gli utili potenzialmente derivanti al soggetto che, di fatto, eroga il servizio di fornitura energetica all’Amministrazione. Sicché il fornitore di un “Contratto di Prestazione Energetica” ed il titolare del servizio di fornitura di energia non solo non sono la stessa persona ma, soprattutto, sottendono interessi economicamente ‘contrastanti’: per cui verrebbe in sé difficile assimilare il corrispettivo del fornitore di un “Contratto di Prestazione Energetica” all’utile prodotto dal ‘rischio di gestione’ del servizio di energia fornito, direttamente, all’Amministrazione. Tutto ciò a margine, per altro, della non trascurabile interpretazione giurisprudenziale per cui *«l’applicazione del modello concessorio alle c.d. opere fredde (il privato che le realizza e gestisce fornisce direttamente servizi all’amministrazione traendo la propria remunerazione da pagamenti effettuati dalla stessa: per es. nei casi di carceri o ospedali) ha destato, non da oggi, serie perplessità, dato che l’ambito naturale dell’istituto è certamente costituito dalle c.d. opere calde, ovvero da quelle dotate di intrinseca capacità di generare reddito attraverso ricavi*

di utenza (modello autostrade, gas, parcheggi), ovvero, al più, da quelle c.d. tiepide, categoria intermedia per la quale, non essendo sufficienti i ricavi di utenza a ripianare interamente le risorse impiegate, risulta necessario un contributo pubblico per la fattibilità finanziaria»⁵⁹. Dal che (si badi) deriva una rilevantissima conseguenza sul piano dell'inquadramento nel nostro ordinamento degli "Energy Performance Contracts": che non essendo ascrivibili allo 'schema causale' di una concessione di servizi - per l'oggettiva assenza del 'rischio operativo' connaturato alle concessioni - sarebbero, piuttosto, da ricondurre al diverso modello di un contratto affidato in appalto ('misto', ex art. 28 del D. Lgs. 18 aprile 2016, n. 50), laddove, segnatamente, l'obbligazione relativa al conseguimento dei 'progressi delle prestazioni energetiche' si sostanzia nell'esecuzione 'mista' (e combinata) tra prestazioni lavorative, a regola d'arte, e servizi strumentali ad essi.

Ovviamente non si tratta di riflessioni dogmatiche di poco conto e confinabili alla pura speculazione teorica: giacché è dall'esatto inquadramento della natura di un istituto che viene a dipenderne il concreto ed effettivo regime giuridico, specialmente allorché si tratti di un istituto di matrice europea - qual è quello dell'"Energy Performance Contract" - trasposto (per non dir 'trapiantato') nell'ordinamento italiano (si consideri, difatti, che il legislatore statale nel 'recepire' le direttive europee non ha, minimamente, aggiunto nulla rispetto alla definizione ed ai sostanziali requisiti di contenuto prescritti nelle fonti europee per i "Contratti di Prestazione Energetica"). Perciò è dall'esatta natura riconducibile al "Contratto di Rendimento Energetico" che viene in sé a dipendere sia l'individuazione della disciplina applicabile all'affidamento da parte dell'Amministrazione, interessata ad ottenere le prestazioni di 'miglioramento energetico', che - oltre tutto - le concrete regole di contabilità cui il contratto dovrà essere sottoposto: attesa l'effettiva possibilità per le Amministrazioni di non contabilizzare le spese degli interventi di riqualificazione energetica unicamente a valle di un contratto affidato in regime di una 'concessione di servizi' e comunque al peculiare ricorrere (detto in estrema sintesi) dei presupposti tipici di un contratto astrattamente qualificabile come "off balance sheet", ossia "fuori bilancio".

Appare sufficientemente chiaro, allora, che una cosa sarebbe ascrivere gli "Energy Performance Contracts" al regime dei "Contratti di concessione" di cui all'articolo 164 e ss. del D. Lgs. 50/2016 mentre, ben, altra cosa sarebbe il ricondurne l'ambito

⁵⁹ Cons. St., Adunanza della Commissione Speciale, 1 aprile 2016, n. 855, Parte III - Contratti di Concessione.

applicativo a quello di un appalto, in senso stretto, ancorché nell'alveo di un "Contratto misto di appalto", *ex art. 28 del D. Lgs. 50/2016*⁶⁰.

La questione - sebbene indubbiamente complessa ed influenzata dalle tangibili condizioni contrattuali di ogni singolo *Energy Performance Contract* - non può che essere, oggettivamente, risolta alla luce dell'evidenziato *discrimen* afferente all'elemento della "allocazione dei rischi", quale sicuro 'parametro' di riferimento circa lo studio della natura giuridica degli EPC: per cui al netto della seria variabilità dei termini e delle condizioni contrattuali è impossibile sostenere che nell'"*Energy Performance Contract*" sussista un "rischio operativo" tale da esporre la sfera patrimoniale del fornitore di 'prestazioni energetiche' alle fluttuazioni della domanda e dell'offerta del mercato in cui il contratto si inserisce. Né può dirsi, in tal senso, una casualità che l'ENEA ("Agenzia nazionale per le nuove tecnologie, l'energia e lo sviluppo economico sostenibile") nelle Linee Guida per i Contratti di Prestazione Energetica (EPC) abbia - proprio - tenuto a puntualizzare, *mutatis mutandis*, che nell'EPC quale «contratto a prestazioni multiple e differite, le stesse [prestazioni] pur se separabili sul piano materiale non lo siano sul piano funzionale, in quanto tutte concorrono al raggiungimento dell'obiettivo contrattuale (risparmio minimo garantito). Il riconoscimento della prevalenza del Servizio di Prestazione Energetica per gli Edifici sui lavori che si rendono indispensabili per il miglioramento dell'efficienza energetica degli stessi, ai sensi dell'art. 28, comma 9 del D. Lgs. 50/2016 s.m.i., porta alla logica applicazione della procedura di affidamento propria dell'appalto di servizi»⁶¹. Sennonché esclusa la riconducibilità alla natura propria di una concessione di servizi l'intrinseca malleabilità fisionomica insita nella 'causa funzionale' degli "*Energy Performance Contracts*" (connotati da un'oggettiva combinazione di attività, lavori e servizi strumentali al miglioramento dell'efficienza energetica' delle P.A.) ha - progressivamente - spinto le iniziali 'titubanze' degli interpreti dell'istituto dei "Contratti di Rendimento Energetico" verso l'adesione ad un inquadramento coerente con un modello del Codice dei Contratti Pubblici altrettanto 'malleabile': il "Partenariato Pubblico Privato"⁶².

⁶⁰ Per un'attenta disamina si legga F. MARTIRE, *Il contratto di rendimento energetico alla prova del nuovo codice dei contratti pubblici: appalto o concessione di servizi?*, in *Laboratorio per l'innovazione Pubblica*, consultabile su www.lab-ip.net.

⁶¹ ENEA. Report Ricerca di Sistema Elettronico. G. CENTI - D. IATAURO - M. G. LANDI - M. MARIANI - C. ROMEO - P. SIGNORETTI - L. TERRINONI, *Aggiornamento delle Linee Guida per i contratti di prestazione energetica (EPC) per gli edifici della PA*, Settembre 2017, pp. 6-7.

⁶² *Ex multis*, F. PEIRONE, *La costituzione di partenariati pubblico-privati per la realizzazione di consumi energetici efficienti nelle Pubbliche Amministrazioni*, in *AmbienteDiritto.it*, n. 1/2017; G. SCARCHILLO, *Gli*

Ovviamente un'analisi compiuta ed esaustiva del "Partenariato Pubblico Privato" meriterebbe senz'altro una separata sede *ad hoc* di trattazione - per la molteplicità e notevole complessità dei profili sottesi - tuttavia sia, qui, sufficiente notare come la strutturale veste della disciplina codicistica sul Partenariato (*ex art.* 180 ss. del D. Lgs. del 18 aprile 2016, n. 50) calzi in verità senza grinze rispetto al noto 'schema causale' degli "Energy Performance Contracts". Basterebbe solo porre mente a quanto contemplato dal secondo comma dell'articolo 180 del D. Lgs. 50/2016 per associare con un'intuitiva immediatezza il parallelismo tra, da una parte, il 'corrispettivo' per il fornitore di un "Contratto di Rendimento Energetico" e, dall'altra, il 'fatto' che «nei contratti di partenariato pubblico privato i ricavi di gestione dell'operatore economico provengono dal canone riconosciuto dall'ente concedente e/o da qualsiasi altra forma di contropartita economica». Davvero difficile argomentare, in tal senso, che il 'canone' corrispondente agli 'effettivi risparmi energetici' ottenuti da un EPC ed i connessi risparmi finanziari concretamente assicurati all'Amministrazione non siano, di per sé, riconducibili alla tipologia di una possibile "contropartita economica" espressamente riferibile allo schema contemplato dal, vasto, *genus* del Partenariato Pubblico Privato. Si tratta di una lettura finanche condivisa negli orientamenti del Supremo Consesso Amministrativo, secondo cui gli *Energy Performance Contracts* manifestano come «tratto differenziale e specializzante quello per cui il corrispettivo dell'EPC è parametrato al risparmio energetico conseguito per effetto dell'intervento. Da ciò il corretto riferimento al PPP come strumento di cooperazione tra pubblico e privato»⁶³. Anche perché configurare dogmaticamente l'*Energy Performance Contract* come oggetto di un Partenariato Pubblico Privato si inserirebbe pressoché comodamente senza strappi nel quadro di soluzione a diversi dubbi interpretativi potenzialmente sollevabili in astratto: dal "rischio" riposto in capo al fornitore di un "Contratto di Rendimento Energetico"⁶⁴, passando per le concrete modalità di affidamento di un EPC, sino,

Energy Savings Performance Contracts nelle relazioni di partenariato tra Pubblica Amministrazione ed ESCo: una comparazione tra l'esperienza italiana e statunitense, in *Rivista Quadrimestrale di Diritto dell'Ambiente*, n. 1/2019, pp. 4-41; F. SCALIA, *L'Energy Performance Contract (EPC) quale operazione di partenariato pubblico privato per la riqualificazione energetica del patrimonio immobiliare pubblico*, in *Federalismi.it*, n. 5/2019.

⁶³ Cons. St., Sez. Quinta, sent. 21 febbraio 2020, n. 1327, par. 1 del Considerato in Diritto.

⁶⁴ «la disciplina nazionale del partenariato pubblico privato richiede che in capo all'operatore economico gravi il rischio di costruzione e - appunto - il rischio di disponibilità o, nei casi di attività redditizia verso l'esterno, il rischio di domanda dei servizi resi, per il periodo di gestione dell'opera (art. 180, comma 3), non anche il rischio operativo che rimane tratto essenziale della sola concessione di lavori o servizi» F. SCALIA, *L'Energy Performance Contract (EPC) quale operazione di partenariato pubblico privato per la riqualificazione energetica del patrimonio immobiliare pubblico*, in *Federalismi.it*, n. 5/2019, p. 20.

nondimeno, ai non marginali profili di contabilità del contratto (che a determinate condizioni potrebbe, comunque, essere qualificato come “*off balance sheet*”).

In ogni caso, a scampo di ipotetici equivoci interpretativi, è recentemente intervenuto, finanche, il legislatore (nell'ultimo intervento di dichiarata “semplificazione”, con il D.L. 16 luglio 2020, n. 76, convertito in Legge 11 settembre 2020, n. 120) che al menzionato secondo comma di cui all'articolo 180 del D. Lgs. 50/2016 ha significativamente aggiunto una parte - dedicata proprio agli EPC - a mente del quale nel «*caso di contratti di rendimento energetico o di prestazione energetica (EPC) i ricavi di gestione dell'operatore economico possono essere determinati e pagati in funzione del livello di miglioramento dell'efficienza energetica o di altri criteri di prestazione energetica stabiliti contrattualmente, purché quantificabili in relazione ai consumi; la misura di miglioramento dell'efficienza energetica, calcolata conformemente alle norme in materia di attestazione della prestazione energetica degli immobili e delle altre infrastrutture energivore, deve essere resa disponibile all'amministrazione concedente a cura dell'operatore economico e deve essere verificata e monitorata durante l'intera durata del contratto, anche avvalendosi di apposite piattaforme informatiche adibite per la raccolta, l'organizzazione, la gestione, l'elaborazione, la valutazione e il monitoraggio dei consumi energetici*»⁶⁵. Non sono pochi, in verità, i problematici aspetti lasciati aperti dall'espressa ‘sovrapposizione legislativa’ tra i ‘rischi’ di un mancato conseguimento del “risparmio energetico”, da un lato, e, dall'altro lato, gli ‘strutturali’ elementi fondanti l'equilibrio economico finanziario del Partenariato⁶⁶. Tuttavia, fermo restando il permanente *discrimen* rispetto ad una “concessione di servizi”⁶⁷, ciò su cui preme, in questa sede, focalizzare le proprie riflessioni (pressoché a caldo rispetto alle recenti modifiche intervenute) è come il legislatore si sia pregevolmente distinto per aver (definitivamente) associato al nodale istituto degli “EPC” tutte le potenzialità che il flessibile modello del Partenariato Pubblico Privato è, di per sé, capace di poter

⁶⁵ Periodo introdotto dall'articolo 8, comma 5, del D.L. 16 luglio 2020, n. 76 (convertito, con modificazioni, dalla Legge 11 settembre 2020, n. 120) al comma 2 dell'articolo 180 di cui al D. Lgs. del 18 aprile 2016, n. 50.

⁶⁶ Per qualche - interessante - spunto di riflessione si legga S. DE MARINIS, *Partenariato pubblico privato nel decreto “semplificazioni”*, in www.mediappalti.it, 10 dicembre 2020.

⁶⁷ Giacché è senz'altro vero che il fornitore di un “Contratto di Rendimento Energetico” addossi su di sé tutti i rischi di ‘costruzione dei lavori’ utili al miglioramento delle prestazioni energetiche, nonché i ‘rischi di progettazione’ e del connesso finanziamento ma tutto ciò si realizza con la netta, recisa esclusione (dirimente sul piano giuridico) di un vero e proprio ‘rischio operativo’ sottoposto alle aleatorie fluttuazioni di mercato (ed alle variazioni relative ai costi e ricavi) oggetto di una tipica ‘concessione di servizi’.

garantire in materia di energia⁶⁸, di 'efficienza energetica' e più in generale nell'ambito dei trasversali profili materiali inerenti all'energia: dall'ambiente, all'incremento degli aspetti occupazionali nell'alveo del mercato dell'energia, passando, per altro, alle tangibili possibilità di crescita di uno sviluppo più omogeneo e sostenibile della 'coesione economica, sociale e territoriale' all'interno dello spazio europeo, senza escludere - naturalmente - i preziosi stimoli derivabili per la crescita nel settore della ricerca 'energetica'. In tal senso le profonde 'radici' pubblicistiche degli "Energy Performance Contracts" - da un lato - e la *ratio* del "Partenariato Pubblico Privato" - dall'altro - rinvergono, a ben riflettere, il loro intimo punto di contatto comune nella (gravida) esigenza delle Pubbliche Amministrazioni di ricorrere ad una sorta di (vera e propria) "chiamata in sussidiarietà orizzontale", *ex art.* 118, comma 4, Cost.: il che alla luce del celebre dovere degli Enti della Repubblica italiana "delle Autonomie" di 'favorire' quanto più possibile ogni autonoma iniziativa dei cittadini per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà. È qui che è venuto ad incrociarsi (prima spontaneamente ed oggi per un espresso riconoscimento legislativo) lo 'schema contrattuale' degli "EPC" con l'aperta e flessibile categoria⁶⁹ del Partenariato Pubblico Privato⁷⁰: ed è proprio qui che verranno, progressivamente, a 'condensarsi' tutte le connessioni tra l'utilizzo razionale delle 'risorse energetiche' disponibili, la garanzia della libera ed effettiva concorrenza nel mercato europeo dell'energia, la promozione delle potenzialità occupazionali nel settore energetico, il concreto miglioramento degli "equilibri del bilancio" delle Pubbliche

⁶⁸ *Ex plurimis*, R. VILLATA, *Il partenariato pubblico privato nel settore dell'energia*, in E. BRUTI LIBERATI - M. DE FOCATIIS - A. TRAVI (a cura di), *Aspetti della transizione nel settore dell'energia. Gli appalti nei settori speciali, il market design e gli assetti di governance*, Milano, Wolters Kluwer, 2018, p. 37 ss.

⁶⁹ *Ex multis*, appare significativo rinviare a quanto osservato da R. DIPACE, *I contratti alternativi all'appalto per la realizzazione di opere pubbliche*, in *Giustizia Amministrativa*, n. 4/2008, pp. 70-80; C. CHIARIELLO, *Il Partenariato per l'innovazione*, in *GiustAmm.it*, n. 2/2016; C. E. GALLO (a cura di), *Autorità e consenso nei Contratti Pubblici. Dalle Direttive 2014 al Codice 2016*, Torino, Giappichelli, 2017; F. NICOTRA, *Collaborare per migliorare: il partenariato pubblico-privato*, in *Il Diritto Amministrativo*, n. 5/2020, pp. 1-43; I. BLASI, *Il partenariato sociale*, in *Diritto.it*, 3 febbraio 2021.

⁷⁰ Appare di estremo interesse rimandare a quanto, diffusamente, ricostruito in P. DE CARLI, *Sussidiarietà e governo economico*, Milano, Giuffrè, 2002; D. D'ALESSANDRO, *Sussidiarietà, solidarietà e azione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2004; F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo. Dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme*, Torino, Giappichelli, 2011; A. DI GIOVANNI, *Il contratto di partenariato pubblico privato tra sussidiarietà e solidarietà*, Torino, Giappichelli, 2012; S. PELLIZZARI, *Le forme di partenariato pubblico-privato come strumento di innovazione per lo sviluppo delle imprese e dei servizi sociali*, in *Impresa Sociale*, n. 3/2014, pp. 36-45; M. LOO GUTIERREZ, *I principi di sussidiarietà e solidarietà nel partenariato pubblico-privato contrattuale*, Roma, Aracne Editrice, 2014.

Amministrazioni, fino (nondimeno) all'indiretto obiettivo di una "coesione sociale ed economica" nel territorio europeo, reso, senz'altro, possibile da un 'programmato' sviluppo nelle aree maggiormente depresse ancorché, ben, ricche di risorse energetiche nuove e rinnovabili. In quest'ottica le operazioni di Partenariato Pubblico Privato riconducibili allo schema dell'"EPC" assurgono ad un fondamentale istituto del Codice dei Contratti Pubblici.

Si tratta, segnatamente, di un istituto cui l'Amministrazione Pubblica è chiamata a ricorrere strumentalmente per il perseguimento di una molteplicità di interessi costituzionalmente tutelati, mentre al contempo viene a corrispondere dal (sensibile) lato degli operatori economici l'incentivante contraltare di una parallela - e non certo marginale - possibilità imprenditoriale di non vedere ridurre esclusivamente il proprio ruolo a quello coincidente con la stretta esecuzione di un progetto già programmato dalle Amministrazioni Pubbliche. Ciò si capisce nella misura in cui gli operatori economici coinvolti nelle complesse procedure di affidamento di un EPC assistono ad un effettivo elevamento del proprio ruolo rispetto alla posizione di candidati ad altre procedure di aggiudicazione: essendo tecnicamente indispensabile - per la garanzia della maggior riduzione possibile dei consumi energetici - che nel Partenariato di un EPC si dispieghino tutte le potenzialità del ruolo dialettico di una controparte (assolutamente) paritaria nei confronti della Stazione Appaltante, specialmente in relazione alla (delicatissima) fase di concreta individuazione dei progetti, dei servizi e di tutte le attività necessarie ad assicurare il maggior miglioramento possibile delle prestazioni energetiche. Del resto è proprio sulle fasi di complessa progettazione che la stringente esigenza di competenze tecniche specialistiche, spesso assenti nel personale delle Amministrazioni repubblicane, porta in emersione il rilievo costituzionale di una sussidiaria, solidale e leale collaborazione tra Amministrazioni Pubbliche ed operatori economici interessati (*ex art. 118 Cost.*) ad eseguire prestazioni di maggiore riduzione possibile dei consumi di energia all'interno dell'Amministrazione Pubblica. Tutto ciò, per altro, non sembrerebbe distonico rispetto allo 'spirito di semplificazione' che ha recentemente animato varie modifiche nel quadro del diritto pubblico, fra cui si segnala (oltre a quanto osservato in relazione al Partenariato di un "Energy Performance Contract") l'inserimento del comma 2-bis all'articolo 1 della L. 241/1990, disposizione solennemente 'ricognitiva' della natura animante l'effettivo *modus operandi* dei «*rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione [che] sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede*».

Dal che - paradossalmente - non appare peregrino ritenere che il recentissimo riconoscimento legislativo del “Contratto di Rendimento Energetico” quale tipica operazione di Partenariato Pubblico Privato rappresenterà un serio (ed effettivo) dubbio da scardinare per tutti coloro i quali finora avessero ritenuto, con matematica certezza, che la concorrenza nel mercato ed il principio di solidarietà e sussidiarietà fossero inconciliabili.

Né, per finire, deve trarre in inganno il riferimento al principio di solidarietà, sebbene non sia affatto escluso che taluno possa interpretarne il richiamo come inconferente rispetto alle relazioni intercorrenti tra Pubblica Amministrazione ed operatori economici coinvolti in un Partenariato riconducibile ad un “EPC”. Se pure di primo acchito si fosse, infatti, portati ad immaginare che il “movente utilitaristico” di un operatore economico nulla abbia a che vedere con il principio di solidarietà una simile lettura (se vista con ‘cautela’) manifesterebbe il serio demerito di ignorare gli interessi sottesi ad un “Contratto di Rendimento Energetico”: che dal lato dell’Amministrazione corrispondono ad interessi esulanti la stretta dimensione patrimoniale e dal lato dell’operatore economico (il fornitore delle prestazioni energetiche) si sostanzierebbero nell’ottenimento di un corrispettivo, da parte dell’Amministrazione, equivalente al maggior risparmio energetico ‘possibile’, con una vera e propria sostanziale ‘convergenza solidale’ (coerentemente alla ‘radice’ etimologica scaturente dal latino “*solidus*”) verso il medesimo ‘tipo’ di interesse, che - si badi - anche per lo stesso ‘fornitore’ di un “Contratto di Prestazione Energetica” non è direttamente un puro interesse economico, essendo quest’ultimo, tecnicamente, mediato e filtrato dall’imprescindibile aspirazione al perseguimento del principio di ‘efficienza energetica’ e, per conseguenza, al raggiungimento di effettivi risparmi energetici. Anche perché - come acutamente osservato in dottrina - i «*principi dell’azione ambientale e dello sviluppo sostenibile fungono nel contratto di rendimento energetico da [pregnanti] parametri di meritevolezza, ergo l’atto di autonomia negoziale, pur presentando una causa lecita, potrebbe non esser meritevole di tutela se non idoneo a realizzare il concreto interesse ambientale*»⁷¹. Da qui si capisce intuitivamente il perché per un fornitore dell’“*Energy Performance Contract*” il perseguimento dell’efficienza energetica venga logicamente prima dello stesso, utilitaristico, interesse economico.

⁷¹ M. G. CAPPIELLO, *Contratto di rendimento energetico e tutela dei terzi*, in *Rivista Quadrimestrale di Diritto dell’Ambiente*, n. 2/2018, p. 56.

Una simile modalità di lettura, oltretutto, sarebbe per giunta passibile di pervenire addirittura fino all'estrema conseguenza (in verità ben argomentata in dottrina⁷²) per cui la funzione concreta dell'EPC a beneficio delle Amministrazioni repubblicane - realizzando il miglioramento, effettivo, degli *standards* energetici pubblici - corrisponderebbe, *ex se*, ad un vero e proprio 'interesse diffuso' di cui sono portatori tutti «*i terzi, che di tale miglioramento energetico potranno godere, perché utenti della struttura su cui le misure intervengono. Lo strumento contrattuale [dell'EPC] viene [infatti] utilizzato in [strutturale] funzione di promozione delle scelte ecosostenibili, sicché deve affermarsi che l'efficiamento energetico e la tutela dell'interesse ambientale non sono semplicemente l'oggetto del contratto, ma la [peculiare] finalità del rapporto negoziale*»⁷³ cui l'Amministrazione 'deve' strumentalmente ricorrere per realizzare gli obiettivi indicati nelle fonti europee e repubblicane. In ogni caso - quand'anche non si volesse condividere che la 'causa' di un "EPC" realizzi pure l'interesse dei terzi in relazione alla propria qualificata posizione di prossimità e vicinanza ad un contratto legislativamente 'conformato' alla cura di "beni comuni"⁷⁴ - appare, per lo meno, assai difficile (sinceramente) riuscire a revocare in dubbio che gli "Energy Performance Contracts" assurgano senz'altro ad un inedito e 'cruciale' 'mezzo negoziale' dell'ordinamento repubblicano: attraverso cui (si badi bene) il mercato concorrenziale e la connessa collaborazione 'sussidiaria' con le Pubbliche Amministrazioni (sempre più esigenti di competenze specialistiche dal mercato) diventano il vero e proprio 'motore istituzionale' per l'effettiva tutela - presente e futura - dei fondamentali interessi pubblici attraversati e condizionati dall'inesauribile fenomeno dell'energia (in coerenza, del resto, con i principi contemplati dagli articoli 2, 9, 32, 41, 42, 44, 117 e 118 della Carta costituzionale).

⁷² M. G. CAPPIELLO, *Contratto di rendimento energetico e tutela dei terzi*, in *Rivista Quadrimestrale di Diritto dell'Ambiente*, n. 2/2018, pp. 34-66.

⁷³ M. G. CAPPIELLO, *Contratto di rendimento energetico e tutela dei terzi*, in *Rivista Quadrimestrale di Diritto dell'Ambiente*, n. 2/2018, p. 54.

⁷⁴ Appare illuminante, sul punto, rinviare a quanto attentamente ricostruito in P. MADDALENA, *I beni comuni nel codice civile, nella tradizione romanistica e nella Costituzione della Repubblica italiana*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, n. 3/2011, pp. 2613-2631; S. LIETO, 'Beni comuni', *diritti fondamentali e stato sociale. La Corte di Cassazione oltre la prospettiva della proprietà codicistica*, in *Politica del Diritto*, n. 2/2011, pp. 331-350; A. NERVI, *Beni comuni e ruolo del contratto*, in *Rassegna di Diritto Civile*, n. 1/2014, pp. 180-203; A. CIOFFI, *Paesaggio, ambiente e 'beni comuni' nella giurisdizione amministrativa*, in *Diritto agroalimentare*, n. 3/2016, pp. 463-471; M. CALABRÒ, *La legittimazione ad agire a tutela delle risorse ambientali: la prospettiva dei beni comuni*, in *Diritto e Società*, n. 4/2016, pp. 807-846; A. CIERVO, *Agire per tutti e per nessuno. Appunti per una teoria processuale dei beni comuni*, in *Questione Giustizia*, n. 2/2017, pp. 97-103; A. GIORDANO, *Beni comuni e paradigmi di tutela processuale*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, n. 5/2020, pp. 449-478.

5. Considerazioni conclusive.

Proprio in tempi recenti giova segnalare come l'acuta ed attenta dottrina abbia, brillantemente, messo a fuoco - con persuasive argomentazioni - quale sia la *ratio* sottostante al, prorompente, fenomeno ordinamentale per cui «l'energia e gli appalti sono [da considerarsi] tra i settori che hanno [maggiormente] conosciuto una significativa trasformazione»⁷⁵: parallela ancorché connessa. Ciò può spiegarsi nella misura in cui all'interno del diritto europeo e dell'ordinamento repubblicano italiano sia venuto a delinearsi un percorso sempre più cementato ed alimentato da una costante, profonda e dinamica integrazione dialettica tra interessi ambientali, sviluppo sostenibile, promozione della ricerca ed innovazione tecnologica (con l'aspirazione alla più ampia crescita occupazionale possibile), effettivo perseguimento delle esigenze di semplificazione, garanzia dell'efficacia ed efficienza dell'azione amministrativa e (naturalmente) istanze provenienti da un mercato concorrenziale in perenne evoluzione e sempre più bisognoso (soprattutto a fronte delle ricorrenti crisi economiche) di paradigmi di affidamento dei contratti pubblici - via via - più agili⁷⁶ (e svincolati dai classici schemi cui finora il settore degli appalti aveva abituato).

È proprio qui (lungo questo percorso istituzionale di bilanciata integrazione di interessi) che il Contratto di Rendimento Energetico è materialmente venuto ad inserirsi ed insistere, tanto da assurgere, non a caso, ad un innovativo paradigma nel diritto pubblico: oggettivamente posto sul crinale tra energia ed appalti, ambiente e mercato, economia e sviluppo sostenibile, materia della ricerca e settore di una crescita occupazionale, sino - non di meno - al punto di finire per fungere da materiale elemento di contatto tra l'innovazione tecnologica e l'effettiva coesione economica, sociale e territoriale (una coesione che potrebbe - senza dubbi -

⁷⁵ C. FELIZIANI, *Industria e ambiente. Il principio di integrazione dalla rivoluzione industriale all'economia circolare*, in *Diritto Amministrativo*, n. 4/2020, p. 865.

⁷⁶ D'altra parte «se è vero che un rilevante ostacolo alla gestione ecologicamente virtuosa degli acquisti pubblici è nel deficit informativo, che non consente alle stazioni appaltanti di orientare opportunamente le proprie preferenze, non può comunque sfuggire che tale deficit fa parte di una più generale e fisiologica asimmetria informativa della pubblica amministrazione nei confronti del contraente privato, che aumenta in proporzione alla complessità dell'appalto e suggerisce l'uso di procedure di aggiudicazione [sempre più] flessibili» M. PENNASILICO, *Sviluppo sostenibile e "contratto ecologico": un altro modo di soddisfare i bisogni*, in *Rassegna di Diritto Civile*, n. 4/2016, p. 1302.

consolidarsi all'interno dei confini europei in ragione della, dinamica, dialettica tra tutte le opportunità di mercato sottese agli *Energy Performance Contracts* e le potenzialità energetiche sussistenti nelle aree unionali maggiormente depresse).

Tutto ciò, a ben riflettere, si pone in estrema coerenza con la causa degli *Energy Performance Contracts*, che - d'altra parte - essendo funzionalmente improntati al risparmio di energia finiscono per condividere l'intima natura trasversale caratterizzante il fenomeno energetico: che (come già, in breve, osservato in epigrafe) non si crea e né si distrugge⁷⁷ ma si trasforma incessantemente, involgendo espansivamente tutta l'esistenza della natura e dell'uomo nonché, in conseguenza, dell'ordinamento⁷⁸. In quest'ottica l'*Energy Performance Contract* finisce per travalicare la tipica funzione ordinamentale che, di per sé, sarebbe fisiologicamente riconducibile ad un contratto.

Il che per almeno tre (pregnanti) ordini di ragioni.

In primis poiché non può ignorarsi che dal carattere vincolante della disciplina europea che ne è a monte (si rammenti il vincolo per l'esercizio della potestà legislativa - *ex art.* 117, comma 1, Cost. - e, in conseguenza, per l'attività amministrativa che ne è a valle, *ex art.* 118 e 120 Cost.) discende che gli *Energy Performance Contracts* assurgono nell'alveo del policentrico e multilivello ordinamento repubblicano ad un ruolo (per un contratto, senz'altro, inedito) uniformante (e di omogeneizzazione) rispetto all'effettiva realizzazione degli obiettivi in materia di energia (ed in generale di ciò che comunque possa trasversalmente attenersi al settore energetico).

In secondo luogo - volendo riprendere un'autorevole e lungimirante lettura offerta sul tema dell'energia - il Contratto di Rendimento Energetico si inserisce strutturalmente a pieno titolo nell'ordinamento repubblicano come un preziosissimo strumento di diritto dell'economia, *ex se*, funzionale all'ambizioso perfezionamento di

⁷⁷ F. SELLERI, *Che cos'è l'energia*, Roma, Editori Riuniti, 1982, p. 75 ss.

⁷⁸ *Ex multis* si rimanda (senza, ovviamente, pretese di completezza nei riferimenti) a quanto osservato in G. ZORZOLI, *Energia. La storia infinita*, in *il Mulino*, n. 1/1987, pp. 51-67; U. COLOMBO, *L'energia infinita*, in *Equilibri*, n. 3/1997, pp. 339-348; L. CERÉ, *L'energia. Un quadro di riferimento*, Torino, Giappichelli, 2001; D. CALDIROLA, *Energia, clima e generazioni future*, in *Amministrare*, n. 2/2009, pp. 281-298; G. ZORZOLI, *Terra ed energia*, in *Parolechiave*, n. 44/2010, pp. 177-187; M. MARTIN, *Il concetto di Energia in Freud, Jung e Rigo*, in *Rivista di Psicoterapia immaginativa - ITP*, luglio 2012; I. SCOTTI, *Sfera pubblica, conflitto ambientale e transizione energetica*, in *Prisma*, n. 3/2014, pp. 31-53; L. COZZI - V. FRANZA, *Digitalizzazione: una nuova era per l'energia?*, in *Equilibri*, n. 2/2019, pp. 401-418; A. LO CAMPO, *Il premio Nobel Roger Penrose, il teorico ateo dell'esistenza di Dio*, in *Avvenire.it*, Agorà, 7 ottobre 2020; G. PAGNOTTA, *Prometeo a Fukushima. Storia dell'energia dall'antichità ad oggi*, Torino, Einaudi, 2020.

un (vero e proprio) modello economico di nuovo conio che (sulla leva costituzionale di un intergenerazionale sviluppo sostenibile) «non si limita al puro sfruttamento dei beni e delle risorse naturali ma si fonda sulla ricerca e sulle tecnologie più sofisticate - come accade per le energie c.d. 'alternative e per le rinnovabili' - diventa[ndo per ciò] difficile, se non impossibile, distaccare la disciplina della materia [dell'economia energetica] da quella dei settori affini o collaterali»⁷⁹; come è per la tutela dell'ambiente e dell'ecosistema, la tutela della salute, della libera concorrenza nel mercato, della ricollegabile promozione dell'occupazione nel settore energetico, sino (fra l'altro) alla stessa garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni ed agli aspetti di una coesione economica, sociale e territoriale.

In terzo luogo (quale parziale conseguenza delle prime due peculiarità evidenziate) il regime di affidamento proprio di un Contratto di Rendimento Energetico manifesta nell'inquadramento riconducibile al Partenariato Pubblico Privato un equilibrio diretto a realizzare un tipo d'interesse che, strutturalmente, trascende la stretta dimensione patrimoniale: sia per le Amministrazioni Pubbliche che per gli stessi operatori economici (attratti in sussidiarietà orizzontale per l'effettivo perseguimento del principio di efficienza energetica e - quindi - per la realizzazione di attività di, indiscutibile, interesse generale).

È, infatti, l'effettivo perseguimento del fondamentale principio di efficienza energetica a fare da *trait d'union* nella complessa definizione di tutte le fasi ed operazioni di realizzazione di un Partenariato Pubblico Privato avente ad oggetto l'EPC e non (si badi bene) il mero risparmio finanziario.

Tant'è che in dottrina è stato energicamente fatto notare come nel complesso delle procedure di affidamento di un EPC le Pubbliche Amministrazioni e gli operatori economici non dovrebbero - mai - sottovalutare che «l'atto di autonomia negoziale, pur presentando una causa lecita, potrebbe non esser meritevole di tutela se non idoneo a realizzare il concreto interesse ambientale»⁸⁰ della maggior efficienza energetica realizzabile. Ciò significa che la causa dell'EPC quale operazione di Partenariato Pubblico Privato non è (si badi) il mero risparmio finanziario per i consumi energetici dell'Amministrazione ma, andando ben oltre, il perseguimento della maggiore

⁷⁹ M. A. CABIDDU, *Energia per lo sviluppo: servizio essenziale e diritto fondamentale*, in *Amministrare*, n. 2/2009, p. 175.

⁸⁰ M. G. CAPPIELLO, *Contratto di rendimento energetico e tutela dei terzi*, in *Rivista Quadrimestrale di Diritto dell'Ambiente*, n. 2/2018, p. 56.

efficienza energetica possibile: ecco perché si rendono, di fatto, necessarie delle elevatissime competenze tecniche specialistiche, giacché non sarebbe - di per sé - sufficiente un fornitore che garantisca dei risparmi energetici, essendo, piuttosto, necessario che l'Amministrazione individui quale tra i possibili fornitori in concorrenza sul mercato sia (con oggettività) quello tecnicamente più capace di poter assicurare la maggior efficienza energetica possibile; anche in relazione alle, intrinseche, peculiarità degli immobili che si intendono riqualificare energeticamente.

Dal che si riesce oltre tutto a spiegare il perché nel caso di un Partenariato avente ad oggetto un EPC si possa parlare di una "sussidiaria collaborazione": poiché le elevatissime competenze specialistiche necessarie alla realizzazione degli interessi pubblici sottesi all'EPC (in coerenza ai principi contemplati dagli articoli 2, 9, 32, 41, 42, 43, 44, 117 e 118 della Carta costituzionale) richiedono che le Amministrazioni repubblicane (cronicamente carenti, in organico, del personale sufficientemente dotato di adeguate competenze tecniche) favoriscano l'autonoma iniziativa economica di tutti coloro i quali (senza discriminazioni) siano in possesso dei requisiti tecnici e - soprattutto - si dimostrino capaci di soddisfare nel migliore delle modalità possibili i criteri per l'affidamento in Partenariato del Contratto di Prestazione Energetica.

È già tempo che l'autorevolissima dottrina interpreta il Partenariato Pubblico Privato come l'espressione di «*uno dei più chiari esiti della progressiva vanificazione della netta dicotomia tra diritto pubblico e diritto comune*»⁸¹, ciò viene, in effetti, a riflettersi (in termini esponenzialmente amplificati) proprio negli *Energy Performance Contracts*, in cui vi è un'oggettiva commistione, legata ad imprescindibili esigenze tecniche, tra i classici modelli pubblicistici di affidamento contrattuale e la struttura civilistica del contratto⁸² di "EPC": laddove per altro emerge (con tutta la sua evidenza) l'intima radice storica e giuridica alla base del principio di sussidiarietà, principio che nato

⁸¹ M. P. CHITI, *I partenariati pubblico-privati e la fine del dualismo tra diritto pubblico e diritto comune*, in M. P. CHITI (a cura di), *Il partenariato pubblico-privato. Concessioni, Finanza di progetto, Società miste, Fondazioni*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2009, p. 2.

⁸² «*Si tratterebbe, dunque, indulgendo alla discutibile tendenza a declinare le vicende evolutive del contratto addirittura in funzione di indicazioni numeriche - primo, secondo, terzo contratto -, di un "quarto contratto" o, forse, "quinto contratto", qualora si ipotizzi, come "quarto contratto", lo schema di un contratto asimmetrico "al di fuori degli squilibri di rilevanza macroeconomica"*» M. PENNASILICO, *Sviluppo sostenibile e "contratto ecologico": un altro modo di soddisfare i bisogni*, in *Rassegna di Diritto Civile*, n. 4/2016, p. 1302.

(nella dottrina sociale della Chiesa Cattolica⁸³) come pragmatica questione di metodo rispetto ai limiti del legittimo intervento dell'azione pubblica nella sfera privata si ritrova (*mutatis mutandis*) nell'evoluto contesto del mercato concorrenziale dell'energia (in cui l'intervento pubblico si è, già da tempo, ritratto) ad assolvere alla, propria, vocazione di *subsidium* rispetto all'effettiva realizzazione degli 'interessi pubblici generali'.

Difficile non scorgere la straordinarietà ordinamentale dell'istituto degli *Energy Performance Contracts*, non un semplice contratto ma, in estrema sintesi, un rivoluzionario paradigma giuridico di matrice europea: in cui sono venute a condensarsi in un tutt'uno le umane esigenze avvertite (in natura ed in diritto) in relazione agli essenziali interessi comuni sottesi allo storico (imponente ed inesauribile) fenomeno energetico.

Senonché l'analisi delle radici pubblicistiche degli *Energy Performance Contracts* ci consente di trarre, per lo meno, due considerazioni conclusive.

Da un lato appare evidente che non si parli di un contratto ancorato alla tradizionale funzione di scambio di beni o di servizi, trattandosi piuttosto di un negozio traente la propria causa nell'effettivo perseguimento (di una concretizzazione) del "bene comune", qual è il maggior risparmio possibile di energia.

Dall'altro lato (e come conseguenza) gli *Energy Performance Contracts* assurgono, pacificamente, al ruolo di un innovativo strumento di matrice europea per la regolazione nel mercato energetico di una diversa pluralità di interessi dinamicamente in concorso tra di loro, sebbene tutti costituzionalmente convergenti ed integrati attorno ai principi di solidarietà, sussidiarietà e sostenibilità nell'utilizzo delle risorse energetiche disponibili.

Tutto ciò - preme conclusivamente puntualizzare - risponde al fine ultimo di una effettiva tutela della stessa sopravvivenza del genere umano: giacché se è vero (come evidenziato in epigrafe) che senza energia non vi sarebbero né spazio né uomo allora in quest'ottica gli *Energy Performance Contracts* finiscono per inserirsi nel solco di una

⁸³ *Ex multis*, P. MAGAGNOTTI (a cura di), *Il principio di sussidiarietà nella dottrina sociale della Chiesa. Testi integrali della Rerum novarum e dei documenti pontifici pubblicati per le ricorrenze dell'enciclica leonina*, Bologna, Edizioni Studio Domenicano, 1991; M. NAPOLI (a cura di), *Principio di sussidiarietà, Europa, Stato sociale*, Milano, Vita e Pensiero, 2003; G. SCACCIA, *Sussidiarietà istituzionale e poteri statali di unificazione normativa*, Napoli, 2009, p. 8 ss.

fondamentale garanzia del “pieno sviluppo della persona umana”⁸⁴, di cui ragiona l’articolo 3, comma 2, della Carta repubblicana.

Del resto è evidente che la crescita e la sopravvivenza dell’uomo passino, ineluttabilmente, attraverso il ricorso a strumenti concreti come gli *Energy Performance Contracts*: funzionalmente protesi ad assicurare il pieno sviluppo della persona umana in tutte le sue dimensioni, da quelle più fisiche, naturali e meccanicistiche sino alla cura delle non trascurabili esigenze legate ai più intimi aspetti escatologici dell’umanità.

⁸⁴ D’altra parte è, proprio, intorno all’effettivo perseguimento dell’obiettivo repubblicano di un «*pieno sviluppo della persona umana*» che si è manifestata l’espansione ordinamentale dei (richiamati) principi costituzionali a base degli *Energy Performance Contracts*, come, appunto, il principio di solidarietà, il principio di sussidiarietà (si pensi, oltre tutto, a come, per un esempio, la sussidiarietà orizzontale sia esponenzialmente cresciuta nell’alveo dell’ordinamento, specie lungo la via del “Terzo Settore”), fino, non di meno, al principio di un intergenerazionale sviluppo sostenibile: un principio quest’ultimo che (d’altronde) «*non sembra affatto muoversi [più] sul solo piano delle raccomandazioni morali ma, al contrario, sembra aver trovato concreto e tangibile riscontro [...] ai vari livelli dell’ordinamento giuridico*» D. PORENA, *Il principio di sostenibilità. Contributo allo studio di un programma costituzionale di solidarietà intergenerazionale*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 179.

LA PRELAZIONE ARTISTICA TRA TUTELA, FRUIZIONE E IDENTITÀ DEL PATRIMONIO CULTURALE

Prospettiva comparata tra Italia e Paesi Bassi

Filippo Borriello*

ABSTRACT [ITA]: Come in una galleria d'arte, l'analisi delle vicende – talvolta rocambolesche – che hanno riguardato la circolazione internazionale di alcuni pezzi di argenteria pompeiana e suggestive opere di Rembrandt, Van Gogh e Cezanne, è l'occasione per accompagnare il lettore alla scoperta di analogie e differenze della disciplina dell'istituto della prelazione artistica in prospettiva storica e comparata tra Italia e Paesi Bassi. L'approfondimento degli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali in ordine alle principali problematiche applicative poste dall'istituto nella prassi consente di rilevare la sussistenza di numerosi punti di convergenza ma anche di rilevanti differenze tra i due sistemi giuridici posti a confronto e permette di evidenziare i limiti della disciplina italiana.

ABSTRACT [ENG]: As in an art gallery, the analysis of the events – sometimes daring – which involved the international movement of some pieces of Pompeian silverware and evocative paintings by Rembrandt, Van Gogh and Cezanne, is an opportunity to guide the reader to discover of similarities and differences in the legal framework of pre-emptive right for cultural property in a historical and comparative perspective between Italy and the Netherlands. The analysis of the Italian and Dutch doctrine and jurisprudence on the main issues concerning problems in the application of the right of pre-emption shows the existence of numerous points of convergence but also of significant differences between the two legal systems, and it allows to highlight the limits of the Italian legislation on the pre-emptive right for cultural property.

* Dottore di Ricerca in Diritto Amministrativo e *Doctor Europaeus*, Università degli Studi di Napoli Federico II.

SOMMARIO: **1.** La Penisola del tesoro. La disciplina normativa dell'istituto della prelazione artistica nell'Italia preunitaria e nel Regno d'Italia. – **2.** Il fondamento costituzionale dell'istituto della prelazione artistica tra tutela, fruizione e identità del patrimonio culturale. – **3.** Il procedimento (speciale) di prelazione disciplinato nel Codice dei beni culturali e del paesaggio. – **4.** L'apporto creativo della dottrina e della giurisprudenza nella costruzione di una dogmatica giuridica della prelazione artistica. – **4.1.** La problematica definizione della natura giuridica della prelazione artistica. – **4.2.** La motivazione del provvedimento di prelazione come fattispecie a struttura complessa. – **5.** Patrimonio culturale e prelazione artistica nell'ordinamento giuridico olandese. – **6.** Mercato e circolazione giuridica dei beni culturali nel diritto europeo. – **6.1.** Il "Giardiniere" di Van Gogh e lo Stato italiano alla ricerca del tempo perduto. – **6.2.** I principi sanciti dalla Corte EDU in tema di prelazione artistica: *omnia relictia ammissa sunt*, anzi no. – **6.3.** La (non) decisione della CGUE, l'olandese volante e la maledizione della statuetta fantasma. – **7.** Considerazioni conclusive.

1. La Penisola del tesoro. La disciplina normativa dell'istituto della prelazione artistica nell'Italia preunitaria e nel Regno d'Italia.

Il 12 aprile 1895, durante gli scavi di una villa romana del I secolo d.C. nel Comune di Boscoreale¹, venne rinvenuto un vero e proprio tesoro², costituito da 117

¹ Si tratta della villa detta "della Pisanella" o "di Sette Termini", in quanto sita in contrada Pisanella-Settermini, altrimenti conosciuta come villa "delle Argenterie". Sul punto, A. DE FRANCISCIS, *Boscoreale* (voce), in *Enciclopedia dell'Arte Antica Treccani*, Roma, 1959.

² La cronaca del rinvenimento è riportata, con dovizia di dettagli, in EGON CÄSAR CORTI, *Untergang und Auferstehung von Pompeji und Herculaneum*, Monaco, 1951, trad. it. S. LUPO, Torino, 1957, pp. 217-219. Sul punto, anche A. MAU, *Roem. Mittheil.*, Vol. X, 1895, p. 235; E. BONNAFFÉ, *A propos du trésor de Boscoreale*, in *Gazette des Beaux-Arts*, 1895, Vol. XV, 3 periodo, p. 112; T. SISSON, *Le trésor de Boscoreale (Illustration)*, 1895, 13 juillet, n. 2733, 25); A. PASQUI, *La villa pompeiana della Pisanella presso Boscoreale*, in *Monumenti antichi editi a cura della R. Accademia dei Lincei*, 1897, Vol. VII, pp. 397-554; A. MAU, *Pompeji in Leben und Kunst*, Lipsia, 1908, p. 382 ss.; M. DELLA CORTE, *Cleopatra, M. Antonio e Ottaviano nelle allegorie storico-umoristiche delle argenterie del tesoro di Boscoreale*, Pompei, 1951; M. D'AVINO, *Il tesoro di Boscoreale*, Napoli, 1969; F. BARATTE, *Le trésor d'orfèvrerie romaine de Boscoreale*, Parigi, 1986; G.C. ASCIONE, *Antichità a rischio: il «tesoro di Boscoreale» e la legislazione di tutela alla fine dell'Ottocento*, in AA.VV., *Beni culturali*

pezzi tra cui un servizio da mensa quasi completo in argento e un migliaio di nummi d'oro. Il proprietario del fondo, tale Vincenzo De Prisco, trasportò il tesoro in un nascondiglio sicuro, «ripromettendosi di venderlo a un prezzo vantaggioso all'estero, in barba alle leggi italiane che vietavano l'esportazione di oggetti antichi»³.

Fu così che, sin dal mese di maggio del 1895, argenteria e monete, varcata la frontiera, vennero portate a Parigi ed offerte al Museo del Louvre per un milione di franchi. Saltate le trattative per la troppa distanza tra domanda e offerta, ferma a 250.000 franchi, fu il banchiere francese Edmond James de Rothschild ad acquistare il tesoro al prezzo richiesto. Il banchiere, trattenuti alcuni pezzi per la propria collezione privata di opere d'arte, nel mese di ottobre legò al museo parigino il resto del tesoro, oggi esposto in bella mostra nella Sala dei Gioielli Antichi con l'indicazione "da Boscoreale".

La notizia dell'intera vicenda, unitamente a reazioni sdegnate e polemiche nell'opinione pubblica, si diffuse velocemente nel Regno d'Italia⁴. A causa della politica estera del secondo Governo Crispi (1894-1896), triplicista e antifrancese⁵, fu vana ogni proposta di ricorrere alle vie diplomatiche per ottenere notizie direttamente dalla direzione del Louvre circa un'eventuale esportazione clandestina del tesoro di Boscoreale. Le inchieste, sia giudiziarie sia parlamentari, avviate a seguito dello scandalo, hanno contribuito solo in parte a chiarire i tratti oscuri di questa triste vicenda, tanto che la ricostruzione dei fatti che avvennero dopo il ritrovamento, con particolare riguardo alla tempistica dell'esportazione «clandestina»⁶ del tesoro all'estero, al mancato acquisto dello stesso da parte dello Stato italiano e alla successiva vendita al barone de Rothschild sono tuttora avvolti in un fitto alone di mistero.

a Napoli nell'Ottocento, Roma, 2000; A. CIRILLO, A. CASALE, *Il tesoro di Boscoreale e il suo scopritore: la vera storia ricostruita sui documenti dell'epoca*, Pompei, 2004; F. PESANDO, M.P. GUIDOBALDI, *Pompei, Oplontis, Ercolano e Stabiae*, Bari, 2018, p. 267.

³ E.C. CORTI, *Untergang und Auferstehung*, *op. cit.*, p. 219.

⁴ Anche all'estero, come evidenziato in F. BARNABEI, *La villa pompeiana di P. Fannio Sinistore*, Roma, 1901, p. 8, «molte discussioni si fecero, non tutte favorevoli al nome italiano, perché avevamo lasciato che fuggissero quelle preziose rarità, che avrebbero aumentato il nostro patrimonio artistico».

⁵ M. FIORAVANTI, *Costituzione, amministrazione e trasformazione dello Stato*, in A. SCHIAVONE (a cura di), *Stato e cultura giuridica in Italia dall'unità alla Repubblica*, Bari, 1990, p. 21 ss.; P. COSTA, *La giuspubblicistica dell'Italia unita: il paradigma disciplinare*, in A. SCHIAVONE (a cura di), *Stato e cultura*, *op. cit.*, p. 111 ss.

⁶ G.C. ASCIONE, *Antichità a rischio: il «tesoro di Boscoreale» e la legislazione di tutela alla fine dell'Ottocento*, in AA.VV., *Beni culturali a Napoli nell'Ottocento*, Roma, 2000, p. 113.

In particolare, l'inchiesta giudiziaria condotta dall'autorità di pubblica sicurezza della provincia di Napoli nei confronti del De Prisco ed eventuali conniventi, su querela del direttore del Museo di Napoli si concluse con un non luogo a procedere per inesistenza di reato. Infatti, erano risultate insufficienti le prove, basate su troppo vaghe testimonianze da parte degli operai scavatori e del capomastro, non tanto in merito ad un *modus operandi* che sembra non lasciare spazio a dubbi (quando si rinveniva durante lo scavo la presenza di un oggetto di metallo prezioso, il capomastro, uomo di fiducia del De Prisco, lo ricopriva col terreno e allontanava gli operai, «curando poi di estrarlo per non far scorgere che cosa fosse»⁷), quanto piuttosto in relazione all'effettivo rinvenimento del tesoro esportato clandestinamente all'estero proprio in occasione dello scavo del giorno 12 aprile 1895.

La questione giuridica della proprietà dei materiali archeologici ritrovati in fondi privati sembrava, all'epoca, regolata unicamente da antiche norme di diritto privato⁸, in virtù delle quali il proprietario di un terreno è padrone del suo fondo fino al centro della terra⁹, secondo una concezione verticale della proprietà¹⁰. L'Italia, unita da pochi anni, «non dispone ancora di una legislazione unificata ed efficace nella tutela

⁷ Ministero pubblica istruzione, Direzione generale antichità e belle arti, II versamento, I serie, b, 147, inc. 2382 bis.

⁸ Norme direttamente riconducibili al *ius privatum romanorum*, secondo cui il *dominus* immobiliare civilistico era titolare, entro i confini del fondo, di facoltà che si estendevano sino alla massima altezza sovrastante e sino alla massima profondità sottostante. Sul punto, A. GUARINO, *Diritto privato romano*, Napoli, 2001, p. 632. La massima «*usque ad coelum et usque ad inferos*» è riportata in Paul. D. 8.2.1 pr., Pomp. D. 43.24.21.2, Venul. D. 43.24.22.4.

⁹ Tale conclusione è riportata in un appassionato articolo di Salvatore di Giacomo, intitolato *La villa d'un pompeiano, a Boscoreale* e pubblicato nell'agosto del 1895 sulla rivista *La Tribuna Illustrata*, pp. 232-245. L'illustre scrittore, ospite a Boscoreale dell'avvocato Pietro De Prisco, chiese a chi il fratello Vincenzo avesse venduto quei preziosi ritrovamenti: «a parecchi, in verità. Offriva da prima al Museo e se ne andava... a mani vuote. Ha venduto quel tal bustino d'Agrippina al conte Tscwitz, parte delle monete a collezionisti, e la lanterna e il tavolo di bronzo e la bella patera col Proteo non ricordo più a chi. Ma, sa, con tanto di permesso in iscritto. Che vuole, mio fratello non si può permettere il lusso di una collezione, quando spende nello scavo tutto il suo (...). Capisco, è un peccato che tutta quella bella roba non vada al Museo». Gli scavi della villa del tesoro furono successivamente «sospesi, per ordine della Direzione degli Scavi. Il fatto si riferisce a quella tale vendita di Parigi. Ma sa lei(...)che per una delle più remote clausole di diritto privato mio fratello è padrone del suo fondo fino al centro della terra?». Le leggi dell'epoca vennero poi definite «stravaganti, per non dire immorali. Leggi che sottraggono alla scienza il suo miglior materiale e cercano di rovinare un privato che ha avuto il coraggio di affrontare delle spese enormi. Si vedrà. Fra tanto, ecco sospesi gli scavi. Bella soddisfazione per lo Stato!». Dal citato dialogo intercorso tra il Di Giacomo e il De Prisco, si deduce che le spese dello scavo erano state sostenute dal proprietario del fondo, il quale avrebbe proposto prima al Museo nazionale di Napoli di acquistare i materiali archeologici e solo successivamente, dato il diniego del direttore del Museo e «con tanto di permesso in iscritto», i beni sarebbero stati venduti all'estero.

¹⁰ C. TENELLA SILLANI, *I limiti verticali della proprietà fondiaria*, Milano, 1994, p. 139.

dei beni culturali»¹¹, tanto che le Autorità competenti nel territorio napoletano si appellano alla legislazione ferdinandea¹². Si trattava, in particolare, di due decreti di Ferdinando I di Borbone: il primo, adottato il 13 maggio 1822 “*portante alcune disposizioni, onde non sieno tolti dagli attuali siti gli oggetti ed i monumenti storici o di arte dovunque esistenti, e perchè non non sieno esportati dal Regno senza il dovuto permesso*”, prevedeva norme per la conservazione dei monumenti, l’esportazione degli oggetti rinvenuti e l’esecuzione di scavi in territori di proprietà privata. In dettaglio, per quanto di interesse ai fini del presente lavoro, il decreto proibiva «di esportare fuori dei nostri Reali domini ogni oggetto di antichità o di arte, ancorché di proprietà privata» (art. 3) senza uno speciale permesso¹³, un’autorizzazione dunque, concessa da una apposita Commissione di antichità e belle arti (art. 4); il secondo decreto del 14 maggio 1822 conteneva disposizioni in merito alla disciplina degli scavi archeologici e la conservazione degli oggetti rinvenuti. Esso prevedeva l’obbligo di denunciare, entro tre giorni, il rinvenimento di reperti archeologici al Sindaco del luogo; quest’ultimo avrebbe poi dovuto immediatamente avviare il complesso procedimento burocratico attraverso l’invio di una relazione all’intendente della

¹¹ G.C. ASCIONE, *Antichità a rischio*, op. cit., p. 114. Sul punto, anche G. PAGLIARI, M. SOLLINI, G. FARRI, *Regime della proprietà privata tra vincoli e pianificazione dall’unità d’Italia ad oggi*, in *Riv. giur. edilizia*, 6, 2015, p. 282.

¹² Sui decreti ferdinandei, A. FITTIPALDI, *Alcuni aspetti della legislazione sui beni culturali in Italia tra Sette e Ottocento*, in AA.VV., *Beni culturali a Napoli nell’Ottocento*, Roma, 2000, p. 19, secondo cui i decreti in argomento rientrano tra le leggi ferdinandee più significative e possono ritenersi i due grandi pilastri della legislazione borbonica, carolina e ferdinandea, in una con la prammatica LVII, emanata nel 1755 da Carlo di Borbone per la tutela del patrimonio storico artistico, la grande legge napoletana sui beni culturali; P. D’ALCONZO, *La tutela dei beni artistici e archeologici nel Regno di Napoli*, in AA.VV., *Beni culturali a Napoli nell’Ottocento*, Roma, 2000, p. 33, nt. 26, evidenzia che «per gli anni del regno di Carlo di Borbone e di Ferdinando non è stata fino ad ora rintracciata una legge organica che organizzasse la delicata materia degli scavi che, come è noto, non avevano luogo soltanto nella zona vesuviana». Il fiorentino commercio dei preziosi reperti «indusse i sovrani alla promulgazione delle leggi sul divieto di esportazione di antichità»; S. CASIELLO, *Restauro in Campania nella prima metà dell’Ottocento*, in AA.VV., *Beni culturali a Napoli nell’Ottocento*, Roma, 2000, p. 89 e p. 94; G.C. ASCIONE, *Antichità a rischio: il «tesoro di Boscoreale» e la legislazione di tutela alla fine dell’Ottocento*, in AA.VV., *Beni culturali a Napoli nell’Ottocento*, Roma, 2000, pp. 114-115 e pp. 119-121; P. D’ALCONZO, *La tutela del patrimonio archeologico nel Regno di Napoli tra Sette e Ottocento*, in *Mélanges de l’école française de Rome*, 113-2, 2001, pp 507-537; A. EMILIANI, *Leggi, bandi e provvedimenti per la tutela dei beni artistici e culturali negli antichi Stati italiani 1571-1860*, Bologna, 1996, p. 247 ss.; G. BELLOISI, *Custodire le antichità. Indirizzi legislativi dei Borbone in materia di conservazione del patrimonio artistico*, in *Civiltà del Mediterraneo*, 27, 2016, pp. 42-44, sottolinea che i decreti ferdinandei «dimostravano una grande attenzione e maturità legislativa verso ciò che rappresentava il patrimonio storico, artistico e archeologico».

¹³ M. BOMBI, *Tesori nascosti e diritti statali: le monete della Magna Grecia ritrovate sottoterra non si possono esportare*, in *Diritto e Giustizia*, 44, 2017, p. 18, osserva che gli specifici divieti di esportazione hanno «costituito i primi esempi storici di tutela dei beni in questione».

provincia, che a sua volta avrebbe trasmesso rapporto alla Commissione di antichità e belle arti per l'esame dei reperti. Essi erano considerati di proprietà dello scopritore, qualunque ne fosse stato il valore. In caso di scavi clandestini, di mancata denuncia dei reperti, di restauri arbitrari o di alienazioni abusive, lo scopritore era punito con la perdita della proprietà degli oggetti ritrovati e con una sanzione pecuniaria il cui importo veniva stabilito a seconda dei casi. Infine, i decreti riservavano all'Amministrazione il diritto di prelazione sul materiale archeologico rinvenuto nel corso degli scavi¹⁴. Continue violazioni dei due citati decreti portarono ad un «irrigidimento normativo»¹⁵ con il real rescritto del 22 settembre 1824, che prevedeva la sorveglianza delle attività di scavo da parte delle forze di polizia.

Come evidenziato dalla dottrina, i decreti ferdinandei «mal rispondono alle mutate condizioni politiche del paese»¹⁶. Inoltre, le vecchie leggi sono «adottate sì dal nuovo Stato, ma considerate inapplicabili dalla magistratura»¹⁷.

Dalla corrispondenza intercorsa con lo scopritore del tesoro di Boscoreale successivamente al ritrovamento si evince che l'allora Ministro per la pubblica istruzione, Guido Baccelli, ebbe modo di evidenziare, riferendosi ai decreti ferdinandei, che anche solo «il vendere a Roma un oggetto trovato a Napoli senza averne avuto prima il permesso è già infrangere la legge»¹⁸; e tuttavia il De Prisco, riferendosi all'art. 5 di quello stesso decreto ferdinandeo del 14 maggio 1822 a cui si era appellato il Ministro, si dichiarò unico proprietario degli oggetti scavati e, quindi, padrone di venderli al miglior offerente. Si aggiunga che, come risulta dagli atti dell'inchiesta giudiziaria, il Direttore del Museo di Napoli aveva inutilmente richiesto al Ministro di ottenere ulteriori fondi per esercitare il diritto di prelazione

¹⁴ Per quanto concerne l'istituto della prelazione artistica prima dei due decreti ferdinandei, P. D'ALCONZO, *La tutela dei beni artistici*, op. cit., p. 33, rileva che nel piano sugli scavi del Regno redatto nel 1808 da Michele Arditi, direttore del Museo reale e soprintendente generale degli scavi, si insiste anche sulla necessità di un registro dei ritrovamenti nel caso «in cui i conduttori degli scavi volessero mettere in vendita gli oggetti ritrovati, essi dovevano essere resi disponibili per l'eventuale acquisto da parte del re, previa valutazione degli organi competenti». Sul punto, anche A. MILANESE, *Il piano Arditi del 1808 sui musei provinciali: centro e periferia nella tutela in Magna Grecia*, in *I Greci in Occidente. La Magna Grecia nelle collezioni del Museo Archeologico di Napoli*, Napoli, 1996, p. 275 ss.; S. CASIELLO, *Trasformazioni dell'architettura e della città durante il decennio francese a Napoli*, in S. CASIELLO (a cura di), *Verso una storia del restauro. Dall'età classica al primo Ottocento*, Firenze, 2008, p. 330.

¹⁵ A. PACE, *Immagini di Gela. Le necropoli e il profilo culturale della polis tardo-antico*, Firenze, 2019, p. 6.

¹⁶ G.C. ASCIONE, *Antichità a rischio*, op. cit., p. 114.

¹⁷ G.C. ASCIONE, *Antichità a rischio*, op. cit., p. 115.

¹⁸ *Ministero pubblica istruzione, Direzione generale antichità e belle arti*, II versamento, I serie, b, 147, inc. 2382 bis.

previsto dai decreti ferdinandei, in modo da acquisire alle collezioni statali gli oggetti rinvenuti nei terreni di proprietà privata. Soltanto una parte alquanto limitata delle finanze dello Stato era a quel tempo destinata al settore dell'istruzione pubblica, che comprendeva anche gli scavi archeologici e le belle arti, a tutto vantaggio di altri settori considerati più produttivi. Pertanto, anche se in relazione a materiale archeologico scoperto nella proprietà De Prisco prima delle argenterie di Boscoreale, l'Amministrazione aveva deliberatamente deciso, seppur per mancanza di fondi, di non esercitare il proprio diritto di prelazione.

Considerato che «ormai gli oggetti erano passati nelle mani di terzi e non c'era più nulla da fare»¹⁹, la vicenda si concluse con un accordo stipulato tra il De Prisco ed il nuovo Ministro della pubblica istruzione, Emanuele Gianturco, con cui venne confermata ai fratelli De Prisco la licenza di eseguire scavi per la ricerca di monumenti e oggetti antichi nei fondi di loro proprietà. Lo Stato si riservò il diritto di prelazione con la riduzione di un terzo del prezzo di stima, pagabile in cinque o dieci anni a seconda del valore degli oggetti.

Anche a seguito della descritta vicenda dell'esportazione del tesoro di Boscoreale, da più parti fu invocata l'adozione di una nuova legge di tutela dei beni culturali, «ma le difficoltà da superare sembravano insormontabili, dovendosi conciliare lo spirito coercitivo ed autoritario dei precedenti decreti con l'inviolabile diritto alla proprietà privata. I vecchi regolamenti degli Stati preunitari ancora vigenti sul piano formale nelle singole regioni, in realtà non riuscirono a colmare un sostanziale vuoto legislativo, sia perché erano venuti a mancare i presupposti giuridico-amministrativi degli antichi Stati, sia perché, pur presentandosi validi nella situazione storica precedente, erano divenuti ormai improponibili sul piano di una concreta applicazione»²⁰.

Dopo l'Unità d'Italia, diversi progetti di legge in materia furono presentati in Parlamento ma nessuno di essi fu approvato, fino ai due disegni di legge del ministro Gallo del 1898 e del 1900. Quest'ultimo venne recepito dal ministro Magi e fu finalmente adottato nel 1902, divenendo la prima legge generale di tutela del patrimonio culturale nell'Italia unita. Successivamente, «per il decisivo avanzamento del fronte della tutela del patrimonio storico-culturale»²¹ si dovette attendere la legge

¹⁹ E.C. CORTI, *Untergang und Auferstehung*, op. cit., p. 220.

²⁰ G.C. ASCIONE, *Antichità a rischio*, op. cit., p. 115.

²¹ G. PAGLIARI, M. SOLLINI, G. FARRI, *Regime della proprietà*, cit., p. 282.

20 giugno 1909, n. 364, che introdusse ulteriori limitazioni al diritto di proprietà, tra cui il diritto di prelazione governativo in caso di alienazione del bene da parte del proprietario a cui fosse stata notificata la dichiarazione di interesse storico o artistico (art. 6) e l'obbligo di denuncia della possibile esportazione dei beni aventi interesse storico, archeologico o artistico (art. 8). Una compiuta disciplina della prelazione artistica è stata poi prevista all'art. 61 della legge n. 1089/1939, che, in combinato disposto con gli artt. 31 e 32 della stessa legge, attribuiva al Ministro per l'educazione nazionale la facoltà di acquistare, nel caso di alienazione di cose di interesse storico o artistico, i beni entro il termine di due mesi dalla denuncia di trasferimento²².

2. Il fondamento costituzionale dell'istituto della prelazione artistica tra tutela, fruizione e identità del patrimonio culturale.

L'istituto della prelazione artistica trova un ancoraggio costituzionale²³ all'art. 9, che enuncia due principi fondamentali: da una parte, la promozione e lo sviluppo della cultura e della ricerca scientifica e tecnica; dall'altra, la tutela del paesaggio e dei beni culturali ed ambientali²⁴. L'entrata in vigore della Costituzione repubblicana ha portato ad una "palingenesi dei fini" dell'istituto della prelazione artistica. Infatti, nella legislazione prerепubblicana la prelazione era considerata uno strumento con finalità esclusivamente conservativa delle cose d'arte²⁵, secondo una logica difensiva

²² Sul punto si tornerà diffusamente nel paragrafo 6.1.

²³ Da ultimo, Corte Cost., 21 giugno 2007, n. 221, in *Riv. Giur. Edilizia*, 2007, 4-5, I, p. 1254, in cui si riconosce che «è nell'art. 9 Cost., come già affermato da questa Corte [il riferimento è alla già citata sent. Corte Cost. n. 269/1995] che ha il suo fondamento l'istituto della prelazione riguardo ai beni culturali».

²⁴ La letteratura sui principi costituzionali in materia di beni culturali è praticamente sterminata. Sia consentito rinviare a R. SPAGNUOLO VIGORITA, *Il patrimonio culturale nelle disposizioni del Codice dei contratti pubblici e nel Codice del terzo settore*, in *Munus*, 1, 2018, p. 405, evidenzia «la dimensione etica del patrimonio culturale, come fattore di legame sociale, di sviluppo socio economico, di valorizzazione delle diversità culturali». Sul punto, anche S. MABELLINI, *La tutela dei beni culturali nel costituzionalismo multilivello*, Torino, 2016; M.R. COZZUTO QUADRI, *La prelazione artistica: principi costituzionali e valorizzazione del patrimonio culturale*, in *Riv. giur. edilizia*, 1, 2006, 11; A. MANSI, *La tutela dei beni culturali e del paesaggio*, Milano, 2004; R. TAMIOZZO, *La legislazione dei beni culturali e paesaggistici*, Milano, 2004; M. FIORILLO, *L'ordinamento della cultura*, Milano, 2003; S. CASSESE, *I beni culturali dalla tutela alla valorizzazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 1998, p. 673; V. CERULLI IRELLI, *I beni culturali nell'ordinamento italiano*, in *Studi parlam. e di pol. cost.*, 1994, p. 27; M.S. GIANNINI, *I beni culturali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1976, p. 3.

²⁵ Sul punto, P. CARPENTIERI, Sub Art. 6, in R. TAMIOZZO (a cura di), *Il Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio*, Milano, 2005, pp. 18-19, secondo cui «la disciplina delle cose d'arte presentava, nella legislazione prerепubblicana, una connotazione eminentemente "difensiva", orientata dalla finalità di assicurare "la conservazione, l'integrità e la sicurezza" del bene culturale (cfr. la rubrica del Capo II della legge 1 giugno 1939,

della tutela²⁶. Con l'entrata in vigore della Costituzione del 1948 l'istituto della prelazione artistica diviene uno dei principali strumenti di controllo statale sulla circolazione dei beni culturali finalizzato non solo a preservare l'integrità²⁷ del patrimonio culturale in tutte le sue componenti ma anche a consentirne la fruizione²⁸ da parte del pubblico, ove ciò sia ovviamente compatibile con l'esigenza di conservazione del bene²⁹. Oltre a svolgere una funzione di tutela, nel senso di integrità, e di fruizione del patrimonio culturale, l'istituto della prelazione a favore dello Stato è protagonista anche di un "terzo tempo", perseguendo l'obiettivo di garantire l'unità e l'identità³⁰ del patrimonio culturale nazionale³¹. Ecco che si rivela

n. 1089 sulla *Tutela delle cose d'interesse artistico e storico*). Finalità conservativa – in cui il patrimonio culturale si presentava quasi come un fedecommesso del passato da tramandare integro alle future generazioni – affidata agli strumenti vincolistici e alla preferenza per la demanialità e incommerciabilità delle cose d'arte (così la legge 20 giugno 1909, n. 364 recante *Norme per l'inalienabilità delle antichità e delle belle arti*), da assicurarsi anche attraverso lo strumento della prelazione».

²⁶ Sulla concezione prerepubblicana difensiva della tutela, G. PIVA, voce *Cose d'arte*, in *Enc. Dir.*, XI, Milano, 1962, p. 93 ss.

²⁷ Il valore della tutela dell'integrità del patrimonio culturale della Nazione ha ormai trovato esplicito riconoscimento legislativo con la l. 4 agosto 2017, n. 124, recante "Legge annuale per il mercato e la concorrenza", il cui art. 1, comma 175, lett. a), n. 1, ha introdotto all'art. 10, comma 3, lett. d-bis, del d.lgs. n. 42/2004 tra i beni culturali la nuova categoria delle "cose, a chiunque appartenenti, che presentano un interesse artistico, storico, archeologico o etnoantropologico eccezionale per l'integrità e la completezza del patrimonio culturale della Nazione".

²⁸ F. LIGUORI, *I servizi culturali come servizi pubblici*, in *Federalismi.it*, 1, 2018, p. 1, sottolinea il «rilievo progressivamente attribuito, accanto alla tutela dei beni, all'attività di valorizzazione del patrimonio culturale (...), anzi alla sua doppia valorizzazione (principalmente culturale, ma anche economica)». L'A. inoltre configura il diritto alla fruizione del patrimonio culturale come diritto fondamentale. Anche F. SANTORO PASSARELLI, *I beni della cultura secondo la Costituzione*, in *Studi per il XX anniversario dell'Assemblea costituente*, 2, *Le libertà civili e politiche*, Firenze, 1969, p. 435, osserva che la funzione culturale va attuata in una duplice direzione, ovverosia «anzitutto nel senso della conservazione del bene, inoltre in quello della garanzia della sua accessibilità ed utilizzazione come strumento od oggetto di cultura». Secondo P. CARPENTIERI, *La tutela del paesaggio e del patrimonio storico e artistico della Nazione nell'articolo 9 della Costituzione*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2005, «solo attraverso l'articolo 9 della Costituzione del 1948 ha trovato nuovo spazio l'ideale (di matrice illuministica) che assegna alla tutela un ruolo che non è più di pura conservazione, ma diviene mezzo per la crescita culturale dell'intera società, attraverso la pubblica fruizione del valore culturale insito nelle cose di interesse storico-artistico». Recentemente la Corte Costituzionale ha riconosciuto la sussistenza di una ideale contiguità tra le funzioni di tutela, intesa come individuazione, protezione e conservazione dei beni che costituiscono il patrimonio culturale, e le funzioni di valorizzazione, intesa come migliore conoscenza, fruizione e utilizzo dei medesimi (Corte Costituzionale, 9 luglio 2015, n. 140, in *www.cortecostituzionale.it*).

²⁹ L'esercizio della funzione di valorizzazione in forme compatibili con la tutela e tali da non pregiudicarne le esigenze è espressamente previsto dall'art. 6, comma 2, d.lgs. n. 42/2004.

³⁰ Sul punto, A.L. TARASCO, *Gli "intoccabili": i beni culturali in una prospettiva internazionale e comparata*, in *Studi in memoria di Roberto Marrama*, Napoli, 2012, p. 1185, secondo cui «la tutela e la valorizzazione dei beni culturali tradizionali si articola attraverso ... limiti ... alla libera circolazione giuridica del bene (nazionale ed

dunque la stretta interconnessione sussistente tra le funzioni di tutela, fruizione ed identità del patrimonio culturale. Del resto, il mantenimento di tale identità culturale e collettiva non può prescindere dalla conservazione e dalla possibilità di rendere fruibile il bene³².

Come stabilito dalla Corte Costituzionale nella citata sentenza 20 giugno 1995, n. 269, il carattere del tutto peculiare del regime giuridico fissato per le cose di interesse storico e artistico dalla legge n. 1089/1939 e, nell'ambito di tale regime, dell'istituto della prelazione storico-artistica, trova fondamento nell'art. 9 della Costituzione e si giustifica nella sua specificità in relazione al fine di salvaguardare beni cui sono connessi interessi primari per la vita culturale del paese³³. Pertanto, secondo la Consulta, l'esigenza di conservare e di garantire la fruizione, da parte della pubblica collettività, delle cose di interesse storico e artistico giustifica, di conseguenza, per tali beni l'adozione di particolari misure di tutela e limitazioni alla circolazione giuridica che si realizzano attraverso poteri della pubblica amministrazione e vincoli per i privati differenziati dai poteri e dai vincoli operanti per altre categorie di beni, sia pure gravati da limiti connessi al perseguimento di interessi pubblici³⁴. La Consulta ha così svolto una valutazione della compatibilità costituzionale del diritto di prelazione riconosciuto alla p.a. a fronte dell'alienazione di beni aventi rilevanza storica o artistica, all'esito della quale ha escluso ogni ipotesi di violazione dell'art. 42 della Costituzione, atteso che il limite imposto alla proprietà privata inerisce alla particolare natura della cosa d'arte ed è connaturale alle caratteristiche di questa, incidendo soltanto sulla sua circolazione e fruibilità. L'ancoraggio costituzionale dello *jus prelatio* all'art. 9 si riflette dunque anche nella prevalenza accordata dalla Consulta all'interesse pubblico alla tutela del patrimonio storico ed artistico – la cui

internazionale), cioè attraverso un'azione tendente a preservare il bene nella sua identità». Anche G.P. CIRILLO, *Il regime della circolazione dei beni culturali appartenenti a privati*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2020, p. 5, osserva che «l'appartenenza al Paese, pur trattandosi di un bene privato, diviene così nel contempo vincolo e valore da tutelare». Secondo G. SEVERINI, *Commento all'art. 2 del Codice dei beni culturali e del paesaggio*, in M.A. SANDULLI, *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Milano, 2012, p. 18, l'appartenenza del patrimonio storico e artistico alla Nazione, posta dall'art. 9 della Costituzione ha anche significato descrittivo di elemento costitutivo dell'identità nazionale.

³¹ A. SIMONATI, *Uscita dal territorio nazionale e ingresso nel territorio nazionale*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dei beni culturali*, op. cit., p. 563.

³² TAR Lombardia, Milano, Sez. IV, 24 febbraio 2017, n. 443, in www.giustizia-amministrativa.it.

³³ Corte costituzionale, 14 giugno 1995, n. 269, in www.cortecostituzionale.it.

³⁴ M.A. SCINO, *La prelazione artistica al vaglio della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1995, p. 1918; M.R. COZZUTO QUADRI, *La prelazione artistica: principi costituzionali e valorizzazione del patrimonio culturale*, in *Riv. giur. edilizia*, 1996, p. 10.

unità risulterebbe irreversibilmente compromessa soprattutto in caso di esportazione all'estero – rispetto alla pienezza di tutela costituzionalmente riconosciuta (sia pure con espresse limitazioni) al diritto di proprietà.

3. Il procedimento (speciale) di prelazione disciplinato nel Codice dei beni culturali e del paesaggio.

Il diritto di prelazione artistica a favore dello Stato³⁵ è oggi disciplinato agli artt. 60-62 del cd. Codice Urbani³⁶, approvato con d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42. Il procedimento di prelazione artistica «va qualificato come procedimento amministrativo nel più classico dei suoi significati (forma della funzione amministrativa), riguardando l'esercizio di un potere di natura pubblicistica, preordinato all'acquisizione di beni vincolati per il perseguimento di finalità di interesse generale»³⁷. In dettaglio, il procedimento di prelazione è scandito dalle

³⁵ Sulla disciplina della prelazione artistica nel codice dei beni culturali, G. BASINI, *La prelazione artistica*, in *I contratti*, 2019, 4, p. 462; R. INVERNIZZI, *Prelazione*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Milano, 2019, p. 456; S.A. BRUNO, *Manuale di diritto del patrimonio culturale*, 2019, pp. 67-70; G. AVERSANO, *La prelazione artistica e l'autonomia contrattuale*, Torino, 2018; R. AVETA, *Nuovi strumenti di contrasto al traffico illecito di beni culturali*, in G. LIMONE (a cura di), *Ars boni et aequi: il diritto fra scienza, arte, equità e tecnica*, 2017, p. 209; G. MARI, D. VAIANO, *Legislazione dei beni culturali*, in A. POLICE, M. SPASIANO (a cura di), *Manuale di governo del territorio*, Torino, 2016, pp. 189-194; D. COSTANTINO, *La prelazione artistica in favore dello Stato delle Regioni, Enti pubblici territoriali e ogni altro ente ed istituto pubblico*, in *Riv. amm. Rep. it.*, 2015, 11-12; M. WANTUCH-THOLE, *Cultural property in cross-border litigation*, Berlino, 2015, p. 87; V. MELE, *La prelazione culturale nell'attuale contesto socio-economico: spunti di riflessione*, in *Giur. merito*, 2013, 11, p. 2465; N. CENTOFANTI, *I beni pubblici. Tutela amministrativa e giurisdizionale*, Milano, 2007, pp. 286-289; M. BUONAURO, sub Art. 59-62, in G. LEONE, A.L. TARASCO (a cura di), *Commentario al Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Padova, 2006, pp. 394-425; V. CAPUTI JAMBRENGHI, sub Art. 59-62, in A.M. ANGIULI, V. CAPUTI JAMBRENGHI (a cura di), *Commentario al Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Torino, 2005, pp. 179-187.

³⁶ G. LEONE, A.L. TARASCO, *La codificazione del diritto del patrimonio culturale*, in G. LEONE, A.L. TARASCO (a cura di), *Commentario al Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Padova, 2006, pp. 5-32.

³⁷ Cons. St., Sez. VI, 12 novembre 2008, n. 5643, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Anche Cons. St., Sez. VI, 27 febbraio 2008, n. 733, in *ivi*, rileva che l'acquisizione di beni di rilievo storico o artistico mediante l'esercizio del diritto di prelazione dell'Amministrazione «non avviene attraverso un mero rapporto negoziale, ma in forma procedimentalizzata». Pur trattandosi di un procedimento amministrativo, deve ritenersi che il relativo regime giuridico non sia integralmente quello previsto dalla legge n. 241/1990. A titolo esemplificativo, non si applica la disciplina prevista dalla l. n. 241/1990 in tema di comunicazione di avvio del procedimento, poiché atti equivalenti sono regolati dal d.lgs. n. 42/2004 proprio in relazione all'esercizio del diritto di prelazione artistica, prevalendo, quindi, la disciplina speciale *ivi* in rilievo. D'altra parte, il vigente Codice dei beni culturali prevede, rispettivamente agli artt. 14 e 46, come obbligatoria la comunicazione di avvio del procedimento per la dichiarazione di interesse culturale e per la tutela indiretta. Peraltro, già la norma introdotta dall'art. 2 del D.M.

seguenti fasi: i) la denuncia dell'alienante³⁸ con un atto che deve avere il contenuto³⁹ puntualmente individuato dall'art. 59, comma 4, d.lgs. n. 42/2004, con la previsione che si considera come non avvenuta la denuncia priva delle indicazioni essenziali richieste dalla legge o con indicazioni incomplete o imprecise⁴⁰. All'omissione *in toto*, gli artt. 61 e 62 del vigente Codice dei beni culturali equiparano, infatti, l'ipotesi di denuncia tardiva ovvero incompleta, riconducendo ad unità le sorti dell'atto traslativo, indipendentemente dalla singola fattispecie, e – in ossequio ai principi del diritto comunitario⁴¹ in materia di tutela dei diritti fondamentali e al fine di dare

n. 165/2002 (divenuta art. 1-bis del regolamento attuativo degli articoli 2 e 4 della l. n. 241/1990, emanato con D.M. n. 495/1994) espressamente disponeva che la comunicazione di avvio del procedimento non fosse dovuta, da parte del relativo funzionario responsabile, per i procedimenti avviati ad istanza di parte e quello disciplinato, *ex multis*, dall'art. 59 del d.lgs. n. 490/1999 sulla prelazione artistica.

³⁸ Come evidenziato da F. LONGOBUCCO, *Beni culturali e conformazione dei rapporti tra privati: quando la proprietà "obbliga"*, *op. cit.*, p. 527, «a conformare la "proprietà privata" del bene culturale è la denuncia di trasferimento (art. 59 c.b.c.) e il diritto di prelazione a favore dello Stato da esercitarsi entro sessanta giorni in caso di alienazione a titolo oneroso di beni culturali (art. 60 c.b.c.). Il mancato rispetto del diritto di prelazione comporta una nullità nell'interesse dello Stato, con la conseguenza di poterla qualificare alla stregua di una nullità relativa, non deducibile dai privati, né rilevabile d'ufficio (art. 164 c.b.c.)». Sul punto, Cass. 24 maggio 2005, n. 10920, in *Foro it.*, 1, 2006, p. 1880. In pendenza del termine per l'esercizio del diritto di prelazione, è stato ritenuto in dottrina che invece di nullità debba parlarsi di inefficacia del contratto nei confronti del Ministero. Sul punto, C. BARBATI, M. CAMMELLI, G. SCIULLO (a cura di), *Il diritto dei beni culturali*, Bologna, 2003, p. 77.

³⁹ In particolare, la denuncia deve contenere i seguenti elementi costitutivi: i dati identificativi delle parti e la sottoscrizione delle medesime o dei loro rappresentanti legali; i dati identificativi del bene; l'indicazione del luogo ove si trova il bene; l'indicazione della natura e delle condizioni dell'atto di trasferimento; l'indicazione del domicilio in Italia delle parti ai fini di eventuali comunicazioni. La giurisprudenza ha ritenuto l'invio dell'atto di compravendita – che nel caso di specie conteneva tutte le indicazioni richieste dall'art. 59, comma 4, d.lgs. n. 42/2004, con l'unica eccezione del domicilio in Italia di una delle parti – equivalente alla trasmissione della denuncia di trasferimento. Secondo i giudici, infatti, non risultando specificate a livello normativo primario le modalità formali con cui la denuncia debba essere redatta, le stesse si intendono in linea di principio libere, ove non diversamente prescritto. Sul punto, Cons. St., Sez. VI, 27 febbraio 2008, n. 733, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁴⁰ La denuncia deve ritenersi *tamquam non esset* solo quando i dati trasmessi non consentano l'apprezzamento discrezionale cui la comunicazione è finalizzata ovvero qualora il contenuto dell'atto non permetta di individuare le caratteristiche del bene per il quale esercitare la prelazione. Lo scopo della denuncia, infatti, consiste nel consentire alle Amministrazioni competenti di valutare l'opportunità di acquisire al patrimonio pubblico determinati beni, in considerazione del peculiare interesse storico o artistico dei medesimi (Cons. St., Sez. VI, 21 dicembre 2012, n. 6637, in *www.giustizia-amministrativa.it*). In ogni caso, l'Amministrazione può richiedere, esercitando una sorta di potere-dovere di soccorso istruttorio ai sensi dell'art. 6, comma 1, lett. b), l. n. 241/1990, dati integrativi o anche una nuova denuncia effettuata con diverse modalità formali (Cons. St., Sez. VI, 27 febbraio 2008, n. 733, in *ivi*). In caso di siffatte esigenze istruttorie, la prevalente giurisprudenza (*ex multis*, Cons. St., Sez. VI, 13 febbraio 2001, n. 685, in *ivi*) ammette la possibilità di sospensione dei termini perentori stabiliti per l'esercizio del diritto di prelazione, considerata la sua natura di potestà pubblicistica.

⁴¹ Principi di cui si darà conto nel paragrafo 7 del presente lavoro.

certezza alla posizione dei privati, in precedenza esposti *sine die* in questi casi alla facoltà dell'Amministrazione di esercitare in ogni tempo il diritto di prelazione⁴² – ha fissato un più ampio ma preciso termine (come di qui a breve si preciserà, pari a centottanta giorni dalla denuncia tardiva o dalla completa conoscenza, *aliunde* acquisita dal Ministero) per l'acquisto in via di prelazione al verificarsi di una delle suddette tre eventualità. Nei casi di denuncia omessa, tardiva o incompleta, la giurisprudenza sottolinea il «carattere sanzionatorio»⁴³ del procedimento amministrativo di prelazione, mentre la dottrina, più che il profilo sanzionatorio, preferisce evidenziare la patologia procedimentale di queste particolari fattispecie⁴⁴; ii) la prelazione pubblica è esercitata nel termine di sessanta giorni dalla data di ricezione della denuncia⁴⁵, con la previsione che nel caso in cui la denuncia sia stata omessa o presentata tardivamente oppure risulti incompleta, la prelazione è esercitata nel termine di centottanta giorni dal momento in cui il Ministero (o altro ente legittimato) ha ricevuto la denuncia tardiva o ha comunque acquisito tutti gli elementi costitutivi della stessa; iii) entro il predetto termine (*recte*, i predetti termini) il provvedimento di prelazione⁴⁶ deve essere notificato all'alienante ed all'acquirente. La norma sembra dunque configurare la prelazione come un provvedimento recettizio. E tuttavia la giurisprudenza ha attenuato il rigore normativo, ritenendo sufficiente che nel termine stabilito dalla legge l'Amministrazione abbia adottato e consegnato il provvedimento all'agente incaricato della notificazione, e quindi svolto ogni attività volta a far entrare nella sfera di conoscibilità del destinatario della notifica il contenuto dell'atto di prelazione, senza che sia necessario che il procedimento di notificazione si sia perfezionato anche per il destinatario⁴⁷. La proprietà si trasferisce allo Stato (o all'ente legittimato) dalla data dell'ultima notifica.

⁴² Come si è avuto modo di precisare nel paragrafo 2 del presente lavoro.

⁴³ TAR Lombardia, Brescia, Sez. II, 5 gennaio 2011, n. 1, in www.giustizia-amministrativa.it

⁴⁴ Sul punto, G. CASU, *Codice dei beni culturali. Prime riflessioni*, in *Studi e Materiali CNN*, 2, 2004, p. 686, che definisce il termine lungo di centottanta giorni come «patologico».

⁴⁵ La denuncia si intende presentata al Ministero allorché perviene nella conoscenza della Soprintendenza, ed è pertanto da tale accadimento che decorre il termine per l'esercizio della prelazione. Sul punto, TAR Umbria, Sez. I, 10 aprile 2013, n. 221, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁴⁶ Per gli enti locali, l'atto con cui ai sensi dell'art. 62, comma 3, del Codice dei beni culturali viene esercitato il potere di prelazione, rientrando nella materia degli «acquisti ed alienazioni immobiliari» di cui all'art. 42, comma 2, del t.u.e.l., appartiene alla competenza consiliare (così Cons. Stato, Sez. VI, 22 settembre 2008, n. 4569, in www.giustizia-amministrativa.it) e, pertanto, deve essere adottato con deliberazione di Consiglio comunale, preceduta da quella della Giunta.

⁴⁷ Cons. St., Sez. VI, 22 settembre 2008, n. 4569, in www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VII, 6 settembre 2012, n. 3762, in *ivi*.

Le clausole eventualmente contenute nel contratto di alienazione non vincolano l'amministrazione pubblica. Ciò deriva dal fatto che l'atto di prelazione è un provvedimento amministrativo espressione di un potere di acquisto coattivo del bene. Non si realizza, infatti, un subentro dello Stato nel rapporto negoziale. In altri termini, la prelazione costituisce un procedimento solo fondato sul contratto, mediante il quale l'autorità pubblica può ingerirsi autoritativamente nella contrattazione privata, attraendo unilateralmente il bene nella propria sfera giuridica, senza surrogarsi nella posizione del terzo contraente. Infatti, la p.a., intervenuta nel rapporto contrattuale, non subentra – come detto – nella posizione dell'acquirente, ma avoca a sé il bene con il provvedimento di esercizio dello *ius praelationis*, il quale comporta il trasferimento della proprietà in capo alla p.a. medesima e l'obbligo di corresponsione del prezzo, a nulla rilevando le vicende estintive o modificative del contratto a monte (nullità, annullabilità, ecc.). L'esercizio della facoltà di prelazione artistica non comporta, invece, l'inserimento dell'Amministrazione nel contratto originario e la sua sostituzione alla parte acquirente, sicché la p.a. resta del tutto estranea al negozio originario⁴⁸.

4. L'apporto creativo della dottrina e della giurisprudenza nella costruzione di una dogmatica giuridica della prelazione artistica.

È stato opportunamente evidenziato che «la disciplina della circolazione delle opere d'arte e dei beni culturali in Italia non può essere compresa o studiata senza l'analisi della giurisprudenza amministrativa in materia. Tali decisioni hanno agito in vario modo: hanno meglio precisato i criteri per negare o meno l'uscita delle opere; hanno più o meno supportato scelte di tipo protezionistico da parte dell'amministrazione; hanno comunque offerto uno strumento di tutela per i proprietari contro eventuali abusi. Senza contare le volte che il giudice amministrativo è stato costretto a "redarguire" l'amministrazione per il ritardo nel dotarsi di direttive o linee guida aggiornate, il che poi è avvenuto nel 2017»⁴⁹ con l'adozione del decreto del Ministro dei beni e delle attività culturali e del turismo in materia di indirizzi per la valutazione del rilascio dell'attestato di libera circolazione, che ha sostituito la precedente circolare del 1974.

⁴⁸ Sul punto, Cons. St., Sez. VI, 30 luglio 2018, n. 4667, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁴⁹ L. CASINI, «Giochi senza frontiere?», *op. cit.*, p. 914.

La disciplina della prelazione artistica e l'applicazione dei limiti alla circolazione dei beni culturali presentano i «temi più dibattuti e coperti da un costante cono d'ombra»⁵⁰. I due profili più controversi in dottrina e giurisprudenza sono stati indubbiamente la definizione della natura del provvedimento di prelazione e il grado di intensità della motivazione contenuta nello stesso.

4.1. La problematica definizione della natura giuridica della prelazione artistica.

La dottrina ha avuto cura di segnalare la particolare natura della prelazione artistica e la differenza rispetto alle altre ipotesi di prelazione di fonte legale⁵¹. Generalmente il meccanismo della *denuntiatio*, ovverosia della manifestazione dell'intento di vendere rivolta al prelazionario, accompagnata dall'invito ad esercitare o meno il diritto di prelazione, viene attivato prima della stipulazione dell'atto definitivo di vendita al terzo. Invece, la disciplina della prelazione artistica contenuta nel Codice dei beni culturali stabilisce un obbligo «di comportamento a carico dei privati»⁵², a seconda dei casi in capo all'alienante o all'acquirente, che consiste nella denuncia al Ministero degli atti che trasferiscono la proprietà di beni culturali. La circostanza che il diritto di prelazione non solo sia connesso ad un interesse pubblico ma preveda anche la partecipazione essenziale nel procedimento di *denuntiatio* di un soggetto terzo portatore del predetto interesse pubblico costituisce una specifica peculiarità della prelazione artistica, condivisa esclusivamente con la prelazione in tema di finanza di progetto⁵³. Tuttavia, tra i due

⁵⁰ A. PISCHETOLA, *Particolare architettonico e prelazione artistica*, in *Rivista del Notariato*, 1, 2016, p. 125, che affronta la controversa questione giuridica della prelazione artistica afferente agli atti di alienazione aventi ad oggetto porzioni di manufatti edilizi non aventi funzionalità autonoma e soggette – esse sole – a vincolo artistico.

⁵¹ Gli altri casi di prelazione legale sono: la prelazione dei coeredi, cd. retratto successorio di cui all'art. 732 c.c.; la prelazione del componente dell'impresa familiare ex art. 230-bis, comma 5, c.c., che richiama espressamente l'art. 732 c.c.; la prelazione agraria ex art. 8 L. n. 590/1965; la prelazione urbana su immobile concesso in locazione per uso diverso da quello abitativo ex art. 38 L. n. 392/1978; la prelazione in materia di *project financing* disciplinata dall'art. 183, comma 15, del codice dei contratti pubblici.

⁵² F. LONGOBUCCO, *Beni culturali e conformazione dei rapporti tra privati: quando la proprietà "obbliga"*, in *Riv. giur. edilizia*, 5, 2016, p. 527.

⁵³ Sulla prelazione ex art. 183, comma 15, d.lgs. n. 50/2016, sia consentito rinviare a F. BORRIELLO, *Art. 183*, in G.A. GIUFFRÈ, P. PROVENZANO, S. TRANQUILLI (a cura di), *Codice dei contratti pubblici. Con normativa, giurisprudenza e linee guida ANAC (Disciplina sostanziale e processuale e antimafia aggiornata e annotata)*, Napoli, 2019, p. 1038; R. SCHNEIDER, *La natura del diritto di prelazione previsto in favore del promotore ex art. 183, comma 15, del Codice dei contratti pubblici*, in *l'Amministrativista*, 2019.

tipi di prelazione sussistono varie e rilevanti differenze⁵⁴. Innanzitutto, il diritto di prelazione in materia di *project financing* ha come oggetto una posizione di primato nell'ambito di una graduatoria pubblica di cui fanno previamente parte sia il prelezionario che il terzo, e non il subentro automatico in un diritto che il concedente ha intenzione di trasferire ad un terzo estraneo all'obbligo legale, o che addirittura, come nel caso della prelazione artistica, è già stato alienato. Altra differenza tra i due istituti sta in ciò che l'art. 183, comma 15, del d.lgs. n. 50/2016 non ha espressamente previsto la necessità della notificazione dell'esercizio del diritto di prelazione anche al terzo, come invece disposto dall'art. 61 del d.lgs. n. 42/2004 in caso di prelazione artistica. Ancora, nella prelazione in materia di finanza di progetto, l'istituto della *denuntiatio* è sostituito *de plano* dalla ordinaria comunicazione dell'aggiudicazione della gara e l'unica formalità prevista a carico del prelezionario è la dichiarazione, entro il termine di quindici giorni dalla comunicazione di aggiudicazione, di impegnarsi ad adempiere alle obbligazioni contrattuali alle medesime condizioni offerte dall'aggiudicatario, mentre il pagamento a carico del promotore dell'importo delle spese sostenute dal terzo per la predisposizione dell'offerta è previsto dalla legge come obbligazione da adempiere successivamente all'esercizio del diritto di prelazione, senza la previsione di alcun termine di decadenza.

Come anticipato, ai sensi dell'art. 60 del d.lgs. n. 42/2004, il diritto di prelazione spetta allo Stato, alla Regione o agli altri enti pubblici territoriali interessati⁵⁵, che, ricevuta la denuncia di trasferimento, hanno facoltà di acquistare il bene allo stesso prezzo stabilito nell'atto di alienazione⁵⁶ o al medesimo valore attribuito nell'atto di

⁵⁴ Sulle differenze tra prelazione artistica e prelazione in materia di finanza di progetto, TAR Emilia Romagna, Parma, Sez. I, 20 febbraio 2020, n. 48, in *www.giustizia-amministrativa.it*; TAR Emilia Romagna, Parma, Sez. I, 6 marzo 2019, n. 58, in *ivi*. Sul rapporto tra prelazione artistica e finanza di progetto, G. MARI, *Concessione di valorizzazione e finanza di progetto: il difficile equilibrio tra conservazione, valorizzazione culturale e valorizzazione economica*, in *Aedon*, 2, 2019.

⁵⁵ Si realizza dunque, secondo un principio di sussidiarietà verticale "inversa", un governo multilivello nella tutela e valorizzazione dei beni culturali. Sul punto, P. CHIRULLI, *Il governo multilivello del patrimonio culturale*, in *Dir. amm.*, 4, 2019, p. 697; A. SIMONATI, *Salvaguardia del patrimonio culturale immobiliare e ruolo degli enti locali*, in *Rivista giuridica di urbanistica*, 3, 2018, p. 369; G. MANFREDI, *Il riparto delle competenze in tema di beni culturali e la leale collaborazione*, in *Le istituzioni del federalismo*, 3, 2017, p. 791.

⁵⁶ L'art. 60, comma 1, del d.lgs. n. 42/2004 stabilisce che l'acquisto in via di prelazione debba essere compiuto "al medesimo prezzo stabilito nell'atto di alienazione", ribadendo l'analoga previsione già sancita dall'art. 32 della l. n. 1089/39 e riportata poi dall'art. 59 del t.u. n. 490/1999. Secondo i due commi successivi, qualora il bene sia alienato con altri per un unico corrispettivo o sia ceduto senza previsione di un corrispettivo in denaro ovvero sia dato in permuta, il valore economico del bene è determinato d'ufficio dal soggetto che procede alla prelazione. Ove l'alienante non ritenga di accettare la determinazione del prezzo così individuata, il valore

conferimento⁵⁷. In altri termini, il Ministero dei beni culturali o, in caso di sua rinuncia⁵⁸, le Regioni e gli altri enti pubblici territoriali⁵⁹ nel cui ambito si trova il bene sono i soggetti interessati a rivestire la figura di prelazionari, rispetto all'acquisto di un bene culturale privato⁶⁰ già alienato dal proprietario ad un terzo con atto di compravendita⁶¹ sottoposto alla condizione sospensiva del mancato

economico del bene è stabilito da un terzo designato concordemente dall'alienante e dal prelazionario. Se le parti non si accordano sulla nomina del terzo, quest'ultimo è individuato, su richiesta di una delle parti, dal presidente del tribunale del luogo in cui è stato concluso il contratto di alienazione. È stata particolarmente controversa in dottrina e in giurisprudenza la possibilità di riconoscere la spettanza di eventuali compensi (ad esempio, il cd. diritto d'asta) ad intermediari e mediatori professionisti (soprattutto le Case d'Aste) intervenuti nella conclusione dell'affare. In altre parole, era dibattuto se l'importo complessivamente dovuto dall'Amministrazione all'alienante dovesse comprendere o meno, oltre al corrispettivo in senso stretto dell'originaria alienazione, anche i diritti di provvigione spettanti alla Casa d'Aste. A seguito di un lungo dibattito, si ritiene oggi di dover escludere una tale spettanza, sulla base di un'interpretazione letterale della norma, che non menziona oneri accessori, nonché in base alla *ratio* della disposizione, individuata nella finalità di tenere indenne l'alienante di quanto avrebbe lucrato per il buon esito del negozio traslativo con esclusione di ogni altra pretesa di terzi. Il menzionato dibattito è stato compiutamente ricostruito in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Milano, 2012, pp. 530-533. Sul punto, anche il parere dell'Avvocatura Generale dello Stato, n. 6194 del 3 ottobre 1997.

⁵⁷ Sul punto, F. MAGLIULO, *Conferimento di beni culturali in società*, in *Riv. notariato*, 2, 2010, p. 371.

⁵⁸ In merito all'esercizio in via "suppletiva" o "subordinata" del diritto di prelazione da parte degli enti locali, si consideri quanto avvenuto, a titolo esemplificativo, nella vicenda afferente al Castellaccio di Rocca San Casciano. In tale caso, la Soprintendenza ha comunicato di non voler esercitare in proprio la prelazione, ritenendo l'immobile non utilizzabile a fini istituzionali, salvo però l'esercizio del diritto da parte degli enti territoriali, così come previsto dall'art. 62 del d.lgs. n. 42/2004. Successivamente il Comune ha deciso di esercitare tale diritto, considerato il significato storico del bene. Sulla controversia originata dalle vicende che hanno interessato la prelazione del Castellaccio di Rocca San Casciano si tornerà più avanti (v. nt. 71).

⁵⁹ Secondo G. BARALIS, *Concorso e conflitti di prelazione*, in *Riv. notariato*, 6, 2011, p. 1301, l'art. 60, che impone la prelazione con sacrificio del principio di parità di condizioni, e l'art. 62, che prevede il procedimento della «prelazione «a cascata», indicano chiaramente il valore «forte» della prelazione». Il diritto di prelazione artistica venne esteso agli enti locali con l'art. 149, comma 5, ultima parte, del d.lgs. 31 marzo 1998, n.112, secondo cui «lo Stato può rinunciare all'acquisto ai sensi dell'articolo 31 della legge 1° giugno 1939, n. 1089, trasferendo alla Regione, Provincia o Comune interessati la relativa facoltà». Quindi, le deleghe aventi ad oggetto il riordino della normativa di settore in materia di beni culturali, contenute rispettivamente nell'art. 1 della l. 8 ottobre 1997 n. 352 e nell'art. 10 della l. 6 luglio 2002 n.137, hanno dato origine al T.U. 29 ottobre 1999 n. 490 e al successivo vigente d. lgs. n. 42/2004.

⁶⁰ I beni culturali, essendo beni privati (e pubblici) di interesse pubblico, sono sottoposti, ai sensi del d.lgs. n. 42/2004, ad un particolare regime giuridico. Per tale ragione, l'ordinamento appresta specifiche «misure di protezione», con indicazione degli interventi vietati (art. 20) e di quelli soggetti ad autorizzazione (art. 21), «misure di conservazione» (artt. 29 e ss.) e speciali regole di circolazione, tra cui rientrano appunto quelle sulla prelazione artistica. La legittimità della previsione di un particolare regime giuridico deriva proprio dalla qualificazione del bene come «culturale». Sul punto, Cons. St., Sez. VI, 30 luglio 2018, n. 4667, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁶¹ Il negozio traslativo dei privati è il presupposto dell'esercizio del diritto di prelazione da parte della pubblica amministrazione. In altri termini, sul piano generale, il negozio di trasferimento a titolo oneroso del bene, con la

esercizio del diritto di riscatto da parte dell'amministrazione pubblica. Per questa ragione, la dottrina ha qualificato la prelazione artistica come «fattispecie a formazione progressiva»⁶², costituita da elementi di carattere privatistico e di carattere pubblicistico, in virtù del fatto che presupposto per l'esercizio della prelazione stessa è un negozio traslativo ed oneroso tra privati, su cui si innesta poi un'azione di imperio dello Stato o degli altri Enti pubblici indicati dalla legge: un procedimento che trova la sua fonte nel contratto e mediante il quale tali soggetti pubblici possono ingerirsi autoritativamente nella contrattazione privata, attraendo unilateralmente il bene nella propria sfera giuridica.

La giurisprudenza ha precisato che il provvedimento di prelazione da parte dello Stato relativamente a beni vincolati rientra nella «categoria dei provvedimenti ablatori reali di natura discrezionale»⁶³. In proposito, ripercorrere, seppur brevemente, il dibattito giurisprudenziale sul riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo in materia di prelazione artistica è utile per le implicazioni sottese alle varie argomentazioni a sostegno dell'una o dell'altra tesi in ordine alla natura del potere controverso⁶⁴. Nella meno recente giurisprudenza della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato sono rinvenibili decisioni volte ad affermare la giurisdizione del giudice ordinario laddove si faccia questione della carenza di potere, valutata in concreto, quanto all'esercizio del diritto, sicché, per esempio, una controversia avente ad oggetto la tardività nell'esercizio del diritto

dichiarazione di alienare del proprietario del bene culturale, assume il ruolo di presupposto oggettivo o fatto giuridico ed occasione storica del procedimento destinato a sfociare nella prelazione. Secondo l'orientamento giurisprudenziale più recente (TAR Lazio, Roma, Sez. II-quater, 17 giugno 2010, n. 18615, in www.giustizia-amministrativa.it) l'atto di alienazione intervenuto tra i privati non configura neppure un presupposto, quanto piuttosto una mera occasione per l'esercizio del diritto di prelazione e per l'avvio del procedimento ablatorio, nel quale rileva esclusivamente come fatto giuridico.

⁶² G. TAMBURRINO, *I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto*, Milano, 1991, p. 162.

⁶³ TAR Trentino-Alto Adige, Bolzano, Sez. I, 10 settembre 2019, n. 203, in *Riv. giur. edilizia*, 2019, 5, I, 1361. E tuttavia, come precisato da G.P. CIRILLO, *Il regime della circolazione*, *op. cit.*, p. 6, nella prelazione artistica «se il momento privativo è limitato al minimo, perché la possibilità di non vendere è fatta salva, tuttavia, quando il proprietario decide di vendere, in realtà è l'amministrazione a realizzare un'acquisizione coattiva. Sicché, rispetto agli altri procedimenti ablatori, il momento privativo è attenuato, essendo rimesso all'autonomia privata, ma rimane l'esercizio del potere pubblico di acquisizione coattiva, il cui presupposto è la dichiarazione dell'intenzione di vendere il bene ad un terzo».

⁶⁴ Sui criteri di distinzione delle posizioni giuridiche soggettive allo scopo di delimitare l'ambito della giurisdizione ordinaria e di quella amministrativa, G. LEONE, *Elementi di diritto processuale amministrativo*, Milano, 2021, p. 43 ss.

sarebbe devoluta al giudice ordinario⁶⁵. D'altra parte, la più recente giurisprudenza ha ritenuto sussistere la giurisdizione del giudice amministrativo in tutti i casi in cui sia contestata la legittimità dell'esercizio del diritto di prelazione storico-artistica⁶⁶. Ed invero, oltre agli argomenti già adottati dal Consiglio di Stato in ordine all'esigenza, alla luce anche dell'evoluzione dell'ordinamento amministrativo in tema di nullità, di cui all'art. 21-septies della l. n. 241/1990, di riconsiderare *funditus* il criterio di riparto basato sulla carenza in astratto ed in concreto del potere⁶⁷, appare dirimente la considerazione che il criterio di riparto dev'essere chiaro ed immediatamente percepibile, onde evitare che la parte abbia incertezze in ordine al giudice da adire. Ebbene, escluse le ipotesi in cui siano lamentati il difetto di attribuzione in capo all'autorità amministrativa o la non assoggettabilità in assoluto ed in astratto del bene a prelazione, deve ritenersi che spettino alla giurisdizione del giudice amministrativo tutte le controversie attinenti all'esercizio del diritto di prelazione, ivi comprese quelle concernenti la tempestività dell'esercizio di tale diritto e la sussistenza d'idonea copertura finanziaria per il suo esercizio⁶⁸. Del resto, una diversa conclusione esporrebbe inevitabilmente pressoché tutte le controversie in tema di prelazione ad essere frazionate in un doppio giudizio dinanzi ai giudici ordinario e amministrativo, in quanto normalmente l'esercizio del diritto di prelazione viene contestato in ordine sia alla sussistenza delle condizioni che lo giustificano sul piano della legittimità sia alle modalità più propriamente esecutive. In passato è stata controversa anche la giurisdizione in relazione alle controversie relative alla determinazione del compenso per l'attività di intermediazione svolta dalle Case d'Asta. L'orientamento giurisprudenziale minoritario affermava la giurisdizione del giudice amministrativo⁶⁹. L'opposto orientamento maggioritario,

⁶⁵ Cass. civ., 17 aprile 2003, n. 6221, in *Giur. It* 2003, p. 1929; Cons. St., Sez. V, 26 gennaio 2011, n. 544, in www.giustizia-amministrativa.it, in relazione a fattispecie in cui era in discussione l'assoggettabilità a prelazione dei beni.

⁶⁶ Sulla giurisdizione del giudice amministrativo, ove si contesti la tempestività della prelazione, Cons. St., Sez. VI, 15 aprile 2008, n. 1736, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. St., Sez. VI, 4 aprile 2008, n. 1419, in *ivi*; Cass. civ., 3 maggio 2010, n. 10619, in *Foro amm. CdS* 2010, 5, p. 982.

⁶⁷ Cons. St., Sez. VI, 27 gennaio 2012, n. 372, in www.giustizia-amministrativa.it. Con questa decisione il Supremo Consesso della giustizia amministrativa, muovendo dal presupposto del superamento della distinzione tra carenza di potere in astratto ed in concreto, ha ritenuto sussistere la giurisdizione amministrativa, vertendosi al cospetto di un provvedimento comunque espressione di un potere (quello di prelazione) di cui l'Amministrazione è per legge certamente titolare.

⁶⁸ Cons. St., Sez. VI, 27 agosto 2014, n. 4337, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁶⁹ TAR Lombardia, Milano, Sez. I del 30 aprile 2004, in www.giustizia-amministrativa.it, ove si afferma che «l'atto di disposizione del bene rileva, infatti, come fatto per quanto attiene all'esercizio del potere acquisitivo

ormai consolidato, ritiene invece che anche le controversie relative alla determinazione del compenso dell'intermediazione rientrino nella giurisdizione del giudice amministrativo⁷⁰.

4.2. La motivazione del provvedimento di prelazione come fattispecie a struttura complessa.

Quanto alla parte motiva del provvedimento, l'art. 62, comma 2, del d.lgs. n. 42/2004, come opportunamente modificato dall'art. 2, comma 1, lett. bb), n. 1, del d.lgs. n. 156/2006, stabilisce che l'esercizio del diritto di prelazione richiede una specifica motivazione in ordine alla finalità di valorizzazione⁷¹ del bene. Tale disposizione deve ritenersi espressiva di un principio generale in ordine alla motivazione di tutti gli atti di esercizio di un potere amministrativo, come quello in parola. Infatti, l'art. 3 della l. n. 241/1990, costituendo norma di portata generale, espressiva del principio costituzionale di imparzialità di cui all'art. 97 Cost., si estende anche a tali atti, che non possono certo qualificarsi come esercizio di un potere privato, essendo ad essi sotteso un interesse pubblico che deve essere dimostrato tramite una specifica motivazione. Prima della modifica apportata dal d.lgs. n. 156/2006, che ha aggiunto al comma 2 dell'art. 62 del d.lgs. n. 42/2004 l'inciso "indicando le specifiche finalità di valorizzazione culturale del bene", la giurisprudenza riteneva che l'esercizio del diritto di prelazione da parte dell'amministrazione non dovesse essere munito di particolare giustificazione,

della parte pubblica, che si estrinseca nell'emissione del decreto di esercizio della prelazione legale prevista dall'art. 61 del d.lgs. 490/99, avente natura reale e sostanzialmente espropriativa, a differenza della prelazione convenzionale, di natura obbligatoria, mentre il prezzo concerne un rapporto obbligatorio consequenziale scaturito dall'esercizio del potere pubblico». In termini analoghi, TAR Lombardia, Milano, Sez. I, 11 gennaio 2010, n. 6, ha valorizzato la *causa petendi*, consistente in una pretesa creditoria nei confronti dell'Amministrazione, peraltro dedotta da una Casa d'Asta, soggetto terzo rispetto a quelli nei cui confronti il provvedimento in esame spiega i suoi effetti diretti, volta a reclamare il compenso per l'attività di intermediazione svolta.

⁷⁰ TAR Lazio, Roma, Sez. II-quater, 2 marzo 2007, n. 1960, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁷¹ Degno di nota che la norma richieda espressamente agli enti pubblici territoriali di indicare soltanto "le specifiche finalità di valorizzazione culturale del bene" e non anche quelle di tutela, atteso che queste ultime dovrebbero essere già soddisfatte dal provvedimento di apposizione del vincolo. Del resto, l'art. 1, comma 5, del d.lgs. n. 42/2004 stabilisce espressamente che i privati proprietari, possessori o detentori di beni appartenenti al patrimonio culturale sono tenuti a garantirne la conservazione. Sul punto, G. LEONE, A.L. TARASCO, sub *Art. 1-2*, in G. LEONE, A.L. TARASCO (a cura di), *Commentario, op. cit.*, pp. 33-47.

essendo l'interesse all'acquisizione del bene connaturato nella dichiarazione di interesse storico-artistico⁷². La normativa vigente non prevede esplicitamente che l'Amministrazione che esercita il diritto di prelazione debba indicare anche le finalità in concreto per le quali il bene viene acquisito al patrimonio dello Stato e le modalità di gestione dello stesso. Tuttavia, la giurisprudenza più recente tende ad esaminare, nell'ambito del sindacato sulla legittimità dell'operato dell'Amministrazione in ordine alla sussistenza di un interesse pubblico all'acquisizione del bene oggetto di prelazione, anche la finalità dell'acquisizione e la destinazione in concreto del bene⁷³.

⁷² Cons. Stato, Sez. IV, 7 ottobre 1998, n. 1296, in *Foro it.*, 1998, III, 606, che ha ritenuto legittimo il provvedimento di prelazione motivato sinteticamente e *per relationem* alla dichiarazione di interesse storico-artistico; TAR Sardegna, Cagliari, 24 luglio 2013, n. 900, in *Foro amm.*, TAR 2003, 2478; TAR Campania, Napoli, 30 settembre 2011, n. 4574, in *Riv. giur. ambiente*, 2012, 2, 258.

⁷³ Sul punto, TAR Campania, Salerno, Sez. II, 22 giugno 2020, n. 691, in www.giustizia-amministrativa.it. La ricorrente si doleva del fatto che la prelazione fosse stata esercitata sulla base di un'istruttoria condotta erroneamente, senza esplicitare i reali presupposti di tale scelta, in ottica di congruità della motivazione circa gli interessi pubblici attuali all'acquisizione del bene (nella fattispecie, il Palazzo Marchesale di Camerota), che non potevano essere riduttivamente individuati nella ragione impositiva del vincolo. E tuttavia il Collegio ha riconosciuto la legittimità dell'operato dell'Amministrazione, in quanto nella nota con cui l'Ente Locale aveva comunicato alla ricorrente il formale esercizio del diritto di prelazione era stato specificato che il principale interesse all'acquisizione del bene «è stato quello di entrare in possesso del bene e soprattutto di evitare che lo stesso rimanesse di proprietà privata, al fine di realizzare una struttura polifunzionale, con destinazione di museo archeologico, sala convegni, mostre permanenti e temporanee, uffici pubblici e di rappresentanza, biblioteca, aree per attività sociali ed ogni altra destinazione di interesse collettivo e di pubblica utilità». Analogamente, Cons. St., Sez. VI, 3 ottobre 2018, n. 5671, in *ivi*, con cui il Collegio ha ritenuto legittima la deliberazione con cui il Consiglio Comunale aveva deciso di esercitare il diritto di prelazione, facendo riferimento «al significato storico del bene (nella fattispecie, il Castellaccio di Rocca San Casciano, n.d.a.), che dà il nome al paese, e alla possibilità di restaurarlo come 'principale e importante punto di partenza e riferimento della visione progettuale di ricucitura e di messa a sistema dell'assetto urbano', nonché come elemento di un più ampio circuito di antichi castelli resi visitabili ai turisti, che si trovano nei comuni vicini e rappresentano un aspetto caratteristico di quella zona». D'altra parte, invece, la giurisprudenza sembra incline a ritenere illegittimo per difetto di motivazione il provvedimento di prelazione con cui il bene viene acquisito al patrimonio dello Stato per una finalità non compiutamente determinata ovvero con una destinazione generica. In altri termini, il generico riferimento all'intenzione di destinare l'immobile ad esigenze culturali non soddisfa il requisito previsto dall'art. 62, comma 2, d.lgs. n. 42/2004, perché non indica una specifica finalità di valorizzazione culturale. In proposito, si consideri Cons. St., Sez. V, 22 maggio 2012, n. 2944, in *ivi*, che ha ritenuto illegittimo l'atto di prelazione afferente ai ruderi del Castello di S. Gottardo per l'indeterminatezza delle indicazioni offerte dall'Amministrazione in ordine alle finalità di valorizzazione culturale del bene (nel caso di specie, l'Amministrazione comunale si era limitata a rappresentare l'opportunità di acquisire alla proprietà pubblica l'immobile «allo scopo di una successiva valorizzazione», senza indicare in concreto le effettive modalità di valorizzazione e gestione del bene). Analogamente, Cons. St., Sez. VI, 26 luglio 2010, n. 4868, in *ivi*, che ha disposto l'annullamento per difetto di motivazione della determinazione con cui un Comune ha esercitato il diritto di prelazione artistica su un bene, destinando genericamente l'immobile a «contenitore culturale».

In altri termini, pur essendo ovviamente inammissibile ogni ingerenza del giudice amministrativo nella discrezionalità dell'ente prelazionario⁷⁴, va ad ogni modo rimarcato, da una parte, che la ponderazione degli interessi coinvolti non può che essere effettuata dall'amministrazione tenendo conto del primario interesse culturale del bene su cui si fonda la determinazione di avvalersi della prelazione, dall'altra, e in concreto, che, sotto tale profilo, l'utilizzazione e la valorizzazione del bene prospettate dal prelazionario debbano senz'altro essere coerenti con il vincolo e con il conseguente esercizio della prelazione. Secondo l'orientamento giurisprudenziale più risalente⁷⁵, l'interesse all'acquisizione del bene doveva ritenersi connaturato nella dichiarazione d'interesse storico; sicché l'esercizio della prelazione costituiva l'evenienza normale, che non necessitava di particolare giustificazione, mentre da motivare sarebbe stata, al contrario, la decisione di non avvalersi del diritto, in quanto contrastante con l'interesse pubblico consacrato con l'assoggettamento a vincolo e giustificabile solo con l'eccessivo costo dell'operazione ovvero con il sostanziale abbandono del vincolo, ovvero, ancora, qualora il trasferimento di proprietà fosse avvenuto con modalità tali da assicurare l'interesse alla salvaguardia del bene. Con un vero e proprio cambiamento di rotta, la giurisprudenza più recente⁷⁶ ha invece affermato che, a seguito della novellazione dell'art. 62, comma 2, d.lgs. n. 42/2004, è necessaria una motivazione chiara e puntuale⁷⁷, circa la rilevanza dell'acquisto del bene a titolo di prelazione, ai fini della funzione pubblica che questo è chiamato a svolgere nell'ottica dell'interesse pubblico storico-ambientale. Il più recente orientamento giurisprudenziale esige invece che venga rispettato un rigoroso canone motivazionale, con l'indicazione puntuale da parte della p.a. delle ragioni,

⁷⁴ Pena lo sconfinamento del sindacato nel campo proprio del merito amministrativo. In proposito, la giurisprudenza della Cassazione evidenzia come, alla decisione di acquisire in prelazione beni di rilievo storico e artistico, la p.a. pervenga «all'esito di una valutazione altamente discrezionale». Sul punto, Cass. civ., Sez. Un., 3 maggio 2010, n. 10619, in *Foro amm. CdS*, 2010, 5, p. 982.

⁷⁵ Cons. St., Sez. IV, 3 aprile 2000, n. 1889, in *Riv. giur. edilizia*, I, p. 884, secondo cui il provvedimento di esercizio della prelazione non necessita di particolare motivazione sull'interesse pubblico, essendo lo stesso ravvisabile *in re ipsa* e cioè nell'esistenza di un vincolo.

⁷⁶ Cons. Stato, Sez. VI, 8 aprile 2016, n. 1399, in *Foro amm.*, 2016, II, 4, 821, in cui si ripercorre con estrema chiarezza l'avvenuto mutamento dell'orientamento giurisprudenziale prevalente. In questo *leading case* il Collegio ha evidenziato che l'acquisto in prelazione di un bene culturale non può avvenire "per mere finalità proprietarie" che "senza un progetto di valorizzazione rappresenterebbero un uso distorto di un potere ablatorio che è eccezionalmente concesso solo per la miglior cura e offerta al pubblico godimento del patrimonio culturale in quanto tale".

⁷⁷ Cons. Stato, Sez. VI, 15 giugno 2015, n. 2913, in *Riv. giur. edilizia*, 2015, IV, 813; Cons. Stato, Sez. VI, 21 febbraio 2001, n. 923, in *Riv. giur. edilizia*, 2001, III, 398.

specifiche ed ulteriori rispetto a quelle evidenziate nell'atto di vincolo, poste a fondamento della limitazione all'autonomia contrattuale dei privati⁷⁸. Anche la dottrina ha affermato la necessità di una «motivazione congrua, che dia conto degli interessi pubblici attuali all'acquisizione del bene (...) le ragioni per cui l'acquisizione consente una migliore tutela e una migliore valorizzazione e fruizione, in nome delle quali viene sacrificato il diritto del privato»⁷⁹.

5. Patrimonio culturale e prelazione artistica nell'ordinamento giuridico olandese.

Il diritto di prelazione artistica è riconosciuto in numerosi ordinamenti giuridici⁸⁰. Con disposizione analoga all'art. 9, prima parte, della Costituzione italiana, anche la Carta fondamentale dei Paesi Bassi all'art. 22, comma 3, stabilisce che lo Stato promuove lo sviluppo della cultura⁸¹. Al fine di garantire una specifica tutela per i beni culturali di proprietà di privati, è stato istituito un complesso sistema di elenchi⁸². Quanto ai beni mobili, in primo luogo, bisogna precisare che «*the list of*

⁷⁸ Cons. St., Sez. VI, 29 aprile 2005, 2004, in www.giustizia-amministrativa.it, secondo cui «la peculiare attitudine della determinazione in esame ad incidere in senso particolarmente restrittivo e sfavorevole sulla sfera giuridica del privato, in uno alla connotazione discrezionale della potestà di adottarla, convergono nel senso della doverosità di attendere ad una *pur minima* esplicitazione delle ragioni che nel singolo caso inducono l'Amministrazione ad optare per una forma di tutela così penetrante e al contempo invasiva» (corsivo mio nella citazione). Come si vede, in passato la giurisprudenza richiedeva una *sintetica* indicazione delle ragioni a fondamento dell'esercizio dello *jus praelationis*. Successivamente, questo orientamento è diventato più restrittivo e rigoroso, in quanto la giurisprudenza nell'esercitare il proprio sindacato non si è limitata a richiedere una minima esplicitazione della motivazione ma è andata ad apprezzare «un quadro ben preciso delle concrete modalità con cui s'intendeva perseguire la valorizzazione propriamente culturale del bene» (Cons. St., Sez. VI, 27 agosto 2014, n. 4337, in www.giustizia-amministrativa.it, fattispecie in cui l'ente prelazionario aveva indicato di ogni singolo corpo costituente il compendio oggetto di prelazione lo specifico uso cui sarebbe stato destinato).

⁷⁹ G. MARI, D. VAIANO, *Legislazione dei beni culturali*, op. cit., p. 189. Definisce «qualificata» la motivazione richiesta dall'art. 62, comma 2, d.lgs. n. 42/2004, G. MARI, *Concessione di valorizzazione*, op. cit.

⁸⁰ Riferimenti sulla legislazione in materia di circolazione dei beni culturali in altri sistemi giuridici sono riportati in S. SEGNALE, *Riflessioni e divagazioni sulla legislazione europea in materia di tutela e circolazione dei beni librari*, in *Aedon*, 3, 2007.

⁸¹ W. VOERMANS, G.F. FERRARI, R. PASSCHIER, *The Dutch Constitution beyond 200 years: tradition and innovation in a multilevel legal order*, The Hague, 2018; G. VAN DER SCHYFF, A. MEUWESE, *Dutch constitutional law in a globalizing world*, Alphen aan den Rijn, 2013; C. KORTMANN, P.P.T. BOVEND'EERT, *Constitutional law of the Netherlands: an introduction*, Alphen aan den Rijn, 2007.

⁸² La legge olandese sulla tutela del patrimonio culturale attualmente vigente è entrata in vigore nel 2016 (*Act of 9 December 2015, Relating to the Combining and Amendment of Rules Regarding Cultural Heritage*), ha in parte superato la precedente legge del 1984 (*Dutch Cultural Heritage Preservation Act*) e costituisce ratifica ed

‘protected objects’ in the Netherlands does not include publicly owned material»⁸³. Attualmente, sono state selezionate 240 opere e 23 collezioni, censite in uno specifico registro tenuto dal competente Ministero dell’istruzione, della cultura e della scienza – Agenzia per il patrimonio culturale⁸⁴. L’attività di controllo e vigilanza sul rispetto della normativa vigente in materia è invece svolta dall’Ispettorato del patrimonio culturale (*Erfgoedinspectie*).

Il procedimento amministrativo con cui un oggetto viene dichiarato bene protetto può avere inizio d’ufficio o su istanza di parte. Considerato che dal provvedimento di dichiarazione del bene come protetto deriva una limitazione dell’autonomia privata, in virtù del regime speciale di circolazione che viene applicato al bene, il provvedimento in questione deve essere notificato al proprietario (ai sensi dell’art.

attuazione della Convenzione Unesco del 1970 sui mezzi per impedire e vietare l’importazione, l’esportazione ed il trasferimento illecito dei beni culturali. Come in Italia, anche nei Paesi Bassi è sorta l’esigenza di adottare una sorta di Testo Unico. Infatti, nell’*Heritage Act* sono confluite alcune leggi (*Monuments and Historic Buildings Act 1988; Cultural Heritage Preservation Act; Act of 7 March 2002 amending the Cultural Heritage Preservation Act in connection with evaluation of said Act; Cultural Property Originating from Occupied Territory Return Act; National Museum Services Privatisation Act*) ed una serie di regolamenti in materia di beni culturali. L’obiettivo principale dell’*Heritage Act* è stato mettere fine alla frammentazione della legislazione olandese sui beni culturali ed istituire un regime di protezione generalizzata del patrimonio culturale, prevedendo definizioni, procedimenti e misure di tutela comuni per il patrimonio culturale immobiliare, mobiliare o immateriale. Sul punto, A.M. CARSTENS, E. VARNER (a cura di), *Intersections in international cultural heritage law*, Oxford, 2020, p. 45. Per una panoramica sulla legislazione in materia di beni culturali nei Paesi Bassi, K. LUBINA, *Netherlands*, in K. TOSHIYUKI (a cura di), *The impact of uniform laws on the protection of cultural heritage and the preservation of cultural heritage in 21st century*, Leiden, 2010, pp. 563-639. Sull’attuazione della Convenzione Unesco del 1970 nei Paesi Bassi, E. CAMPFENS, *Whose cultural objects? Introducing heritage title for cross-border cultural property claims*, in *Netherlands international law review*, 2020, 67, p. 257; L.P.C. BELDER, *The legal protection of cultural heritage in international law. And its implementation in Dutch Law*, Utrecht, 2013; H. SCHNEIDER, K. LUBINA, *De Neerlandse Implementatie van het UNESCO Verdrag, Best of Two Worlds, of Wishfull Thinking?*, in *Ars Aequi*, 2010, p. 80; M.S. VAN GAALEN, A.J. VERHEIJ, *De gevolgen van het Unidroit. Verdrag inzake gestolen of onrechtmatige uitgevoerde cultuurgoederen voor Nederland*, NJB, 1997, p. 200.

⁸³ G. LEWIS, *International issues concerning museum collections*, in M. BRIAT, J.A. FREEDBERG, *International Art, Trade and Law*, Heidelberg, 2013, p. 80.

⁸⁴ L’Agenzia (*Rijksdienst Cultureel Erfgoed*) dipende dal Ministero, tuttavia persegue funzioni e possiede attribuzioni diverse da quelle di quest’ultimo. Infatti, la prima si occupa in particolare di tutela, valorizzazione, sviluppo sostenibile e accessibilità del patrimonio culturale olandese, svolgendo compiti soprattutto di amministrazione attiva e di natura tecnico-operativa e gestionale. Essa è chiamata ad attuare in concreto gli indirizzi politici dettati dall’amministrazione centrale in materia di beni culturali. Il Ministero, invece, come evidenziato da A. MOTTOLA MOLFINO, *Le fondazioni in Europa. Il modello olandese e tedesco*, in Ufficio Studi MIBAC (a cura di), *Notiziario XIX*, 74-76, 2004, p. 114, ha principalmente il compito di indirizzare la politica culturale, fornendo le risorse finanziarie necessarie per compiere la propria missione. Sulla funzione di indirizzo politico in materia di beni culturali nei Paesi Bassi, anche R. HERMANS, T. DE NEEF, M. SEIGHALI, A. WEIJ (a cura di), *Neerlands Hoop. Erfgoed en Politiek*, Amsterdam, 2010.

3:41 *Awb*⁸⁵), il quale può proporre opposizione alla decisione in via giustiziale e, in caso di mancato accoglimento, ricorso dinanzi al giudice amministrativo. Sempre in considerazione degli effetti – potenzialmente negativi o comunque limitativi per la sfera giuridica soggettiva del proprietario del bene – che derivano dal provvedimento di designazione del bene come protetto, la decisione deve essere motivata ai sensi dell'art. 3:46 *Awb*, le cui disposizioni generali trovano applicazione anche nel procedimento di prelazione. La motivazione deve contenere anche un puntuale riferimento alla descrizione del bene dichiarato protetto, con particolare riguardo al suo contesto di riferimento.

I presupposti legislativamente previsti per l'inserimento nell'elenco dei beni protetti sono la dichiarazione di insostituibilità e di indispensabilità del bene per il patrimonio culturale olandese⁸⁶. Pertanto, non tutti i beni di valore storico-culturale

⁸⁵ La legge generale olandese sul procedimento amministrativo (*Algemene wet bestuursrecht*, anche nota come *General Administrative Law Act*, GALA) è entrata in vigore nel 1994. La letteratura sull'*Awb* è vastissima. Sia consentito rinviare a R. SEERDEN, D. WENDERS, *Administrative Law in The Netherlands*, in R. SEERDEN (a cura di), *Comparative administrative law. Administrative Law of the European Union, its Member States and the United States*, Cambridge-Antwerp-Portland, 2018, p. 109; A.J.C. DE MOOR-VAN VUGT, B.W.N. DE WAARD, *Administrative law*, in J.M.J. CHORUS, E. HONDIUS, W. VOERMANS, *Introduction to Dutch law*, Alphen aan den Rijn, 2016, pp. 377-381; T. BARKHUYSEN, W. DEN OUDEN, Y.E.SCHUURMANS, *The law on administrative procedures in the Netherlands*, in *Netherlands Administrative Law Library*, 2012.

⁸⁶ Come nei Paesi Bassi, anche in Italia la rarità dell'opera è un parametro che assume un valore fondamentale per stabilire la necessità di assoggettare a vincolo di tutela un'opera di proprietà di un privato, al fine di evitare di incorrere nell'effetto perverso di «vincolare tutto per non tutelare nulla», secondo una felice espressione utilizzata dalla giurisprudenza (tra le più recenti, TAR Lazio, Roma, Sez. II-quater, 27 gennaio 2021, n. 1080, in www.giustizia-amministrativa.it; TAR Lazio, Roma, Sez. II-quater, 18 gennaio 2021, n. 626, in *ivi*), che ha più volte sottolineato l'importanza di evidenziare nella motivazione della relazione di supporto al vincolo le valutazioni relative al criterio della rarità dell'opera, in particolare evidenziando se questa sia già sufficientemente rappresentata nelle collezioni pubbliche italiane e considerando «l'utilità marginale» (TAR Lazio, Roma, Sez. II-quater, 14 luglio 2014, n. 8811, in *ivi*) che quell'ennesimo oggetto apporta all'insieme di beni culturali che già sono tutelati come componenti del patrimonio culturale nazionale. In particolare, il profilo della rarità del bene non va valutato in termini strettamente numerici o di unicità dell'opera, ma attiene piuttosto alla significatività ed al valore di un'unità aggiuntiva dell'opera rispetto a quelle già possedute (TAR Lazio, Roma, Sez. II-quater, 9 ottobre 2018, n. 9826, in *ivi*). In altri termini, devono essere esplicitate con specifico riferimento al caso concreto quelle caratteristiche di pregio, rappresentatività e di rarità dell'oggetto esaminato che ne giustificano la sottoposizione a regime vincolistico, nel rispetto dei principi di proporzionalità e ragionevolezza dell'azione pubblica in un settore, come quello della disciplina della prelazione artistica, in cui è particolarmente sentita l'esigenza di modulare l'intervento pubblico limitativo delle facoltà del proprietario del bene, consentendone l'incisione solo nella misura in cui ciò risulti giustificato anche nel superiore interesse pubblico ad esercitare efficacemente i necessari controlli concentrandoli solo su beni effettivamente meritevoli di tutela. E ciò anche in considerazione del fatto che «l'apposizione del vincolo comporta penetranti conseguenze (diritto di prelazione, necessità di autorizzazione per modifiche ed interventi sullo stesso impingenti etc)» (Cons. St., Sez. IV, 29 febbraio 2016, n. 846, in *ivi*).

sono poi effettivamente inclusi nel citato elenco. Secondo il parametro dell'insostituibilità, un bene culturale è considerato insostituibile se nei Paesi Bassi non ne esistono di simili; d'altra parte, un bene è ritenuto indispensabile se persegue, alternativamente, una funzione simbolica, di collegamento ovvero di riferimento.

Ai sensi della richiamata normativa, un oggetto possiede una funzione simbolica se funge da ricordo di avvenimenti storici importanti o di persone di rilievo. Ne è un esempio il *Ritratto di Jan Six*, realizzato da Rembrandt nel 1654 ed appartenente alla *Six Collectie* di Amsterdam, collezione privata tuttora di proprietà dei discendenti del personaggio dipinto nel quadro⁸⁷. Per funzione di collegamento, invece, si intende l'attitudine di una singola opera o di una collezione a costituire un elemento essenziale nello sviluppo della ricerca scientifica e della cultura. Infine, si ritiene che un bene culturale svolga una funzione di riferimento, quando è stato utilizzato come punto di partenza per la creazione o lo sviluppo di altri oggetti di scienza o opere d'arte.

Un bene culturale è riconosciuto come tutelato e quindi sottoposto al particolare regime di circolazione "ristretto" secondo quanto previsto dalla legge olandese sulla protezione del patrimonio culturale del 2016, se soddisfa il criterio dell'insostituibilità e almeno uno dei tre citati parametri di indispensabilità. Pertanto, la normativa olandese in esame non prevede i criteri in virtù dei quali consentire o vietare l'esportazione di beni culturali ma stabilisce a monte quali beni debbano essere registrati nell'elenco nazionale. Il provvedimento con cui il Ministero della Cultura dichiara un bene protetto si basa su una valutazione tecnico-discrezionale⁸⁸.

⁸⁷ Il ritratto di Jan Six è considerato dai critici d'arte «*perhaps the finest and most expressive of all*» (C. HOFSTEDE DE GROOT, *A catalogue raisonné of the works of the most eminent Dutch painters of the Seventeenth Century*, Londra 1916, p. 3). In dettaglio, la motivazione riportata nella scheda del registro dei beni protetti, in virtù della quale, nella praticamente sterminata ritrattistica del secolo d'oro olandese, nel 1985 il ritratto di Jan Six è stato inserito nell'elenco, è la seguente: "*Het fraaiste voorbeeld van Rembrandts portretkunst. In de jaren 1650-55 bereikte Rembrandts portretkunst een hoogtepunt. Hij vervaardigde een aantal geëtste en geschilderde portretten, waarvan dit portret uitblinkt door zijn bijzondere ingetogenheid en verbluffende vrijheid van techniek. Het portret is sinds het ontstaan in de familie gebleven. In de periode, dat dit portret ontstond, bestond er een vriendschappelijke band tussen Rembrandt en Jan Six. Op grond van zijn artistieke conceptie en de uitvoering daarvan geldt Rembrandt (1606-1669) als de grootste Nederlandse schilder*".

⁸⁸ Sul punto, ABRvS, 10 settembre 2003, n. 200205638/1, in AJ/3289. Nel caso di specie, il ricorrente aveva impugnato dinanzi al Tribunale distrettuale di Rotterdam la decisione con cui il Ministero aveva rigettato l'istanza di inserire nell'elenco dei beni protetti previsto dall'art. 2 della legge sulla tutela del patrimonio culturale del 1984 la collezione di disegni e dipinti attribuiti dal ricorrente a van Gogh. Il giudice di prime cure aveva rigettato il ricorso, ritenendo legittimo l'operato dell'Amministrazione. Il ricorrente proponeva appello al Consiglio di Stato per travisamento dei fatti, difetto di istruttoria e di motivazione da parte del Ministero, che

Secondo una parte della dottrina⁸⁹, un siffatto sistema di tutela “a numero chiuso” dei beni culturali protetti da un lato ha il vantaggio di assicurare maggiore certezza del diritto e trasparenza; dall’altro, lo svantaggio consiste in una minore flessibilità del sistema e nella continua necessità di dover valutare i beni prima di ogni potenziale esportazione; secondo altra parte della dottrina, invece, nei Paesi Bassi, «*some cultural property laws and statutory restrictions may convey the impression of a very liberal attitude towards a free circulation of cultural items*»⁹⁰. Altre critiche avanzate da autorevole dottrina hanno riguardato la disciplina del procedimento di riconoscimento dei beni protetti, nella parte in cui non prevede una partecipazione più attiva da del privato⁹¹.

I beni immobili (o parti di essi), di interesse storico artistico o archeologico, sono sottoposti ad una particolare forma di tutela che si realizza con la dichiarazione di “edificio storico o monumento”, da cui deriva anche l’applicazione un regime fiscale di favore. L’elenco dei monumenti nazionali protetti è stato costituito nel 1940 ed è considerato rappresentativo dell’identità del patrimonio culturale olandese. L’*Heritage Act* prevede la possibilità di inserire nel *National Monuments Register* altri immobili mediante provvedimento adottato d’ufficio dal Ministero della Cultura con

non aveva adeguatamente valutato le opere. In dettaglio, secondo il ricorrente, gli esperti del van Gogh Museum – chiamati dal Ministero ad esprimere un parere sulla paternità delle opere – si erano erroneamente limitati ad una valutazione della collezione sulla base delle caratteristiche stilistiche della pittura del maestro, senza fornire una più adeguata motivazione. Inoltre, il ricorrente lamentava che gli esperti non avevano visionato l’intera collezione, mentre le opere effettivamente analizzate erano state visionate esclusivamente mediante fotografie. Infine, secondo il ricorrente il giudice di prime cure avrebbe dovuto disporre una consulenza tecnica d’ufficio. Il Consiglio di Stato ha giudicato l’appello infondato ed ha confermato la decisione del giudice di primo grado. Secondo il Collegio, il Ministero aveva ritenuto che l’autenticità della collezione del ricorrente non fosse incontrovertibile, sulla base di una valutazione tecnico-discrezionale basata sul giudizio del più accreditato esperto del van Gogh Museum, il quale non aveva attribuito le opere al celebre pittore. Secondo i giudici, infine, non vi era alcun motivo per valutare ulteriormente con una consulenza tecnica se le opere appartenessero o meno a van Gogh né il Ministero era obbligato ad indagare ulteriormente l’autenticità della collezione.

⁸⁹ K. LUBINA, *Contested cultural property*, Maastricht, 2009, p. 235.

⁹⁰ M. WANTUCH-THOLE, *Cultural property in cross-border litigation*, Berlino, 2015, pp. 98-99. Anche D. JUCKER, *La circolazione dei beni culturali tra Italia e Svizzera. Le azioni di restituzione*, in G. NEGRI-CLEMENTI, S. STABILE (a cura di), *Il diritto dell’arte. La protezione del patrimonio artistico*, Vol. 3, Milano, 2015, p. 202, qualifica la disciplina olandese delle opere d’arte come «molto liberale». T. KONO, S. WRBKA, *Tangible cultural heritage*, in T. KONO (a cura di), *The impact of uniform laws on the protection of cultural heritage and the preservation of cultural heritage in the 21st century*, Leiden, 2010, p. 160, parla di disciplina «owner-friendly».

⁹¹ T. BARKHUYSEN, M. CLAESSENS, *Naar een zorgvuldige omgang met particulier en openbaar kunstbezit via de nieuwe Erfgoedwet?*, in *Nederlands Juristenblad*, 2015, 39, p. 2738, secondo cui «*was het ook meer passend geweest om dat particuliere initiatief een rol te laten spelen in het kader van de vraag welke kunst als beschermd cultuurgoed zou moeten worden aangewezen op basis van de nieuwe Erfgoedwet. Dat is nu met de ‘ambtshalve’ aanwijzingsbevoegdheid van de minister vrijwel uitgesloten*».

cui il bene viene dichiarato monumento nazionale per il suo valore storico o artistico⁹².

Con particolare riferimento all'istituto della prelazione culturale, una diversa disciplina si applica a seconda della distinzione tra beni immobili e beni mobili. Infatti, «*there is no pre-emption right with regard to immovable cultural heritage under Dutch law*»⁹³. Quanto ai beni mobili, la previgente legge sulla tutela del patrimonio culturale del 1984 (*Wet tot behoud van cultuurbezit*, entrata in vigore nel 1985 e modificata nel 2002) già prevedeva agli artt. 7-10 il diritto di prelazione artistica a favore dello Stato e ne disciplinava il procedimento in modo analogo a quella vigente⁹⁴. In dettaglio, l'attuale disciplina stabilisce che, qualora il proprietario

⁹² Sulla dichiarazione di un immobile come monumento protetto, ABRvS, 30 settembre 2015, n. 201409188/1/A2, in AB 2015/380, con nota di A.G.A. NIJMEIJER; in JB 2015/184, con nota di J.A.F. PETERS; in Gst. 2016/9, con nota di L.J.M. TIMMERMANS. Nel caso di specie, una fondazione museale aveva impugnato dinanzi al Tribunale distrettuale di Limburgo la decisione con cui il Ministero aveva rigettato l'istanza di dichiarare un immobile (una *kapel* di cui era proprietaria in Maastricht) come monumento protetto ai sensi dell'art. 3, comma 1, della Legge sui monumenti del 1988. Il giudice di prime cure aveva accolto il ricorso, annullando l'impugnato provvedimento di diniego ed ordinando al Ministero di rivalutare la decisione. Il Ministero proponeva appello al Consiglio di Stato. Secondo l'appellante, la sentenza del giudice di primo grado era erronea in quanto non considerava che: (i) l'elenco dei monumenti nazionali protetti, costituito nel 1940, era già sufficientemente rappresentativo dell'identità del patrimonio culturale olandese; (ii) la legge sui monumenti consentiva la possibilità di includere nell'elenco ulteriori immobili ma soltanto se considerati "unici"; (iii) in occasione della compilazione dell'elenco dei monumenti protetti, la *kapel* oggetto di causa era già stata valutata non meritevole di inserimento nel registro, né vi era motivo di una nuova valutazione. Il Consiglio di Stato ha ritenuto fondato l'appello proposto dal Ministero e per l'effetto ha annullato la sentenza di primo grado. Secondo il Collegio, infatti, non era possibile includere l'immobile oggetto di causa nell'elenco dei monumenti protetti. Infatti, come rilevato dai giudici, la legge sui monumenti del 1984, a seguito delle modifiche apportate nel 2008, ha sancito a decorrere dal 1 gennaio 2009 l'impossibilità per i privati di presentare istanza di registrazione di immobili realizzati prima del 1940 nell'elenco dei monumenti protetti. La dichiarazione di un immobile costruito *ante* 1940 come monumento protetto era comunque possibile, ma soltanto su iniziativa d'ufficio da parte del Ministero e non anche su istanza di parte. Il procedimento, invece, poteva essere avviato su istanza di parte in relazione ad immobili realizzati dopo il 1940. Le citate modifiche legislative hanno avuto un chiaro intento di semplificazione del procedimento di riconoscimento dei monumenti nazionali protetti e di deflazione delle istanze avanzate dai privati in relazione ad una particolare categoria di beni immobili individuata *ratione temporis* dal legislatore, con conseguente riduzione dei tempi di gestione delle pratiche amministrative. Di recente, la descritta disciplina è stata ulteriormente modificata con l'*Heritage Act* del 2016, per cui oggi l'avvio procedimentale ad istanza di parte è comunque escluso anche per gli immobili successivi al 1940.

⁹³ K. LUBINA, *Protection and preservation of cultural heritage in the Netherlands in the 21st century*, in *Electronic Journal of Comparative Law*, Vol. 13.2, 1, 2009, p. 16.

⁹⁴ L'intento normativo, dichiarato esplicitamente nel preambolo introduttivo della citata legge, era quello di "impedire che beni appartenenti al patrimonio culturale mobiliare ed aventi un particolare significato storico-culturale o scientifico siano sottratti al patrimonio culturale olandese. Questo obiettivo viene realizzato predisponendo per tali beni una speciale tutela, che mira ad impedirne l'esportazione dai Paesi Bassi". L'istituto

intenda vendere un bene mobile registrato nell'apposito elenco nazionale, deve trasmettere una specifica dichiarazione al Ministro dell'istruzione, contenente i dati della (eventuale) alienazione. Il Ministro può concedere l'autorizzazione alla vendita all'estero o all'esportazione per finalità espositive oppure può opporsi alla vendita a soggetti non residenti o alla delocalizzazione del bene al di fuori dei Paesi Bassi. Ai sensi dell'art. 4.9 dell'*Heritage Act*, il provvedimento di opposizione dello Stato deve essere adottato entro quattro settimane dalla dichiarazione di vendita del privato⁹⁵ e successivamente pubblicato in Gazzetta Ufficiale. L'opposizione dello Stato alla vendita comporta la registrazione del bene nell'elenco nazionale dei beni protetti⁹⁶ ed equivale ad un'offerta di acquisto. Lo Stato ha il diritto di negoziare l'acquisto del bene (art. 4.13). Se le trattative non portano ad un accordo sul prezzo di vendita, questo sarà determinato, su richiesta delle parti, dalla Corte distrettuale dell'Aja. Una volta fissato irrevocabilmente il prezzo in via giudiziale, come previsto dall'art. 4.14, il proprietario del bene può dichiarare di rinunciare alla vendita (e quindi conservare la proprietà del bene) oppure lo Stato può rinunciare all'opposizione⁹⁷ (in tal caso il proprietario può procedere alla vendita).

La *ratio* della disciplina del diritto di prelazione artistica da parte dello Stato sembra dunque finalizzata soprattutto a voler trattenere nei Paesi Bassi le opere d'arte di pregio⁹⁸. Si giustifica in tal modo l'esclusione del diritto di prelazione a

della prelazione artistica costituisce dunque lo strumento principale per l'attuazione del dichiarato obiettivo legislativo.

⁹⁵ I termini del procedimento di opposizione possono essere prorogati di ulteriori otto settimane per comprovate esigenze istruttorie.

⁹⁶ Sul punto, M. WANTUCH-THOLE, *Cultural property*, op. cit., p. 72, evidenzia che «*the Dutch system is rather inflexible and not apt to quickly react to potential exports of not yet registered but nevertheless relevant objects for Dutch cultural heritage*».

⁹⁷ Corte distrettuale dell'Aja, sentenza 14 gennaio 1998, in PRG. 1998, p. 395. Nel caso di specie, i giudici hanno determinato il prezzo di vendita dell'opera di Cézanne *Paysage près d'Aix avec la tour César* in misura doppia rispetto all'importo inizialmente proposto dallo Stato, che rinunciò, quindi, all'acquisto. Il dipinto costituisce il primo esempio di bene culturale dichiarato protetto secondo la legge olandese sulla tutela dei beni culturali per cui lo Stato abbia rinunciato al diritto di acquisto. In dettaglio, nel 1995 il proprietario comunicava allo Stato la propria intenzione di vendere il quadro all'estero. Lo Stato si oppose alla vendita, dichiarò il bene protetto, all'uopo registrandolo nell'apposito elenco nazionale, e propose un'offerta di acquisto per un importo pari a 6,5 milioni di fiorini. Il proprietario rifiutò la proposta, ritenendo che l'offerta presentata fosse ben lontana dal reale prezzo di mercato dell'opera. La Corte adita, anche a seguito di una consulenza tecnica, fissò il valore del quadro in 15 milioni di fiorini. Considerato l'importo, lo Stato rinunciò all'acquisto dell'opera. Sul punto, P.S. SJOUBE, *Wet tot behoud van cultuurbezit*, Deventer, 2007, p. 51.

⁹⁸ Segnalano la necessità di trattenere entro i confini dei Paesi Bassi le opere d'arte protette T. BARKHUYSEN, M. CLAESSENS, *Naar een zorgvuldige omgang met particulier en openbaar kunstbezit via de nieuwe Erfgoedwet?*, op. cit., p. 2730, secondo cui «*voor moet worden gewaakt dat niet lichtzinnig tot verkoop van kunst aan het*

favore dello Stato sui beni immobili, atteso che in questo caso non sussiste un “pericolo” di esportazione del bene all’estero. In altri termini, lo Stato non sembra essere interessato a divenire *comunque* proprietario delle opere d’arte, quanto piuttosto a creare le condizioni per trattenere sul proprio territorio gli oggetti d’arte, siano essi di proprietà pubblica o privata. Pertanto, la finalità principale della normativa olandese in materia di beni culturali consiste innanzitutto nell’esigenza di preservare l’integrità e l’identità del patrimonio culturale nazionale. Perseguire una tale finalità in via principale non significa tuttavia assegnare un ruolo di secondo piano alla finalità di fruizione del patrimonio culturale da parte del pubblico. In altre parole, che lo Stato si preoccupi in primo luogo della possibilità che le opere d’arte (non) varchino i propri confini per l’estero (si pensi che l’*Heritage Act* prevede la necessità di ottenere un’autorizzazione ministeriale anche per la mera esportazione di opere d’arte a titolo temporaneo, per esempio per la partecipazione a mostre ed esposizioni) non significa considerare di secondaria importanza il ruolo della finalità di fruizione, la quale è assicurata ovviamente nel caso in cui il bene sia di proprietà pubblica ma anche di proprietà privata. Infatti, al fine di consentire la fruizione da parte della collettività di opere d’arte e collezioni private, è frequentissimo nei Paesi Bassi il ricorso a forme di partenariato pubblico-privato⁹⁹. A parte la circostanza secondo cui svariati sono i musei e le fondazioni private¹⁰⁰ che consentono la

buitenland of aan particulieren wordt overgegaan. Een dergelijke ‘onttrekking’ heeft namelijk tot gevolg dat die kunst niet langer (in Nederland) door het brede publiek kan worden bezichtigd».

⁹⁹ L’Agenzia per il patrimonio culturale olandese ha commissionato vari studi sul partenariato pubblico-privato. Sul punto, A. CHOENNI, *Public and private roles in historical inner city revitalization*, 2015, p. 17; H. TAREKAT, P. TIMMER, R. PATEL, P. WIJAYANTO, *Public interest, private initiative*, 2014, pp. 37 ss. Gli studi citati sono disponibili sul sito istituzionale della RCE, Sezione Studi e Pubblicazioni, <<https://english.cultureelerfgoed.nl/publications>>.

¹⁰⁰ Peraltro, tra il 1988 e il 1994 la maggior parte dei musei statali olandesi è stata trasformata in fondazioni di diritto privato. Sul punto, F. CAVAZZONI, *La “privatizzazione” dei musei olandesi*, in AA.VV., *Il caso olandese. Lezioni per l’Italia*, Torino, 2016; M. ANGIONI, *La privatizzazione tutta speciale degli olandesi: i nuovi diritti e le nuove responsabilità dei musei*, in *Il Giornale dell’Arte*, gennaio 1998; D. JALLA, *Il museo contemporaneo*, Torino, 2000, pp. 132-133, il quale evidenzia che, a seguito della privatizzazione, i musei olandesi sono considerati «esterni all’amministrazione statale nel senso che essi non costituiscono dipendenze ovvero organi della stessa, tra loro indipendenti»; L. ZAN, *La trasformazione delle organizzazioni culturali in fondazione: la prospettiva manageriale*, in *Aedon*, 2, 2003, segnala che nel sistema olandese la riforma dei musei statali è andata «nella direzione di enucleare entità dotate di propria autonomia e *accountability*»; M.A. TOSCANO, L. BROGI, M. RAGANATI, *Le opere e l’opera. Percorsi analitici dal museo al teatro lirico*, Milano, 2000, p. 146, sottolineano che i musei statali olandesi, dotati di personalità giuridica, sono finanziati «in base ad un budget prestabilito in sede di programmazione pluriennale, da amministrarsi con la più ampia libertà discrezionale»; A. MOTTOLAMOLFINO, *Le fondazioni in Europa. Il modello olandese e tedesco*, in Ufficio Studi MIBAC (a cura di), *Notiziario XIX*, 74-76, 2004, p. 114, la quale evidenzia che nei Paesi Bassi «a seguito della

fruizione da parte del pubblico, lo Stato olandese attraverso sempre più numerose forme di collaborazione nella gestione dei beni culturali¹⁰¹ – che si estrinsecano soprattutto nella stipula di convenzioni con i privati proprietari di opere d’arte – assicura la possibilità di apertura al pubblico ovvero l’inclusione in esposizioni presso musei e luoghi statali della cultura anche dell’immenso patrimonio culturale (ed in special modo dei “pezzi” dichiarati protetti ed inclusi nel registro dei beni tutelati) di proprietà privata¹⁰². Altro esempio di collaborazione pubblico-privato nella gestione di beni culturali è la *Stadsherstel Amsterdam*, organizzazione olandese istituita nel 1956 con la finalità di acquistare, ristrutturare e gestire edifici storici residenziali e commerciali in Amsterdam¹⁰³. Costituita per arginare le numerose

“deburocratizzazione”, i musei olandesi sono organismi privati e i loro consigli di amministrazione e direttori hanno il pieno potere di amministrarli e gestirli». Pertanto, il modello olandese prevede «una gestione libera, autonoma, ma garantita dai finanziamenti pubblici». Le collezioni restano di proprietà dello Stato, così come le nuove acquisizioni e gli edifici storici che le ospitano, generalmente affidati in concessione alle fondazioni museali per trent’anni. I musei corrispondono allo Stato un canone per gli edifici che occupano. A titolo esemplificativo, si pensi al museo *Mauritshuis*, statale fino al 1995, anno in cui è avvenuta la privatizzazione. Da quel momento la fondazione museale si occupa sia della vasta collezione di opere d’arte – composta da dipinti dei più famosi pittori del secolo d’oro olandese – sia dell’edificio storico che la ospita. La collezione e il palazzo restano di proprietà statale, e tuttavia la prima è stata affidata alla fondazione con la formula del prestito a lunga scadenza, mentre il secondo è stato concesso in locazione. Sul ruolo delle istituzioni museali in prospettiva comparata, L. FERRARA, *Le fondazioni museali in prospettiva comparata*, in L. FERRARA, A. LUCARELLI, D. SAVY, *Nuovi modelli di gestione tra Costituzione, funzione sociale e mercato*, Napoli, 2017, p. 215.

¹⁰¹ Sulle modalità di gestione del patrimonio culturale olandese, S. LOVEGROVE, *To do or not to do? Risk management in the context of collection management*, 2018, Studio commissionato dall’Agenzia olandese per il patrimonio culturale, disponibile sul sito istituzionale della RCE, Sezione Studi e Pubblicazioni, <<https://english.cultureelerfgoed.nl/publications>>; G.L. DUSSELDORP, J. NIJLAND, *Bundeling en aanpassing van regels op het terrein van (onroerend) cultureel erfgoed in de Erfgoedwet en de Omgevingswet*, in *Tijdschrift van Bouwrecht*, 6, 2015, p. 550; J. JANSSEN, *Modernising Dutch heritage conservation: current progress and ongoing challenges for heritage-based planning and management*, in *Tijdschrift voor economische en sociale geografie*, 2014, 5, p. 622; M.H. VAN DEN DRIES, *Netherlands: Cultural heritage management*, in C. SMITH (a cura di), *Encyclopedia of global archeology*, New York, 2006; G. VAN HAAFF, *Veertig jaar wettelijke bescherming van archeologische monumenten*, in P.A.M. ZOETBROOD, C.A.M. VAN ROOIJEN, R.C.G.M. LAUWERIER, G. VAN HAAFF, E. VAN AS (a cura di), *Uit balans: Wordingsgeschiedenis en analyse van het bestand van wettelijk beschermde archeologische monumenten*, Amersfoort, 2006, pp. 17-25; W.J.H. WILLEMS, H. KARS, D.P. HALLEWAS (a cura di), *Archeological heritage management in the Netherlands*, Assen, 1997.

¹⁰² A titolo esemplificativo, si consideri il già menzionato *Ritratto di Jan Six* – appartenente, come anticipato, ad una collezione privata – che, in virtù di apposita convenzione, viene esposto periodicamente al Rijksmuseum di Amsterdam.

¹⁰³ Sulla *Stadshertel Amsterdam*, W. LOGAN, M.N. CRAITH, U. KOCKEL, *A companion to heritage studies*, Chichester, 2015, p. 219; P. TIMMER, *Public-private partnership (PPP) in managing historical urban precincts. Best practices and learned in the Netherlands*, relazione al Convegno *Public-private partnership (PPP) in managing historical urban precincts*, Jakarta, 2014; F. BANDARIN, R. VAN OERS, *The historic urban landscape: managing heritage in an urban century*, Chichester, 2012, p. 174; B. VAN BOXMEER, E. VAN BECKHOVEN,

demolizioni avvenute nel dopoguerra e per rispondere alla necessità di edilizia residenziale pubblica, la *Stadsherstel Amsterdam* è un ente pubblico per l'edilizia abitativa con la forma della società per azioni a partecipazione pubblica. Principale azionista è il Comune di Amsterdam, che detiene una quota del 13%. Supervisionata da un organo di vigilanza che rappresenta gli azionisti della società, varie banche e compagnie assicurative olandesi, la *Stadsherstel Amsterdam* opera come società di gestione dell'edilizia residenziale pubblica e «*has achieved the synthesis of a private profit-making limited company and an institution serving the common good through public-private partnership in restoring and rehabilitating buildings in the city of Amsterdam*»¹⁰⁴. Al fine di prevenire potenziali conflitti di interesse, è stabilito che gli azionisti non possano ricevere più del 5% dei dividendi annuali, mentre i restanti profitti vengono destinati a progetti di ristrutturazione e restauro. La *Stadsherstel Amsterdam* mira ad acquistare soprattutto edifici storici in grave stato di degrado, la cui ristrutturazione può portare ad una migliore tutela, valorizzazione e rigenerazione dell'area urbana circostante. La società gestisce attualmente circa 550 edifici storici, 400 dei quali siti all'interno della cintura dei canali di Amsterdam dichiarati patrimonio dell'umanità dall'Unesco. Inizialmente la società acquistava soltanto edifici residenziali, che ha ristrutturato e riattato ad alloggi pubblici, mentre a partire dagli anni Novanta ha acquistato anche altre tipologie di edifici storici, tra cui magazzini e chiese, investendo ogni anno in ristrutturazioni edilizie circa dieci milioni di euro, di cui il 30% proviene da sovvenzioni, tramite finanziamenti statali o comunali.

Public-private partnership in urban regeneration: a comparison of Dutch and Spanish PPPs, in *European journal of housing policy*, 5, 2005; L. DEBEN, W.G.M. SALET, M.T. VAN THOOR, *Cultural heritage and the future of the historic inner city of Amsterdam*, Amsterdam, 2004, pp. 204-207; E.H. KLIJN, G.R. TEISMAN, *Institutional and strategic barriers to public-private partnership: an analysis of Dutch cases*, in *Public money & management*, 3, 2003, p. 137; E.H. KLIJN, G.R. TEISMAN, *A comparative institutional evaluation of public-private partnership in Dutch urban land-use and revitalization projects*, in *Urban studies*, 10, 2002, p. 1865; A.M. TUNG, *Preserving the world's great cities. The destruction and renewal of the historic metropolis*, New York, 2001, pp. 242-243; R. ROEGHOLT, *Levend Amsterdam. Hoe een stad met haar monumenten omgaat*, Amsterdam, 1987, p. 36.

¹⁰⁴ R. PICKARD, *Funding the architectural heritage*, Strasburgo, 2009, p. 40.

6. Mercato e circolazione giuridica dei beni culturali nel diritto europeo.

L'istituto della prelazione artistica rappresenta uno degli elementi cardine della circolazione internazionale dei beni culturali nell'ambito del mercato a livello globale¹⁰⁵, ed è un tema molto ricorrente nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo¹⁰⁶. L'istituto in esame, così come regolato negli ordinamenti interni, pone infatti non poche questioni di compatibilità rispetto alla tutela della proprietà privata garantita nella CEDU ed alla protezione delle legittime aspettative dei cittadini nei confronti di disposizioni legislative ablativo dei loro diritti patrimoniali.

Anche i giudici degli Stati Membri sono stati chiamati in più occasioni a valutare, prima di rimettere la questione alla Corte di Giustizia Europea attraverso il meccanismo del rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 TFUE, la compatibilità della disciplina dell'istituto della prelazione artistica con il principio europeo della libera circolazione delle merci nel mercato interno riconosciuto nei Trattati istitutivi UE. In proposito, deve in via generale rilevarsi che, ai sensi dell'art. 36 TFUE, i beni culturali costituiscono una eccezione alla disciplina della libera circolazione delle merci. In particolare, l'art. 36 TFUE, dettato in materia di libera circolazione delle merci, espressamente fa salve le restrizioni alle importazioni, alle esportazioni e al transito,

¹⁰⁵ A. LUPO, *La nozione positiva di patrimonio culturale alla prova del diritto globale*, in *Aedon*, 2, 2019; G. AVANZINI, *La circolazione intracomunitaria dei beni culturali privati tra tutela del patrimonio nazionale e identità culturale europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 3, 2018, p. 689; L. CASINI, *La globalizzazione giuridica dei beni culturali*, in *Aedon*, 3, 2012; L. CASINI, "Italian Hours": *The globalization of cultural property law*, in *International Journal of Constitutional Law*, 9, 2011, p. 369; N. PAOLANTONIO, *Beni culturali, beni paesaggistici e tutela dell'ambiente*, in F.G. COCA (a cura di), Torino, 2011, p. 663; L. CASINI (a cura di), *La globalizzazione dei beni culturali*, Bologna, 2010.

¹⁰⁶ A. MOSCARINI, *Proprietà privata e tradizioni costituzionali comuni*, Milano, 2006, p. 242 ss.; M.L. PADELLETTI, *La tutela della proprietà nella Convenzione europea dei diritti dell'Uomo e nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in M. COMPORTI (a cura di), *La proprietà nella Carta europea dei diritti fondamentali*, Milano, 2005, p. 123; F. BUONOMO, *La tutela della proprietà dinanzi alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, Milano, 2005, p. 174 ss.; F. LUCARELLI, *Il diritto di proprietà. Valori costituzionali e valori condivisibili alla luce dei trattati europei*, in M. COMPORTI (a cura di), *La proprietà nella Carta europea dei diritti fondamentali*, Milano, 2005, p. 36 ss.; S. FERRERI, *Il diritto di proprietà sui beni culturali al vaglio della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Europa e dir. priv.*, 2001, p. 153; F.S. MARINI, *La prelazione storico-artistica tra illegittimità costituzionale e violazione della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Giur. cost.*, 2000, p. 1173 ss.; M. DE SALVIA, *Alcune riflessioni in tema di interpretazione del diritto al rispetto dei beni nella giurisprudenza della Commissione e della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Riv. int. Dir. Uomo*, 1989, p. 233 ss.

giustificati da motivi di protezione del patrimonio artistico, storico o archeologico nazionale, ponendo solo il limite della discriminazione arbitraria o di una restrizione dissimulata al commercio tra gli Stati membri. Né l'art. 36 in argomento può essere interpretato in senso restrittivo, in quanto norma eccezionale, rispetto alla disciplina generale della libera circolazione delle merci. Ciò in relazione alla circostanza che la materia dei beni culturali è considerata dal medesimo Trattato di esclusiva competenza degli Stati membri. Infatti, secondo quanto disposto all'art. 167 del Trattato, la materia "cultura" è integralmente regolata dal diritto interno degli Stati membri, i quali mantengono dunque il diritto di definire il proprio patrimonio nazionale e di prendere le misure necessarie per garantirne la protezione¹⁰⁷.

6.1. Il "Giardiniere" di Van Gogh e lo Stato italiano alla ricerca del tempo perduto.

Nel 1954 *Le jardinier* di Van Gogh, di proprietà dell'avvocato Giovanni Verusio, venne dichiarato di interesse storico-artistico e, perciò, vincolato. Successivamente, nel 1977, il gallerista svizzero Ernst Beyeler acquistò il quadro per 600 milioni di lire con l'intervento di un intermediario, senza rivelare al venditore che il dipinto era stato comprato per suo conto. Pertanto, la dichiarazione della vendita che quest'ultimo fece pervenire al Ministero per i Beni Culturali in virtù di quanto disposto dalla legge 1 giugno 1939, n. 1089, non menzionava il Beyeler. Questi nel

¹⁰⁷ L'art. 167 del Trattato in materia di cultura esclude qualsiasi armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri da parte del Parlamento e del Consiglio, attribuendo al Consiglio solo un potere di raccomandazione ed al Parlamento e al Consiglio il potere di adottare "azioni di incentivazione". Nella materia della cultura, comprensiva, in base alla espressa previsione dell'art. 167 della "conservazione e salvaguardia del patrimonio culturale di importanza europea", l'azione dell'Unione, quindi, è caratterizzata solo da una funzione di promozione della cooperazione tra gli Stati membri, integrando, se necessario, l'azione di questi ultimi. A conferma di tale interpretazione, si devono richiamare gli atti normativi comunitari in materia di beni culturali, che in alcun modo definiscono la nozione ed il regime dei beni culturali, lasciata alla normativa nazionale. Il regolamento del Consiglio n. 116 del 2009 disciplina solo l'esportazione di beni culturali al di fuori del territorio dell'Unione, indicando specificamente nell'allegato alcuni beni considerati "culturali" ai fini dell'applicazione del Regolamento, fatta salva per gli altri beni la normativa nazionale dello Stato membro di esportazione (art. 2, paragrafo 4). Analogamente, la direttiva 2014/60/UE, che ha ridisciplinato la materia della restituzione dei beni culturali usciti illecitamente dal territorio di uno Stato membro, abrogando dal 19 dicembre 2015 la direttiva n. 93/7/CEE, definisce bene culturale ai fini della direttiva un bene che "è classificato o definito da uno Stato membro, prima o dopo essere illecitamente uscito dal territorio di tale Stato membro, tra i beni del patrimonio artistico, storico o archeologico nazionale secondo la legislazione nazionale o delle procedure amministrative nazionali, ai sensi dell'art. 36 TFUE".

1988 vendette l'opera ad una società americana che intendeva destinarlo ad una collezione veneziana per la somma di 8,5 milioni di dollari. Lo Stato italiano, appreso che il Beyeler era stato il vero acquirente del quadro nella precedente compravendita, esercitò il diritto di prelazione e acquistò l'opera al prezzo della vendita conclusa nel 1977, eccependo che il Beyeler aveva ommesso d'informare il Ministero del fatto che il quadro era stato acquistato per suo conto. La complessa vicenda giudiziaria che ne è derivata è durata un quarto di secolo ed ha visto la giurisprudenza, sia italiana sia europea, svolgere un ruolo da protagonista nel definire i contorni della controversa disciplina dell'istituto della prelazione artistica¹⁰⁸ e della sua compatibilità con i principi del diritto europeo in materia di circolazione dei beni culturali.

La disciplina della prelazione artistica *illo tempore* vigente¹⁰⁹ nell'ordinamento italiano era contenuta nell'art. 61 della legge n. 1089/1939, che, in combinato disposto con gli artt. 31 e 32 della stessa legge, prevedeva, nel caso di alienazione di cose di interesse storico o artistico, la facoltà del Ministro per l'educazione nazionale di acquistare la cosa, al medesimo prezzo stabilito nell'atto di alienazione, nel termine di due mesi dalla denuncia di trasferimento. Tale facoltà poteva esercitarsi senza limiti di tempo¹¹⁰ non soltanto nel caso di denuncia irregolare (in quanto non conforme ai requisiti prescritti dall'art. 57 R.D. n. 363 del 1913), ma anche quando la denuncia fosse stata del tutto omessa¹¹¹.

¹⁰⁸ L. CASINI, «*Giocchi senza frontiere?*»: *giurisprudenza amministrativa e patrimonio culturale*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 3, 2019, p. 914, evidenza che in materia di circolazione dei beni culturali la giurisprudenza amministrativa ha svolto un ruolo importante di «freno» al possibile eccesso del potere amministrativo. In dettaglio, l'A. evidenzia che «il giudice ha posto un limite a eventuali abusi e, allo stesso tempo, ha anche favorito la “retenzione” di determinati beni all'interno dei confini nazionali. In particolare, non è mancata una difesa delle scelte operate dall'amministrazione per negare l'uscita di determinate opere dal territorio nazionale. In aggiunta, il giudice amministrativo ha anche protetto – in misura maggiore rispetto al giudice ordinario – alcuni istituti strategici per controllare la circolazione, quale per esempio la prelazione: nel noto caso Beyeler sul dipinto “Il giardiniere” di Vincent Van Gogh, per esempio, poi conclusosi con una pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo, fu la Corte di Cassazione e non il giudice amministrativo a sollevare questione di legittimità costituzionale delle norme in materia di prelazione (questione poi dichiarata comunque non fondata dalla Corte costituzionale italiana)».

¹⁰⁹ Tra i primi contributi sul tema, C. CANTUCCI, *La prelazione dello Stato nelle alienazioni onerose delle cose di interesse artistico e storico*, in *Riv. trim. pubbl.*, 1952; P.O. GERACI, *La tutela delle cose d'antichità e di arte*, in *Foro it.*, 1949, IV, p. 177; P. GASPARRI, *Sul regime giuridico delle cose di interesse artistico*, in *Giur. cass. civ.*, 1948, 3, p. 891.

¹¹⁰ A differenza di quanto stabilito dalla vigente disciplina, che, come anticipato, prevede all'art. 60 d.lgs. n. 42/2004 un termine “breve” o “ordinario” di sessanta giorni per l'esercizio del diritto di prelazione e, in caso di denuncia tardiva, omessa o incompleta, un termine “lungo” di centottanta giorni.

¹¹¹ Sul punto, Cons. Stato, Sez. VI, 30 gennaio 1991, n. 58, in *Foro it.*, 114, 3, 1991, pp. 345-354, aveva disposto che non è illegittima per tardività la prelazione esercitata dall'amministrazione nei confronti d'un bene

Con ordinanza 11 novembre 1993, le Sezioni Unite della Cassazione hanno formulato questione di legittimità costituzionale dei citati artt. 31, 32 e 61 della l. n. 1089/1939, sia per «l'illimitata compressione del diritto reale dell'alienante (...) essendo data facoltà all'amministrazione di porre in essere l'atto ablativo in ogni momento, con correlativa incertezza, del pari illimitata nel tempo, circa l'effettivo assetto dei rapporti giuridici concernenti il bene», sia «per la mancata garanzia per l'espropriato di un adeguato indennizzo». Con la sentenza 20 giugno 1995, n. 269, il giudice delle leggi ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale¹¹². Secondo i giudici, in caso di omessa o irregolare denuncia, il danno che i contraenti vengono a subire, in conseguenza dell'esercizio ritardato della prelazione storico-artistica da parte dell'Amministrazione, effettuata in applicazione dell'impugnato combinato disposto degli artt. 61, 31 e 32 della legge n. 1089/1939, nel caso di precedente alienazione di cose di interesse storico o artistico non regolarmente denunciata (ai sensi del r.d. 30 gennaio 1913, n. 363, richiamato dall'art. 73 l. n. 1089/1939) allo stesso prezzo stabilito nell'atto di alienazione, è conseguenza diretta dell'inadempimento realizzato dagli stessi contraenti a seguito della mancata presentazione di una denuncia regolare o dell'omessa denuncia e della situazione di illiceità che ne consegue (che, peraltro, può essere rimossa in ogni momento da parte del privato mediante la presentazione tardiva di una regolare denuncia), di fronte alla quale l'esercizio della prelazione, dovendo avvenire entro due mesi (cfr. art. 32 l. n. 1089/1939) non può essere procrastinato. D'altra parte, secondo i giudici, i rischi che l'omessa o l'irregolare denuncia dell'alienazione sono suscettibili di determinare ai fini della conservazione del bene al patrimonio culturale nazionale ben possono giustificare il particolare rigore della disciplina adottata: rigore che conduce a colpire l'inadempienza del privato non solo sul piano delle norme penali (art. 63 l. n. 1089/1939) ma anche su quello delle norme di natura civilistica, il cui carattere sanzionatorio non può ritenersi in contrasto con il consentito esercizio discrezionale della misura, giacché questa opera su un piano diverso da quello proprio delle sanzioni penali e amministrative. Escluso perciò che la legittimità costituzionale della norma *de qua* possa porsi in dubbio in riferimento al precetto dell'art. 42 Cost., relativo all'indennità di esproprio, secondo la Corte, anche ad ammettere che,

assoggettato a vincolo artistico, dopo più di dieci anni dalla sua alienazione originaria, seguita da successivi passaggi di proprietà, per il prezzo allora pattuito, se i suddetti atti di trasferimento non le siano stati mai denunciati in modo completo, con l'indicazione dei dati richiesti dalla legge.

¹¹² Corte costituzionale, 20 giugno 1995, n. 269, in *Foro it.*, 1, 1996, p. 807 ss.

nell'ipotesi in questione, il prezzo della prelazione sia assimilabile alla indennità di esproprio, esso non potrebbe assumere, almeno nella normalità dei casi (riferibili all'esercizio della prelazione entro un arco temporale contenuto) le connotazioni di un compenso, oltre che ridotto rispetto al valore reale del bene, del tutto irrisorio e simbolico e pertanto lesivo dei criteri di determinazione dell'indennità di esproprio desumibili dall'art. 42 Cost..

Nella prospettazione del giudice *a quo*, inoltre, la mancata sottoposizione della prelazione storico-artistica, nell'ipotesi in questione, a termini decadenziali, analogamente a quanto rigorosamente stabilito per le espropriazioni, costituiva una violazione del principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost. La Corte costituzionale ritenne infondata la questione di legittimità costituzionale anche sotto questo ulteriore profilo. L'obiettivo di tutela di beni cui sono connessi interessi primari per la vita culturale del paese porta i giudici ad escludere la comparabilità delle procedure ablative connesse al settore della tutela artistica e storica con le ordinarie procedure espropriative previste per beni di diversa natura. In altri termini, la prelazione storico-artistica, pur manifestando indubbiamente un profilo autoritativo¹¹³ e una sostanza ablativa¹¹⁴, costituisce un istituto del tutto peculiare, diverso dagli ordinari provvedimenti di natura espropriativa. Infatti, a differenza di quanto si verifica nelle ordinarie procedure espropriative, la prelazione si collega ad una iniziativa (il trasferimento a titolo oneroso) che non è attivata dalla parte pubblica ma dalla parte privata, titolare del bene. Dunque, secondo i giudici, nonsussiste alcun elemento che consenta di compararne le modalità con quelle proprie degli ordinari istituti espropriativi, dovendosi escludere – diversamente da quanto prospettato dal giudice rimettente – che la mancata sottoposizione della prelazione storico-artistica a termini decadenziali, come invece stabilito per le espropriazioni, comporti una violazione del principio di eguaglianza.

¹¹³ Sul punto, B.G. MATTARELLA, *Fortuna e decadenza dell'imperatività del provvedimento amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2012, p. 1, rileva che «vi sono sempre stati atti delle pubbliche amministrazioni di qualificazione incerta, che possono essere considerati esercizio di poteri amministrativi o di poteri privati: la giurisprudenza, per esempio, ha dovuto risolvere il problema della natura degli atti di prelazione sui beni culturali». Ciò è avvenuto proprio con la sentenza della Corte costituzionale in esame, in cui è stato sottolineato il profilo imperativo dell'atto di prelazione.

¹¹⁴ Anche la dottrina evidenzia la natura ablativa della prelazione artistica. Sul punto, P. DE MARTINIS, *Prelazione artistica: vecchi e nuovi temi*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 3, 2016, p. 1014, secondo cui la prelazione artistica costituisce «espressione di un potere ablatore da parte dell'amministrazione con gli effetti tipici di un acquisto coattivo dei beni culturali oggetto di trasferimento a titolo oneroso».

6.2. I principi sanciti dalla Corte EDU in tema di prelazione artistica: *omnia relicta ammissa sunt*, anzi no.

Già in passato la Corte EDU aveva avuto modo di esprimersi in materia di circolazione dei beni culturali, con particolare riferimento all'istituto della prelazione artistica. Infatti, nella sentenza 22 settembre 1994, *Hentrich v. France*, n. 13616/88, la Corte aveva affermato la necessità di un'adeguata compensazione, in occasione dell'esercizio da parte dello Stato del diritto di prelazione, realizzata con la corresponsione del prezzo di acquisto maggiorato del dieci per cento¹¹⁵. Tuttavia, è solo con il caso *Beyeler*, la cui vicenda giudiziaria era stata trasposta dall'ordinamento nazionale a quello europeo, che la Corte ha avuto modo di prendere posizione in maniera netta sulla natura della prelazione artistica, fornendo un inquadramento giuridico puntuale dell'istituto e valutandone la compatibilità con i principi del diritto europeo. In particolare, la Corte EDU, con la sentenza 5 gennaio 2000, causa n. 33202/96, caso *Beyeler* contro Italia, ha riconosciuto che l'esercizio del diritto di prelazione da parte dei pubblici poteri nel caso di alienazione di un'opera d'arte costituisce un'ingerenza nel diritto di ogni persona al rispetto dei propri beni¹¹⁶. Una tale ingerenza, per essere compatibile con l'art. 1 del protocollo addizionale, deve rispettare il principio di legalità¹¹⁷, non deve essere arbitraria e deve perseguire un

¹¹⁵ In termini analoghi, 11 aprile 2002, *Affaire Lallement c. France*, n. 46044/99.

¹¹⁶ Sul caso *Beyeler*, L. CASINI, «Giochi senza frontiere?»: giurisprudenza amministrativa e patrimonio culturale, in *Riv. trim. dir. pub.*, 3, 2019, p. 914; S. VEZZANI, *Considerazioni sulla giurisdizione extraterritoriale ai sensi dei trattati sui diritti umani*, in *Riv. dir. internaz.*, 4, 2018, p. 1086, evidenzia che con la sentenza *Beyeler* «la Corte europea ha riconosciuto che del diritto di proprietà godevano persone legate allo Stato preteso responsabile dalla sola presenza di loro beni sul territorio di questo», precisando che in casi come questo «lo Stato esercita sui beni la propria potestà a titolo di sovrano territoriale»; R. CAVALLO PERIN, *Il diritto al bene culturale*, in *Dir. amm.*, 4, 2016, p. 495, nt. 38, rileva che nel caso *Beyeler* «la protezione del diritto di ogni persona al rispetto dei suoi beni si è ritenuta comprendere anche un bene culturale, che tuttavia segna le facoltà del proprietario, non i suoi obblighi e doveri verso il godimento di terzi»; A. MIGLIO, *La restituzione dei beni culturali nell'Unione europea: dalla direttiva 93/7 alla direttiva 2014/60, tra mercato interno e competenza esterna dell'Unione*, in *Diritto comm. int.*, 4, 2016, p. 863, nt. 41; F. LONGOBUCCO, *Beni culturali e conformazione dei rapporti tra privati: quando la proprietà "obbliga"*, in *Riv. giur. edilizia*, 5, 2016, p. 527, nt. 34; M.L. PADELLETTI, *Il caso Beyeler di fronte alla Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2000, p. 781 ss.; S. DORIGO, *Il limite massimo dell'imposizione nel diritto internazionale e dell'Unione europea ed i suoi effetti nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. trib.*, 1, 2011, p. 41, nt. 52.

¹¹⁷ B. RANDAZZO, *Giudici comuni e Corte europea dei diritti*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 6, 2002, p. 1303, sottolinea come sulla base della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, in particolare della sentenza *Beyeler*, «l'art. 1 del Protocollo n. 1 richiede che l'ingerenza dell'autorità pubblica nel godimento del diritto al rispetto dei beni sia legale».

giusto equilibrio tra le esigenze dell'interesse generale e la tutela dei diritti fondamentali dell'individuo¹¹⁸. Il principio di legalità esige che le norme interne rilevanti siano sufficientemente accessibili, precise e prevedibili¹¹⁹. Ai sensi dell'art. 18 della Convenzione Europea, ogni ingerenza nel godimento di un diritto riconosciuto dalla Convenzione deve perseguire scopi legittimi nei quali vanno compresi il controllo del mercato delle opere d'arte e la protezione del patrimonio culturale ed artistico da parte di uno Stato. Per quel che riguarda le opere realizzate da un artista straniero la convenzione dell'Unesco del 1970 favorisce i loro legami con lo Stato d'origine; tuttavia rispetto alle opere che si trovano lecitamente sul proprio territorio e che appartengono al patrimonio culturale di tutte le nazioni uno Stato può adottare misure adeguate ad assicurare un ampio accesso del pubblico a tali opere nell'interesse generale della cultura universale. Per realizzare un giusto equilibrio tra le esigenze dell'interesse generale e l'esigenza della salvaguardia dei diritti fondamentali è necessario che sussista un rapporto di proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo perseguito dalle autorità pubbliche: occorre a tal fine considerare globalmente i vari interessi coinvolti e anche la condotta delle parti della controversia. Con particolare riferimento al caso di specie, «la Corte Edu ha dato rilievo all'atteggiamento tollerante manifestato dall'autorità statale (lo Stato aveva esercitato il proprio diritto di prelazione, ma solo all'atto di rivendita del bene), giungendo ad accertare la violazione dell'art. 1 del Protocollo 1 da parte dello Stato

¹¹⁸ Sullo standard del giusto equilibrio come criterio di controllo giudiziale, R. CAVALLO PERIN, *La validità dell'atto amministrativo tra legge, principi e pluralità degli ordinamenti giuridici*, in *Dir. amm.*, 4, 2017, p. 637, nt. 97, evidenzia l'importanza nella sentenza Beyeler dello standard del «giusto equilibrio come verifica ulteriore al rispetto del principio di legalità»; F. MANGANARO, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto di proprietà*, in *Dir. amm.*, 2, 2008, p. 379, sottolinea che l'ingerenza nel diritto di proprietà è considerata legittima dalla Corte se c'è un giusto equilibrio tra sacrificio sofferto e tutela del diritto; M. COMPORTI, *La giusta indennità espropriativa tra giurisprudenza europea e giurisprudenza italiana*, in *Riv. giur. edilizia*, 2, 2007, p. 37, nt. 12, pone invece l'attenzione sull'importanza del principio di proporzionalità quale standard di sindacato giurisdizionale volto a valutare l'adeguatezza «tra i mezzi impiegati e lo scopo di ogni singola misura» di interferenza o di regolamentazione del diritto individuale di proprietà.

¹¹⁹ F. MANGANARO, *Il potere amministrativo nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 2010, p. 428, evidenzia che nella sentenza in esame la Corte enuncia per la prima volta in quest'ambito il principio fondamentale secondo cui «il principio di legalità che rende legittima la limitazione proprietaria è soddisfatto solo ove vi siano norme sufficientemente accessibili, precise e prevedibili»; anche secondo R. PETRUSO, *L'affaire Punta Perotti davanti la Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Europa e dir. priv.*, 1, 2010, p. 243, «il cuore della tutela dominicale – a fronte dei procedimenti espropriativi latamente intesi – risiede proprio nella verifica del rispetto delle condizioni di prevedibilità ed accessibilità della legge, e, cioè, nella garanzia del *due process*, anche quando la proprietà individuale debba essere sacrificata rispetto ad altri valori».

italiano, sebbene non fosse stata rispettata la normativa nazionale, facendo leva esclusivamente sul criterio sostanziale della natura patrimoniale del diritto e delineando in tale modo il perimetro applicativo della disposizione summenzionata»¹²⁰. I giudici, inoltre, hanno ritenuto che, avendo il Ministro dei beni culturali acquisito il quadro ad un prezzo sensibilmente inferiore al suo valore di mercato, è stato realizzato un indebito arricchimento, non conforme all'esigenza del giusto equilibrio. E tuttavia la Corte ha «espressamente escluso che la natura della violazione accertata nella sentenza sul merito (ricollegabile al ritardo nell'esercizio da parte dello Stato del diritto di prelazione) fosse tale da richiedere la *restitutio in integrum* a favore del ricorrente da attuarsi mediante la riconsegna del quadro»¹²¹. Pertanto, la Corte ha accordato alle parti un termine di sei mesi per addivenire ad un accordo, riservando a separata decisione il *quantum debeatur* ai sensi dell'art. 41 sull'equa soddisfazione della Convenzione. Successivamente, considerato il mancato raggiungimento di un accordo tra le parti, la Corte EDU, con la sentenza 28 maggio 2002, causa n. 33202/96, caso *Beyeler* contro Italia, ha liquidato al ricorrente 1.300.000 euro a titolo di ogni danno sopportato in conseguenza della violazione dell'art. 1 del Protocollo n. 1 già constatata dalla stessa Corte Europea nella sentenza principale del 5 gennaio 2000 per l'eccessivo ritardo con cui le autorità italiane avevano esercitato nei confronti del ricorrente il diritto di prelazione.

Le decisioni della Corte EDU sul caso *Beyeler* hanno fortemente influenzato il diritto interno degli Stati membri, tra cui Italia e Paesi Bassi. Infatti, la giurisprudenza italiana, richiamando espressamente la sentenza *Beyeler*, ha in più occasioni riconosciuto che «l'art. 1 del protocollo addizionale alla carta CEDU, che sancisce la tutela della proprietà privata, è stato valorizzato dalla Corte di Strasburgo al fine di assicurare la protezione delle legittime aspettative (*espérance légitime*) dei cittadini nei confronti di disposizioni legislative ablativo dei loro diritti ... finalizzate a ridurre il contenuto patrimoniale»¹²², inclusa dunque anche al disciplina della prelazione artistica. La giurisprudenza italiana ha quindi evidenziato che «la "proprietà" tutelata dall'art. 1 del protocollo comprende non solo le posizioni soggettive già acquisite, ma anche la legittima aspettativa (*legitimate expectation*) della

¹²⁰ Cass. pen., Sez. III, 11 settembre 2019, n. 48021. In senso analogo, Cass. pen., Sez. III, 15 novembre 2019, n. 844.

¹²¹ A. SACCUCCI, *Obblighi di riparazione e revisione dei processi nella Convenzione europea dei diritti umani*, in *Riv. dir. internaz.*, 3, 2002, p. 618, nt. 236.

¹²² TAR Campania, Napoli, Sez. IV, 5 dicembre 2016, n. 5606, in www.giustizia-amministrativa.it.

loro acquisizione. Una legittima aspettativa ricorre quando la pretesa del cittadino sia fondata direttamente sul dato normativo o quando dipenda da scelte della pubblica amministrazione rispetto alle quali possa dirsi consumata, in concreto, la discrezionalità»¹²³. In altri termini, secondo i giudici italiani, i quali applicano i principi di diritto sanciti nella sentenza *Beyeler*, la tutela di cui all'art. 1 del Protocollo 1 CEDU deve essere intesa non come assoluta e perpetua intangibilità ma come prevedibilità della condotta dei pubblici poteri, sulla base di norme accessibili, precise e certe. In siffatti casi, «l'incisione della proprietà privata, oltre che legittima e diretta a perseguire un interesse pubblico, deve essere anche ragionevolmente proporzionata al fine che si intende realizzare». Del resto, «il concetto di proporzionalità ... è richiamato [nella sentenza *Beyeler*] dalla Corte europea dei diritti dell'uomo in riferimento ... alla tutela della proprietà»¹²⁴. In applicazione di tale standard di proporzionalità, «si deve ritenere salvaguardato il giusto equilibrio che, secondo la giurisprudenza della Corte EDU [nella sentenza *Beyeler*], deve sussistere tra le esigenze dell'interesse generale della comunità e l'obbligo di proteggere i diritti fondamentali della persona»¹²⁵. In termini analoghi, di recente il Consiglio di Stato olandese, richiamando esplicitamente la sentenza *Beyeler*, ha stabilito che l'incisione del diritto di proprietà è consentita in presenza di un giusto equilibrio tra l'interesse pubblico da un lato e la tutela dei diritti individuali dall'altro¹²⁶. Ciò richiede, secondo i giudici olandesi, l'esistenza di un ragionevole rapporto di proporzionalità tra i mezzi utilizzati e lo scopo da essi perseguito, oltre che una specifica valutazione in ordine alla legittima aspettativa maturata dal privato relativamente a decisioni di senso contrario precedentemente adottate dall'amministrazione pubblica.

¹²³ Cons. St., Adunanza della Commissione speciale del 26 luglio 2018, parere n. 02016/2018, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹²⁴ TAR Puglia, Lecce, Sez. III, 3 settembre 2014, n. 2246, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹²⁵ TAR Lazio, Roma, Sez. III-quater, 15 marzo 2021, n. 3088, in www.giustizia-amministrativa.it; TAR Puglia, Lecce, Sez. II, 24 settembre 2019, n. 1491, in *ivi*; TAR Campania, Napoli, Sez. I, 26 settembre 2017, n. 4494, in *ivi*.

¹²⁶ RvS, 29 aprile 2020, n. 201810157/1/A2, paragrafo 7.5, in AB 2021/35, con nota di T. BARKHUYSEN, M.L. VAN EMMERIK. In termini, RvS, 4 aprile 2018, n. 201605406/2/A1, paragrafo 6.6, in *Jurisprudentie Grondzaken* 2018/76, con nota di F.M.A. VAN DER LOO.

6.3. La (non) decisione della CGUE, l'olandese volante e la maledizione della statuetta fantasma.

La questione giuridica della compatibilità dell'istituto della prelazione artistica con il principio europeo della libera circolazione dei beni nel mercato interno non è stata oggetto di una specifica decisione da parte della Corte di Giustizia, ma è stata valutata – positivamente – dai giudici interni, nel senso che il principio della libera circolazione delle merci sancito all'art. 36 TFUE non osta ad una disciplina di diritto interno che preveda il diritto di prelazione di beni culturali a favore dello Stato.

Un collezionista olandese acquistava in Francia, presso una nota casa d'aste, una statuetta di arte tribale. Il Ministero della Cultura francese, tuttavia, esercitava il proprio diritto di prelazione¹²⁷, previsto dall'art. L 123-1 del *Code du patrimoine*, acquistando la statuetta considerata *trésor national*¹²⁸. L'acquirente olandese presentava al Tribunale amministrativo di Parigi ricorso per eccesso di potere finalizzato ad ottenere l'annullamento del provvedimento di prelazione. Il giudice di prime cure respingeva il ricorso. L'acquirente si rivolgeva infine al Consiglio di Stato per sentire annullare il provvedimento di prelazione. Inoltre, l'acquirente chiedeva al Collegio di domandare alla Corte di Giustizia, ai sensi dell'art. 267 TFUE, di pronunciarsi sulla questione della compatibilità della disciplina nazionale sul diritto di prelazione artistica stabilito all'art. L 123-1 del *Code du patrimoine* con il principio di libera circolazione dei beni all'interno dell'Unione Europea e se l'art. 36 TFUE precluda l'esercizio di tale diritto di prelazione quando il bene culturale non abbia alcun collegamento particolare ed oggettivo con lo Stato membro che esercita la prelazione ovvero non sia stato realizzato in quel Paese ovvero sia entrato nel territorio di tale Stato esclusivamente ai fini di una pubblica vendita ovvero ancora quando l'esercizio del diritto di prelazione non sia finalizzato alla tutela del bene¹²⁹. Il

¹²⁷In Francia, il diritto di prelazione artistica dello Stato è limitato esclusivamente alle ipotesi di vendite pubbliche o all'asta.

¹²⁸Questo concetto è definito nell'art. L. 111-1 del *Code du patrimoine*, che qualifica come *trésor national* “*les biens appartenant aux collections publiques et aux collections des musées de France, les biens classés en application des dispositions relatives aux monuments historiques et aux archives, ainsi que les autres biens qui présentent un intérêt majeur pour le patrimoine national au point de vue de l'histoire, de l'art ou de l'archéologie*”.

¹²⁹In effetti, nel caso di specie, la statuetta di arte tribale oggetto della prelazione consisteva in una grande figura Yipwon in legno del XVII secolo, originaria della Papua Nuova Guinea. Tali figure, realizzate tipicamente dalle popolazioni Yimam e Alamblak, rappresentavano gli spiriti guardiani di buon auspicio nelle spedizioni di caccia e di guerra.

Consiglio di Stato francese ha rigettato l'appello. In particolare, i giudici hanno stabilito che il diritto di prelazione sulla vendita di opere d'arte previsto dall'art. 123-1 del Codice del patrimoniocostituisce solo una delle varie modalità attraverso cui lo Stato acquista beni culturali e non incide, di per sé, sulla libera circolazione di questi beni all'interno dell'Unione Europea¹³⁰. Secondo il Collegio, l'esercizio del diritto di prelazione da parte dello Stato non rappresenta una restrizione quantitativa all'importazione o all'esportazione di beni culturali né una misura di effetto equivalente a tale restrizione, vietata dagli artt. 34 e 35 TFUE. In altri termini, i giudici hanno ritenuto che l'acquisto in via di prelazione di opere d'arte non sia incompatibile con il principio europeo della libera circolazione dei beni nel mercato interno. Inoltre, la disciplina di diritto interno, che non distingue la rilevanza storico artistica dei beni, in relazione alla loro origine o alla nazionalità dell'autore, non è, ad avviso del Collegio, incompatibile con il Trattato sul funzionamento delle dell'Unione Europea¹³¹. Pertanto, la questione pregiudiziale non è stata sottoposta alla Corte di Giustizia Europea, che dunque non ha avuto occasione di esprimersi sulla vicenda.

7. Considerazioni conclusive.

L'analisi della disciplina, degli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali e delle problematiche applicative dell'istituto della prelazione artistica in prospettiva comparata tra Italia e Paesi Bassi ha consentito di mettere in evidenza numerosi punti di convergenza ma anche rilevanti differenze tra i due ordinamenti giuridici

¹³⁰ CE, 18 déc. 2015, n. 363163, M. Broere, Lebon, p. 472.

¹³¹ Tale principio è stato affermato anche nella giurisprudenza italiana. Sul punto, TAR Lazio, Roma, Sez. II-quater, 7 aprile 2017, n. 4395, in www.giustizia-amministrativa.it, secondo cui deve escludersi che il carattere di "italianità" dell'esemplare costituisca una condizione imprescindibile per la dichiarazione di rilevanza storico artistica e per imporne il trattenimento forzoso sul territorio nazionale, essendo di contro ben possibile il divieto di esportazione di opere straniere, purché la loro presenza nel patrimonio culturale nazionale sia necessaria per favorire la conoscenza delle culture di cui i beni in questione costituiscono "testimonianza materiale di civiltà", trattandosi di strumenti di formazione e crescita culturale della comunità. In termini analoghi si è espresso il Consiglio di Stato olandese nel parere n. W03.06.0184/1 del 3 agosto 2006, paragrafo 1, in cui è stata confermata la legittimità di alcune misure restrittive della circolazione di opere d'arte straniere. Secondo i giudici olandesi, i quali espressamente richiamano la decisione emessa dalla Corte EDU nel caso *Beyeler*, paragrafo 113, fondamentale per un corretto sindacato giurisdizionale è l'applicazione di un "test di connessione" dell'opera d'arte straniera con il patrimonio culturale dello Stato che ne dichiara l'interesse culturale a fini di tutela e valorizzazione.

posti a confronto. In particolare, in entrambi i paesi la cultura riceve usbergo costituzionale, con disposizioni sostanzialmente analoghe (art. 9, prima parte, Cost. italiana e art. 22, comma 3, Cost. olandese), con la differenza che nella Carta fondamentale italiana vi è una esplicita tutela per il patrimonio storico artistico nazionale, tutela che nella Costituzione olandese è invece riconosciuta implicitamente. Sia in Italia che nei Paesi Bassi la dottrina e la giurisprudenza hanno individuato il fondamento giuridico della necessità di accordare una speciale protezione ai beni culturali nella rilevanza costituzionale attribuita agli stessi. Inoltre, in entrambi gli ordinamenti tale speciale tutela è in concreto contenuta in disposizioni di legge riconducibili soprattutto a fonti primarie. Sotto questo profilo, nell'uno e nell'altro sistema giuridico è stata avvertita l'esigenza, seppur in tempi diversi, di adottare dei codici con la finalità di superare la frammentazione normativa che si era venuta a creare in tema di beni culturali, offrendo una maggiore sistematicità ed organicità alla materia. Simili nei due ordinamenti sono anche i criteri di individuazione dei beni protetti (insostituibilità e indispensabilità per il patrimonio culturale olandese da una parte, caratteristiche di pregio rarità e rappresentatività del patrimonio culturale italiano dall'altra). Nei due ordinamenti, dal particolare regime di tutela applicato ai beni culturali derivano forti limitazioni alla libera circolazione nel mercato e all'autonomia privata. Un'importante differenza che si registra nella disciplina della prelazione artistica sta in ciò che nei Paesi Bassi si applica ai soli beni mobili, mentre in Italia anche ai beni immobili, differenza di politica legislativa che come si è visto sottende una diversa valutazione in ordine alla prevalenza degli interessi in gioco. In entrambi gli ordinamenti la giurisdizione per eventuali controversie spetta al giudice amministrativo. Ancora, sia in Italia che nei Paesi Bassi il procedimento di prelazione, organizzato in varie fasi, si presenta complesso, e comunque disciplinato in modo sostanzialmente analogo, seppur con differenze relative ai termini di conclusione delle varie fasi subprocedimentali. Altra differenza attiene alla possibilità – prevista solo nel sistema olandese – di rivolgersi direttamente al giudice in corso di procedimento in caso di disaccordo sulla determinazione del prezzo di vendita, mentre nel sistema italiano è consentito richiedere al giudice esclusivamente la nomina di un soggetto terzo per l'individuazione del valore economico del bene oggetto di prelazione che sia stato alienato con altri per un unico corrispettivo ovvero senza previsione di un corrispettivo in danaro ed in caso di disaccordo delle parti sulla determinazione del

prezzo già stabilita dal prelezionario. In entrambi gli ordinamenti si ritiene che il provvedimento di prelazione sia basato su valutazioni ampiamente discrezionali, ancorché sia necessario motivare la decisione finale, nel rispetto dell'obbligo di motivazione, vigente in entrambi i paesi come espressione di un principio generale di diritto positivo. Quanto alla gestione, particolare attenzione è stata posta nei due ordinamenti sull'importanza di forme di collaborazione in partenariato pubblico-privato, secondo pratiche che sono tuttavia maggiormente attuate nei Paesi Bassi. La dottrina olandese ha inoltre evidenziato la necessità di semplificare il procedimento di prelazione e di una maggiore partecipazione del privato, nonché le difficoltà di natura finanziaria che talvolta sussistono per l'esercizio del diritto di prelazione. Anche la dottrina italiana ha auspicato in più occasioni un temperamento della disciplina della circolazione dei beni culturali¹³², ed in particolare della prelazione artistica, atteso che «il sistema appare nel suo complesso fondato su rigide forme di protezione, spesso generalizzate e indifferenziate, nonché operanti in assenza di una più generale considerazione del fenomeno e dei meccanismi che lo animano»¹³³. In altri termini, anche in considerazione delle descritte incertezze interpretative ed applicative, la dottrina ha proposto una semplificazione della disciplina della prelazione artistica e il ricorso a nuove forme di partenariato pubblico-privato nella gestione (soprattutto finalizzata alla fruizione e alla valorizzazione) dei beni culturali, alla ricerca del giusto bilanciamento tra poteri pubblici di controllo e libertà dei soggetti privati¹³⁴ e di un nuovo equilibrio tra missione culturale e dimensione

¹³² A. GIUFFRIDA, *Contributo allo studio della circolazione dei beni culturali in ambito nazionale*, Milano, 2008, p. 227.

¹³³ G. AVANZINI, *La circolazione intracomunitaria dei beni culturali*, cit., p. 689.

¹³⁴ Sulle forme di collaborazione pubblico-privato nella gestione dei beni culturali, F.G. ALBISSINI, *L'affidamento in concessione dei servizi culturali*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 4, 2020, p. 1107; C. NAPOLITANO, *Il partenariato pubblico-privato nel diritto dei beni culturali: vedute per una sua funzione sociale*, in *Dirittifondamentali.it*, 2, 2019; A. BUZZANCA, *La valorizzazione dei beni culturali di appartenenza privata*, Napoli, 2019; R. SPAGNUOLO VIGORITA, *Il patrimonio culturale nelle disposizioni del Codice dei contratti pubblici e nel Codice del terzo settore*, in *Munus*, 1, 2018, p. 405; A.L. TARASCO, *Il problema giuridico ed economico delle concessioni d'uso dei beni culturali*, in *Il diritto dell'economia*, 3, 2017, p. 731; C. BENELLI, *Beni culturali: la disciplina delle sponsorizzazioni*, Milano, 2017; V. GIOMI, *La complessa figura delle sponsorizzazioni nel settore pubblico: problemi e criticità connesse ad un faticoso equilibrio fra le prestazioni*, in A. FIORITTO (a cura di), *Nuove forme e nuove discipline del partenariato pubblico privato*, Torino, 2016; S. GARDINI, *La valorizzazione integrata dei beni culturali*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2, 2016, p. 403; A. CRISMANI, *Iniziative di partenariato pubblico-privato nei processi di valorizzazione dei beni culturali*, in *l'Amministrativista*, 2016; G. SEVERINI, *Il patrimonio culturale e il concorso dei privati alla sua valorizzazione*, in *Riv. giur. edilizia*, 6, 2015, p. 322; G.B. MENZANI, C. TOSINI, E. BONELLI, *Partenariato pubblico privato per il recupero dei beni culturali*, Milano, 2013; A.L. TARASCO, *Diritto ed economia nella gestione del patrimonio*

economica¹³⁵. In proposito, nel provvedimento con cui lo Stato decide di esercitare il diritto di prelazione dovrebbe essere indicata non solo “la necessaria copertura finanziaria della spesa” (come richiesto dall’art. 62, comma 2, d.lgs. n. 42/2004) occorrente per l’acquisizione al patrimonio pubblico del bene oggetto di prelazione ma anche quella per la successiva gestione e la valorizzazione del bene. Il momento storico attuale è caratterizzato da una forte pressione per le casse dello Stato, dalla persistenza di un grave deficit finanziario soprattutto per quanto concerne gli enti locali, che sempre più spesso si trovano in condizione di dissesto o pre-dissesto, e dalla necessità di procedere ad una dismissione o quanto meno ad una razionalizzazione del patrimonio pubblico in disuso. Pertanto, l’acquisizione al patrimonio dello Stato di beni (anche culturali e in via di prelazione) di proprietà privata non può che essere deciso a seguito di un’attenta ponderazione di tutti gli interessi in gioco. Tra tali interessi, in cui rientrano ovviamente in posizione preminente la tutela e la valorizzazione del patrimonio culturale, non può non essere annoverato anche quello ad una sana e prudente gestione delle finanze pubbliche. Tale valutazione di carattere tecnico-finanziario non può essere limitata all’analisi del valore economico del bene in relazione al solo momento dell’acquisizione al patrimonio pubblico ma deve essere estesa anche alla sostenibilità *pro futuro* dell’operazione. Infatti, il bene, una volta acquisito al patrimonio statale, non può essere abbandonato nei depositi (già stracolmi) dei musei oppure lasciato in stato di degrado (soprattutto, a titolo esemplificativo, nel caso dell’acquisizione di ruderi o comunque di beni che necessitano di immediato restauro, come di frequente accade nella prassi) ma deve essere anche gestito e valorizzato, ovvero messo a reddito¹³⁶, e

culturale, in T.S. MUSUMECI (a cura di), *La cultura ai privati. Il partenariato pubblico privato (sponsorizzazioni e project financing) ed altre iniziative*, Milano, 2012, p. 152 ss.; G. SCIULLO, *Novità sul partenariato pubblico-privato nella valorizzazione dei beni culturali*, in *Aedon*, 2, 2009; L. MERCATI, *Pubblico e privato nella valorizzazione del patrimonio immobiliare*, Torino, 2008; P. MICHIARA, *La finanza di progetto nei beni culturali*, in *Aedon*, 1, 2008; P. LEON, *Pubblico-privato e centro-periferia: due promesse mancate*, in *Economia della cultura*, 4, 2007, p. 421; C. BARBATI, *Eternalizzazioni e beni culturali: le esperienze mancate e le prospettive possibili (dopo i decreti correttivi del codice Urbani)*, in *Riv. giur. edilizia*, 4-5, 2006, p. 159; A.L. TARASCO, *La valorizzazione del patrimonio culturale tra project financing e gestione diretta: la difficile sussidiarietà orizzontale*, in *Riv. giur. edilizia*, 2005, 3, p. 108.

¹³⁵ Sulla dimensione economica dei beni culturali, M. SINISI, *Utile culturale e utilità economica dei beni appartenenti al patrimonio culturale*, in *Diritto e società*, 2, 2018, p. 209; L. BIONDI, *La valutazione del patrimonio culturale nel bilancio delle pubbliche amministrazioni*, Milano, 2018; F. IMPERIALE, *Il valore dei beni culturali nel patrimonio dello Stato*, Milano, 2018.

¹³⁶ Sulla necessità di incrementare la capacità di automantenimento e la redditività della gestione del patrimonio culturale statale così che siano soddisfatti sia i valori di promozione culturale che quelli di sostenibilità del debito

ciò sia sotto il profilo materiale, mediante la produzione di sviluppo economico, sia immateriale¹³⁷ attraverso la promozione della cultura¹³⁸, in maniera compatibile con la funzione costituzionale del patrimonio. In tale doppio binario, come è stato efficacemente rilevato, «nessuna contraddizione può individuarsi rispetto ad una politica di valorizzazione delle potenzialità economiche del patrimonio culturale, potendosi, invece, intravedere in una efficiente organizzazione aziendale ispirata ad una gestione virtuosa dei propri fattori produttivi un'azione agevolatrice rispetto allo stesso fine della promozione della cultura»¹³⁹.

De jure condendo, sarebbe inoltre opportuna una riforma della disciplina in esame, finalizzata ad individuare un giusto equilibrio tra la garanzia dei diritti del privato (primo fra tutti, quello di proprietà) e i vari interessi pubblici in gioco (tutela, fruizione e unità del patrimonio culturale), considerata «la specialità del bene culturale ed il suo peculiare regime giuridico»¹⁴⁰. Tenuto conto della particolare natura del potere – che si estrinseca in una complessa valutazione tecnico-

pubblico ed equilibrio di bilancio, A.L. TARASCO, *Diritto e gestione del patrimonio culturale*, Roma-Bari, 2019, p. 273 ss.; ID., *Il patrimonio culturale. Modelli di gestione e finanza pubblica*, Napoli, 2017; ID., *La gestione dei beni culturali: profili giuridici, economici e contabili*, in A. POLICE (a cura di), *I beni pubblici: tutela, valorizzazione e gestione*, Milano, 2008, pp. 341-392; ID., *La redditività del patrimonio culturale: risorsa o pregiudizio?*, in *Urbanistica e appalti*, 2, 2008, p. 1203; ID., *La redditività del patrimonio culturale. Efficienza aziendale e promozione culturale*, Torino, 2006, p. 30, in cui si sottolinea l'esigenza di «individuare il punto ottimale di efficienza gestionale (e, dunque, risparmio di risorse pubbliche e miglioramento del servizio) e accessibilità pubblica».

¹³⁷ Ci si riferisce ad «una nozione metagiuridica di “valorizzazione” dei beni culturali, che prende in considerazione il bene culturale come occasione di crescita economica della società (valore “economico”, non “finanziario” del bene culturale, come volano del turismo e di numerosi servizi collaterali che possono far crescere l'economia del territorio)» (TAR Puglia, Bari, Sez. III, 27 febbraio 2017, n. 190, in www.giustizia-amministrativa.it). Sull'immateriale valore del bene culturale, A.L. TARASCO, *Beni, patrimonio e attività culturali. Attori privati e autonomie territoriali*, Napoli, 2004, p. 51. Sulla dimensione materiale-immateriale dei beni culturali, A.L. TARASCO, *Il patrimonio culturale. Concetto, problemi, confini*, Napoli, 2019, p. 74 ss; A. BARTOLINI, *Il bene culturale e le sue plurime concezioni*, in *Diritto amministrativo*, 2, 2019, p. 223.

¹³⁸ F. MERUSI, *Art. 9*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1975, p. 454, secondo cui i beni culturali devono essere intesi non come oggetti da conservare passivamente, quanto piuttosto come strumenti da utilizzare per promuovere lo sviluppo culturale.

¹³⁹ A.L. TARASCO, *Il futuro dei musei tra promozione culturale ed efficienza aziendale*, in L. FERRARA, A. LUCARELLI, D. SAVY (a cura di), *Il governo dei musei tra Costituzione, funzione sociale e mercato*, Napoli, 2017, p. 84. Ad analoghe conclusioni è giunta anche la giurisprudenza, secondo cui «l'idea della valorizzazione del bene culturale oscilla fra due poli concettuali essenziali: valorizzazione come potenziamento dell'espressione del valore culturale del bene e valorizzazione come criterio di gestione dell'istituto della cultura capace di autofinanziarsi secondo canoni di efficienza-efficacia economicità dell'agere amministrativo» (TAR Puglia, Bari, Sez. III, 27 febbraio 2017, n. 190, in www.giustizia-amministrativa.it).

¹⁴⁰ A. SAU, *La disciplina dei contratti pubblici relativi ai beni culturali tra esigenze di semplificazione e profili di specialità*, in *Aedon*, 1, 2017.

discrezionale¹⁴¹ – sotteso all’esercizio del diritto di prelazione artistica da parte dello Stato, sembra che il criterio cardine attorno al quale far ruotare l’attività amministrativa debba essere ancora una volta il principio europeo di proporzionalità, chiamato a regolare un difficile bilanciamento di interessi tra i due estremi dell’irragionevole protezionismo (figlio di uno Stato hobbista, collezionista e

¹⁴¹ Sull’applicazione delle nozioni di discrezionalità amministrativa, discrezionalità tecnica e accertamento tecnico relativamente all’ambito delle valutazioni che l’Amministrazione è chiamata a svolgere in generale per i beni culturali e ad in particolare per l’esportazione di opere d’arte, A. Pirri Valentini, *Il controllo giurisdizionale sull’esportazione di opere d’arte*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2, 2020, p. 494. L’A. evidenzia come nelle «analisi compiute dall’Amministrazione competente per la tutela dei beni culturali» sull’esportabilità di un’opera d’arte ricorrano da un lato «valutazioni tecnico-scientifiche [che] possono supportare la definizione di un bene come importante per il suo interesse storico artistico ecc., dall’altro valutazioni discrezionali e di opportunità sono alla base della decisione di trattenere in modo permanente il bene all’interno dei confini nazionali». Discrezionalità tecnica, ad avviso di chi scrive, ricorre anche, a titolo esemplificativo, nell’ambito delle valutazioni relative all’attribuzione di opere d’arte e finalizzate all’adozione della decisione di acquisto delle opere da parte dello Stato. Invero, l’attribuzione all’autore delle opere d’arte può rivelarsi molto problematica. Sul punto, Corte dei Conti, Sez. I Giurisdizionale per la Regione Lazio, sentenza n. 106/2015/A. La tesi della Procura regionale si basava sul fatto che l’acquisto da parte dello Stato di un piccolo crocifisso di legno, opera considerata come «attribuita» o «attribuibile» a Michelangelo da parte di alcuni studiosi di storia dell’arte, non fosse stato preceduto da un’adeguata istruttoria volta ad accertare la provenienza del bene e la sua attribuibilità a Michelangelo in base ad un adeguato riscontro critico. Anche alla luce delle considerazioni che precedono, deve essere vista con particolare favore l’adozione del D.M. n. 537 del 06/12/2017 da parte del Ministro dei Beni e delle Attività Culturali e del Turismo, recante indirizzi di carattere generale per la valutazione del rilascio o del rifiuto dell’attestato di libera circolazione da parte degli uffici competenti per l’esportazione delle cose di interesse artistico, storico, archeologico ed etnoantropologico. Nelle citate linee guida si indicano gli elementi di valutazione volti a far emergere la sussistenza o meno dei presupposti e requisiti nella cosa esaminata idonei a sorreggere la decisione in ordine al rifiuto o al rilascio dell’attestato. Gli uffici preposti “devono svolgere le funzioni di *accertamento* e di *valutazione tecnico-scientifica* preordinate alla decisione” (corsivo di chi scrive) sulla base dei seguenti elementi: qualità artistica dell’opera; rarità in senso qualitativo e/o quantitativo; rilevanza della rappresentazione; appartenenza a un complesso e/o contesto storico, artistico, archeologico, monumentale; testimonianza particolarmente significativa per la storia del collezionismo; testimonianza rilevante, sotto il profilo archeologico, artistico, storico, etnografico, di relazioni significative tra diverse aree culturali, anche di produzione e/o provenienza straniera. La disciplina in tema di circolazione dei beni culturali nell’ordinamento italiano è stata recentemente oggetto di un’importante semplificazione procedimentale, operata prima con il D.M. MIBACT 17 maggio 2018 n. 246, recante “Condizioni modalità e procedure per la circolazione internazionale dei beni culturali”, modificato dal D.M. 9 luglio 2018 (cd. Decreto Bonisoli) e, infine, con il D.M. 31 luglio 2020, n. 367 (cd. Decreto Franceschini). In virtù di quest’ultima modifica ed in attuazione dell’art. 1, comma 175, lett. g), n. 2) della legge n. 124/2017, per l’esportazione di opere di autori scomparsi da oltre 70 anni e con valore inferiore alla soglia di euro 13.500 non è più necessario ottenere l’attestato di libera circolazione ma è sufficiente un’autocertificazione. Il Decreto Franceschini ha rinviato poi al 31 dicembre 2020 l’adozione delle specifiche tecniche necessarie per l’attivazione del passaporto elettronico, disposizione che resta, al momento, inattuata. Anche nell’ordinamento olandese è necessario acquisire una *export licence* per beni culturali di valore ed epoca di realizzazione superiori ad una determinata soglia. Le soglie cambiano a seconda della tipologia del bene. A titolo esemplificativo, per i dipinti (categoria 3) la soglia è pari ad euro 150mila per il valore economico e anni 50 per l’epoca di realizzazione.

leviatano di opere d'arte, che ha spesso dimostrato di non essere in grado di amministrare l'immenso patrimonio culturale di cui è già titolare) e di una logica indiscriminata di libero mercato.

FATTISPECIE TIPICA E FIGURE SPECIALI DELLA RESPONSABILITÀ DIRIGENZIALE NEL QUADRO DEL PRINCIPIO COSTITUZIONALE DI DISTINZIONE

Giuseppe Maria Spedicato

ABSTRACT [ITA]: Il contributo esamina l'istituto della responsabilità dirigenziale sullo sfondo della distinzione tra funzione di indirizzo politico e attività di gestione, tanto nella sua figura tipica, definita dall'art. 21 comma 1 del d.lgs. 165/2001, per il mancato raggiungimento, da parte della dirigenza, degli obiettivi fissati in sede politica, accertato per mezzo del sistema di valutazione, quanto in alcune figure speciali introdotte dal legislatore nel corso dell'ultimo decennio, che hanno portato ad un ampliamento dell'ambito oggettivo di applicazione di tale forma di responsabilità. L'Autore ha, quindi, esaminato la figura della responsabilità dirigenziale introdotta dall'art. 22 del decreto - legge n. 76/2020, ritenendo, infine, necessario procedere al riordino della materia della responsabilità dirigenziale, in quanto le novità introdotte non appaiono compatibili con la natura intrinseca dell'istituto definito dall'art. 21 comma 1 del d.lgs. 165/2001, auspicando, altresì, un'attenta riflessione sulla qualità della tecnica normativa in materia di responsabilità dirigenziale, la quale deve basarsi su una previa ed affidabile analisi d'impatto, volta a scongiurare il rischio di eterogenesi dei fini.

ABSTRACT [ENG]: *The paper examines the institution of managerial responsibility against the background of the distinction between the function of political direction and management activity, both in its typical figure, defined by art. 21 paragraph 1 of Legislative Decree no. 165/2001, for the failure of the management to achieve the objectives set in the policy, ascertained by means of the evaluation system, as in some special figures introduced by the legislator during the last decade, which led to an extension of the objective scope of this form of responsibility. The Author has therefore examined the role of managerial responsibility introduced by art. 22 of Decree - Law no. 76/2020. The author considers, finally, it is necessary to proceed with the reorganization of the matter of managerial responsibility, as the innovations introduced do not appear compatible with the intrinsic nature of the institution defined by art. 21 paragraph 1 of Legislative Decree no. 165/2001, also hoping for a careful reflection on the quality of the regulatory technique in the field of managerial responsibility, which must be based on a prior and reliable impact analysis, aimed at avoiding the risk of a heterogenesis of purposes.*

SOMMARIO: **1.** La responsabilità dirigenziale nell'ambito della distinzione tra funzione di indirizzo politico ed attività gestionale. – **2.** Gli elementi caratteristici della responsabilità dirigenziale. – **3.** La responsabilità dirigenziale tra fattispecie tipica e figure speciali. – **4.** Una nuova ipotesi di responsabilità dirigenziale introdotta dall'art. 22 del decreto - legge n. 76/2020. – **5.** Alcune considerazioni finali.

1. La responsabilità dirigenziale nell'ambito della distinzione tra funzione di indirizzo politico ed attività gestionale.

L'attuale modello di amministrazione si pone in evidente contrapposizione a quello tradizionalmente dominante sino ai primi del '900, basato sull'accentramento gerarchico, in cui l'amministrazione, come espressione del potere esecutivo, era considerata di spettanza degli organi di governo, quali unici titolari di poteri decisionali, esercitati mediante apparati amministrativi immediatamente dipendenti da essi e composti da funzionari pubblici investiti, di norma, di compiti essenzialmente esecutivi sottoposti al potere gerarchico del Ministro, unico soggetto posto nella condizione di poter impegnare l'amministrazione verso l'esterno. L'attuale modello, al contrario, si basa sul principio di distinzione tra funzione di indirizzo politico, riservata agli organi politici, ed attività gestionale, riservata alla dirigenza, frutto del ripensamento dei rapporti tra politica ed amministrazione ad opera della Costituzione.

La formulazione del testo costituzionale descrive, invero, un modello complesso dei rapporti tra funzioni politiche e amministrative che si muove lungo due versanti, apparentemente opposti. Da un lato, gli artt. 97 e 98 della Costituzione prevedono la regola della piena autonomia gestionale dell'attività dirigenziale. In particolare, l'art. 97, primo comma, Cost. dispone che i pubblici uffici sono organizzati in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione. Il principio di imparzialità dell'azione amministrativa postula che il funzionario non operi a favore di una determinata maggioranza. Il principio di buon andamento impone di costruire un rapporto di lavoro che consenta ai dirigenti di esercitare le proprie funzioni in modo efficiente ed efficace. In questo contesto si inserisce l'art. 98 Cost., il quale dispone che i pubblici impiegati sono al servizio esclusivo della Nazione.

Sul versante opposto, l'art. 95, secondo comma, Cost. prevede che i Ministri sono responsabili collegialmente degli atti del Consiglio dei ministri, e individualmente degli atti del loro dicastero, sancendo, in tal modo, la regola della responsabilità ministeriale, il che lascia presupporre, in ragione della responsabilità attribuita, la spettanza di funzioni proprie da parte dell'organo politico.

Una lettura separata delle sopra richiamate disposizioni costituzionali potrebbe portare a ritenere che nella prospettiva degli artt. 97 e 98 Cost., l'amministrazione è completamente separata dalla politica, mentre, nella prospettiva dell'art. 95 Cost., la politica si sovrappone, in funzione di controllo, all'amministrazione. Le due

previsioni, tuttavia, devono essere lette in maniera composita, potendosi in tal modo costruire un modello di regolazione dei rapporti tra politica e amministrazione, dove i dirigenti esercitano le proprie funzioni amministrative in modo imparziale per il perseguimento efficace ed efficiente degli obiettivi che i politici, nell'esercizio dell'attività di indirizzo, pongono in attuazione degli scopi di interesse pubblico definiti dal legislatore.

Ne consegue che la Costituzione delinea una relazione tra organi politici e dirigenziali che si struttura secondo la logica non della separazione o sovrapposizione delle funzioni ma secondo quella della complementarietà e differenziazione funzionale dei compiti. I politici e i dirigenti esercitano un'attività diversa ma coordinata verso risultati comuni¹.

È bene far rilevare come autorevole dottrina² ritenga, correttamente, che tanto i dirigenti, quali funzionari professionali, quanto gli organi politici, nella veste di funzionari pro-tempore, poiché chiamati ad esercitare attività (competenze) che incidono in maniera significativa sull'esercizio di funzioni pubbliche, sono tenuti, seppure sotto diversi profili, a garantire l'esercizio "giusto", ovvero imparziale, della funzione, dovendosi quindi ritenere che l'obbligo di imparzialità grava anche sui titolari degli organi politici³. In tal senso soccorre una lettura in senso estensivo⁴ dell'art. 97 Cost. in ragione della quale se la funzione è il complesso delle attività di esercizio volte al raggiungimento delle finalità, tutti coloro che svolgono le attività di esercizio della funzione, tutti i titolari degli organi (sia politici, fiduciari, amministrativi) sono, in egual modo, "funzionari", e come tali vincolati ai principi di cui agli artt. 97 e 98 Cost, nel rispetto dei principi costituzionali sulla responsabilità di cui all'art. 28 Cost., e sul dovere di cui all'art. 54, comma 2, Cost., di "adempiere le funzioni pubbliche" loro "affidate" "con disciplina ed onore".

Il modello di distinzione, quindi, sembra soddisfare appieno l'impianto che il legislatore costituente ha inteso mettere in campo al fine di regolare i necessari rapporti tra politica ed amministrazione, pur dovendosi precisare che il medesimo

¹ Sul punto vedi Consiglio di Stato nel parere del 14 ottobre 2016, n. 2113.

² G. Sirianni, *Etica della politica, rappresentanza, interessi*, Napoli, ESI, 2008;

³ La garanzia di imparzialità deve essere data anche rispetto a scelte di indirizzo che regolano interessi, spesso notevoli. Si pensi alle grandi scelte economiche e fiscali; sono le regolazioni, per legge o per atto normativo o amministrativo generale, a dislocare gli interessi più rilevanti. I rapporti dei titolari degli organi politici con gli interessi economici pongono problemi non risolti quanto alla garanzia di imparzialità.

⁴ F. MERLONI, *Organizzazione amministrativa e garanzie di imparzialità. Funzioni amministrative e funzionari alla luce del principio di distinzione tra politica e amministrazione*, da atti del convegno su "Interesse pubblico e disegno organizzativo delle Pubbliche Amministrazioni" Palermo 21 febbraio 2009, pp. 30 e 31.

legislatore costituente non ha inteso prefigurare in maniera rigida ed univoca i predetti rapporti, non potendosi, quindi, sostenere che possa esservi un unico possibile modello di amministrazione⁵. Il predetto impianto, invero, postula, con riguardo alla pubblica amministrazione, quale espressione del potere esecutivo, un modello organizzativo e funzionale fondato su due momenti che, necessariamente, devono essere compresenti nel concetto di amministrazione, intesa come cura, in concreto, di interessi pubblici⁶: quello politico di governo, di individuazione degli interessi, di programmazione, di definizione degli obiettivi e degli indirizzi; e quello di amministrazione, di attuazione dei programmi e degli indirizzi politici e di realizzazione degli obiettivi⁷.

Di tal guisa, richiamando l'insegnamento della Corte Costituzionale⁸, la separazione tra la funzione di indirizzo e la funzione di gestione costituisce un principio di carattere generale, che trova fondamento negli artt. 97 e 98 Cost., in quanto rappresenta una condizione necessaria per garantire il pieno rispetto dei principi di buon andamento e di imparzialità dell'azione amministrativa e di cura esclusiva degli interessi pubblici. Principale corollario di tale generale principio è che il legislatore, al quale spetta il potere di individuare l'esatta linea di demarcazione tra gli atti da ricondurre alle funzioni dell'organo politico e quelli di competenza della dirigenza amministrativa, non può compiere scelte che, contrastando in modo irragionevole con il principio di separazione, possano ledere il corretto *agere* della pubblica amministrazione.

Sotto tale profilo, in particolare, l'art. 97, primo comma, Cost. individua nella "imparzialità" dell'amministrazione uno dei precetti costituzionali a cui deve uniformarsi, in tutte le sue diverse articolazioni, l'organizzazione dei pubblici uffici, poiché, così come oramai chiarito dalla stessa Corte Costituzionale, nel precetto costituzionale dell'imparzialità, quale pilastro dei rapporti tra organi politici e burocratici, viene a esprimersi la distinzione più profonda tra politica e amministrazione, tra l'azione del "governo" - che, nelle democrazie parlamentari, è normalmente legata agli interessi di una parte politica⁹, espressione delle forze di

⁵ M. NIGRO, *La pubblica Amministrazione fra costituzione formale e costituzione materiale*, in AA. VV., Studi in memoria di Vittorio Bachelet, II, Milano, 1987, 385 ss.

⁶ Al riguardo, C. ROSSANO, *Amministrazione, politica e principi costituzionali*, in *Scritti in onore di Angelo Mattioni*, AA. VV., Milano, 2011, 567-568

⁷ Al riguardo C. CELONE *La responsabilità dirigenziale tra stato ed enti locali*, Napoli, 2018, 30-31

⁸ Corte cost., 3 maggio 2013, n. 81

⁹ Nel nuovo disegno costituzionale, ispirato al principio democratico, la funzione di indirizzo politico assurge a funzione di spettanza di tutti gli organi direttamente collegati alle forze di maggioranza. La dinamica

maggioranza - e l'azione dell'"amministrazione" - che, nell'attuazione dell'indirizzo politico della maggioranza, è vincolata invece ad agire senza distinzione di parti politiche e dunque al «servizio esclusivo della Nazione» (art. 98 Cost.), al fine del perseguimento delle finalità pubbliche obiettivate dall'ordinamento.

Proseguendo su tale ragionamento¹⁰ si potrebbe, invero, sostenere che la *ratio* del principio di imparzialità risieda nell'esigenza di contenere, a tutela dell'interesse generale, gli eventuali "abusi" della politica escludenti determinati interessi presenti nella società; in tal senso, infatti, la funzione organizzativa riconosciuta al principio in parola lo rende idoneo a comporre l'inevitabile conflitto tra legittimazione democratica dell'attività amministrativa¹¹, frutto dell'articolo 95, comma 2, Cost., e l'imprescindibile autonomia dell'amministrazione rispetto ai condizionamenti della politica, secondo quanto previsto in tal senso dagli articoli 97 e 98, Cost.

La distinzione tra indirizzo e gestione, tuttavia, perderebbe di forza se chi esercita l'attività di gestione orientasse la stessa, non già al servizio esclusivo della Nazione come prescrive l'articolo 98 Cost., bensì agli interessi di una parte politica, quella di maggioranza, violando, in tal modo il concetto di imparzialità, inteso quale prima forma di garanzia per le minoranze¹², dovendosi richiamare nuovamente, a tal proposito, l'insegnamento della Corte Costituzionale, ove afferma che

istituzionale azionata dalle forze politiche di maggioranza si consuma, a ben vedere, nel raccordo tra corpo elettorale (organo del popolo) parlamento e governo. Con lo svolgimento della consultazione elettorale e l'ottenimento del voto di fiducia delle camere, viene, infatti, ad instaurarsi tra i predetti organi un circuito di matrice politica, nel quale il governo funge da catalizzatore finale, siccome investito, siccome investito del compito di tradurre in termini giuridici le scelte politiche compiute dalle forze di maggioranza (art. 95 Cost). Un disegno questo assai complesso, costruito a stregua di sfere concentriche, nel quale spetterebbe ai cittadini, e dunque al popolo, tramite i partiti politici, di determinare la politica nazionale (art. 49 Cost.) Sul punto v. E.N. FRAGALE *Studio sul principio di distinzione tra politica e amministrazione, La riserva di indirizzo come nuovo punto di partenza*, Santarcangelo di Romagna, 2020, 104. Per approfondimenti V. CRISAFULLI, *Stato, popolo, Governo: illusioni e delusioni costituzionali*, Milano, 1985, pp. 106, 125; E. CHELI, *Atto politico e funzione d'indirizzo politico*, Milano, 1961, pp. 95 ss.

¹⁰ Si v. C. CELONE *La responsabilità dirigenziale tra stato ed enti locali*, cit. 33

¹¹ Nel nostro sistema costituzionale, in cui è il popolo che elegge i propri rappresentanti politici, approvandone il relativo programma, questi hanno il diritto ed insieme il dovere di dare attuazione al programma politico, ma per farlo si devono necessariamente avvalere degli apparati amministrativi con i loro dirigenti e dipendenti, che, a loro volta, devono perseguire gli obiettivi indicati dall'autorità politica, ma devono farlo in modo imparziale ed efficiente, essendo gli impiegati pubblici al servizio esclusivo della Nazione, secondo quanto prescrive l'art. 98, ossia al servizio dell'interesse generale, e non già quindi di una parte, neppure di quella che ha vinto le elezioni, anche se in quel momento rappresenta la maggioranza degli italiani (così, F. BASSANINI, *Indirizzo politico, imparzialità della P.A. e autonomia della dirigenza. Principi costituzionali e disciplina legislativa*, in www.astrid-online.it, 2008,1-3).

¹² C. ESPOSITO, *Riforma dell'amministrazione e diritti costituzionali dei cittadini*, in *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954, 249-250, là dove osserva che non è né improprio né inesatto in una Costituzione che afferma solennemente e con formula generale che la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, «parlare di diritti fondamentali dei cittadini alla democraticità, alla legalità, alla imparzialità o alla attività economica della P. A.».

l'amministrazione è vincolata ad agire senza distinzione di parti politiche al fine del perseguimento delle finalità pubbliche obiettivate dall'ordinamento.

In tal senso, quindi, la distinzione tra indirizzo politico e gestione svolge anche l'importante compito di tutelare e valorizzare l'imparzialità dell'amministrazione, riconoscendone, in tal modo, il distinto rilievo costituzionale come "funzione" e cioè come attività di cura dell'interesse pubblico¹³, dovendosi prevedere, quindi, come necessario corollario della distinzione in parola, che per ogni ufficio pubblico¹⁴, venga individuato il soggetto a cui sia possibile imputare la responsabilità della gestione, e ciò al fine di assicurare un'azione pubblica conforme ai principi di trasparenza, imparzialità e buon andamento, con funzionari chiamati a rispondere delle loro azioni, dando così effettiva attuazione agli articoli 28, 97 e 98 Cost.¹⁵

Con riguardo al soggetto a cui imputare la responsabilità della gestione, sicuro rilievo assume la figura del dirigente pubblico quale elemento imprescindibile nell'ambito del sistema dei rapporti tra politica ed amministrazione così come regolato dal principio di distinzione, e ciò sia dal punto di vista funzionale, inteso come criterio di distribuzione delle competenze tra sfera politica e sfera amministrativa, che dal punto di vista strutturale, tema, quest'ultimo, strettamente correlato allo *status* (di indipendenza o meno) del "funzionario".

Nell'ambito della distinzione funzionale, quindi, la legge, dovendosi qui richiamare le disposizioni relative alla distribuzione delle competenze¹⁶, riserva agli organi di vertice la funzione di indirizzo, mediante l'adozione di atti normativi o comunque a contenuto generale, mentre alla dirigenza attribuisce il potere di adozione degli atti e dei provvedimenti amministrativi, compresi tutti gli atti che impegnano l'amministrazione verso l'esterno, nonché la gestione finanziaria, tecnica ed amministrativa. I due momenti, è bene evidenziarlo, non possono, tuttavia, considerarsi tra di loro scollegati tenuto conto del fatto che l'attività gestionale svolta dal dirigente pubblico, il quale è tenuto ad esercitarla con un certo grado di

¹³ Si v. C. CELONE *La responsabilità dirigenziale tra stato ed enti locali*, cit. 35

¹⁴ Se l'attività, per acquistare rilevanza giuridica, deve essere predefinita in rapporto allo scopo che deve raggiungere, il passaggio fondamentale al fine del controllo sul corretto esercizio del potere sta nell'attribuzione di quella attività predefinita, di quella funzione, ad un soggetto, ad un "Ufficio". In tal senso la funzione è il complesso di attività, attribuite ad uffici, predeterminate dalla legge (o da atto organizzativo sulla base della legge), volte al perseguimento di finalità generali. F. MERLONI, *Organizzazione amministrativa e garanzie di imparzialità. Funzioni amministrative e funzionari alla luce del principio di distinzione tra politica e amministrazione*, da atti del convegno su "Interesse pubblico e disegno organizzativo delle Pubbliche Amministrazioni" Palermo 21 febbraio 2009, pp. 5 e 8

¹⁵ Si v. C. CELONE *La responsabilità dirigenziale tra stato ed enti locali*, cit. 35.

¹⁶ Artt. 4,14,16 e 17 del d.lgs. n. 165/2001.

autonomia, ha come scopo principale quello di raggiungere gli obiettivi fissati dall'organo politico nell'ambito dell'esercizio della propria funzione di indirizzo, ciò al fine di garantire, richiamando gli insegnamenti del Giudice delle leggi, un punto di equilibrio tra il principio democratico, espressione della sovranità rimessa al popolo che la esercita per il tramite degli strumenti della democrazia rappresentativa, ed il principio di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa anche quale garanzia per le minoranze sotto il profilo della cura dei diritti inviolabili intesi come diritti a prestazioni amministrative.

Con l'atto di conferimento dell'incarico dirigenziale, il quale attiene ad un momento successivo rispetto a quello con il quale si instaura il rapporto di servizio a seguito del reclutamento per mezzo del concorso pubblico, il dirigente, infatti, assume su di sé l'obbligo di raggiungere gli obiettivi fissati con gli atti di programmazione strategica, intesi quest'ultimi come espressione della funzione d'indirizzo politico. Dal conferimento dell'incarico, pertanto, dipende lo svolgimento delle funzioni proprie del dirigente, cui si ricollegano due momenti fondamentali, ovvero quello dell'autonomia e quello della correlata responsabilità rispetto alle funzioni esercitate ed agli obiettivi da dover raggiungere.

In effetti il modello di distinzione sarebbe incompleto, se non addirittura disfunzionale, ove non venissero previsti dispositivi giuridici idonei ad assicurare la coerenza e l'efficienza del modello anche a valle, nel momento patologico del discostamento tra le finalità individuate nell'atto di indirizzo e la concreta gestione¹⁷.

A questa finalità risponde l'istituto della responsabilità dirigenziale che la dottrina definisce come una responsabilità di risultato¹⁸, in quanto considerata come l'espressione del principio generale, di rilievo costituzionale, per cui l'azione amministrativa deve essere valutata e giudicata per i risultati che ottiene, e la responsabilità per questi risultati deve potersi individuare specificamente in capo a

¹⁷ E.N. FRAGALE *Studio sul principio di distinzione tra politica e amministrazione, La riserva di indirizzo come nuovo punto di partenza*, cit., p. 292.

¹⁸ Vi è la consapevolezza, infatti, che la capacità di conseguire risultati utili per la collettività sia un nuovo paradigma normativo dell'amministrazione, di valore costituzionale, un autentico principio istituzionale destinato ad incidere sull'organizzazione e sulla funzione amministrativa, la stessa ragion d'essere degli apparati pubblici, il presupposto che ne legittima il ruolo di istituzioni deputate alla cura di specifici interessi pubblici, tanto che la mancata realizzazione di risultati gestionali soddisfacenti per i cittadini pone l'amministrazione in contraddizione con il proprio statuto giuridico. Così, A. R. TASSONE, *Amministrazione "di risultato" e provvedimento amministrativo*, in *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Atti del Convegno, Palermo 27-28 febbraio 2003, a cura di M. Immordino-A. Police, Torino, 2004, 1.

soggetti determinati, che assumono, di conseguenza, poteri, obblighi e doveri, in misura proporzionata ai risultati attesi e ottenuti.

2. Gli elementi caratteristici della responsabilità dirigenziale.¹⁹

Come si è detto al termine del precedente paragrafo, la responsabilità dirigenziale si ricollega al conferimento dell'incarico dirigenziale, che nell'organizzazione dello Stato può avvenire da parte dell'organo di indirizzo o del dirigente generale, in quanto dal conferimento dell'incarico dipende lo svolgimento delle funzioni proprie del dirigente, dovendosi escludere, pertanto, che la responsabilità dirigenziale possa insorgere per il solo fatto di essere in possesso della "qualifica" dirigenziale, intesa come attitudine professionale del dirigente all'assunzione di incarichi, nell'ambito del rapporto di lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche a seguito del superamento di un apposito concorso. La responsabilità dirigenziale, pertanto, al di là della denominazione, è una forma di responsabilità che investe chiunque sia chiamato a svolgere funzioni dirigenziali, non essendo, quindi, in tal modo limitata solo a coloro che rivestono formalmente la qualifica dirigenziale²⁰.

La responsabilità dirigenziale, in ragione del fatto che coinvolge, necessariamente, organo di indirizzo politico ed organo dirigenziale e non è attivabile, né sindacabile, nei rapporti tra amministrazione e terzi, è una responsabilità che rileva all'interno; difatti, nelle amministrazioni statali, nonostante manchi una precisa indicazione da parte del legislatore su quale sia l'organo competente ad adottare le misure conseguenti all'accertamento della responsabilità dirigenziale, è da ritenere che il potere di attribuire una simile responsabilità e di adottare i provvedimenti sanzionatori previsti dalla legge spetti all'organo di indirizzo politico²¹, ciò anche in

¹⁹ È bene precisare che nel vigente quadro normativo la responsabilità dirigenziale trova la propria specifica disciplina all'articolo 21 del d.lgs. n. 165 del 2001, alla cui lettura si rinvia.

²⁰ Il riferimento è ai dirigenti esterni secondo quanto previsto dall'art. 19, comma 6 del d.lgs. n. 165 del 2001. Sul punto si veda C. CELONE *La responsabilità dirigenziale tra stato ed enti locali*, cit. pp 71-84.

²¹ La competenza dell'organo politico all'adozione delle misure previste per la responsabilità dirigenziale si può ricavare intanto dal fatto che allo stesso soggetto politico spetta, in base alle disposizioni del decreto sul pubblico impiego n. 165/2001, il potere di conferire tutti gli incarichi dirigenziali di livello generale, inclusi naturalmente quelli apicali. Si ritiene, pertanto, che contro il dirigente generale o contro il dirigente apicale si debbano seguire le due differenti procedure indicate per il conferimento dell'incarico dall'art. 19, ai commi 3 e 4. Contro il dirigente generale, occorrerà, cioè, il decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del ministro competente, per l'irrogazione, previa contestazione e nel rispetto del principio del contraddittorio, delle sanzioni più gravi della revoca dell'incarico o del recesso dell'amministrazione dal rapporto di lavoro. Le stesse misure contro il dirigente apicale (come il segretario generale o il capo dipartimento) dovranno essere adottate, invece,

considerazione del fatto che la responsabilità dirigenziale attiene al momento della distinzione strutturale tra i predetti organi in ossequio al generale principio di distinzione. È evidente, infatti, come la responsabilità dirigenziale, peraltro basata sul delicato equilibrio sussistente tra valutazione della *performance*²² del dirigente e responsabilità per i risultati amministrativi conseguiti, si innesti all'interno di una relazione più ampia qual è quella che intercorre tra organi politici ed organi burocratici, basata sul modello delle competenze differenziate degli uni e degli altri e sulla correlata autonomia decisionale dei dirigenti²³, fermo restando che il primato ed il controllo della politica non può essere messo in discussione²⁴.

In disparte ogni questione relativa all'esercizio in concreto del potere di revoca o di recesso connesso alla responsabilità dirigenziale - che qui si trascura d'affrontare per ragioni d'economicità di trattazione - l'accertamento della stessa, e l'adozione (da parte dell'organo competente) della revoca dell'incarico o di altra misura sanzionatoria prevista dalla legge o da fonte di rango contrattuale²⁵, deve comunque

con decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei ministri, su proposta del ministro competente. La competenza dell'organo di indirizzo politico ad adottare i provvedimenti conseguenti all'accertamento della responsabilità dirigenziale discende quindi dall'applicazione del principio dell'autotutela e, più specificamente, del suo corollario del *contrarius actus*, applicabile a tutti i provvedimenti di ritiro, per cui la revoca ed il recesso dovranno essere adottati dallo stesso soggetto e con le medesime forme e modalità seguite per il conferimento dell'incarico. Ma in ogni caso soccorre la disciplina generale sulla revoca e sull'annullamento d'ufficio, contenuta nella legge sul procedimento amministrativo n. 241/1990, la quale stabilisce che sia di regola lo stesso organo che ha emanato il provvedimento a poterlo revocare o annullare, tranne che la legge non preveda un organo diverso. Per approfondimenti sul principio dell'autotutela si rinvia alle voci enciclopediche di F. BENVENUTI, *Autotutela* (diritto amministrativo), in Enc. dir., vol. IV, Milano, 1959, 537 ss., e G. CORAGGIO, *Autotutela*, in Enc. Giur., Roma, 1988, 1 ss.; ed a G. CORSO, *Autotutela* (dir. amm.), in Dizionario di diritto pubblico, diretto da S. CASSESE, Milano, 2006, 609 ss. 14 In questo senso, L. TORCHIA, *La responsabilità dirigenziale*, cit., 132, 134. 15 Artt. 21 quinquies e 21 nonies, legge n. 241/1990. 16 Per approfondimenti sul potere di revoca e di annullamento d'ufficio, v., di recente, anche per i riferimenti dottrinali e giurisprudenziali: M. IMMORDINO, *Il potere amministrativo di revoca*, in *Federalismi.it*, 5 aprile 2017; ID., *I provvedimenti amministrativi di secondo grado*, in *Diritto amministrativo*, cit., 336 ss.; V. DOMENICHELLI, con aggiornamento di M. SINISI, Art. 21 quinquies. Revoca del provvedimento, e C. DEODATO, Art. 21 nonies. *Annullamento d'ufficio*, in *Codice dell'azione amministrativa*, cit., 1057 ss., 1175 ss. Tra le voci enciclopediche: G. GHETTI, *Annullamento d'ufficio dell'atto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1987, 267 ss.; A. CORPACI, *Revoca e abrogazione del provvedimento amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. XIII, Torino, 1997, 324 ss.; E. FERRARI, *Revoca nel diritto amministrativo*, ivi, 333 ss.

²² Si v. C. CELONE *La responsabilità dirigenziale tra stato ed enti locali*, cit., pp. 148-183.

²³ M. RUSCIANO, *La dirigenza pubblica locale: tra vecchie impostazioni e nuove tendenze*, in *Il lavoro nelle p. a.*, 2002, 903.

²⁴ V. GASPARINI CASARI, *La dirigenza pubblica nel rapporto tra politica ed amministrazione (dal d.lgs. 29/1993 al d.lgs. 150/2009)*, in *Il dir. dell'economia*, 2009, 550 ss.

²⁵ Vedi l'articolo 33 del Contratto Collettivo Nazionale di Lavoro relativo al personale dell'area funzioni centrali triennio 2016 – 2018, adottato a seguito del CCNQ per la definizione dei comparti e delle aree di contrattazione collettiva nazionale del 13/7/2016, secondo cui *la responsabilità dirigenziale di cui all'art. 21 del D.Lgs. n. 165/2001, riguarda il raggiungimento dei risultati in relazione ad obiettivi assegnati, la qualità del contributo assicurato alla performance generale della struttura, le competenze professionali e manageriali dimostrate, nonché i comportamenti organizzativi richiesti per il più efficace svolgimento delle funzioni assegnate. La*

seguire, secondo quanto chiarito oramai da tempo anche dalla Corte Costituzionale²⁶, un apposito procedimento connotato da adeguate garanzie procedurali, che prevedono sia l'intervento di un organo consultivo, denominato comitato dei garanti, sia il rispetto del principio del contraddittorio e del diritto di difesa, per consentire al dirigente sottoposto al relativo procedimento per l'accertamento della responsabilità dirigenziale di chiarire le ragioni per le quali la sua condotta non sia suscettibile di censura. Solo l'esternazione delle ragioni poste alla base della determinazione assunta dall'organo politico, infatti, garantisce la trasparenza delle scelte sotto il profilo della prosecuzione dell'attività gestoria in ossequio ai precetti costituzionali di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa²⁷.

Partendo dalla specifica disciplina legislativa in tema di responsabilità dirigenziale così come ricavabile dall'articolo 21 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 recante (*Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche.*), emerge che il tratto caratterizzante la responsabilità dirigenziale risiede nella circostanza che il soggetto destinatario di un incarico dirigenziale è chiamato a rispondere dei risultati della sua complessiva gestione amministrativa²⁸, tanto da potersi definire una responsabilità per risultati²⁹, dovendosi quest'ultima espressione necessariamente ricondurre alla formula dell'"amministrazione per risultati", così come introdotta da autorevole dottrina³⁰; nell'amministrazione per risultati, organi politici e organi dirigenziali sono impegnati in maniera interdipendente a raggiungere tutti o almeno una buona parte degli obiettivi prefissati in sede di indirizzo politico, ed in particolare i primi, attraverso la fissazione degli obiettivi e l'assegnazione delle relative risorse umane, materiali ed economico-finanziarie; i secondi, attraverso l'attività di amministrazione concreta e di gestione delle risorse a

responsabilità dirigenziale è accertata secondo le procedure e mediante gli organismi previsti nell'ambito del sistema di valutazione delle amministrazioni, nel rispetto della normativa vigente.

²⁶ «anche per assicurare, specie dopo l'entrata in vigore della legge n. 241/1990, il rispetto dei principi del giusto procedimento, all'esito del quale dovrà essere adottato un atto motivato che, a prescindere dalla sua natura giuridica, di diritto pubblico o di diritto privato²⁹, consenta comunque un controllo giurisdizionale» Corte cost., 23 marzo 2007, n. 103.

²⁷ Si v. C. CELONE *La responsabilità dirigenziale tra stato ed enti locali*, cit., p. 101 e 102.

²⁸ F. G. COCA, *Attività amministrativa*, in Enc. dir., VI agg., Milano, 2002, 100 ss.

²⁹ *Ex plurimis* Tra i tanti: C. PINELLI, *Responsabilità per risultati e controlli*, in *Le responsabilità pubbliche*, cit., 385; G. CORSO, *Il dirigente pubblico e la responsabilità dei risultati*, ivi, 573; M. RUSCIANO, A proposito della responsabilità «di risultato» del dirigente pubblico dopo il d.lgs. 29 del 1993, ivi, 597; L. VANDELLI, *Ordinamento delle autonomie locali. Commento alla legge 8 giugno 1990, n. 142*, Rimini, 1991, 455.

³⁰ Da Massimo Severo Giannini come ricorda A. ROMANO TASSONE, Sulla formula «amministrazione per risultati», in *Scritti in onore di Elio Casetta*, cit., 815, 817- 818.

loro disposizione per il perseguimento ed il conseguimento degli obiettivi definiti in sede di indirizzo politico³¹.

L'elemento che caratterizza la responsabilità dirigenziale, quindi, è il fatto che essa consegue all'inadempimento degli obblighi discendenti dall'incarico dirigenziale, potendosi assimilare, per tale motivo, alla responsabilità civile da inadempimento, dovendosi tuttavia considerare a tal riguardo che la fonte dell'obbligazione non è il contratto in senso stretto, bensì l'atto unilaterale consistente nel provvedimento di conferimento dell'incarico o la direttiva dell'organo di indirizzo.

È bene ricordare che anche la responsabilità dirigenziale, tenuto conto di quanto previsto dall'art. 16, comma 1, lett. e), ed art.17, comma 1, lett. d), d.lgs. n. 165/2001, comprende non tanto, o non solo, il comportamento del singolo dirigente, bensì la condotta dell'ufficio da questi diretto, dovendo quindi egli rispondere anche nel caso in cui gli obiettivi che gli sono stati attribuiti non risultano raggiunti per cause imputabili ai dipendenti assegnati al suo ufficio, rispetto ai quali egli può comunque esercitare i poteri che gli sono espressamente conferiti di direzione, coordinamento, controllo e sostituzione, naturalmente, in caso di inerzia; in tal modo è possibile assimilare³² la responsabilità dirigenziale alla responsabilità del debitore "per fatto degli ausiliari", così come prevista dall'articolo 1228 del codice civile, così come ad una responsabilità per inadempimento di obbligazioni di risultato o di mezzi³³.

³¹ Così C. CELONE *La responsabilità dirigenziale tra stato ed enti locali*, cit., p. 104

³² Da P. CHIRULLI, *Dirigenza pubblica (riforma della)*, in Enc. Giur., 2000, 11.

³³ La responsabilità dirigenziale si caratterizza, tra le altre cose, per la circostanza che, ai fini dell'imputazione dei risultati negativi, non rileva soltanto il comportamento personale del singolo dirigente, ma anche l'azione complessiva dell'ufficio al quale lo stesso è preposto, e quindi le attività di tutti i dipendenti che gli sono stati assegnati, similmente alla responsabilità civile per fatto altrui. Nella valutazione dei risultati raggiunti dal dirigente deve essere presa in considerazione, in particolare, la quantità e la qualità delle risorse umane, finanziarie e materiali, che gli sono state messe effettivamente a disposizione, poiché tali fonti costituiscono componenti necessarie per potere raggiungere gli obiettivi che gli vengono assegnati dall'organo politico (o dal dirigente generale). Sono le disposizioni della legge e della contrattazione collettiva a porre l'accento sul legame tra gli obiettivi alla stregua dei quali viene valutata la performance del dirigente e le risorse disponibili, richiedendo che i primi siano "correlati" alle seconde. Di conseguenza, se le risorse del dirigente risultano oggettivamente inadeguate rispetto agli obiettivi da raggiungere, oppure se gli obiettivi risultano oggettivamente irraggiungibili, tali circostanze rilevano tra le cause che rendono "impossibile" la prestazione del dirigente, e pertanto come fattori "esimenti", ovvero come condizioni di "non imputabilità" della responsabilità dirigenziale. In questa prospettiva, il dirigente che non raggiunge gli obiettivi che gli sono stati assegnati può difendersi da un'eventuale imputazione di responsabilità a suo carico, provando che l'inadempimento dell'obbligo è stato determinato «da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile», in linea con quanto prescrive l'art. 1218 del codice civile a proposito della responsabilità del debitore. Così C. CELONE *La responsabilità dirigenziale tra stato ed enti locali*, cit., pp. 109 – 110, In termini non dissimili, A. BOSCATI, *Il dirigente dello Stato ...*, cit., 315 (nota 48); S. MAINARDI, *La responsabilità dirigenziale ed il ruolo del Comitato dei Garanti*, in *Il lavoro nelle p. a.*, 2002, 1092-1093; A. BOSCATI, S. MAINARDI, V. TALAMO (a cura di), *La responsabilità dirigenziale*, in *La dirigenza nelle pubbliche amministrazioni*. Dal modello unico

La responsabilità dirigenziale va considerata, peraltro, come una forma di responsabilità che non si sostituisce ma si aggiunge, con proprie e differenti peculiarità, alle altre figure di responsabilità pubblica, la quale nei suoi canoni tradizionali si articola in responsabilità tra poteri pubblici, in particolare fra Governo e Parlamento, che trova fondamento nell'art. 95 della Costituzione ove viene proclamato il principio della responsabilità politica del Presidente del Consiglio e dei ministri, e in responsabilità dei poteri pubblici nei confronti dei soggetti privati, in riferimento alla soddisfazione ed alla lesione delle situazioni giuridiche soggettive di questi ultimi, che trova fondamento negli artt. 28 e 113 della Costituzione; per mezzo di essi viene, infatti, sancita la responsabilità civile e solidale degli enti e dei dipendenti pubblici e la responsabilità amministrativa e penale di questi ultimi, nonché sancito il principio della generale tutela dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa³⁴.

Esiste, difatti, un elemento comune a tutte le forme di responsabilità, compresa quella dirigenziale, rintracciabile nel fatto che ognuna di esse presuppone il compimento di un illecito, inteso come comportamento umano posto in violazione di una norma giuridica³⁵, al verificarsi del quale l'ordinamento reagisce con una sanzione per ripristinare l'ordine giuridico violato; ciò che però distingue la responsabilità dirigenziale dalla responsabilità civile e da quella erariale del funzionario pubblico, è il fatto che essa prescinde dalla produzione di un danno, perché ciò che rileva è il verificarsi dell'illecito in sé a prescindere che lo stesso abbia causato o meno un danno (patrimoniale o non patrimoniale)³⁶.

Vi è, tuttavia, una specifica ipotesi di responsabilità, quella disciplinare che, in ragione di una espressa volontà del legislatore, si intreccia, peraltro con non poche conseguenze sotto il profilo concettuale, con la responsabilità dirigenziale, dovendosi ciò desumere dalla norma contenuta nell'art. 21, comma 1, così come riformulata dall'art. 3, comma 2, della l. 15 luglio 2002, n. 145 che, nell'individuare le due ipotesi principali di responsabilità dirigenziale nel mancato raggiungimento degli obiettivi e nell'inosservanza delle direttive "imputabili al dirigente", chiosa con l'inciso "ferma

ministeriale ai modelli caratterizzanti le diverse amministrazioni, a cura di F. Carinci e S. Mainardi, Tomo I, Milano, 2005, 258.

³⁴ Si v. C. CELONE *La responsabilità dirigenziale tra stato ed enti locali*, cit. 14

³⁵ C. CELONE *La responsabilità dirigenziale tra stato ed enti locali*, cit. 129, B. ALBANESE, *Illecito (storia)*, Enc. dir., vol. XX, Milano, 1970, 50; P. TRIMARCHI, *Illecito (diritto privato)*, ivi, 90 e ss.

³⁶ C. CELONE *La responsabilità dirigenziale tra stato ed enti locali*, cit. 130

restando l'eventuale responsabilità disciplinare secondo la disciplina contenuta nel contratto collettivo".

In seguito il d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150³⁷ con l'art. 41, comma 1, lett. a), ha modificato la disposizione in punto di accertamento del mancato raggiungimento degli obiettivi, disponendo che deve effettuarsi secondo il sistema di valutazione di cui al Titolo II del decreto legislativo di attuazione della l. 4 marzo 2009, n. 15, lasciando immutate le fattispecie di responsabilità dirigenziale (mancato raggiungimento degli obiettivi, inosservanza delle direttive imputabili al dirigente) e le conseguenze che ne derivano (revoca dell'incarico e collocamento a disposizione dei ruoli di cui all'art. 23) mantenendo ferma la salvezza dell'eventuale responsabilità disciplinare ("ferma restando l'eventuale responsabilità disciplinare secondo la disciplina contenuta nel contratto collettivo").

Ciò sta a significare che, a prescindere dagli elementi che caratterizzano la responsabilità dirigenziale come forma di responsabilità a sé stante, uno stesso comportamento, secondo la posizione assunta dal legislatore, può dar luogo tanto a responsabilità dirigenziale quanto a responsabilità disciplinare.

Quest'ultimo è un punto non privo di ricadute pratiche ed operative, ove si consideri che, pur nella comune previsione circa il rispetto del principio del contraddittorio, le due forme di responsabilità presentano tuttora rilevanti profili di diversità procedurale e formale, sì da imporre agli interpreti una attenta opera di selezione e ricostruzione, onde prevenire o impedire forme più o meno gravi di irregolarità o invalidità³⁸, tema questo diffusamente affrontato sia in dottrina³⁹ che in giurisprudenza⁴⁰.

³⁷ Decreto Legislativo 27 ottobre 2009, n. 150 recante "Attuazione della legge 4 marzo 2009, n. 15, in materia di ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e di efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni."

³⁸ Diversi sono i soggetti chiamati a contestare e a sanzionare; inoltre, la presenza di organi terzi in funzione di garanzia del dirigente è limitata alla sola responsabilità dirigenziale. Ciò considerato, occorre anche aggiungere che storicamente è in atto un processo di progressiva convergenza, anche sotto il profilo formale e procedurale, tra le due forme di responsabilità, v. F. BORGOGELLI, *Valutazione e responsabilità della dirigenza pubblica: ancora una riforma*, in *Lavoro nelle P.A.*, 2014, 5, pp. 689 ss.

³⁹ Sul punto vedi l'esauritiva ricostruzione proposta da C. CELONE *La responsabilità dirigenziale tra stato ed enti locali*, cit. pp. 133 e ss., A. BOSCATI, *Responsabilità disciplinare e responsabilità dirigenziale; alla ricerca della fattispecie*, in *Lavoro nelle P.A.*, 2014, 3-4, pp. 525 ss.

⁴⁰ Da ultimo si richiama Cass., sez. lav., 9 maggio 2018, n. 11161. La giurisprudenza di legittimità, invero, ritiene che debba farsi ricorso al criterio della prevalenza ai fini della risoluzione dei possibili conflitti tra le due diverse ipotesi di responsabilità, e ciò nel caso in cui la contestazione presenti aspetti che la rendano contemporaneamente sussumibile nell'una e nell'altra forma di responsabilità, il che si verifica nell'ipotesi in cui il procedimento venga avviato con riferimento ad una pluralità di addebiti, di cui alcuni riconducibili alla responsabilità disciplinare, altri a quella dirigenziale.

In sintesi la responsabilità dirigenziale, intesa come responsabilità per il mancato conseguimento, da parte della dirigenza, degli obiettivi stabiliti in sede politica è, secondo l'attuale modello di amministrazione, una specifica ed autonoma forma di responsabilità, tutta interna all'Ente, che ha la funzione di individuare gli eventuali discostamenti dell'attività gestionale, intesa nel suo complesso, rispetto alle priorità fissate dalla politica, risolvendosi quindi come uno strumento teso ad assicurare il necessario vincolo di coerenza tra indirizzo e gestione e, se del caso, consentire la rimozione tempestiva del dirigente rivelatosi inadatto alla funzione.

3. La responsabilità dirigenziale tra fattispecie tipica e figure speciali.

Come si è già avuto modo di dire, l'articolo 21, comma 1, del d.lgs. n. 165/2001 individua tra le ipotesi fondamentali di responsabilità dirigenziale il "mancato raggiungimento degli obiettivi" e l'"inosservanza delle direttive". Il mancato raggiungimento degli obiettivi, secondo quanto stabilito dal medesimo articolo 21, dal d.lgs. n. 150 del 2009⁴¹ nonché dalle disposizioni della contrattazione nazionale⁴², è fonte di responsabilità dirigenziale soltanto se è accertato attraverso le risultanze del sistema di valutazione della *performance*, di cui al d.lgs. n. 150/2009.

Anche l'"inosservanza delle direttive", benché la formulazione della norma porti ad escluderlo, sembra che debba comunque essere accertata attraverso le risultanze del sistema di valutazione della *performance* (di cui al decreto n. 150/2009), in quanto le determinazioni correttive e sanzionatorie dell'organo di governo per inosservanza delle direttive verrebbero svincolate da un ulteriore elemento di garanzia costituito dalla procedura di valutazione e dal giudizio espresso da un organo indipendente a ciò preposto (l'OIV), con il rischio di indebolire l'autonomia del dirigente e di accentuare il rapporto di dipendenza e fidelizzazione del medesimo nei confronti dell'organo di indirizzo politico⁴³.

⁴¹ Vedi combinato disposto dell'art. 3, comma 5 bis, e dell'art. 9, comma 1, lett. b), del d.lgs. n. 150 del 2009.

⁴² Vedi articolo 33 del Contratto Collettivo Nazionale di Lavoro relativo al personale dell'area funzioni centrali triennio 2016 – 2018

⁴³ L'accertamento di tale ipotesi di responsabilità, così com'è formulata la norma, sembrerebbe sganciato, almeno *prima facie*, dalle risultanze del sistema di valutazione della *performance* (di cui al decreto n. 150/2009), che è invece strettamente correlato al raggiungimento degli obiettivi. Se si seguisse però questa soluzione, le determinazioni correttive e sanzionatorie dell'organo di governo per inosservanza delle direttive, sebbene richiedano l'imputabilità a carico del dirigente di un simile inadempimento, verrebbero svincolate da un ulteriore

Un'ulteriore fattispecie di responsabilità del dirigente, sebbene dalla legge non formalmente qualificata come responsabilità dirigenziale, la cui natura, tuttavia, sembra potersi ricondurre, sul piano concettuale, non tanto all'ipotesi della responsabilità dirigenziale, quanto piuttosto a quella disciplinare⁴⁴, si deve all'art. 41 del decreto attuativo n. 150/2009, che, tra l'altro, ha aggiunto il comma 1 bis all'art. 21, del d.lgs. n. 165/2001, stabilendo che al dirigente nei confronti del quale venga accertata, previa contestazione e nel rispetto del principio del contraddittorio, la colpevole violazione del dovere di vigilanza sul rispetto, da parte del personale assegnato ai propri uffici, degli standard quantitativi e qualitativi fissati dall'amministrazione, la retribuzione di risultato è decurtata, sentito il comitato dei garanti, di una quota che, in relazione alla gravità della violazione, può giungere fino all'ottanta per cento, e ciò conformemente agli indirizzi deliberati in passato in materia di ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e di efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni dalla Civit, poi dall'Anac, ed ora dal Dipartimento della funzione pubblica della Presidenza del Consiglio dei ministri.

Tuttavia, a partire dal 2005, ovvero in occasione del varo del codice dell'amministrazione digitale⁴⁵, si è assistito ad un mutamento della fisionomia dell'istituto della responsabilità dirigenziale, in quanto il legislatore per un verso ha ricondotto nel suo alveo di applicazione tutta una serie di figure speciali, per altro

elemento di garanzia costituito dalla procedura di valutazione e dal giudizio espresso da un organo indipendente a ciò preposto (l'oiiv), con il rischio di indebolire l'autonomia del dirigente e di accentuare il rapporto di dipendenza e fidelizzazione del medesimo nei confronti dell'organo di indirizzo politico. Ma una simile interpretazione non appare coerente con il sistema, per cui è necessario recuperare, anche in questo caso, il collegamento tra inosservanza delle direttive e accertamento di tale fattispecie attraverso il meccanismo di valutazione della performance individuale del dirigente. Se è vero, d'altra parte, che le direttive, per loro natura, sono dirette a definire indirizzi ed obiettivi strategici ed operativi, oppure priorità, piani e programmi da attuare, allora anche l'inosservanza delle direttive, nella misura in cui comporti il mancato raggiungimento degli obiettivi in esse contenuti, dovrà essere accertata secondo le risultanze del nuovo sistema di valutazione. Cfr. C. CELONE *La responsabilità dirigenziale tra stato ed enti locali*, cit. pp. 230

⁴⁴ Ciò per una serie di considerazioni che attengono ad aspetti sostanziali, procedurali e sanzionatori della disciplina. Sotto il profilo sostanziale, la responsabilità in esame viene collegata, a ben vedere, non alla violazione di un'obbligazione di risultato, ossia al mancato conseguimento da parte del dirigente dei risultati attesi dall'organo di indirizzo politico ed amministrativo, ma all'inadempimento di un'obbligazione di mezzi, più precisamente di un obbligo di condotta puntualmente previsto e disciplinato dalla legge, rientrante tra i doveri d'ufficio del dirigente, tenuto a vigilare sul rendimento dei propri dipendenti. Dal punto di vista procedurale, l'accertamento di questa species di responsabilità non viene collegato dalla legge al sistema di misurazione e valutazione della performance individuale, che rappresenta, si è visto, l'antecedente logico ed indefettibile della responsabilità di risultato. Sotto il profilo sanzionatorio, infine, si introduce una misura di tipo pecuniario, in precedenza non contemplata tra le misure applicabili alla responsabilità dirigenziale, diversamente dalla responsabilità disciplinare, alla quale la legge ha ricollegato, fin dall'inizio, anche sanzioni pecuniarie Cfr. C. CELONE *La responsabilità dirigenziale tra stato ed enti locali*, cit. pp. 235

⁴⁵ D.lgs. 7 marzo 2005, n. 82 "Codice dell'amministrazione digitale." Artt. 6 ter, 12, 17, 47, 65

verso, invece, ha creato una commistione, o meglio, un indissolubile intreccio tra responsabilità dirigenziale e responsabilità disciplinare o erariale (ponendo in tal modo una serie di questioni non prive di ricadute pratiche ed operative qualora la contestazione riguardi profili afferenti contemporaneamente all'una e all'altra forma di responsabilità).

Alcune figure speciali di responsabilità dirigenziale sono state introdotte dal d.lgs. n. 150 del 2009 ed attengono all'ipotesi della responsabilità per omessa vigilanza sul rendimento dei propri dipendenti, così come introdotta dall'art.41, comma 1, lett. b), del d.lgs. 150 del 2009 che ha aggiunto il comma 1 bis, all'articolo 21 del d.lgs. n. 165 del 2001. Altre sono state previste, ad esempio, dai decreti legislativi n. 74 e n. 75 del 2017, che hanno modificato il decreto sulla performance (n.150/2009) e il decreto sul pubblico impiego (n.165/2001), riproponendo una sovrapposizione dei piani di operatività tra la responsabilità dirigenziale e la responsabilità disciplinare, in quanto prevedono, ad esempio, tra le ipotesi per le quali si può procedere al licenziamento disciplinare, *“l'insufficiente rendimento dovuto alla reiterata violazione degli obblighi concernenti la prestazione lavorativa, rilevato attraverso la costante valutazione negativa della performance del dipendente per ciascun anno dell'ultimo triennio⁴⁶”*; oppure, vi è il caso per cui determinate condotte aventi rilevanza disciplinare, punibili con la sospensione dal servizio fino a un massimo di tre mesi e, nei casi più gravi, con il licenziamento, sono valutate, nei confronti del personale con qualifica dirigenziale o titolare di funzioni o incarichi dirigenziali, anche ai fini della responsabilità dirigenziale⁴⁷.

Parimenti, altre ipotesi speciali sono state previste dalla legge delega n. 190 del 2012, in tema di prevenzione della corruzione, mentre il decreto attuativo n. 33 del 2013, come modificato e integrato dal d.lgs. n. 97/2016, in tema di accesso civico e obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione delle informazioni pubbliche, ha invece inquadrato tra le fattispecie produttive di responsabilità, sia dirigenziale, sia disciplinare, sia amministrativo contabile (per danno all'immagine), l'inadempimento dei numerosi obblighi di pubblicazione nei siti istituzionali delle pubbliche amministrazioni dei documenti, delle informazioni e dei dati concernenti la loro organizzazione ed attività⁴⁸.

⁴⁶ Art. 55 quater, comma 1, lett. f-quinquies), d.lgs. n. 165/2001, in combinato con art. 3, comma 5 bis, d.lgs. n. 150/2009.

⁴⁷ Art. 55 sexies, comma 3, d.lgs. n. 165/2001.

⁴⁸ Artt. 45 e 46, d.lgs. n. 33/2013.

Questa commistione di fattispecie, riconducibili a più forme di responsabilità, aveva indotto, però, di recente, il legislatore a richiedere al Governo, tramite la legge delega n. 124/2015 (all'art. 11, comma 1, lettera m), dichiarata però incostituzionale con la sentenza della Corte Costituzionale n. 251 del 2016⁴⁹, come quasi tutto l'articolo 11, di procedere al «riordino delle disposizioni legislative relative alle ipotesi di responsabilità dirigenziale, amministrativo-contabile e disciplinare dei dirigenti», la «ridefinizione del rapporto tra responsabilità dirigenziale e responsabilità amministrativo-contabile, con particolare riferimento alla esclusiva imputabilità ai dirigenti della responsabilità per l'attività gestionale», la «limitazione della responsabilità dirigenziale alle ipotesi di cui all'articolo 21 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165», e infine, la «limitazione della responsabilità disciplinare ai comportamenti effettivamente imputabili ai dirigenti stessi»; il legislatore delegato, tuttavia, non era intervenuto su questi punti, tant'è che sulla necessità di un simile riordino si era altresì espresso il Consiglio di Stato con il parere del 14 ottobre 2016, n. 2113, reso in occasione dell'esame dello schema preliminare di decreto legislativo recante "*Disciplina della dirigenza della Repubblica*", adottato sulla base della predetta legge n. 124 del 2015, poi approvato dal Consiglio dei ministri il

⁴⁹ Così La Corte Costituzionale nella sentenza n. 251/2016 a proposito della delega legislativa per la riorganizzazione della dirigenza pubblica e di quella sanitaria ricompresa nell'ambito della c.d. Riforma Madia: È dichiarato costituzionalmente illegittimo - per violazione del principio di leale collaborazione di cui agli artt. 5 e 120 Cost. - l'art. 11, comma 1, lett. a), b), n. 2), c), nn. 1) e 2), e), f), g), h), i), l), m), n), o), p) e q), e comma 2, della legge n. 124 del 2015, nella parte in cui prevede che i decreti legislativi attuativi siano adottati previa acquisizione del parere reso in sede di Conferenza unificata, anziché previa intesa in sede di Conferenza Stato-Regioni. Le disposizioni impugnate dalla Regione Veneto - che (per apprezzabili esigenze di unitarietà) enunciano in modo dettagliato i principi e criteri direttivi della delega finalizzata alla riorganizzazione di tutta la dirigenza pubblica, inclusa quella regionale - incidono su ambiti riconducibili alla competenza statale esclusiva in materia di "ordinamento civile" (per la parte concernente il rapporto di lavoro privatizzato) e alla determinazione statale dei principi fondamentali in materia di tutela della salute (per la parte relativa alla disciplina della dirigenza sanitaria), ma interferiscono anche profondamente con la competenza residuale delle Regioni in materia di ordinamento e organizzazione amministrativa regionale (entro cui si collocano le procedure concorsuali pubblicistiche per l'accesso al ruolo, il conferimento e la durata degli incarichi) nonché con la potestà residuale regionale in materia di formazione o con quella concorrente in materia di tutela della salute (per la parte relativa alla disciplina della dirigenza sanitaria). A fronte di tale palese concorso di competenze inestricabilmente connesse, nessuna delle quali si rivela prevalente, l'intervento del legislatore statale non è costituzionalmente illegittimo, se necessario a garantire l'esigenza di unitarietà sottesa alla riforma, ma deve muoversi nel rispetto del principio di leale collaborazione, garantendo nella fase attuativa della delega un reale coinvolgimento delle Regioni, per realizzare il quale non è sufficiente il prescritto parere in Conferenza unificata, essendo bensì l'intesa in sede di Conferenza Stato-Regioni (irragionevolmente prevista dal legislatore delegante solo per l'istituzione del ruolo unico dei dirigenti regionali) l'unica forma idonea ad assicurare - mediante lo svolgimento di genuine trattative prima dell'adozione dei decreti delegati - il raccordo tra le competenze esclusivamente statali e regionali coinvolte dalla riforma.

25 agosto 2016 ma successivamente travolto dalla citata sentenza della Corte costituzionale n. 251/2016⁵⁰.

Il supremo Collegio allora aveva manifestato le proprie perplessità in ordine alla mancata attuazione di quanto previsto nella legge delega, che, invece, sarebbe stata opportuna, in ragione della complessità delle fattispecie e della non chiarezza degli esatti ambiti delle responsabilità del dirigente. In particolare, la responsabilità dirigenziale, quale forma di responsabilità aggiuntiva che si giustifica in ragione dei poteri gestionali attribuiti alla dirigenza, avrebbe imposto - secondo i giudici amministrativi - una previsione generale che ne definisse, in modo chiaro, i connotati identificativi, soprattutto al fine distinguerla dalla responsabilità disciplinare, evitando sovrapposizioni.

Il legislatore, tuttavia, nonostante l'auspicato riordino dell'istituto della responsabilità dirigenziale, e nel probabile sforzo di individuare meccanismi in grado di imprimere maggiore efficacia alle azioni poste in essere per rispondere ai gravi problemi che il Paese si è trovato ad affrontare nel corso degli ultimi anni, non ultimi quelli innescati dalla pandemia da covid-19, ha continuato a disseminare tutta un serie di norme che, così come già accaduto in precedenza, in alcuni casi recano in sé speciali ipotesi di responsabilità dirigenziale⁵¹, ed in altri, invece, continuano a riproporre una stretta connessione tra responsabilità dirigenziale e responsabilità disciplinare⁵².

⁵⁰ Nella medesima sentenza la Corte ebbe altresì a precisare che per la parte relativa al trattamento economico, al regime di responsabilità o comunque a profili attinenti al lavoro privatizzato, la disciplina della dirigenza pubblica (inclusa quella regionale) incide su ambiti riconducibili alla competenza del legislatore statale in materia di "ordinamento civile".

⁵¹ Cfr. art. 1, comma 783, L. 30.12.2018 n. 145 *Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2019 e bilancio pluriennale per il triennio 2019-2021*; art. 1, commi 163 e 351, L. 27.12.2019 n. 160 *Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2020 e bilancio pluriennale per il triennio 2020-2022*; art. 22, del decreto-legge 16.7.2020 n. 76 *Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale*.

⁵² Cfr. art. 65, comma 2, d.lgs. 13.12.2017 n. 217 *Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 26 agosto 2016, n. 179, concernente modifiche ed integrazioni al Codice dell'amministrazione digitale, di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, ai sensi dell'articolo 1 della legge 7 agosto 2015, n. 124, in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche*; art. 6, comma 5, d.lgs. 12.9.2018 n. 116 *Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 12 maggio 2016, n. 90, in materia di completamento della riforma della struttura del bilancio dello Stato, in attuazione dell'articolo 40, comma 1, della legge 31 dicembre 2009, n. 196*; art. 1, comma 7, L. 19.6.2019 n. 56 *Interventi per la concretezza delle azioni delle pubbliche amministrazioni e la prevenzione dell'assenteismo*; art. 1, comma 94, L. 27.12.2019 n. 160 *Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2020 e bilancio pluriennale per il triennio 2020-2022*; art. 1, comma 8, D.L. 30.12.2019 n. 162 *Disposizioni urgenti in materia di proroga di termini legislativi, di organizzazione delle pubbliche amministrazioni, nonché di innovazione tecnologica*; art. 117, comma 10 del decreto-legge 19.5.2020 n. 34 *Misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all'economia, nonché di politiche sociali connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19*; art. 116, commi 7 e 8, del decreto-legge 19.5.2020 n. 34 *Misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all'economia, nonché di politiche sociali connesse*

4. Una nuova ipotesi di responsabilità dirigenziale introdotta dall'art. 22 del decreto - legge n. 76/2020.

Una nuova ipotesi di responsabilità dirigenziale è stata da ultimo introdotta dall'articolo 22 del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76 recante "*Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale*" così come convertito con modificazioni dalla legge 11 settembre 2020, n. 120.

La norma, in particolare, dopo avere attribuito alla Corte dei Conti il compito di svolgere il controllo concomitante di cui all'art. 11, comma 2, della legge 4 marzo 2009, n. 15, sui principali piani, programmi e progetti relativi agli interventi di sostegno e di rilancio dell'economia nazionale, ha altresì disposto che l'eventuale accertamento di gravi irregolarità gestionali, ovvero di rilevanti e ingiustificati ritardi nell'erogazione di contributi secondo le vigenti procedure amministrative e contabili, deve essere immediatamente trasmesso all'amministrazione competente ai fini della responsabilità dirigenziale ai sensi e per gli effetti dell'articolo 21, comma 1, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165.

In via di premessa è necessario volgere lo sguardo sulla particolare forma di controllo che il legislatore ha inteso demandare alla Corte dei Conti avuto riguardo ai principali piani, programmi e progetti relativi agli interventi di sostegno e di rilancio dell'economia nazionale.

Il controllo concomitante così come introdotto d'all'art. 11, comma 2, della legge 4 marzo 2009, n. 15⁵³, è una particolare forma di controllo con ad oggetto le gestioni

all'emergenza epidemiologica da COVID-19; art. 31, comma, 1, lett. d), del decreto-legge 16.7.2020 n. 76 Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale.

⁵³ La riforma delle funzioni di controllo della Corte dei Conti realizzata dalla L. 20/1994 si è mossa nella direzione di ridurre i controlli preventivi di legittimità, valorizzando al contempo il controllo sull'attività e sulle gestioni come strumento per la verifica del rispetto dei principi di efficienza, di economicità e di efficacia. Più in particolare, i tratti fondamentali del modello di controllo prefigurato dalla legge di riforma sono tre. In primo luogo, il controllo preventivo di legittimità è limitato e concentrato sugli atti fondamentali del Governo (e non più su tutti gli atti prodotti dall'amministrazione); in secondo luogo, viene potenziato e generalizzato a tutte le amministrazioni il controllo successivo sulla gestione, da svolgere sulla base di appositi programmi elaborati dalla Corte dei conti, che riferisce al Parlamento nazionale ed ai Consigli regionali sull'esito dei controlli eseguiti. L'articolo 3, comma 4, prevede che la Corte svolga, anche in corso di esercizio, il controllo successivo sulla gestione del bilancio e del patrimonio delle amministrazioni pubbliche, nonché sulle gestioni fuori bilancio e sui fondi di provenienza comunitaria, verificando la legittimità e la regolarità delle gestioni, nonché il funzionamento dei controlli interni a ciascuna amministrazione. La Corte, poi, accerta, anche in base all'esito di altri controlli, la rispondenza dei risultati dell'attività amministrativa agli obiettivi stabiliti dalla legge, valutando comparativamente costi, modi e tempi dello svolgimento dell'azione amministrativa. La Corte, inoltre, definisce ogni anno i programmi ed i criteri di riferimento del controllo di gestione sulla base delle priorità previamente deliberate dalle competenti Commissioni parlamentari. L'intervento del Parlamento nel procedimento di formazione del programma di controllo di gestione della Corte dei conti è stato introdotto successivamente ad

pubbliche statali in corso di svolgimento, a cui si riconnettono particolari e differenti procedure a seconda che si accertino nell'un caso gravi irregolarità gestionali ovvero gravi deviazioni da obiettivi, procedure o tempi di attuazione stabiliti da norme, nazionali o comunitarie, ovvero da direttive del Governo, o emergano, nell'altro caso, rilevanti ritardi nella realizzazione di piani e programmi, nell'erogazione di contributi ovvero nel trasferimento di fondi. L'iniziativa di procedere al controllo, in via generale, spetta alla Corte dei conti, anche su richiesta delle competenti Commissioni parlamentari⁵⁴.

L'esito del controllo in corso di gestione, infatti, è diverso a seconda se le violazioni riscontrate riguardano obblighi imposti da provvedimenti di rango normativo o di altro tipo (piani, programmi ecc.). La prima fattispecie considera i casi più gravi in cui le irregolarità sono tali da pregiudicare il conseguimento degli obiettivi previsti da norme nazionali o comunitarie o da direttive governative. In questi casi la Corte, qualora accerti "gravi irregolarità gestionali" o "gravi deviazioni da obiettivi, procedure o tempi di attuazione", è tenuta ad individuarne le cause, anche in contraddittorio con l'amministrazione, e provvede a darne comunicazione al ministro competente. La comunicazione assume la forma di decreto del Presidente della Corte, opportunamente motivato ed emanato su proposta della sezione competente. Una volta raggiunto dalla comunicazione della Corte, il ministro interessato può decidere di intervenire disponendo la sospensione dell'impegno di somme stanziare sui relativi capitoli di spesa. Il provvedimento di sospensione è adottato con decreto ministeriale che viene comunicato al Parlamento e alla presidenza della Corte dei conti. Nulla viene previsto riguardo alla durata della sospensione, né alla destinazione delle somme eventualmente non impegnate.

La seconda fattispecie, invece, riguarda l'accertamento di "rilevanti ritardi" nella realizzazione di piani e programmi, o nell'erogazione di contributi, o nel trasferimento di fondi. Anche in questi casi la procedura da seguire è analoga a quella prevista per le irregolarità riscontrate nell'attuazione di programmi previsti da provvedimenti normativi: individuazione delle cause in contraddittorio con l'amministrazione e comunicazione al ministro con decreto motivato del Presidente della Corte. Diversi sono invece gli esiti possibili. La proposta prevede due

opera della legge finanziaria per il 2007 (art. 1, co. 473). Ai sensi del comma 6 dell'art. 3 della legge 20, la Corte dei conti riferisce, almeno annualmente, al Parlamento ed ai consigli regionali sull'esito dei controlli eseguiti.

⁵⁴ Nel testo approvato dal Senato (art. 9) prevedeva anche l'iniziativa su richiesta del Consiglio dei ministri, che è stata soppressa nel corso dell'esame della Camera (A.C. 2031).

possibilità: il Ministro può adottare, entro 60 giorni (termine che può essere sospeso per il tempo necessario) i provvedimenti idonei a rimuovere gli impedimenti e, contemporaneamente, può decidere anche di sospendere il termine stesso; in alternativa il ministro può scegliere di non ottemperare ai rilievi sollevati dalla Corte e in tal caso è tenuto a comunicarne le ragioni al Parlamento e alla Corte stessa.

La particolarità del controllo concomitante risiede, altresì, sia nell'oggetto del controllo che nel suo contenuto. Per quanto riguarda l'oggetto, questo, a differenza del controllo sulla gestione del bilancio e del patrimonio affidato sempre ai giudici contabili ai sensi della legge n. 20 del 1994, si riferisce più in generale a tutta l'attività gestoria delle amministrazioni pubbliche, anche a quella che non ha ricadute immediate sul bilancio o sul patrimonio.

In relazione ai contenuti del controllo, invece, il riferimento alle gestioni in corso di svolgimento fa presupporre che la Corte dei Conti debba valutare l'adeguatezza della gestione in funzione degli obiettivi prestabiliti prima che questi si realizzino o che si compiano i termini stabiliti per la loro realizzazione. In altre parole alla Corte risulterebbe affidato, oltre al controllo sui risultati finali della gestione, anche il controllo degli atti e delle attività predisposti dalle amministrazioni per il perseguimento degli obiettivi loro assegnati in quanto volti al conseguimento di quei risultati.

Richiamati in tal modo i caratteri generali del controllo concomitante, risulta agevole ritenere che quella prevista nel primo comma dell'art. 22 del d.l. n. 76 del 2020, possa considerarsi una forma di controllo concomitante del tutto nuova ed autonoma rispetto a quella di cui all'art. 11, comma 2, della legge n. 15/2009⁵⁵, in ragione del fatto che: il controllo concomitante sui piani e programmi è effettuato anche a richiesta del Governo, oltre che delle competenti Commissioni parlamentari; la decisione di effettuare il controllo di gestione attualmente è facoltativa, mentre dalla formulazione testuale dell'art. 22 cit. sembrerebbe che la Corte dei Conti sia

⁵⁵ Il legislatore, richiamando l'articolo 11, comma 2, della Legge n. 15 del 2009, sembra abbia voluto semplicemente precisare a quale tipo di controllo si debba fare ricorso, ovvero sia a quello sulla gestione, al fine di soddisfare l'esigenza cruciale di maggiore efficienza dell'azione amministrativa in settori strategici e trainanti, quali quelli dell'erogazione di contributi o il trasferimento di risorse a soggetti privati destinati al finanziamento di spese di investimento, avendo, altresì, voluto prevedere, per la medesima finalità di efficienza, un diverso procedimento di accertamento il cui unico esito possibile, a differenza di quanto accade secondo il modello generale in ragione del quale si demanda al Ministro competente l'adozione delle eventuali misure correttive, è quello della trasmissione dell'eventuale accertamento all'amministrazione competente, ai fini della responsabilità dirigenziale ai sensi e per gli effetti dell'articolo 21, comma 1, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165.

obbligata al controllo introdotto dall'articolo in esame; la disposizione in esame è finalizzata all'accertamento di gravi irregolarità gestionali e di rilevanti e ingiustificati ritardi nell'erogazione di contributi, relativi alla realizzazione di atti amministrativi (piani, programmi)⁵⁶, mentre la disciplina generale sul controllo di gestione ha per oggetto anche le irregolarità riscontrate rispetto a provvedimenti di rango normativo, nazionali e comunitari, e a direttive del Governo⁵⁷; l'eventuale accertamento di gravi irregolarità gestionali o di rilevanti e ingiustificati ritardi nell'erogazione di contributi deve essere "immediatamente" trasmesso all'amministrazione competente ai fini della responsabilità dirigenziale ai sensi e per gli effetti dell'articolo 21, comma 1, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, più tosto, ovvero, oltre che, formare oggetto di una specifica comunicazione al Ministro competente.

A tal riguardo, tuttavia, occorre chiedersi se anche in tale nuova forma di controllo, ferme restando le sopra richiamate specificità, trovi applicazione l'articolato procedimento stabilito in via generale dall'art. 11 della legge n. 15/2009, il quale, come sopra ricordato, consiste in una fase istruttoria da parte della Corte dei Conti, anche in contraddittorio con l'amministrazione, e nella trasmissione di una comunicazione finale al Ministro competente, dovendosi ritenere, sotto tale profilo, che non si possa comunque escludere il contraddittorio con l'amministrazione poiché elemento imprescindibile di garanzia procedimentale, e ciò anche nel caso in cui si versi nell'ipotesi di un'attività di accertamento caratterizzata dalla tempestività e da penetranti poteri di controllo sulla gestione.

Ciò detto, in quanto utile ai fini del prosieguo della presente trattazione, si ritorna, nuovamente, a concentrare l'attenzione sulla nuova fattispecie di responsabilità dirigenziale introdotta dal legislatore con l'art. 22 cit., il cui esame presenta non pochi profili di complessità.

Già muovendo dal dato testuale della norma, così come riportato all'inizio di questo paragrafo, si registrano in via di prima approssimazione significative divergenze rispetto alla responsabilità dirigenziale codificata dall'art. 21, primo comma, del d.lgs. n. 165/2001, intesa quale sanzione applicabile, previa contestazione, al dirigente imputabile del mancato raggiungimento degli obiettivi

⁵⁶ Sotto tale profilo si ritiene che andrebbe valutata l'opportunità di definire con maggiore determinatezza i piani e programmi oggetto del controllo.

⁵⁷ Sul punto si rimanda al documento depositato dalla Corte dei Conti in sede di audizione sul disegno di legge n. 1883 (decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, recante "misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale") pp. 11 e 12.

fissati dall'organo politico, da accertarsi attraverso le risultanze del sistema di valutazione, e dell'inosservanza di specifiche direttive sempre da parte del medesimo organo.

Invero in sede di controllo concomitante, così come già ricordato allorché si è trattato dell'oggetto e dei contenuti di tale distinta forma di controllo, la Corte dei Conti è chiamata a valutare, con riguardo all'attività gestoria dell'amministrazione sottoposta a controllo, l'adeguatezza della gestione in funzione degli obiettivi prestabiliti in atti amministrativi pianificatori (piani, programmi e progetti) ritenuti rilevanti ai fini degli interventi di sostegno e di rilancio dell'economia nazionale, prima che questi si realizzino o che si compiano i termini stabiliti per la loro realizzazione, restando quindi esclusa la possibilità di ogni valutazione in merito al risultato complessivo ottenuto dal titolare dell'ufficio dirigenziale attraverso i suoi comportamenti organizzativi e gestionali e le prestazioni effettuate con riguardo agli obiettivi assegnati, compito quest'ultimo affidato dal legislatore in via esclusiva al sistema di valutazione di cui al Titolo II del decreto legislativo di attuazione della legge 4 marzo 2009, n. 15, in materia di ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e di efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni.

È, quindi, ragionevole ritenere che le gravi irregolarità gestionali, ovvero i rilevanti ed ingiustificati ritardi nell'erogazione di contributi, così come accertati nel corso dell'attività di controllo concomitante di cui all'art. 22 cit. da parte della Corte dei Conti, non possano dar luogo di per sé ad una autonoma procedura per responsabilità dirigenziale, potendoli piuttosto considerare come elementi di cui l'amministrazione competente deve tenere conto in sede di valutazione dei risultati complessivi ottenuti dal titolare dell'ufficio dirigenziale sottoposto a responsabilità dirigenziale.

Ciò, tuttavia, pone un duplice ordine di questioni di non poco conto se si considera, tra l'altro, che il riferimento alle "gravi" irregolarità gestionali ed ai "rilevanti e ingiustificati" ritardi nell'erogazione di contributi lascia intendere che nel caso di specie ben possa trovare applicazione il secondo periodo dell'art. 21 del d.lgs. n. 165 del 2001, secondo cui, in relazione alla gravità dei casi, l'amministrazione può, previa contestazione e nel rispetto del principio del contraddittorio, revocare l'incarico collocando il dirigente a disposizione dei ruoli di cui all'articolo 23 ovvero recedere dal rapporto di lavoro secondo le disposizioni del contratto collettivo.

La prima delle questioni riguarda, in particolare, il fatto che l'accertamento degli elementi costituenti la responsabilità dirigenziale, da cui potrebbe scaturire la revoca dell'incarico o addirittura il licenziamento, avverrebbe fuori dal sistema di valutazione di cui al Titolo II del decreto legislativo di attuazione della legge 4 marzo 2009, n. 15, in quanto l'amministrazione, come sembra logico poter supporre, dovrebbe tenere conto di quanto già accertato, sia sotto il profilo soggettivo che oggettivo, ivi compreso il relativo grado di gravità, dalla Corte dei Conti in sede di controllo concomitante, andando in tal modo a infrangere l'idea della responsabilità dirigenziale come di una responsabilità tutta interna all'ente in quanto, come già detto nel corso del terzo paragrafo del presente lavoro, la responsabilità dirigenziale è una responsabilità che rileva all'interno, in ragione del fatto che coinvolge, necessariamente, organo di indirizzo politico ed organo dirigenziale e non è attivabile, né sindacabile, nei rapporti tra amministrazione e terzi.

Al fine di affrontare la seconda questione, che peraltro potrebbe insorgere con riguardo a qualsiasi altra forma di responsabilità che si intendesse invocare in luogo di quella dirigenziale occorre, invece, richiamare nuovamente in causa la disposizione contenuta nel secondo periodo, del primo comma, dell'art. 21, del d.lgs. n. 165/2001, nella parte in cui prevede che l'irrogazione delle sanzioni della revoca o del licenziamento, conseguenza di un'inadempienza grave imputabile al dirigente, debba avvenire *“previa contestazione e nel rispetto del principio del contraddittorio”* al fine di garantire al dirigente sottoposto alla relativa procedura per responsabilità dirigenziale, di poter esercitare il proprio diritto di difesa.

Proprio la necessità di dover garantire il contraddittorio fa sorgere alcuni dubbi sulla norma in commento, tenuto conto del fatto che lo stesso andrebbe ad instaurarsi tra l'amministrazione, che però, come già detto in precedenza, non ha proceduto ad accertare direttamente ed in concreto, per mezzo del sistema di valutazione, ciò che in via di fatto viene contestato al dirigente, ed il medesimo dirigente, il quale, tuttavia, potrebbe vedere profondamente ridotta la propria capacità di difesa, lì dove l'amministrazione ritenesse di non potersi comunque discostare da quanto trasmesso dalla Corte dei Conti a seguito di accertamento in sede di controllo concomitante, riducendosi, quindi, in tal modo il contraddittorio ad una mera formalità, con l'effetto di privare d'efficacia il diritto alla difesa pure riconosciuto dal legislatore nell'ambito della responsabilità dirigenziale.

Sotto tale profilo non sembra soccorrere nemmeno la disciplina in materia di controllo concomitante prevista sempre dall'art. 22 cit., non essendo dato sapere con certezza, come si è già avuto modo di dire sopra, se con riguardo alla stessa trovi o meno applicazione l'articolato procedimento stabilito in via generale dall'art. 11 della legge n. 15/2009, consistente in una fase istruttoria da parte della Corte dei Conti, in contraddittorio con l'amministrazione, sede questa che consentirebbe pure, o per lo meno, al dirigente, il cui operato venga contestato, di poter far valere le proprie ragioni.

Alla luce delle considerazioni svolte e delle questioni sollevate, quindi, non sembrerebbe che tale nuova disciplina possa ricondursi appieno nell'alveo della responsabilità dirigenziale di cui all'art. 21, comma 1, del d.lgs. n. 165/2001, a nulla rilevando l'espreso richiamo di quest'ultima norma da parte dell'art. 22 del d.l. n. 76/2020.

Alle medesime conclusioni si potrebbe, altresì, pervenire qualora si intendesse considerare quella prevista dall'art. 22 come responsabilità dirigenziale, dovendola ritenere distante, in ragione delle caratteristiche possedute, dalla figura prevista in via generale dall'articolo 21, comma 1, del d.lgs. n. 165/2001, che come noto risponde all'esigenza di garantire l'effettività del principio di distinzione.

Sotto tale profilo, in particolare, è evidente come la figura di responsabilità introdotta dall'art. 22 cit., non possa ricondursi nell'ambito di quella generale di cui all'art. 21 del d.lgs. n. 165/2001, tenuto conto del fatto che oggetto della stessa non è il risultato complessivo ottenuto dal titolare dell'ufficio dirigenziale attraverso i suoi comportamenti organizzativi e gestionali e le prestazioni effettuate con riguardo agli obiettivi affidati, bensì le eventuali gravi irregolarità gestionali, ovvero i rilevanti e ingiustificati ritardi nell'erogazione di contributi secondo le vigenti procedure amministrative e contabili, in attuazione dei principali piani, programmi e progetti relativi agli interventi di sostegno e di rilancio dell'economia nazionale; e che il mancato raggiungimento degli obiettivi deve essere accertato a valle e sulla base del sistema di valutazione di cui al Titolo II del decreto legislativo di attuazione della legge 4 marzo 2009, n. 15. In tale ultimo caso, infatti, la responsabilità dirigenziale, *utsupra* visto, è lo strumento volto ad accertare la corrispondenza e la congruenza fra obiettivi ed indirizzi impartiti e risultati realizzati, laddove l'attività del dirigente non viene sottoposta ad un controllo quotidiano e diffuso, come avviene per le altre

forme di responsabilità, ma viene esaminata a scadenze periodiche, con tecniche e strumenti tipizzati, e trova misure correttive e sanzionatorie anch'esse tipizzate.

Deviare da un simile percorso, infatti, finirebbe per snaturare la funzione accordata alla responsabilità dirigenziale considerata all'interno del modello della distinzione delle competenze tra organi politici ed organi burocratici, che se viene correttamente configurata dal legislatore ed applicata dagli organi interessati, svolge un ruolo determinante e di rilievo costituzionale, poiché tende a garantire la corretta attuazione dell'indirizzo politico attraverso il raggiungimento degli obiettivi assegnati; nel contempo, soddisfa l'autonomia decisionale e gestionale del dirigente, unitamente al prestigio ed all'etica professionale dell'alta burocrazia italiana, e così facendo contribuisce ad assicurare l'imparzialità ed il buon andamento dell'amministrazione come organizzazione e come funzione ed il soddisfacimento degli interessi generali della collettività amministrata, coerentemente con lo statuto costituzionale degli apparati pubblici⁵⁸.

La figura prevista dall'art. 22 cit., potrebbe, quindi, più opportunamente ricondursi nell'ambito delle figure speciali di responsabilità dirigenziale di cui si è già trattato nel corso del presente lavoro, dovendosi tuttavia rilevare come la stessa contenga degli elementi di novità anche rispetto ad altre figure speciali di responsabilità dirigenziale previste dal legislatore, come, ad esempio, quelle rintracciabili nel codice dell'amministrazione digitale o nel d.lgs. n. 33 del 2013, le quali sono accomunate dalla violazione di specifici obblighi di condotta e dal fatto che il legislatore le considera del pari fonte di responsabilità disciplinare e/o erariale (nel caso di danno all'immagine dell'amministrazione) nella direzione, quindi, di una discutibile sovrapposizione tra fattispecie⁵⁹.

In rapporto alle ulteriori e diverse figure spurie di responsabilità dirigenziale, è necessario, tuttavia, operare una opportuna distinzione tra l'ipotesi delle gravi irregolarità e quella dei rilevanti e ingiustificati ritardi nell'erogazione di contributi. Nel primo caso, infatti, la responsabilità in commento si differenzia dalle altre forme di responsabilità a carattere speciale per via del fatto che non stabilisce precisi obblighi di condotta a cui riconnettere un'ipotesi di responsabilità dirigenziale o anche disciplinare; il legislatore, nel caso di specie, si è limitato a prevedere che la responsabilità dirigenziale possa in ipotesi sussistere in caso di accertate gravi

⁵⁸ C. CELONE *La responsabilità dirigenziale tra stato ed enti locali*, cit., p. 357

⁵⁹ Sul punto C. CELONE *La responsabilità dirigenziale tra stato ed enti locali*, cit., p. 252

irregolarità gestionali, fattispecie questa che, tuttavia, richiede un ulteriore momento di specificazione da parte della Corte dei Conti in sede di controllo concomitante, dovendo quest'ultima specificare quali, tra le possibili gravi irregolarità amministrative e contabili, siano state in concreto riscontrate e a chi queste debbano imputarsi, non potendo, quindi, stabilire in via preliminare ed astratta a quale specifico obbligo di condotta ci si debba riferire ai fini della responsabilità dirigenziale.

Per quanto concerne, invece, la seconda ipotesi, quella relativa ai rilevanti e ingiustificati ritardi nell'erogazione di contributi, si ritiene che la stessa, poiché riferibile ad un puntuale obbligo di condotta (l'adozione del provvedimento di erogazione del contributo entro i termini stabiliti dalle procedure amministrative e contabili), possa ricondursi all'ipotesi speciale di responsabilità relativa alla mancata emanazione del provvedimento entro il termine di conclusione del procedimento, dovendosi, quindi, anche in tal caso, verificare se l'inadempimento di un puntuale obbligo di condotta stabilito dalla legge, qual è l'adozione del provvedimento di competenza entro i termini prescritti, sia ascrivibile propriamente ad un'ipotesi di responsabilità dirigenziale o di responsabilità disciplinare, oppure ad un fatto causativo di entrambe le forme di responsabilità.

5. Alcune considerazioni finali.

La sommaria illustrazione della disciplina sulla responsabilità dirigenziale nella sua forma tipica, intesa quale responsabilità per il risultato, come contenuta nell'art. 21 del d.lgs. n. 165 del 2001, insieme all'analisi delle ulteriori forme speciali di responsabilità dirigenziale, a cui il legislatore ha inteso far ricorso allo scopo, molto probabilmente, di rendere più stringenti determinate previsioni, come ad esempio quelle in materia di trasparenza e di garanzia dei termini di conclusione dei procedimenti, oppure quelle finalizzate a garantire la realizzazione di misure di innovazione della pubblica amministrazione contenute nelle norme in materia di responsabilità dirigenziale e disciplinare rinvenibili nella c.d. legge concretezza e nel codice dell'amministrazione digitale, dimostrano come la figura della responsabilità dirigenziale stia oramai assumendo una fisionomia poliedrica, muovendosi in tal modo il legislatore in una direzione diametralmente opposta a quella auspicata dalla legge delega n. 124/2015 (all'art. 11, comma 1, lettera m), peraltro condivisa dal Consiglio di Stato nel suo parere del 14 ottobre 2016, n. 2113.

Sotto tale profilo, quindi, non può non richiamarsi la già evidenziata necessità di operare un riordino della materia della responsabilità dirigenziale, resa ancora più pregnante proprio in ragione della complessità e della scarsa chiarezza, in alcune fattispecie, degli esatti ambiti della responsabilità del dirigente, nonché dal fatto che la stessa afferisce, come sottolineato dal Consiglio di Stato sempre nel richiamato parere n. 2113 del 14 ottobre 2016, “alla fase nevralgica di cessazione del rapporto dirigenziale in cui non devono entrare contaminazioni politiche”; a tal riguardo si deve necessariamente rammentare quale sia il ruolo che la stessa responsabilità dirigenziale è chiamata a svolgere nell’ambito del delicato quanto complesso rapporto tra politica ed amministrazione siccome regolato dal principio, oramai costituzionalizzato, di distinzione.

Sotto altro profilo, invece, la sommaria disamina della nuova fattispecie introdotta dal legislatore con l’art. 22 del d.l. n. 76 del 2020, impone ulteriori riflessioni sul tema della qualità della tecnica normativa anche in materia di responsabilità dirigenziale, dovendosi fondare gli interventi *in subiecta* materia su una previa ed affidabile analisi d’impatto, che consenta di evitare l’introduzione di disposizioni che, invece di produrre gli effetti attesi, ne producono di antitetici. Nel caso esaminato, in particolare, è probabile che gli effetti auspicati dal legislatore al fine di soddisfare l’esigenza cruciale di maggiore efficienza dell’azione amministrativa in settori strategici e trainanti, quali quelli dell’erogazione di contributi o il trasferimento di risorse a soggetti privati destinati al finanziamento di spese di investimento, vengano vanificati a causa delle incertezze interpretative, che per alcuni versi si è cercato di evidenziare nel presente lavoro.

PUBLIC PROCUREMENT AND SUSTAINABILITY: WTO RULES, GENERAL PRINCIPLES AND THE PRACTICE OF STATES' AUTONOMY

Giovanni Fabio Licata

ABSTRACT [ITA]: Recentemente il tema della sostenibilità ha conosciuto una attenzione crescente, anche in ambito accademico. Tale interesse è proprio a diversi campi di ricerca, tra cui la filosofia, le scienze economiche, la sociologia e le scienze politiche. Eppure il concetto di sostenibilità è di per sé poco chiaro, e infatti se ne è fatto e se ne continua a fare un uso diverso. Inizialmente, in realtà, ci si concentrava soprattutto sul rapporto tra umanità e natura, ed erano principalmente considerati i limiti all'attività umana idonei a preservare l'ambiente e le risorse naturali, soprattutto al fine di non compromettere la capacità delle generazioni future di soddisfare le proprie necessità. Successivamente, però, l'idea di sostenibilità è stata più ampiamente raffigurata, includendosi all'interno della stessa obiettivi sociali e politici, come la riduzione delle disuguaglianze, la dignità della vita umana, il contrasto alle discriminazioni e, più in generale, la qualità della vita. Anche in ambito giuridico il tema della sostenibilità sta ricevendo particolare attenzione nel campo del diritto, e si constata il consistente aumento della letteratura sull'argomento. Lo scopo di questo lavoro è quello di procedere innanzi con il discorso giuridico sulla sostenibilità, non semplicemente considerando i limiti che le norme legali possono imporre alle attività umane ed economiche, ma invece sottolineando il ruolo degli Stati e delle amministrazioni pubbliche nel favorire la sostenibilità attraverso "azioni positive". Il *focus* dell'analisi si concentra quindi sugli appalti pubblici, considerati quale strumento essenziale per supportare la sostenibilità attraverso l'uso strategico della domanda pubblica. L'articolo muove dall'idea che i problemi legati alla sostenibilità sono di rilevanza globale, e quindi devono necessariamente essere analizzati da tale punto di vista. Tuttavia, l'articolo considera anche l'importanza di ogni singola azione ("locale") al fine di supportare la sostenibilità (a livello globale). Si pone dunque una rinnovata attenzione alla relazione tra problemi globali e problemi locali, considerandosi l'attività (legislativa e amministrativa) degli Stati come fondamentale al fine di incidere anche sulla soluzione dei problemi globali relativi alla sostenibilità. L'articolo cerca di specificare il significato giuridico di sostenibilità, ragionando su documenti giuridici prodotti a livello internazionale e cercando di "estrarre" da essi alcuni fondamentali principi. Essi possono rappresentarsi utili al fine di interpretare le leggi nazionali, secondo un ragionamento circolare che riconsidera il ruolo dei singoli Stati nel promuovere "autonomamente" la sostenibilità. L'articolo analizza quindi l'impatto in tale ambito della normativa internazionale relativa ai contratti pubblici, proponendo argomenti utili al fine di valorizzarne l'applicazione, e altresì affermando la necessità di garantire tramite la stessa una connessione funzionale tra sostenibilità e innovazione.

ABSTRACT [ENG]: Recently there has been a growing concern over the topic of sustainability, which also gained traction in scholarly work and university life. Such interest has been connected to several field of research, including philosophy, economic sciences, sociology and political sciences. Yet the concept of sustainability is in itself unclear, and in fact there are different usages of the same. Indeed, at the beginning the focus was on the relationship between humanity and nature, and were mainly considered limits to the human being apt to preserve the environment and natural resources, and so gain the needs of the present without compromising the ability of future generations to meet their own needs. Later, the idea of sustainability has been widely intended, and it now includes social and political objectives, such as the reduction of inequalities, the dignity of living, the contrast to discriminations and, more in general, the quality of life. Sustainability is also receiving attention in the realm of Law, and there is quite a literature progressively emerging on the topic. The aim of the article is to reinforce the legal discourse on sustainability, not simply considering the limits that legal norms may impose on human and economic activities but instead emphasizing the role of States and Public Administrations in fostering sustainability by the means of positive actions. The focus of the article will be on public procurement, considered as an essential instrument to support sustainability from the demand side. The article moves on from the idea that the problems related to sustainability are of global relevance, and thus they necessarily need to be analyzed from that viewpoint. However, the article also considers the importance of each singular action for supporting sustainability (globally). Then there is a fresh attention over the relationship between global and local problems, and the link(s) proposed is(are) useful to consider that States' legal activities are fundamental to support the solution of global issues (as well). The article tries at first to specify the legal meaning of sustainability, working on legal documents produced at the international level and trying to "extract" from them some fundamental legal principles about sustainability. These principles may be useful in enriching the interpretation of national laws, or even support the role of States' autonomy in fostering sustainability. Then the article analyzes the impact of supranational procurement law on sustainability (both at the international and regional level, including the European Union), considering arguments to find the right balance between a fair obtainment of sustainability goals and the related issues of (potentially) discriminatory practices. Finally, the article affirms the necessity to secure a linkage between sustainability and innovation through procurement law, analyzing the most current issues and perspectives in this field.

INDEX: **1.** The Legal Understanding of the Sustainability Concept. – **2.** Sustainability Goals and the Importance of Public Procurement. – **3.** Fostering Sustainability through Public Procurement: The Impact of Global Regulation and the Practice of States. – **4.** The Universality of Sustainability and the Transnational Effects of Local Choices. – **5.** Sustainability and States' Legislative and Administrative Decision-making.

1. The Legal Understanding of the Sustainability Concept.

Sustainability is a concept linked with the future of humanity, and it has plenty of philosophical implications. From a logical point of view, sustainability highlights the property of any activity, practice or process that can be continued in more or less the same way without ending. If this basic consideration refers to the human progress in its entirety, that should lead us to think about social and economic development in such a way as to meet the needs of the present without compromising the ability of future generations to meet their own needs.

When the notion of sustainability has started to be conceived it was primarily focused on the relationship between humanity and nature, and mainly consisted in the identification of limits to the human being apt to preserve the environment and natural resources. Later the idea of sustainability has been widened, to include social and political objectives within its meaning, such as the reduction of inequalities, the dignity of living, the contrast to discriminations and, more in general, the quality of life. If this way of thinking is adopted, then political and ideological problems arise, starting from the belief that we can impose monetary values on everything. It is thus questioned if we could still examine all the sustainability issues through a typical approach of gains and losses.

The concept of sustainability has also a legal relevance, and that could be found both at the international and the domestic level even before the Resolution adopted by the General Assembly of the United Nations on the 2030 Global Agenda.

Indeed, when it first appeared in the law's empire the principal argument taken into account was related to the consequences of the economic activities on the environment. For example, a remarkable opinion of the International Court of Justice held in the *Argentina versus Uruguay* case concerning "Pulp Mills" (2010) pointed out the (juridical) need to strike a "balance between economic development and environmental protection that is the essence of sustainable development". Yet, coherently with its impacts on the economic, sociological and philosophical fields, after the United Nations resolution, the concept of sustainability achieved a fundamental change in the legal connotation, so that it now also embraces social and political objectives.

The legal understanding of sustainability underlines an approach that includes considerations of the economic, environmental and social impact of business

operations. In particular, the 2030 agenda for sustainable developments identifies and (to some extent) also specifies seventeen goals to be achieved, including basic human needs (such as nutrition and health), environmental protection (with a specific attention for the pollution problems and a responsible use of natural resources) and an appropriate economic development, intended and promoted as inclusive, fair and equitable.

The legal form by which sustainability's goals emerged at the United Nations level puts a question on the effective binding force of their substance. Indeed, the appropriate legal relevance of the General Assembly resolutions has long been disputed. The 2030 Global Agenda Resolution should not be intended as legally binding like an international treaty under article 38 of the Statute of the International Court of Justice, although in that specific case the language of the resolution qualifies itself as a "contract". Of course, it is quite different to consider that individual States and the European Union are increasingly moving towards integrating the contents of this resolution into bilateral and multilateral free trade and investment agreements, which can be individually classified as international treaties. Furthermore, the United Nations resolution on sustainable development does not show the existence of rules of international customary law. In general terms, that may occur when a resolution of the General Assembly reaffirms the existing customary international law in an *ex post* evaluation. But this is not the case for the 2030 Global Agenda Resolution, since it aims at fostering emerging law and practices, thus both helping to crystallize customary law and contributing to the establishment of further development for the customary law itself.

Specific consideration needs to be given to the argument that considers sustainability a general principle of international law. Indeed, within the international legal system, a general principle has to express a shared approach in dealing with legal issues, which generally exposes a shared view that can be already found in the domestic systems. Yet a general principle may also represent some very basic understanding of international law, to be used as a tool for legal reasoning and treaty's interpretation, and sometimes also as an object of consideration before the domestic courts. However, for the actual development of the international legal system sustainability seems more a concept than a principle, or perhaps a very general one, suitable of different interpretations. Yet it is still worthy of (legal)

consideration especially as an integrative tool for the relevant practice of the domestic (legal) systems in this field.

Even without recognizing any binding effect to the 2030 Global Agenda Resolution, it still maintains legal relevance in the international field for its existence, at least through the mechanism of soft law. Many international institutions, including the United Nations, have been using soft law, which has now gained an important role in international lawmaking. Soft law is a very attractive alternative to treaties and it is of particular relevance when it is needed to spur the essential elements of law, assuming that States and the other international actors will complete the legal process by their practices. This is of great importance in the field of sustainability, where goals have been generally identified by the United Nations, but effective (legal) actions are necessary to find appropriate means and methods to achieve them.

2. Sustainability Goals and the Importance of Public Procurement.

The indication of goals instead of policy means at the international level emphasizes the role of the domestic activities in pursuing sustainability targets. This kind of “elementary evidence” carries with it many consequences, with many practical and theoretical implications.

Many States have elaborated national sustainable development strategies, thus determining by themselves how to plan and implement single or coordinated policies for achieving sustainable development goals. These policies and strategies diverge as countries differ in their institutional, developmental and biophysical conditions. It is thus possible to notice the existence of national sustainable development strategies with substantial differences both in coverage and structure. Some of these plans are more focused on environmental concerns, while others show a deep interest to the economic and social consequences related to sustainability. Still, other plans underpin a comprehensive understanding of the sustainability issues, also considering the transitional costs for public finance.

Sustainability strategies and their related actions and policies have also been promoted by local entities, particularly by municipalities. That kind of process shows a fundamental trend in the legal and political approaches of our era, where (big) cities have been attracting people and money, thus becoming the real center of

attention for any kind of discussion on (the future of) economics and politics, and the legal implications as well.

Assuming that sustainability goals are primarily pursued by States' activities and its local entities, the importance of public procurement law in achieving them has to be underlined. Several arguments may support this consideration, but it is here important to focus on three specific aspects of the issue. The first one concerns the relevance of public spending through public procurement so that directing it toward sustainability has on and by itself important practical effects. The second relates to the consequences that the strengthening of the demand side assumes for spurring sustainability also in the private sector. The third involves the fundamental connection between sustainability and innovation and considers the prominent role of public procurement in supporting innovation policies.

Public procurement accounts for 12% of gross domestic product and represents 29% of total government expenditures on average across OECD countries. The amount of the economic resources involved expresses all the potential that public procurement has in supporting broader policy objectives, including the fostering of sustainability. It is thus easy to realize that if public authorities seek to achieve an appropriate balance between economic, social and environmental issues while they purchase goods, services and works, they will secure relevant progresses in the obtainment of the (UN) sustainability targets. This is the reason why worldwide many procurement rules and regulations provide appropriate legal frameworks for fostering sustainability, sometimes in a way apt to nudge the use of the discretionary powers by the public administration and other times even in a mandatory form.

Stimulating sustainability from the demand side through public procurement may also have significant effects on the economic strategies of firms or even on their organizational structures. Public demand-side policies stimulate firms to produce goods, do research activities and enter markets they otherwise would not. Indeed, as widely exposed in the economic literature the role of "demand-side policies" has been receiving growing attention, and the strategic use of public procurement is seen as means for achieving government policy goals, including the ones related to the sustainable development (goals). Thus, an adequately oriented use of public procurement to boost sustainability is closely connected to a government's power to shape and create market conditions for pursuing specific public policies. Besides, firms that operate both in public and private markets and are forced to switch

towards sustainability requirements for dealing with the public sector will generally modify the way they operate in an enduring and structural form, for example with regards to the social rights of their employees.

Sustainability is relevantly intertwined with innovation. The latter itself is among the goals of the 2030 Global Agenda Resolution, where it is indeed considered as infrastructure. However, many if not every one of that goals needs innovative solutions, which is of particular evidence for what concerns health, clean water, affordable energy, climate change, recycling of waste and life within the cities. Public procurement plays a crucial role in the development of innovation. As previously stated, public procurement is not anymore just a mean to procure goods and services for the public sector, but it is also used as a strategic tool to support other governmental policy goals. This is of particular importance in the case of innovation since public procurement offers high market volumes and thus may influence the behavior of firms, attracted by a strong(er) demand. Furthermore, once that an innovative product is developed and created by the stimulus of the public sector it may also emerge in private markets, thus favoring the spur of innovation and the (economical) processes themselves by which it is fed.

Even if a State maintains several means by which supporting sustainability, including command and control policies, tax incentives, State aids, it may be finally affirmed that the strategic use of public procurement is of fundamental relevance in this field, since at the same time it is apt to stimulate, support and develop sustainable goods, services and processes both in the public and the private sphere.

3. Fostering Sustainability through Public Procurement: The Impact of Global Regulation and the Practice of States.

Many countries have procurement laws suitable to promote the obtainment of sustainability goals. This also occurs at the supranational level, where sustainability issues for procurement law emerge in the union of State entities and regional trade agreements.

All these regulations are of fundamental importance since the domestic level of enforcement plays a crucial role in pursuing sustainability goals. Yet it appears appropriate to evaluate how the global regulation on public procurement may facilitate or eventually impair the fulfillment of the sustainability targets. Indeed, it is

important to consider the relevance of the global law in its entirety for properly defining the role of the domestic level in shaping the path of sustainability also in its transnational effects.

The regulation of government procurement within international trade is truly complex. Under the WTO framework, the General Procurement Agreement (GPA) has prominent relevance because it specifically deals with the issue. However, while the effectiveness of the GPA is limited in membership, scope and coverage, in the field of procurement there is still room for, albeit (probably) residual, application of the General Agreement on Tariffs in Trade (GATT), the General Agreement Trade in Services (GATS), and the Agreement Subsidies and Countervail Measures (ASCM).

Concentrating the analysis on the coverage of the GPA, which involves 48 parties and it is considered to have opened up to international competition a value of procurement estimated at US\$ 1,7 trillion, the liberalization of government procurement markets (among its signatory parties) by eliminating discrimination against suppliers based on their nationality and by ensuring transparency in tendering procedures emerges as its main object. The revised version of the GPA entered into force in April 2014 partially diverges from its initial characterization as an essential competition trade agreement. Indeed, the same GPA now expressly includes among its contents the permission of measures that can be justified to protect specific public policy objectives, with a general consideration of the legality of (nondiscriminatory) secondary policy making in the area of government procurement.

Article IV of the GPA sets out the fundamental principles to ensure transparency and competitiveness in the tender process, including the national treatment and most-favored-nation requirements, so that a State party of the agreement has to provide unconditionally to the firms of the other signatory party treatment no less favorable than that accorded to its domestic firms. Yet the GPA also provides general exceptions to the agreement's obligation under article III, where it is affirmed that to the extent they are applied in a manner that does not constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between States' party, nothing of the GPA itself should prevent any Party from imposing or enforcing measures necessary to protect sensible interests, human, animal or plant life and health included. Coherently, similar provisions appear with respect to the qualification of suppliers and evaluation criteria, for which article X of the GPA respectively permits the procuring entities to

adopt or apply in the tender technical specifications to promote the conservation of natural resources or protect the environment, and to utilize for the awarding process procurement criteria that may include, among the others, quality and environmental characteristics.

Some of the fundamental aspects of the sustainability concept are thus taken into explicit consideration within the GPA, and their protection may represent a valid and effective justification for States to loosen considerations of competition policy. Also, the final provisions of the Agreement, stated in the article XXII, announce further work for the treatment of sustainable procurement, and it is then probable to see an enlargement of the provisions of the GPA in this field in a next future.

In this respect, the actual formulation of the Agreement substantially refers to the environmental aspects of sustainability, and it could be argued if the GPA may be interpreted in a sense apt to give relevance to the social aspects of sustainability as well. The answer to that question should be affirmative for at least three reasons. First of all, nothing in the wording of the GPA contradicts the potential relevance of social interests, which cannot be considered as irrelevant just because they are not mentioned in it. Furthermore, the interpretation which excludes the social interests is at odds with the existence of laws, regulations and even treaties where they acquire important relevance (also) in the field of public procurement, as it is for the case of the European Union. Besides, the same existence of the 2030 Global Agenda Resolution forces the interpretation of the WTO rules within the current framework of international law, thus compelling the consideration for the social interests when public procurement and sustainability issues come into relevance

Therefore, as long as the practice of States is consistent with the basic principles of the GPA, mainly nondiscrimination and transparency, there is still room to freely pursue sustainability goals, both in their environmental and social aspects. Since the UN resolution does not give any specific indication on how to proceed in doing that, the real problem which emerges is the appropriate identification of what States can practically do without acting in a discriminatory way when they procure goods, services, and works (in an affirmed sustainable way). Indicators and data are one of the most powerful tools for better-performing government secondary interests without compromising the necessity of nondiscriminatory policies, since from collecting and analyzing data standards levels progressively emerge, which are apt to encourage best practices that if not respected may signal incongruences or the

presence of inappropriate barriers. The practice of several States may then cause the emergence of global standards so that the interaction between “local” and “global” comes out in a very fresh way.

Conclusively, States are still free to pursue sustainability in the way they prefer, but the convergence on the limits of this freedom may (progressively) reshape the activities of States, local entities and their public administrations. This process is quite interesting since it provides a (theoretical) construction of the public interests related to sustainability in dynamic way, where indeed the proper identification of the discrimination level within the procurement processes is just one aspect of the specific transnational relevance of the choices made by the States or their local entities in the field of procurement law.

4. The Universality of Sustainability and the Transnational Effects of Local Choices.

Having stated the fundamental relevance of the local choices in fostering sustainability, particularly yet not exclusively in the field of public procurement, a deep reflection on their global effects, which the sustainability issue exposes in a very peculiar perspective, is also needed. The universality of sustainability should suggest reframing part of the legal analysis on the relationship between domestic and global law, with a specific impact on the Administrative Law.

The concept and the extension of International Law have been disputed in the last decades, and has prompted consideration theories apt to promote the relevance of non-State actors in this field. There are also theories that have developed the concept of Global Law to comprehensively identify the set of international norms of a (newly) recognized global community, then in a way apt to override and include the concept of International Law. In some cases, and with quite a bit of variation the notion of Global Administrative Law, has been used to identify and then regulate any (effective) exercise of power(s) at the global level.

All of these attempts are remarkable since they try to bring fresh theoretical support for new (globally) emerging issues concerning the evolution of the global community. Yet the debate over the achievements of these field of studies is still open, and sometimes it even relates to their consistency, for example - with regard to Global Administrative Law - on the need of a preliminary definition of the idea of Administrative Law on which to build the global one. Truly the former idea of a

revised concept of the International Law, capable of orderly identifying the impact of the global regulation upon national law in a policy-oriented perspective, could still result useful for the purpose to grasp how domestic States' actions may positively offer some support for the (solution of) the global issues.

Indeed, despite the theoretical divergences, many of the emerging theories on global law aim to shape types of uniform regulation. Albeit that purpose is often desirable, this is not the unique, and sometimes certainly not the preferable, path by which to face all the global issues. There are cases where diversities in methods and contents may more effectively address problems of global relevance, at the same time expressing a more democratic approach favored by the pluralistic dimension originated by the diverse domestic actions. The (global) sustainability issue exposes that kind of model, and it is then important to describe the main legal consequences which may be inferred from that path.

Sustainability is a question characterized by the universality by its same nature. Indeed, many of the problems related to sustainability, especially the ones connected with environmental issues, can hardly be faced just at the domestic level, since the absence of a global commitment may hamper or even impede the achievement of effective results. Let us think about matters like climate change, clean water, and desertification, which are intertwined among themselves and necessarily require coherent answers worldwide. Yet universality does not mean uniformity, and it is still possible to figure out a global commitment considering effective, although eventually different, autonomous remedies by States, regional entities and local autonomies. This could be very successful faced with problems that still do not find certain solutions, where preserving the democratic shape by the freedom of the domestic choices may help in finding the more appropriate solutions among different alternatives.

Once described the legal pluralism as one of the possible (and optimal) perspective for the global law, it is needed to state the specific implications that it brings in the field of sustainability, particularly for the Public and the Administrative law.

First of all, it is worth noticing the enlargement of the notion of public interest, which now certainly includes non-exclusively domestic interests, but instead also interests of global relevance. When acting or contracting, States or local entities are still taking into consideration domestic interests, and thus pursuing the desires and

needs of their population. Yet sustainability also implies, directly or indirectly, the evaluation of supranational interests for their action to be really effective. All of that may seem obvious, but there are always measures within the evaluation and practical consequences that may eventually favor the obtainment of the sustainability goals but allocate the practical “side effects” away from the territory. Could this eventually affect the legitimate exercise of the discretionary power of the public administration? Could the domestic jurisdiction challenge contracts, action, and acts of the public administration if that occurs? For instance, in the field of public procurement a public administration could procure a quite perfect waste system, and yet as a consequence it could determine negative side effects abroad since some of the waste will be transported there. That kind of decision is probably a “sustainable” one for the domestic level, but it is certainly not if there were a proper understanding of the legal relevance of the sustainability concept, which in the case at hand should instead force the public administration toward a totally recyclable waste systems or toward a system which drastically reduces the production of waste.

Secondly, still in the presence of the domestic actions, the global level may support the same domestic authorities in effectively pursuing sustainability goals. The UN resolution on sustainable development fosters the path of sustainability choices when other choices of different nature are potentially available. In addition, at the global level there are places where support and capacity-building is provided for the goals and their related thematic issues (Division for Sustainable Development Goals [DSDG] in the United Nations Department of Economic and Social Affairs (UNDESA), acquired data (United System SDGs Action Database) and set global indicators to monitor and evaluate the progresses made towards achieving the overall goals and specific objectives (Inter-Agency and Expert Group on SDG Indicators [IAEG-SDGS] established by the UN Statistical Commission). In particular, setting up a way to measure the effectiveness of the policies on sustainability, such as objectively evaluate the signs of progress made, may further facilitate horizontal accountability between governments by fostering cooperation for addressing the sustainability targets.

While considering how the international legal relevance of the sustainability issue affects all the domestic actions in this field, the final consideration of the last point paves the way for another fundamental consideration, which regards the potentially expansive characteristics that solutions found by States and local entities may gain in

fostering sustainability (globally). Although there is no uniformity of the local measures utilized to face sustainability, it may be possibly needed to duplicate what States and/or local entities have done, for example when a particular solution proves to be very successful or promises good results.

Interesting to say, this is what the last of the goals of the 2030 Global Agenda Resolution (17) figures out when it signals the importance to revitalize the global partnership for sustainable development, considering that a successful sustainable development agenda requires a partnership between governments, the private sector and civil society. Indeed, as furtherly specified within the targets, it is envisaged an enhancement of policy coherence for sustainable development and yet there is a fundamental respect for each country's policy and leadership to establish and implement policies for sustainable development.

The sustainability issue then exposes the real and effective substance of the legal pluralism, a more democratic and systemic consistency for better achieving sustainable development on earth.

5. Sustainability and States' Legislative and Administrative Decision-making.

The essential relevance of the domestic level in planning and enforcing sustainability policies is also important for the tools it offers in pursuing sustainability goals.

The same United Nations resolution on sustainable development emphasizes the necessity of providing partnerships between governments, the private sector and civil society for a successful sustainable development agenda. The dialogue between public and private is apt to bring new ideas and resources, and it is in itself a path for downsizing public power in the sustainability field. The necessity of new solutions for stressing problems suggests shared actions, where both the public and the private move in the same direction.

While the exercise of authority is generally marginalized, means as public procurement show all their importance since they tend to research solutions starting with what the market could offer. Procurement is then a useful and comprehensive path by which to foster sustainability.

Yet the issues of the authoritative State and the exercise of power(s) are still relevant and may characterize some of the actions needed to fulfill sustainability

goals. Some governments monitor their citizen closely to make sure that individuals will not do anything in contrast to the needs of the highest living and sustainable standards. Let us think, for instance, to limits on car movement to keep under control traffic and its consequences, or even controls on households as those related to excessive consumption of water in connection to a flushed toilet.

Here, of course, laid down cultural options and truly basic political choices need to be considered as conditions that show a bargain between individual freedom and better living conditions.

Indeed, here the model of the States' authority in the realm of sustainability is also at stake, and not every population will give up all or part of their essentially basic freedoms easily.

REFERENCES

- ANDHOV M. – CARANTA R. – WIESBROCK (editors), *Cost and EU Public Procurement Law: Life Cycle Costing for Sustainability*, Routledge, London, 2020.
- ARROWSMITH S. - ANDERSON R.D. (editors), *The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011
- BIANCHI A., *International Law: An Inquiry into Different Ways of Thinking*, 2017, Oxford, Oxford University Press.
- R.M. BRATSPIES, R.M., 34 *Suffolk Transnational Law Review* Sustainability: Can Law Meet the Challenge?, 2011, 283-317
- BROUDE T. - SHERESHEVSKY Y., 18-7 *Hebrew University of Jerusalem Legal Studies Research Paper Series*, *Explaining the Practical Purchase of Soft Law: Competing and Complementary Behavioral Hypotheses*, 2018, 1-43
- CASSESE S., 37 *International Law and Politics*, *Administrative Law without the State. The Challenge of Global Regulation*, 2005, 663-6934
- CASTANEDA J., *Legal Effects of United Nations Resolutions*, New York, Columbia University Press, 1969
- CORDONIERE SEGGER M.C., JUDGE M.E. & WEERAMANTRY C.G. (editors), *Sustainable Development Principles in the Decisions of International Courts and Tribunals (1992-2012)*, London, Routledge, 2017

- CORVAGLIA A.M., *Public Procurement and Labour Rights. Towards Coherence in International Instruments of Procurement Regulations*, London, Bloomsbury Publishing, 2017
- DAWAR K., 15 *World Trade Review*, *Government Procurement in the WTO: A case for Greater Integration*, 645-670
- DIVAC OBERG M., 16 *The European Journal of International Law*, *The Legal Effects of Resolutions of the UN Security Council and General Assembly in the Jurisprudence of the ICJ*, 2006, 879-90
- FARBER D.A., *Public Choice Theory and Legal Institutions*, UC Berkeley Public Law Research Paper, 2014, 1-21
- HARLOW C., *Global Administrative Law: The Quest for Principles and Values*, 17 *The European Journal of International Law*, 2006 187-214
- HUCK M. - KURKIN C., 2 *Heidelberg Journal of International Law*, *The UN Sustainable Development Goals (SDGs) in the Transnational Multilevel System*, 2018, 375-426
- JESSUP C.J., *Diversity and Uniformity in the Law of Nations*, 58 *American Journal of International Law*, 1964, 341-385
- KINGSBURY B., *The Concept of "Law" in Global Administrative Law*, 20 *The European Journal of International Law*, 2009, 23-57
- LEMBER V. - KATTEL R. - KALVET T. (editors), *Public Procurement, Innovation and Policy: International Perspectives*, Berlin, Springer, 2013
- LICHERE F., CARANTA R., TREUMER S. (editors), *Sustainable Public Procurement in the EU: Experiences and Prospects*, Copenhagen, DJØF, 2014
- MARKS S., *Naming Global Administrative Law*, 37 *International Law and Politics*, 2005, 995-1001
- MAUERHOFER V. (editor), *The Role of Law in Governing Sustainability*, Routledge, London, 2021.
- MCADAMS R.H., *The Expressive Powers of Law*, Cambridge (US), Harvard University Press, 2015
- MCDUGAL M.S., *The Impact of International Law Upon National Law: A Policy-Oriented Perspective*, 25 *South Dakota Law Review*, 1959, 25-92
- MEULEMAN L. (editor), *Transgovernance. Advancing Sustainability Governance*, Berlin, Springer, 2013
- MEULEMAN L., *Metagovernance for Sustainability: A Framework for Implementing the Sustainable Development Goals*, London, Routledge, 2019

- OECD, *Public Procurement for Innovation. Good Practices and Strategies*, Paris, 2017
- ONUMA Y., *International Law in a Transcivilizational World*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017
- R.M. BRATSPIES, 34 *Suffolk Transnational Law Review* *Sustainability: Can Law Meet the Challenge?*, 2011, 283-317
- RACCA G.M. - YUKINS C. (editors), *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts*, Brussels, Bruylant, 2014
- ROBERTSON M., *Sustainability Principles and Practice*, London, Routledge, 2017
- S. LOPEZ ESCARCENA, *Contextualizing Global Administrative Law*, 21 *Gonzaga Journal of International Law*, 2018, 57-81
- SCHAUER F., *The Force of Law*, Cambridge (US), Harvard University Press, 2015
- SJAFJELL B. - WIESBRUCK A. (editors), *Sustainable Public Procurement under the EU Law. New Perspectives on the State as a Stakeholder*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015
- SOMEK A., *The Concept of "Law" in Global Administrative Law: A Reply to Benedict Kingsbury*, 20 *The European Journal of International Law*, 2010, 985 - 995
- WITTES S. - LOZANO R., 112 *Resources, Conservation and Recycling, Towards a More Circular Economy: Proposing a Framework Linking Sustainable Public Procurement and Sustainable Business Models*, 2016, 37-44

NEXT GENERATION EU AL VAGLIO DI KARLSRUHE

Andrea Conzutti*

ABSTRACT [ITA]: Con decisione del 26 marzo 2021, il Bundesverfassungsgericht, scrivendo un nuovo capitolo del proprio consolidato "cammino comunitario", ha disposto la sospensione della promulgazione della legge tedesca di ratifica della recente Decisione sulle "risorse proprie" del Consiglio dell'Unione Europea, a poche ore dalla sua approvazione da parte sia del Bundestag che del Bundesrat. La decisione, frutto, ancora una volta, di un utilizzo piuttosto "anomalo" del ricorso individuale diretto, produrrà l'effetto indesiderato di rallentare ulteriormente il piano europeo di rilancio dell'economia degli Stati membri colpiti dalla pandemia da COVID-19, contemplato dal Next Generation Eu?

ABSTRACT [ENG]: After an intensive discussion both the German Bundestag and the Bundesrat adopted the Own Resources Resolution Ratification Act, necessary for the activation of the 750 billion-euro pandemic recovery "Next Generation Eu". However, on 26 March 2021, the German Constitutional Court (Bundesverfassungsgericht) held, in a hanging order, that the ratification law may not be signed by the German Federal President until the Constitutional Court itself has ruled on an emergency petition. Could this decision lead to significant negative implications on the recovery of the European economy?

SOMMARIO: **1.** *Verfassungsbeschwerde* e decisione di "protezione provvisoria anticipata" del BVerfG. – **2.** L'oggetto della decisione: *Next Generation Eu* e sistema delle risorse proprie. – **3.** Il contesto della decisione: la recente giurisprudenza "europea" di *Karlsruhe*. – **4.** L'"ombra" del BVerfG: quale futuro per la risposta economica europea al COVID-19?

* Dottorando di Ricerca e Cultore della Materia in Diritto Costituzionale presso l'Università degli Studi di Trieste.

1. *Verfassungsbeschwerde* e decisione di “protezione provvisoria anticipata” del BVerfG.

Con una recente decisione del 26 marzo 2021, il Secondo senato del Tribunale costituzionale federale tedesco ha disposto la sospensione del procedimento di ratifica della Decisione del Consiglio dell’Unione Europea sulle risorse proprie, a poche ore dall’approvazione della legge di ratifica da parte sia del *Bundestag* (a maggioranza di oltre i due terzi) che del *Bundesrat* (all’unanimità)¹.

La vicenda giurisdizionale trae le proprie mosse dalla presentazione, con procedura in via d’urgenza, di vari ricorsi individuali diretti (*Verfassungsbeschwerde*) – sottoscritti da oltre 2.200 cittadini tedeschi –, aventi ad oggetto la menzionata legge tedesca di ratifica della Decisione (UE, Euratom) 2020/2053 del Consiglio del 14 dicembre 2020, relativa al sistema delle risorse proprie dell’Unione europea, che espressamente abroga la Decisione 2014/335/UE, Euratom². Si tratta, come meglio si vedrà nel prosieguo, di una legge indispensabile per il nuovo sistema delle risorse proprie dell’Unione Europea e, soprattutto, per una corretta e piena attuazione del c.d. *Next Generation EU* (NGEU)³.

In particolare, i ricorsi proposti alla Corte di Karlsruhe si fondano su due principali ordini di ragioni, tra loro saldamente connessi⁴.

In primo luogo, la natura giuridica *ultra vires* della Decisione del Consiglio censurata: le istituzioni europee avrebbero, cioè, palesemente ecceduto rispetto ai

¹ BVerfG, 2 BvR 547/21, 26 marzo 2021.

La menzionata pronuncia è consultabile sul sito istituzionale del *Bundesverfassungsgericht*, all’indirizzo www.bundesverfassungsgericht.de.

² La Decisione 2014/335/UE, Euratom è consultabile all’indirizzo <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014D0335&from=ET>.

Sull’impiego del ricorso individuale diretto quale strumento di accesso a forme di controllo costituzionale sulla corretta applicazione del diritto dell’Unione, si rinvia, per tutti, a F. SAITTO, *Il ricorso individuale diretto: assetti del sistema di giustizia costituzionale e rapporti tra giurisdizioni in Germania*, in G. REPETTO – F. SAITTO (a cura di), *Temi e problemi della giustizia costituzionale in Germania. Una prospettiva comparativa alla luce del caso italiano*, Jovene, Napoli, 2020, pp. 76 ss.

³ Per un’analitica descrizione dei vari programmi di rilancio sottesi al *Next Generation EU* si rimanda al *Rapporto sulla programmazione di bilancio 2020* nonché all’*Audizione del Presidente dell’UPB sul PNR e la Relazione al Parlamento ex art. 6 della Legge 243/2012 del 28 luglio 2020*, entrambi reperibili sul sito dell’Ufficio parlamentare di bilancio, all’indirizzo www.upbilancio.it.

Si confronti, sul punto, anche il recente dossier *Germania, la Corte suprema “congela” il Recovery fund*, consultabile all’indirizzo it.euronews.com.

⁴ Quanto alle basi giuridiche su cui si fonda la nuova Decisione sulle risorse proprie cfr. UPB, *Flash n. 1 - La nuova Decisione sulle risorse proprie*, in *upbilancio.it - Pubblicazioni*, 4 agosto 2020.

poteri loro attribuiti dai Trattati, violando, così, il principio di attribuzione incorporato nell'art. 5 del TUE⁵. A detta dei ricorrenti, segnatamente, il capitale preso a prestito dall'Unione non sarebbe *capitale proprio*, là dove la formulazione dell'articolo 311 del TFUE, prevedendo che il bilancio sia finanziato integralmente tramite *risorse proprie*, escluderebbe categoricamente il ricorso a risorse prese a prestito. Per di più, la Decisione del Consiglio risulterebbe anche incompatibile con l'art. 310 del TFUE, il quale imporrebbe sempre un equilibrio tra entrate ed uscite del bilancio dell'Unione Europea⁶.

In secondo luogo, la violazione, ad opera della nuova Decisione sulle risorse proprie, *dell'identità costituzionale tedesca (Verfassungsidentität)*. E questo nella misura in cui il provvedimento europeo priverebbe il Parlamento nazionale del controllo effettivo sulle decisioni fondamentali di bilancio⁷. Detto argomento riposa, chiaramente, nel timore per cui i Paesi europei finanziariamente più deboli potrebbero non risultare in grado di rimborsare la propria quota di debito sottoscritto dalla Commissione per l'attuazione del programma di rilancio. Con l'inevitabile conseguenza di esporre Paesi economicamente più robusti, come la Germania, al rischio di doversi fare carico delle loro eventuali esposizioni debitorie, mettendo così a repentaglio il proprio bilancio nazionale⁸.

⁵ Sui problemi, sempre attuali, del governo dell'economia in Germania e delle sfide portate dall'integrazione europea, molto chiaramente, F. SAITTO, *Economia e Stato costituzionale. Contributo allo studio della "Costituzione economica" in Germania*, Giuffrè, Quaderni di Nomos, Milano, 2015, spec. 281 ss.

In merito al principio di attribuzione, per tutti, A. ANZON, *La delimitazione delle competenze dell'Unione Europea*, in *Diritto Pubblico*, n. 3/2003, pp. 787 ss.; G. GAJA, *Introduzione al diritto comunitario*, Editori Laterza, Roma-Bari, 2007, pp. 85 ss.; U. VILLANI, *Istituzioni di diritto dell'Unione Europea*, Cacucci Editore, Bari, 2008, pp. 45 ss.; R. BIN - G. PITRUZZELLA, *Diritto Costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 104; L. DANIELE (a cura di), *Diritto dell'Unione Europea*, Giuffrè, Milano, 2018, pp. 422 ss.; C. DEODATO, *Gli incerti ed elastici confini delle attribuzioni dell'Unione Europea: la debole applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità*, in *Federalismi.it*, n. 24/2018, pp. 2 ss.; G. TESAURO, *Manuale di diritto dell'Unione Europea*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, pp. 50 ss.

⁶ *Ex multis*, M.T. SALVEMINI – F. BASSANINI, *Il finanziamento dell'Europa. Il bilancio dell'Unione e i beni pubblici europei*, Astrid, Passigli editori, Firenze, 2010, *passim*.

⁷ In relazione al profilo evidenziato nel testo si confronti, per tutti, P. RIDOLA, "Karlsruhe locuta causa finita?" *Il Bundesverfassungsgericht, il fondo salva-stati e gli incerti destini della democrazia federalista in Europa*, in *Federalismi.it*, n. 18/2012, pp. 2 ss.

⁸ Giova, a tale proposito, ricordare come il BVerfG, già nel *Lissabon-Urteil*, pronunciato nel 2009, nell'elaborare il c.d. "controllo di identità costituzionale", si fosse spinto al punto di individuare un elenco di materie sensibili per la salvaguardia dell'identità costituzionale tedesca. Ad avviso della Corte di Karlsruhe vi sarebbero, cioè, determinate materie la cui devoluzione svuoterebbe di ogni significato il principio democratico cui si informa la Repubblica federale tedesca e che, per tale ragione, non sarebbero suscettibili di trasferimento a livello sovranazionale. Tra queste materie, rispetto alle quali il Parlamento nazionale deve conservare sempre un significativo margine di manovra, rientrano anche le decisioni fondamentali in ambito fiscale, concernenti le entrate e le uscite di bilancio. In questo contesto, infatti, l'organo legislativo tedesco viene considerato l'arbitro esclusivo degli impegni di carattere finanziario che la Germania è abilitata ad assumere a livello europeo. Sul

Più in generale, nella visione dei ricorrenti, il piano per la ripresa dell'Europa economicamente devastata dall'uragano pandemico sottenderebbe, a ben guardare, una sorta di "mutualizzazione" del debito a livello comunitario, radicalmente incompatibile con l'attuale assetto dei Trattati⁹. Quantomeno nella misura in cui la Decisione del Consiglio chiamerebbe cittadini e contribuenti tedeschi a rispondere di decisioni assunte da governi di altri Stati membri, con un'evidente lesione del *principio democratico* che anima il *Grundgesetz*¹⁰.

L'intento, evidentemente, non è tanto quello di "bloccare" definitivamente il NGEU, e le spese ad esso inestricabilmente connesse, quanto, piuttosto, quello di evitare il pericolo che dette spese possano venire rimborsate attraverso la creazione di un debito comune a livello europeo e non per il tramite dei singoli debiti nazionali¹¹. Questo dal momento che, come accennato, se qualche Stato membro non fosse effettivamente in grado di contribuire ai necessari incrementi del bilancio dell'Unione, gli altri Stati membri sarebbero tenuti a supplirvi, seppur *pro-quota* e sempre entro un limite massimo¹².

punto appare utile rimandare a quanto osservato da P. FARAGUNA, *Il Bundesverfassungsgericht di fronte all'Unione europea: l'egemone non riluttante*, in G. REPETTO – F. SAIITTO (a cura di), *Temi e problemi della giustizia costituzionale in Germania. Una prospettiva comparativa alla luce del caso italiano*, Jovene, Napoli, 2020, pp. 191 ss.

Del resto, per approfondire questo itinerario giurisprudenziale, soprattutto nel quadro degli strumenti adottati a livello europeo al fine di contrastare la precedente crisi finanziaria, tra i tanti, S.K. SCHMIDT, *A Sense of Déjà Vu? The FCC's Preliminary European Stability Mechanism Verdict*, in *German Law Journal*, Vol. 14, No. 1, 2013, pp. 21 ss.; M. WENDEL, *Judicial Restraint and the Return to Openness: The Decision of the German Federal Constitutional Court on the ESM and the Fiscal Treaty of 12 September 2012*, Vol. 14, No. 1, 2013, pp. 21 ss.; G. BECK, *The Court of Justice, the Bundesverfassungsgericht and Legal Reasoning during the Euro Crisis: The Rule of Law as a Fair-Weather Phenomeno*, in *European Public Law*, Vol. 20, No. 3, 2014, pp. 539 ss.

⁹ Cfr., in questo senso, l'intervista del 26 marzo 2021 realizzata dal quotidiano "Repubblica" all'economista Bernd Lucke, promotore, assieme a numerosissimi altri cittadini tedeschi, del ricorso d'urgenza in esame. Il testo integrale dell'intervista è reperibile all'indirizzo www.repubblica.it.

¹⁰ *Ex multis*, *La Corte costituzionale tedesca blocca la ratifica del Recovery fund*, in www.ilsole24ore.com, 26 marzo 2021; *La Corte Costituzionale tedesca sospende la ratifica del Recovery Fund*, in www.eunews.it, 26 marzo 2021.

Sul problema dell'emissione di debito comune a livello europeo v. C. FASONE – P. LINDSETH, *Europe's Fractured Metabolic Constitution: From the Eurozone Crisis to the Coronavirus Response*, in *SoG Working Paper*, n 61/2020, p. 33; D. CENSI, *Next Generation EU. L'ineffabilità della condivisione del debito e il consiglio europeo straordinario del 17-21 luglio 2020*, in *Diritto virale*, disponibile online sul sito del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Ferrara, pp. 4 ss.

¹¹ Fra tutti, appare significativo rinviare alle autorevoli osservazioni sviluppate da F. SALMONI, *Recovery fund, condizionalità e debito pubblico. La grande illusione*, Cedam, Padova, 2021, *passim*.

¹² «Se uno Stato membro non è in grado di onorare, in tutto o in parte, l'attivazione a tempo debito, o se comunica alla Commissione che non sarà in grado di onorare l'attivazione, la Commissione, al fine di coprire la parte corrispondente allo Stato membro in questione, ha provvisoriamente il diritto di procedere ad attivazioni aggiuntive presso gli altri Stati membri. Tali attivazioni sono proporzionali alla previsione delle entrate del bilancio di ciascuno degli altri Stati membri. Allo Stato membro che non abbia onorato un'attivazione continua

Il *Bundesverfassungsgericht* (BVerfG), dal canto suo, investito del giudizio sui ricorsi diretti, ha disposto in via provvisoria che la legge di ratifica «relativa alla decisione del Consiglio del 14 dicembre 2020 sul sistema delle risorse proprie dell'Unione europea e che abroga la decisione 2014/335/UE, Euratom (legge di ratifica della decisione sulle risorse proprie - ERatG) (Bundestagsdrucksache 19/26821) non sia eseguita in attesa della decisione della Corte costituzionale federale sulla domanda di ingiunzione temporanea del Presidente federale»¹³.

Si tratta di una decisione con cui la Corte di Karlsruhe, servendosi di un dispositivo ancora privo di qualsivoglia motivazione, si è limitata a stabilire che il Presidente federale (Frank-Walter Steinmeier) non possa procedere alla firma e alla conseguente promulgazione della legge tedesca di ratifica della Decisione del Consiglio in tema di risorse proprie¹⁴. In questo modo i Giudici costituzionali tedeschi, hanno inibito, seppur temporaneamente, l'ultimo passo previsto dalla Legge fondamentale (*Grundgesetz*) prima dell'entrata in vigore ufficiale della legge a seguito della sua pubblicazione nella Gazzetta ufficiale (*Bundesgesetzblatt*), impedendo, così, a quest'ultima di spiegare i propri effetti¹⁵.

La Corte tedesca, preme evidenziarlo, non ha avviato alcuna discussione sostanziale né sulla legge sottoposta al suo scrutinio né, tantomeno, sulla Decisione concernente le risorse proprie¹⁶. Il BVerfG ha circoscritto il proprio intervento esclusivamente all'emissione di quella che potremmo definire un'"ordinanza di protezione provvisoria anticipata" (*Hängebeschluss*), prevista per casi particolarmente urgenti, nei quali non si sia possibile attendere nemmeno fino alla decisione sull'istanza cautelare¹⁷. Questa decisione spiegherà, dunque, i propri effetti finché i

a incombere tale obbligo». Così, testualmente, l'art. 9, paragrafo 5, della Decisione (UE, Euratom) 2020/2053 del Consiglio del 14 dicembre 2020 relativa al sistema delle risorse proprie dell'Unione europea, che abroga la Decisione 2014/335/UE, Euratom.

¹³ La decisione è stata accompagnata da un apposito comunicato stampa, consultabile sul sito istituzionale del *Bundesverfassungsgericht*, all'indirizzo www.bundesverfassungsgericht.de.

¹⁴ In effetti il testo della decisione della Corte si limita a statuire che: «*Die Begründung wird nachgereicht*». Sulla "durezza" dei toni impiegati, già in passato, dal Tribunale costituzionale federale tedesco si rinvia a quanto diffusamente ricostruito da M. PICCHI, *La pronuncia del Bundesverfassungsgericht sul Public Sector Purchase Programme: quando da una "prova di forza" possono scaturire le premesse per un necessario "cambio di passo"*, in Osservatorio sulle fonti, n. 2/2020, p. 809.

¹⁵ Così, M. NIENABER, *German constitutional court stops ratification of EU recovery fund*, in www.reuters.com, 26 marzo 2021; C. BRZESKI – A. BOUVET, *Karlsruhe we have a problem: a new challenge to the EU recovery fund*, in think.ing.com, 29 marzo 2021.

¹⁶ *Ex multis*, R. REPASI, *Analysis: "Karlsruhe, again: The interim-interim relief of the German Constitutional Court regarding Next Generation EU"*, in eulawlive.com, 29 marzo 2021.

¹⁷ Appare qui significativo rimandare all'approfondita ricostruzione offerta in due recenti contributi: *Recovery Fund sotto attacco/1: ecco perché è contrario ai Trattati Ue*; nonché *Recovery Fund sotto attacco/2: ecco*

Giudici di Karlsruhe non avranno preso una decisione sulla richiesta di emissione di un provvedimento cautelare¹⁸.

Giova, a tale riguardo, ricordare che nell'ambito dei procedimenti cautelari, il BVerfG si serve di un peculiare test di giudizio (c.d. *Doppelhypothese o Abwägungsmodell*)¹⁹. Tale modello si fonda sulla formulazione di due ipotesi opposte: la sospensione della legge e la non sospensione della medesima²⁰. Il Tribunale federale costituzionale tedesco valuta le conseguenze derivanti, secondo la teoria della causalità adeguata, dai due differenti scenari delineati, concedendo il provvedimento conservativo solamente laddove la permanenza dell'efficacia della legge impugnata produca danni maggiori rispetto alla sua temporanea sospensione²¹. Ed è, quindi, verosimile – benché nulla possa evincersi in tal senso dalla decisione provvisoria in commento, trattandosi, come detto, di un mero dispositivo – che

perché è contrario alla Costituzione tedesca. E Karlsruhe accende la campagna elettorale, pubblicati su *Atlantico*, rivista di analisi politica, economica e geopolitica, consultabile online all'indirizzo www.atlanticoquotidiano.it.

¹⁸ Cfr., ancora, R. REPASI, *Analysis: "Karlsruhe, again: The interim-interim relief of the German Constitutional Court regarding Next Generation EU"*, in *eulawlive.com*, 29 marzo 2021.

¹⁹ Sul punto, per tutti, v. A. GRAGNANI, *La cognizione cautelare nel processo costituzionale: l'esperienza del Tribunale costituzionale federale tedesco*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 2005, p. 157 ss.

²⁰ Insiste su tale aspetto J. LUTHER, *La giustizia costituzionale nella Repubblica Federale di Germania*, in J. LUTHER, R. ROMBOLI, R. TARCHI (a cura di), *Esperienze di giustizia costituzionale*, I, Giappichelli, Torino, 2000, pp. 178 ss. Del resto, quello descritto rappresenta un approccio coltivato, *mutatis mutandis*, anche dal nostro giudice amministrativo. In effetti quest'ultimo, ai fini dell'accoglimento dell'istanza cautelare, deve effettuare una "valutazione comparata" tra il sacrificio del ricorrente derivante dall'esecuzione dell'atto e quello che verrebbe altrimenti imposto alla pubblica amministrazione dalla relativa sospensione. Cfr., *ex pluribus*, Cons. Stato, Sez. VI, n. 5791/2001; Cons. Stato, sez. V, n. 5087/2011. A tale riguardo si vedano anche, in dottrina, D. PICCIONE, *I presupposti*, in F. FRENI (a cura di), *La tutela cautelare e sommaria nel nuovo processo amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2011, 39 ss.; M.V. LUMETTI, *Processo amministrativo e tutela cautelare*, CEDAM, Padova, 2012, 122 ss.

²¹ Si tratta di uno schema argomentativo che, dopo le sollecitazioni in tal senso di parte della dottrina, anche la Corte costituzionale italiana era sembrata voler sostanzialmente mutuare. Sull'auspicio dell'applicazione, da parte del Giudice costituzionale italiano, del modello summenzionato si rinvia a P. VIPIANA, *Il potere di sospensiva delle leggi nell'ordinamento costituzionale italiano*, CEDAM, Padova, 2008, p. 42. Cfr., a tale proposito, altresì, Corte cost., ord. n. 107/2010. In quell'occasione il Giudice delle leggi per stabilire se sospendere o meno il decreto-legge c.d. "salva liste", aveva applicato il modello della valutazione comparativa delle conseguenze della sospensione e della mancata sospensione, evidenziando come le prime fossero sostanzialmente equiparabili alle seconde e non fosse possibile sostenere la prevalenza delle une sulle altre, la qual cosa aveva pertanto giustificato la mancata sospensione della disciplina *sub iudice*.

Ma si veda *contra* Corte cost., ord. n. 4/2021, che si segnala per il mancato impiego dell'*Abwägungsmodell*. Su quest'ultima pronuncia, per delle primissime notazioni, si rinvia, *ex plurimis*, a P. GIANGASPERO, *Considerazioni a prima lettura sul primo caso di sospensione cautelare di una legge nel giudizio di legittimità costituzionale in via principale*, in *AmbienteDiritto.it*, 1/2021, pp. 2 ss.; R. DICKMANN, *Il potere della Corte costituzionale di sospendere in via cautelare l'efficacia delle leggi (Osservazioni a margine di Corte cost., ord. 14 gennaio 2021, n. 4)*, in *Federalismi.it*, 4/2021, pp. 118 ss.; F. CLEMENTI, *I giudici contro il rischio di un danno grave alla salute*, in *Il Sole 24 ore*, 15 gennaio 2021; nonché, se si vuole, A. CONZUTTI, *Un "vaccino processuale" per combattere il COVID-19? La prima "storica" pronuncia di sospensiva*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 1/2021, pp. 252 ss.

questo schema verrà seguito dalla Corte di Karlsruhe anche nel vagliare l'opportunità di accogliere la domanda cautelare proposta.

Se quella in esame si configura, pertanto, solamente come una decisione “*ad interim*”, prodromica alla vera e propria pronuncia cautelare, si comprende agevolmente come la prima rappresenti esclusivamente l'iniziale tassello di un (potenzialmente) complesso *iter* procedimentale, diretto a scrutinare la compatibilità con il *Grundgesetz* della Decisione europea²². In effetti, là dove la pronuncia provvisoria in commento fosse seguita da una successiva decisione cautelare favorevole ai ricorrenti, a questa seconda farebbe, necessariamente, seguito anche un'ulteriore decisione sul merito dei ricorsi²³. Non pare, nemmeno, peregrino ritenere che tra la pronuncia cautelare e quella sul merito possa essere proposto un rinvio pregiudiziale alla CGUE su questioni relative all'interpretazione dei Trattati ovvero della Decisione sulle risorse proprie. Dalle considerazioni sopra svolte discende che qualora la tutela cautelare venisse effettivamente concessa, i tempi di ratifica della Decisione europea sulle risorse proprie finirebbero per dilatarsi in misura del tutto indefinita²⁴.

2. L'oggetto della decisione: *Next Generation Eu* e sistema delle risorse proprie.

Le implicazioni connesse alla pronuncia della Corte di Karlsruhe non paiono assolutamente di poco conto, atteso che potrebbero finire per intaccare direttamente la recente Decisione del Consiglio dell'Unione Europea, che ha disposto l'aumento delle *risorse proprie* dell'Unione, e, a cascata, l'innovativo strumento del NGEU, alla prima indissolubilmente legato²⁵. Per una corretta comprensione delle conseguenze che potrebbero scaturire dalla decisione della Corte tedesca giova, dunque,

²² B. RIEDL, *Der Corona-Aufbaufonds, die Fiskalunion und das Bundesverfassungsgericht*, in *Verfassungsblog*, 27 marzo 2021; ID, *Corona Reconstruction Fund stopped for the time being*, in *europeanlawblog.eu*, 14 aprile 2021.

²³ Si confronti, in relazione al profilo evidenziato nel testo, J. LIBOREIRO, *'Time is of the essence': EU budget chief urges countries to ratify recovery fund*, in www.euronews.com, 14 aprile 2021.

²⁴ Cfr., *ex plurimis*, J.L. DA CRUZ VILAÇA, *The German Constitutional Court calls into question the Recovery and Resilience Plan*, in *ceridap.eu*, 3 aprile 2021.

²⁵ Ci si riferisce alla Decisione (UE, Euratom) 2020/2053 del Consiglio del 14 dicembre 2020 relativa al sistema delle risorse proprie dell'Unione europea, che abroga la Decisione 2014/335/UE, Euratom. Detta Decisione è consultabile all'indirizzo <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32020D2053&from=EN>.

soffermarsi brevemente sul ruolo svolto dal meccanismo delle risorse proprie dell'Unione Europea nel contesto dei vari piani contemplati dal NGEU e del quadro finanziario europeo²⁶.

Occorre, innanzitutto, evidenziare come la natura obiettivamente eccezionale della crisi economica e sociale dovuta alla pandemia da COVID-19 abbia imposto l'adozione, a livello europeo, di tutta una serie di misure altrettanto eccezionali a sostegno della ripresa e della resilienza delle economie degli Stati membri colpiti dall'epidemia. Si tratta di misure che rientrano, tutte, in un più ampio piano, evocativamente definito *Next Generation EU*²⁷. Proprio al fine di dotare l'Unione dei mezzi necessari per affrontare le sfide poste dalla pandemia e, quindi, sostenere finanziariamente il NGEU, è stato conferito alla Commissione, fermi restando chiari limiti di entità, durata e raggio d'azione, il potere di contrarre, per conto dell'Unione stessa, prestiti sui mercati dei capitali fino a 750 miliardi di euro²⁸. Gli importi così ottenuti verranno successivamente convogliati agli Stati membri attraverso specifici programmi dell'Unione Europea, in conformità a quanto prescritto dal NGEU, e saranno impiegabili al solo scopo di far fronte alle conseguenze dell'emergenza epidemica²⁹.

²⁶ La dizione "*Next Generation Eu*" è stata coniata dalla Commissione europea e dal Consiglio europeo. In Italia, invece, il NGEU è più noto come "*Recovery Fund*", ancorché, tecnicamente, il secondo sia parte, seppure quella economicamente più rilevante, del primo. Cfr. a tale proposito, Consiglio europeo, *Conclusioni*, 21/7/2020, EUCO 10/20, CO EUR 8, CONCL 4, 1.

Per quanto attiene ai piani per la ripresa e la resilienza, sulla scorta dei quali verranno erogate le risorse previste dal *Next Generation EU*, per tutti, C. BERGONZINI, *L'Europa e il Covid-19. Un primo bilancio*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4/2020, pp. 761 ss.

²⁷ Sul quale, molto approfonditamente, E. PAPARELLA, *Crisi da Covid-19 e Unione europea: cenni di cambiamento nel "discorso" della Commissione europea e "condizionalità utile*, in *Osservatorio AIC*, n. 6/2020, pp. 157 ss.; M. BORDIGNON, *Recovery Fund, non è tutto oro quello che luccica*, in *lavoce.info*, 21 luglio 2020.

Più in generale, sulle misure adottate a livello europeo per far fronte alla crisi finanziaria conseguente all'epidemia da COVID-19, si veda almeno G. CONTALDI, *Le misure poste in essere dall'Unione Europea per affrontare la crisi economica generata dalla pandemia di Covid-19*, in E. CALZOLAIO– M. MECCARELLI– S. POLLASTRELLI, (a cura di), *Il diritto della pandemia*, EUM, Macerata, 2020, pp. 221 ss.

²⁸ Cfr. Commissione europea, *Proposta di modifica di Decisione del Consiglio relativa al Sistema delle Risorse proprie*, 28.5.2020, COM(2020) 445 final.

²⁹ La crisi economica scaturita dall'attuale emergenza pandemica segue l'altra grande crisi finanziaria esplosa nell'Eurozona poco più di dieci anni fa, la quale ha messo a dura prova la tenuta dell'ordinamento (costituzionale) dell'Unione Europea, complice anche la mancanza di una politica economica comune a livello sovranazionale. Per una completa analisi della questione si vedano, *ex plurimis*, G. GRASSO, *Il costituzionalismo della crisi. Uno studio sui limiti del potere e della legittimazione al tempo della globalizzazione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012; P. CRAIG, *Member States Economic Governance and the Euro Crisis: Constitutional Architecture and Constitutional Implications*, in M. ADAMS– F. FABBRINI– P. LAROCHE (eds), *The Constitutionalization of European Budgetary Constraints*, Oxford-Portland, Hart Publishing, 2014; M. BENVENUTI, *Libertà senza liberazione. Per una critica della ragione costituzionale dell'Unione europea*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016; nonché ID, *Democrazia e potere economico*, in *Rivista AIC*, n. 3/2018, 11

Da questo angolo visuale il Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), prevede, all'art. 311, che «l'Unione si dota dei mezzi necessari per conseguire i suoi obiettivi e per portare a compimento le sue politiche. Il bilancio, fatte salve le altre entrate, è finanziato integralmente tramite *risorse proprie*»³⁰. Ciò significa che le risorse proprie rappresentano lo strumento ordinario di finanziamento delle politiche europee, tuttavia le istituzioni dell'Unione sono legittimate ad individuare anche *altre entrate* quali fonti di finanziamento³¹. Fra tali fonti di finanziamento aggiuntive ben possono annoverarsi i prestiti ottenuti sui mercati di capitali. Tuttavia, se il ricorso al debito è consentito, ai sensi dell'art. 122 del TFUE, in presenza di Stati membri in difficoltà, ciò può avvenire, per il rispetto della disciplina di bilancio, esclusivamente alla stringente condizione, contemplata dall'art. 310 del TFUE, per cui l'Unione Europea sia in grado di far fronte al rimborso del debito stesso³².

È questa l'assorbente ragione per cui risulta necessario che i massimali sulle risorse proprie – che determinano l'importo massimo dei fondi che, sotto qualsiasi forma,

luglio 2018, pp. 254 ss.; A. GUAZZAROTTI, *Crisi dell'euro e conflitto sociale: l'illusione della giustizia attraverso il mercato*, Franco Angeli, Milano, 2016; C. BERGONZINI– S BORELLI– A. GUAZZAROTTI (a cura di), *La legge dei numeri. Governance economica europea e marginalizzazione dei diritti*, Jovene, Napoli, 2016.

³⁰ L'attuale sistema di risorse proprie si compone di: 1) *risorse proprie tradizionali*, ossia dazi doganali i quali rappresentano circa il 16 % delle entrate di bilancio; 2) *risorsa propria basata sull'IVA*, che trasferisce all'Unione parte dei gettiti che gli Stati membri ricavano dalle rispettive basi IVA armonizzate; costituisce circa il 12 % delle entrate di bilancio; 3) *risorsa propria basata sul reddito nazionale lordo*, fondata su di un contributo con tasso proporzionale al reddito nazionale di ciascuno Stato membro, determinato in misura sufficiente a coprire la spesa, una volta considerate tutte le ulteriori entrate; rappresenta circa il 71 % delle entrate di bilancio. Cfr., a tale riguardo, UPB, *Flash n. 1 - La nuova Decisione sulle risorse proprie*, in *upbilancio.it – Pubblicazioni*, 4 agosto 2020, p. 3.

³¹ Sul punto, approfonditamente, G. TESAURO, *Manuale di diritto dell'Unione Europea*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, pp. 215 ss.

³² In questo senso si confronti, ancora, UPB, *Flash n. 1 - La nuova Decisione sulle risorse proprie*, in *upbilancio.it – Pubblicazioni*, 4 agosto 2020, p. 4. La proposta relativa allo strumento europeo per la ripresa non specificava se la base giuridica fosse costituita dal paragrafo 1 o dal paragrafo 2 dell'art. 122 del TFUE oppure se i due paragrafi costituissero entrambi la base giuridica della proposta. L'art. 122, paragrafo 1, consente al Consiglio, su proposta della Commissione, di decidere, in uno spirito di solidarietà tra Stati membri, le misure adeguate alla situazione economica, in particolare qualora sorgano gravi difficoltà nell'approvvigionamento di determinati prodotti, in particolare nel settore dell'energia. L'art. 122, paragrafo 2, del TFUE prevede, invece, che il Consiglio possa concedere agli Stati membri, a determinate condizioni, un'assistenza finanziaria dell'Unione. A ben guardare, lo strumento per la ripresa non concede assistenza finanziaria agli Stati membri, ma stabilisce piuttosto le modalità generali per l'utilizzo dei fondi reperiti con le attività di assunzione di prestiti dell'Unione. Per tale ragione deve ritenersi che lo strumento europeo di rilancio sia basato sul paragrafo 1 dell'articolo 122 TFUE, e non sul paragrafo 2. Nondimeno la formulazione impiegata al paragrafo 2, in cui si fa riferimento alle difficoltà o alle circostanze eccezionali che possono giustificare il ricorso alla disposizione in esame, contribuisce a fornire un'indicazione delle circostanze eccezionali cui l'articolo 122, nel suo complesso, è destinato a far fronte. Per alcune osservazioni circa l'adeguatezza della base giuridica scelta per lo strumento per la ripresa si confronti il *Parere del servizio giuridico del Consiglio dell'Unione Europea*, pp. 46 ss., consultabile all'indirizzo <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-9062-2020-INIT/it/pdf>; nonché il recente contributo di F. COSTAMAGNA – M. GOLDMANN, *Constitutional Innovation, Democratic Stagnation?: The EU Recovery Plan*, in *Verfassungsblog*, 30 maggio 2020.

l'Unione può richiedere agli Stati membri di mettere a sua disposizione per finanziare le proprie spese – siano sufficientemente elevati in modo tale da garantire che ogni anno vi sia uno spazio finanziario adeguato a coprire tutte le passività dell'Unione Europea. Comprese quelle derivanti dal ricorso eccezionale al debito contratto dalla Commissione europea, sfruttando il proprio eccellente *rating* per conto dell'Unione stessa³³. Si può, dunque, comprendere perché l'integrazione nel bilancio dell'Unione dei fondi europei di sviluppo, per un ammontare pari a 750 miliardi di euro, non possa non accompagnarsi ad un necessario incremento dei massimali delle risorse proprie³⁴. Di tal che, proprio nel contesto del piano di rilancio in discorso, la Commissione europea ha proposto, prima, e il Consiglio ha approvato, poi, un apposito intervento sul sistema delle risorse dell'Unione, consacratosi nella nuova Decisione sulle risorse proprie³⁵.

In particolare, per far fronte agli obblighi finanziari e alle passività potenziali che risulteranno dal potere eccezionale e temporaneo di contrarre prestiti per finanziare il NGEU, con Decisione (UE, Euratom) 2020/2053 del Consiglio del 14 dicembre 2020, sono stati innalzati temporaneamente i massimali sulle risorse proprie nella misura di 0,6 punti percentuali, portando così il massimale sulle risorse proprie per gli impegni al 2,06 per cento e quello per i pagamenti al 2 per cento, il tutto dal 2021 e fino alla cessazione delle passività legate al NGEU e, al più tardi, fino al 31 dicembre 2058. Un incremento di questa portata sarà indispensabile per poter garantire l'emissione di debito per 750 miliardi da parte dell'Unione, diretta a sostenere finanziariamente il piano europeo di rilancio economico³⁶.

³³ Cfr., per tutti, M. BUSSANI, *Credit Rating Agencies' Accountability: Short Notes on a Global Issue*, in *Global Jurist*, Vol. 10, No. 1, 2010, p. 1 ss.

³⁴ L'assunzione di prestiti destinati a spese nell'ambito del *Next Generation EU* prevede due fasi: in prima battuta, l'Unione Europea, per il tramite della Commissione, contrarrà prestiti sui mercati e convoglierà i fondi reperiti, come entrate con destinazione specifica esterna, ai programmi di spesa pertinenti; in seconda battuta, quando il prestito assunto sarà giunto a scadenza, l'Unione Europea rimborserà i fondi utilizzando risorse proprie assegnate all'Unione Europea stessa.

³⁵ Si confronti, sul punto, la *Proposta di modifica di Decisione del Consiglio relativa al Sistema delle Risorse proprie*, 28.5.2020, COM(2020) 445 final. Deve, d'altronde, ricordarsi che già nel 2018 la Commissione europea aveva avanzato la proposta di un incremento dei massimali sulle risorse proprie, per far fronte alla fuoriuscita del Regno Unito dall'Unione Europea, che avrebbe comportato una riduzione del reddito nazionale lordo dell'UE e, di conseguenza, una diminuzione dell'ammontare nominale delle risorse proprie calcolato a partire da questo reddito nazionale lordo ridotto. A tale riguardo, si veda, *ex multis*, I. VEGA MOCOROA, *Il sistema delle risorse proprie nell'UE post-Brexit: un'occasione per la riforma*, in *Studi sull'integrazione europea*, n. 1/2019, pp. 29 ss.

³⁶ La struttura del *Next Generation EU* si fonda, in effetti, su tre pilastri: 1) la Decisione sulle risorse proprie; 2) lo strumento dell'UE per la ripresa ("strumento per la ripresa"), basato sull'articolo 122 del TFUE, che individua misure per la ripresa, assegna a tale effetto a vari programmi dell'Unione i fondi ottenuti dai prestiti contratti e qualifica la parte dei fondi ottenuti dai prestiti contratti dedicata alla spesa; 3) i diversi programmi dell'Unione

Oltretutto, la menzionata Decisione sulle risorse proprie precisa che gli ulteriori 0,6 punti percentuali annui potranno essere richiesti agli Stati membri solo come *extrema ratio*. Ossia, esclusivamente nell'eventualità (rara) in cui gli stanziamenti autorizzati iscritti nel bilancio non dovessero permettere all'Unione di far fronte agli obblighi risultanti dall'assunzione dei prestiti e, al contempo, non si dimostrasse sufficiente una gestione attiva della liquidità, compresa la possibilità di avvalersi di prestiti a breve termine³⁷.

A questo punto, però, non si può dimenticare un rilevante ostacolo procedurale. La Decisione del 14 dicembre 2020, dopo essere stata adottata, seguendo una procedura legislativa speciale, dal Consiglio dell'Unione all'unanimità e previa consultazione del Parlamento europeo, richiede ancora, per poter spiegare i propri effetti, una specifica approvazione da parte dei vari Stati membri, conformemente alle previsioni costituzionali di ciascuno di essi³⁸. La Decisione che definisce l'ammontare delle risorse proprie, in effetti, essendo necessariamente sottoposta alle procedure di adattamento degli Stati membri, assume un'incontestabile natura "convenzionale"³⁹. E questo perché, come noto, il sistema di finanziamento dell'Unione si radica ancora su di un meccanismo di tipo sostanzialmente *intergovernativo*⁴⁰.

cui sono assegnate le risorse, che stabiliscono le norme per la loro esecuzione, compresi i criteri di programmazione, ammissibilità e assegnazione.

³⁷ L'art. 9, paragrafo 4, della Decisione (UE, Euratom) 2020/2053 del 14 dicembre 2020 sancisce, a tale riguardo, espressamente che «Fatto salvo l'articolo 14, paragrafo 2, del regolamento (UE, Euratom) n. 609/2014 del Consiglio (10), qualora gli stanziamenti autorizzati iscritti nel bilancio dell'Unione non permettano all'Unione di far fronte agli obblighi risultanti dall'assunzione di prestiti di cui all'articolo 5 della presente decisione e la Commissione non possa generare la necessaria liquidità ponendo in atto altre misure previste dalle disposizioni finanziarie applicabili a tali assunzioni di prestiti in tempo utile per garantire l'adempimento degli obblighi dell'Unione, anche attraverso la gestione attiva della liquidità e, se necessario, ricorrendo a finanziamenti a breve termine sui mercati dei capitali coerentemente con le condizioni e i limiti di cui all'articolo 5, paragrafo 1, primo comma, lettera a), e all'articolo 5, paragrafo 2, della presente decisione, gli Stati membri, come soluzione di ultima istanza per la Commissione, mettono a disposizione di quest'ultima le risorse necessarie a tal fine. In tali casi, i paragrafi da 5 a 9 del presente articolo si applicano in deroga all'articolo 14, paragrafo 3, e all'articolo 14, paragrafo 4, primo comma, del regolamento (UE, Euratom) n. 609/2014».

³⁸ Si confronti l'art. 311, paragrafo 3, del TFUE. Sulla procedura legislativa europea, molto chiaramente, R. CAFARI PANICO, *Il processo legislativo dell'Unione europea*, in L. F. Pace (a cura di), *Nuove tendenze del diritto dell'Unione dopo il Trattato di Lisbona*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 93 ss.; U. DRAETTA, *La funzione legislativa ed esecutiva dell'Unione europea nel Trattato di Lisbona*, in DCSI, 2008, pp. 677 ss.; R. MASTROIANNI, *La procedura legislativa e i parlamenti nazionali: osservazioni critiche*, in F. BASSANINI – G. TIBERI (a cura di), *Le nuove istituzioni europee*, Il Mulino, Bologna, 2010, pp. 191 ss.; L. DANIELE (a cura di), *Diritto dell'Unione Europea*, Giuffrè, Milano, 2018, pp. 125 ss.; G. TESAURO, *Manuale di diritto dell'Unione Europea*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, pp. 212 ss.

³⁹ G. TESAURO, *Manuale di diritto dell'Unione Europea*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, p. 215.

⁴⁰ Così, ancora, G. TESAURO, *Manuale di diritto dell'Unione Europea*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, p. 215, il quale correttamente evidenzia che «Le spese, ai sensi dell'art. 312, par. 1, TFUE, devono essere contenute

3. Il contesto della decisione: la recente giurisprudenza “europea” di Karlsruhe.

Quella in commento non è certo la prima delle decisioni con cui il BVerfG ha tentato di ritagliarsi il ruolo di “istanza giurisprudenziale suprema” all’interno del composito e plurale sistema costituzionale europeo⁴¹. Si tratta, per la verità, di un percorso risalente che, muovendo dalle celebri sentenze *Solange I e II*, è passato attraverso il *Maastricht-Urteil*, il *Lissabon-Urteil* ed il *Mangold-Urteil* per giungere, infine, alle saghe OMT e PSPP⁴². Non è, d'altronde, possibile ripercorrere compiutamente la storia degli itinerari “europei” della Corte di Karlsruhe, e del connesso dialogo/scontro di quest’ultima con la Corte di Giustizia dell’Unione Europea (CGUE), nondimeno giova, in questa sede, ricordare le due tappe più recenti di questo “cammino comunitario”⁴³, riguardanti, entrambe, il peculiare settore della politica economica e monetaria⁴⁴.

La prima concerne il caso c.d. *Gauweiler/OMT*, che ha, a suo tempo, attirato fortemente l’attenzione critica della dottrina costituzionalistica, non solo tedesca ma anche, e soprattutto, europea⁴⁵. Questo capitolo della giurisprudenza “comunitaria”

entro i limiti delle risorse proprie e sono programmate su base pluriennale attraverso un quadro finanziario, adottato dal Consiglio all’unanimità previa approvazione del parlamento europeo». Su questi ed altri profili si vedano anche A. DAMATO– P. DE PASQUALE, *Politica economica e monetaria dell’Unione europea. Procedura legislativa e ruolo delle istituzioni*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, *passim*; L. SABBÌ, *L’evoluzione della procedura di bilancio dell’Unione europea*, in *Rivista di Diritto Finanziario e Scienza delle Finanze*, 2017, pp. 320 ss.; I. VEGA MOCOROA, *Il sistema delle risorse proprie nell’UE post-Brexit: un’occasione per la riforma*, in *Studi sull’integrazione europea*, n. 1/2019, p. 29.

⁴¹ *Ex multis*, A. ATRIPALDI– R. MICCÙ, *La costituzione europea multilivello tra garanzia di omogeneità e identità plurali*, in R. MICCÙ – I. PERNICE, *The European Constitution in the Making, Nomos*, Baden-Baden, 2004; P. SCARLATTI, *Costituzionalismo multilivello e questione democratica nell’Europa del dopo Lisbona*, in *Rivista AIC*, n. 1/2012, pp. 2 ss.

⁴² Ci si riferisce, segnatamente, a BVerfG, BVerfGE 37, 271 (*Solange I*) nonché BVerfG, BVerfGE 73, 339 (*Solange II*); BVerfG, BVerfGE 89, 155 (*Maastricht-Urteil*); BVerfG, 2 BvR 2/2008 (*Lissabon-Urteil*); BVerfG, 2BvR 2661/06 (*Mangold-Urteil*); BVerfG, 2BvR 2728/13, 21 giugno 2016 (*OMT*); BVerfG, 2 BvR 859/15 - 2 BvR 1651/15 - 2 BvR 2006/15 - 2 BvR 980/16, 5 maggio 2020 (*PSPP*).

⁴³ L’espressione virgolettata è, ovviamente, tratta dalla felice invenzione di P. BARILE, *Il cammino comunitario della Corte*, in *Giur. Cost.*, 1973, pp. 2401 ss.

⁴⁴ Sul punto, diffusamente, P. FARAGUNA– D. MESSINEO, *European Central Bank, National Constitutional Adjudication and the European Court of Justice: Latest developments from the “European case-law” of the German Constitutional Court*, in *Quaderni di ricerca giuridica della consulenza legale della Banca d’Italia*, 2021, pp. 11 ss.

⁴⁵ La letteratura, a tale riguardo, è sconfinata, occorre qui richiamare almeno A. HINAREJOS, *Gauweiler and the Outright Monetary Transactions Programme: The Mandate of the European Central Bank and the Changing Nature of Economic and Monetary Union*, in *European Constitutional Law Review*, n. 3/2015, pp. 563 ss.; V. BORGER, *Outright Monetary Transactions and the Stability Mandate of the ECB: Gauweiler*, in *CML Rev.*, n. 1/2016, pp. 139 ss.; M. BONINI, *Giudice delle leggi o “signore dei trattati”? Riflessioni critiche sul sindacato a*

di Karlsruhe si segnala, in particolare, per aver condotto al primo “storico” rinvio pregiudiziale promosso dal Tribunale costituzionale federale tedesco alla CGUE, con decisione del 14 gennaio 2014⁴⁶. La vicenda giurisdizionale è originata da alcuni ricorsi, proposti sia in sede di ricorso individuale diretto sia in sede di conflitto tra poteri, i quali contestavano la legittimità del piano di acquisiti non convenzionali annunciato dalla Banca Centrale Europea (BCE): il c.d. programma “*Outright Monetary Transactions*” (noto con l’acronimo OMT)⁴⁷. Il piano in questione è stato, nel dettaglio, censurato sia perché esorbitante dalle attribuzioni della BCE, qualificandosi quale misura non già di politica monetaria (di competenza dell’Unione), bensì di politica economica (riservata agli Stati membri) ed in quanto tale lesiva degli artt. 119; 123, paragrafo 1; 127, paragrafi 1 e 2 del TFUE e degli artt. 17 e 24 del Protocollo sullo Statuto del sistema europeo di banche centrali (SEBC), sia perché elusivo del divieto di finanziamento monetario del bilancio degli Stati membri ai sensi dell’art. 123 del TFUE⁴⁸.

Il BVerfG ha così deciso, in un’ottica – a dispetto delle apparenze – ben poco *europarechtsfreundlich*, di rimettere la questione alla CGUE, la quale, posta di fronte alla difficile strettoia tra la scelta di delegittimare la BCE e quella di scatenare una dura reazione della Corte tedesca, ha riconosciuto come il programma OMT

tutela dell’“identità costituzionale”, in Osservatorio AIC, n. 3/2016, pp. 1 ss.; F. SAITTO, Il Bundesverfassungsgericht e l’Europa: istanze “controdemocratiche”, principio di responsabilità e difesa della democrazia rappresentativa alla luce del caso OMT, in Costituzionalismo.it, n. 3/2016, pp. 46 ss.; R. IBRIDO, Il controllo democratico della politicamonetaria: equilibri costituzionali e integrazione europea dopo le sentenze OMT, in Federalismi.it, n. 5/2017, pp. 5 ss.

⁴⁶La saga si compone, specificamente, di tre pronunce: la decisione del BVerfG di promuovere il rinvio pregiudiziale alla CGUE: BVerfG, 2 BvR 2728/13, 14 gennaio 2014; la decisione della CGUE sul rinvio pregiudiziale: Corte di giustizia UE, 16 giugno 2015, *Peter Gauweiler ed altri c. Deutscher Bundestag*, in causa C-62/14; ed infine la decisione del BVerfG che ha definito la *quaestio* da cui era originato il rinvio pregiudiziale: BVerfG, 2BvR 2728/13, 21 giugno 2016.

⁴⁷Per far fronte alla nota crisi dei debiti sovrani, che stava attraversando una fase particolarmente acuta, la Banca Centrale Europea aveva annunciato la sua disponibilità ad acquistare sul mercato secondario quantitativi potenzialmente illimitati di titoli di Stato onde consentire un effettivo riequilibrio dei differenziali dei tassi di rendimento. Questo annuncio era stato, peraltro, preceduto pochi mesi prima, il 26 luglio 2012, dal famoso discorso tenuto alla *Global Investment Conference* dall’allora Presidente della BCE, Mario Draghi, il quale aveva affermato che «*Within our mandate, the ECB is ready to do whatever it takes to preserve the euro*». Il discorso integrale è consultabile all’indirizzo www.ecb.europa.eu/press/key/date/2012/html/sp120726.en.html.

⁴⁸In merito al rapporto tra *governance* finanziaria e monetaria si rinvia all’approfondita opera monografica di O. CHESSA, *La costituzione della moneta. Concorrenza, indipendenza della banca centrale, pareggio di bilancio*, Jovene, Napoli, 2016, *passim*. Per considerazioni più generali sul sistema delle Competenze dell’Unione Europea si veda, per tutti, L. DANIELE (a cura di), *Diritto dell’Unione Europea*, Giuffrè, Milano, 2018, p. 421 ss. Sulle misure “non convenzionali” impiegate dalla Banca Centrale Europea per far fronte all’“eurocrisi”, molto chiaramente, E. MOSTACCI, *Alla maniera di Asghar Farhadi. Le operazioni straordinarie della BCE nelle dinamiche della separazione*, in *DPCE online*, n. 1/2015, pp. 221 ss.; A. CARDONE, *L’obliterazione dello stato di crisi: la corte UE ri(con)duce le misure “non convenzionali” della BCE al diritto “ordinario” dei trattati*, in *Giur. cost.*, n. 4/2015, pp. 1545 ss.

rientrasse nel novero delle azioni di politica monetaria⁴⁹. I giudici di Lussemburgo hanno, però, precisato che le OMT avrebbero consentito esclusivamente acquisti di titoli di Stati membri aventi accesso al mercato e solamente per il tempo e la misura strettamente necessari a preservare il meccanismo della trasmissione della politica monetaria e l'unicità della stessa⁵⁰. In questo modo la CGUE, dimostrandosi disponibile a riconoscere che il programma censurato avrebbe dovuto rispettare le stringenti condizioni evocate dal BVerfG nel rinvio pregiudiziale, ha abilmente disinnescato il possibile conflitto con il rimettente, evitando di offrire a Karlsruhe il destro per dichiararlo *ultra vires*⁵¹. Di tal che il Tribunale costituzionale federale tedesco, nel momento in cui è tornato a pronunciarsi in via definitiva sulla questione, con decisione del 21 giugno 2016, si è limitato ad adottare una sentenza mista di inammissibilità e rigetto dei ricorsi sollevati con *Verfassungsbeschwerde* e del conflitto tra poteri⁵².

Diversa, ancorché profondamente connessa alla prima, è invece la seconda, e ancora più recente, tappa del "cammino europeo" di Karlsruhe, relativa al caso *Weiss/PSPP*. La vicenda ha preso l'avvio da alcuni ricorsi individuali diretti aventi ad oggetto gli acquisti disposti dalla BCE nel quadro del *Public Sector Purchase Programme* (PSPP), meglio noto come *Quantitative Easing* (QE)⁵³. Detto programma prevedeva notevoli acquisti di titoli di Stato nonché obbligazioni, da parte del

⁴⁹ Con la dizione "*europarechtsfreundlich*" si intende, come noto, un approccio da parte della Corte di Karlsruhe caratterizzato da una sorta di *favor* nei confronti del diritto dell'Unione. Per un'approfondita analisi del canone dell'(intraducibile) *Europarechtsfreundlichkeit*, per tutti, P. FARAGUNA, *Il Mangold Urteil: controllo ultra vires ma da maneggiare "europarechtsfreundlich"*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4/2010, pp. 863 ss. Si veda anche, in giurisprudenza, BVerfG, 2BvR 2661/06 § 59.

⁵⁰ In relazione al profilo evidenziato nel testo, *ex plurimis*, P. FARAGUNA, *Il caso Gauweiler sulle OMT alla Corte di Giustizia: l'Avvocato generale porge l'altra guancia al BVerfG*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 16 gennaio 2015, pp. 1 ss.; ID, *La Corte di Giustizia strizza l'occhio al BVerfG nel caso Gauweiler (OMT)*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 3/2015, pp. 798 ss.

⁵¹ Evidenzia abilmente le opposte esigenze sottese alla pronuncia della CGUE, L.F. PACE, *The OMT case, the "intergovernmental drift" of the Eurozone crisis and the (inevitable) rectification of the BVerfG jurisprudence in light of the ECJ's Gauweiler judgment*, in *Diritto dell'Unione europea*, n. 1/2017, pp. 155 ss.

⁵² P. FARAGUNA, *Il caso Gauweiler/OMT torna dalla Corte di Giustizia al BVerfG: ricorsi infondati (ma non troppo)*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 3/2016, pp. 593 ss.; ID, *La sentenza del Bundesverfassungsgericht sul caso OMT/Gauweiler*, in *Diritti Comparati*, n. 1/2016, pp. 3 ss. Preme, peraltro, sottolineare che il programma OMT non ha condotto ad alcun effettivo acquisto da parte del SEBC, dal momento che il mero annuncio della sua possibilità aveva sostanzialmente consentito di raggiungere gli effetti auspicati senza necessità attuative. Si è assistito, così, ad una battaglia che potremmo definire "competenziale pura", tra il Tribunale costituzionale federale tedesco e la Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

⁵³ Per un approfondimento analitico delle differenze tra *QE* e *OMT* appare qui prezioso rinviare ad A. PISANESCHI, *Legittimo secondo la Corte di Giustizia il piano di allentamento monetario (OMT) della BCE. Una decisione importante anche in relazione alla crisi greca*, in *Federalismi.it*, n. 13/2015, pp. 2 ss. In senso analogo si veda anche ID, *Il programma OMT della BCE al vaglio della Corte di Giustizia: considerazioni sulle Conclusioni dell'Avvocato Generale*, in *Federalismi.it*, n. 4/2015, pp. 3 ss.

Sistema europeo delle banche centrali (SEBC), con l'intento dichiarato, come già nel caso del programma OMT, di stimolare l'inflazione⁵⁴. I vari ricorsi sollevati dinanzi alla Corte tedesca hanno sostanzialmente eccepito la violazione del divieto di finanziamento monetario *ex art.* 123 del TFUE, facendo leva sugli stringenti limiti del mandato tanto della BCE quanto del SEBC, contemplati dagli artt. 119 e 127 del TFUE, oltre che dagli artt. 17 e 24 del Protocollo n. 4 allegato allo Statuto della BCE⁵⁵. Il tentativo dei ricorrenti è stato, evidentemente, quello di far dichiarare, da un lato, la non applicabilità del programma PSPP da parte della *Bundesbank*, e, dall'altro, l'obbligo per i pubblici poteri tedeschi di attivarsi per impedirne l'applicazione in Germania⁵⁶.

In questa cornice il BVerfG ha proposto il suo secondo rinvio pregiudiziale alla CGUE, con ordinanza del 18 luglio 2017⁵⁷. La Corte di Lussemburgo ha, conseguentemente, ritenuto, con decisione dell'11 dicembre 2018, che il PSPP, rientrando nelle azioni di politica monetaria, non violasse il diritto dell'Unione Europea e che, pertanto, BCE e SEBC non avessero ecceduto dal mandato loro riconosciuto⁵⁸. Tuttavia, a seguito della riassunzione del giudizio all'esito del rinvio pregiudiziale, con sentenza del 5 maggio 2020, il Tribunale costituzionale federale tedesco, accogliendo parzialmente i ricorsi individuali presentati, ha dichiarato *ultra*

⁵⁴ Al fine di portarla all'obiettivo del 2 per cento.

⁵⁵ Anche qui la saga si compone di tre pronunce: la decisione del BVerfG di promuovere il rinvio pregiudiziale alla CGUE: BVerfG, 2 BvR 859/15, 18 luglio 2017; la decisione della CGUE sul rinvio pregiudiziale: Corte di giustizia UE, 11 dicembre 2018, *Weiss e a.*, in causa C-493/17; ed infine la decisione del BVerfG che ha definito la *quaestio* da cui era originato il rinvio pregiudiziale: decisione del Secondo senato, 2 BvR 859/15 – 2 BvR 1651/15 – 2 BvR 2006/15 – 2 BvR 980/16, 5 maggio 2020. Quanto all'individuazione dei limiti previsti dal mandato attribuito dai Trattati alla BCE si confrontino, *ex multis*, L. DANIELE– R. CISOTTA, *L'unione economica e monetaria*, in L. DANIELE (a cura di), *Diritto del mercato unico europeo e dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, Giuffrè, Milano, 2019, pp. 524 ss.

⁵⁶ La BCE ha denominato l'insieme dei vari programmi di acquisto di titoli sul mercato “*Expanded Asset Purchase Programme*” (EAPP), articolato, a sua volta, in vari sottoprogrammi: *Third Covered Bond Purchase Programme* (CBPP3); *Asset-backed Securities Purchase Programme* (ABSPP), *Public Sector Purchase Programme* (PSPP), *Corporate Sector Purchase Programme* (CSPP).

⁵⁷ Sul secondo rinvio pregiudiziale della Corte di Karlsruhe, approfonditamente, ancora P. FARAGUNA, *Da Karlsruhe un nuovo rinvio pregiudiziale “contro” la BCE: inutile o dannoso?*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4/2017, pp. 930 ss.

⁵⁸ Escludono categoricamente la “neutralità” della politica monetaria della Banca Centrale Europea, P. DE SENA– S. D'ACUNTO, *Il doppio mito: sulla (pretesa) neutralità della politica monetaria della BCE e la (pretesa) non-vincolatività degli indirizzi di politica economica dell'Unione*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2020, pp. 120 ss.; A. GUAZZAROTTI, “*Neutralità va cercando, ch'è sì cara*”! Il Tribunale costituzionale tedesco contro la politicizzazione dei programmi di quantitative easing della BCE, in *DPCE online*, n. 2/2020, pp. 2811 ss. Sulla difficile distinzione tra politica economica e monetaria, si veda anche quanto recentemente ricostruito da E. CREMONA, *Principio della stabilità dei prezzi e sistema delle competenze UE: la distinzione fra politica monetaria e politica economica nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2020, pp. 1506 ss.

vires tanto la decisione del Consiglio direttivo della BCE del 4 marzo 2015 (EU) 2015/774 e le connesse decisioni della BCE (EU) 2015/2101, (EU) 2015/2464, (EU) 2016/702 ed (EU) 2017/100, quanto la sentenza della Corte di Giustizia dell'11 dicembre 2018⁵⁹.

Questa decisione, definendo, per la prima volta nella storia della giurisprudenza costituzionale tedesca, atti di Istituzioni europee *ultra vires*, e come tali non vincolanti per i poteri pubblici della Repubblica federale tedesca, ha innegabilmente segnato un momento di forte tensione nei rapporti tra la Corte di Karlsruhe e l'ordinamento europeo, ancorché gli sviluppi successivi abbiano condotto ad un deciso raffreddamento della temperatura del conflitto⁶⁰. Dai richiamati itinerari "europei" del BVerfG si può, quindi, agevolmente comprendere come la decisione del 26 marzo 2021, oggetto di queste brevi notazioni, non sia «nata all'improvviso, come Minerva dalla testa di Giove»⁶¹, ma rappresenti, piuttosto, il punto di approdo, del tutto *ovvio* e prevedibile, di un più ampio cammino pretorio, affinato in molti decenni dalla

⁵⁹ Tra i moltissimi contributi sulla pronuncia in discorso, quanto alla letteratura in lingua italiana, si segnalano P. FARAGUNA, *Il Bundesverfassungsgericht dichiara ultra vires il Quantitative easing (con uno sguardo al Pandemic Emergency Purchase Programme?)*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, n. 2/2020, pp. 312 ss.; F. SAITTO, «Tanto peggio per i fatti». *Sipario sulla presidenza Vosskuhle: il caso quantitative easing di fronte al Bundesverfassungsgericht*, in *Diritti comparati*, 7 maggio 2020, pp. 4 ss.; O. CHESSA, *Il principio di attribuzione e le Corti costituzionali nazionali. Sulla pronuncia del Bundesverfassungsgericht del 5 maggio 2020*, in *DPCE online*, n. 1/2020, pp. 2741 ss.; G. SCACCIA, *Nazionalismo giudiziario e diritto dell'Unione europea: prime note alla sentenza del BVerfG sui programmi di acquisto di titoli del debito della BCE*, in *DPCE online*, n. 2/2020, pp. 2857 ss. Per alcuni commenti internazionali si vedano invece, tra i moltissimi, S. SIMON– H. RATHKE, «Simply not comprehensible.» *Why?*, in *German Law Journal*, Vol. 21, 2020, pp. 950 ss.; D. GRIMM, *A Long Time Coming*, in *German Law Journal*, Vol. 21, 2020, p. 944 ss.; A. BOBIC– M. DAWSON, *Making sense of the "incomprehensible": The PSPP Judgment of the German Federal Constitutional Court*, in *Common Market Law Review*, Vol. 57, pp. 1954 ss.; D. SARMIENTO– D. UTRILLA, *Germany's Constitutional Court has gone nuclear. What happens next will shape the EU's future*, in *Euronews*, 20 Maggio 2020, consultabile all'indirizzo <https://www.euronews.com/2020/05/15/germanyconstitutional-court-gone-nuclear-what-happens-next-will-shape-the-eu-future-view>.

⁶⁰ Del resto «soon after the first harsh reactions of the concerned institutions, the temperature of the conflict gradually cooled down. The ECB facilitated a way out of the legal deadlock by releasing unpublished documents. These included excerpts from minutes of Governing Council's meetings concerning the evaluation of the potential side effects of the PSPP, corroborating the adequacy of the proportionality assessment underpinning the challenged ECB's policy choices». Così P. FARAGUNA– D. MESSINEO, *European Central Bank, National Constitutional Adjudication and the European Court of Justice: Latest developments from the "European case-law" of the German Constitutional Court*, in *Quaderni di ricerca giuridica della consulenza legale della Banca d'Italia*, 2021, p. 32.

Sul punto, con forti accenti critici, cfr. O. CHESSA, *Perché il tribunale costituzionale tedesco sbaglia nel censurare gli «effetti di politica economica» della BCE?*, in *lacostituzione.info*, 8 maggio 2020; A. GUAZZAROTTI, *Cose molto cattive sulla ribellione del Tribunale costituzionale tedesco al Quantitative easing della BCE*, in *lacostituzione.info*, 10 ottobre 2020.

⁶¹ P. FARAGUNA – D. MESSINEO, *Istituzioni tecniche, attori politici e controllo di costituzionalità: il caso Weiss/Pspp e il suo seguito*, in corso di pubblicazione nella Rivista *Banca borsa e titoli di credito*.

Corte tedesca e alimentato, in tempi recenti, da pronunce piuttosto innovative, oltre che costruite in modo sempre più incrementale.

A guardare il quadro della giurisprudenza europea del BVerfG, la presa di posizione di Karlsruhe pare, dunque, collocarsi, senza soluzione di continuità, nell'ambito di quel marcato attivismo giudiziale di cui la Corte tedesca si è resa protagonista nel corso degli ultimi anni, scandendo i principali passaggi del "cammino comunitario" della Repubblica federale. Era, dunque, probabile che la Corte di Karlsruhe sarebbe stata chiamata a prendere posizione anche su un ulteriore passaggio nevralgico dell'integrazione europea, quale certamente è lo "storico" accordo sul NGEU, raggiunto dal Consiglio dell'Unione Europea lo scorso luglio al fine di sostenere gli Stati membri maggiormente colpiti dalla pandemia da COVID-19⁶². Del resto, il Tribunale costituzionale federale tedesco difficilmente si sarebbe lasciato sfuggire l'occasione, offertale da un utilizzo piuttosto "anomalo" del ricorso individuale diretto, di rivendicare il diritto a pronunciare la sua (ultima?) parola sulle divisive questioni sottese al citato piano europeo di ripresa economica⁶³.

4. L'"ombra" del BVerfG: quale futuro per la risposta economica europea al COVID-19?

Da questo punto si può muovere per abbozzare una breve riflessione conclusiva che, traendo spunto dalla recente decisione provvisoria del BVerfG, tenti di volgere lo sguardo al presente, ma soprattutto al futuro prossimo, della risposta pandemica europea, declinata sul versante di uno sviluppo sempre più incrementale della *governance* economica⁶⁴.

⁶² Il riferimento è al Consiglio europeo del 17-21 luglio 2020. Cfr., a tale riguardo, www.consilium.europa.eu, nonché, in dottrina, C. FASONE, *Le conclusioni del Consiglio europeo straordinario del 21 luglio 2020: una svolta con diverse zone d'ombra*, in *Diritticomparati.it*, 29 luglio 2020, pp. 1 ss.

⁶³ Di diritto all'ultima parola, spesso rivendicato dal BVerfG, soprattutto rispetto alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, ragiona condivisibilmente P. FARAGUNA, *La saga OMT: il diritto all'ultima parola tra Corte di giustizia e tribunali costituzionali*, in *Giur. cost.*, n. 1 del 2017, pp. 567 ss.

⁶⁴ Copiosissima è la produzione scientifica sull'evoluzione del settore dell'Unione economica e monetaria. Sia consentito, pertanto, rinviare, per tutti, ad A. PREDIERI, *Euro, poliarchie democratiche e mercati monetari*, Giappichelli, Torino, 1998; G. GUARINO, *Verso l'Europa. Ovvero la fine della politica*, Mondadori, Milano, 1997; ID., *Eurosistema. Analisi e prospettive*, Giuffrè, Milano, 2006; J.H.H. WEILER, *The Transformation of Europe*, in *Yale Law Journal*, vol. 100, n. 8, June 1991, pp. 2403 ss.; M. LUCIANI, *La Costituzione italiana e gli ostacoli all'integrazione europea*, in *Politica del diritto*, 1992, pp. 557 ss.; F. MERUSI, *Governo della moneta e indipendenza della Banca centrale nella federazione monetaria dell'Europa*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 1997, pp. 98 ss.; F. SALMONI, *Stabilità finanziaria, Unione bancaria europea e Costituzione*, Cedam, Padova, 2019, *passim*.

È certamente innegabile che la reazione europea alla pandemia da COVID-19, calata nelle sue varie linee di intervento, abbia generato – e stia tuttora continuando a generare – una spiccata accelerazione nel processo strutturale di integrazione economica⁶⁵. Del resto, dinanzi all’eccezionale crisi epidemica che sta sconvolgendo il “Vecchio continente”, l’Unione Europea non avrebbe in alcun modo potuto rimanere in silenzio⁶⁶. Al contrario, era necessariamente tenuta a fornire risposte comuni, celeri ed efficaci, rispetto alle forti pressioni esercitate da un “morbo invisibile” che non guarda ai confini nazionali, ma che travolge indistintamente (seppur con intensità diverse) ogni Paese membro⁶⁷.

In questa cornice, proprio grazie all’approvazione dei numerosi piani europei di ripresa contemplati dal NGEU, le istituzioni dell’Unione si sono rivelate all’altezza del loro difficile mandato, dimostrandosi in grado di far fronte ad uno sconvolgimento obiettivamente imprevedibile⁶⁸. In effetti, detto inedito programma

⁶⁵ Lo sostiene, tra gli altri, M. IANNELLA, *La risposta europea alla crisi Covid-19 e le diverse interazioni con l’ordinamento italiano*, in *Osservatorio AIC*, n. 4/2020, p. 95. Del resto l’impulso alla costruzione delle fondamenta di una nuova *governance* economica europea non è fornito, esclusivamente, dai piani previsti dal NGEU e dalle nuove possibilità di indebitamento riconosciute all’Unione Europea, ma, altresì, dall’incremento del bilancio di lungo periodo dell’Unione, il c.d. *Quadro Finanziario Pluriennale* (QFP), su cui si confrontino, *ex plurimis*, Commissione europea, *Comunicazione, Il bilancio dell’UE come motore del piano per la ripresa europea*, COM(2020) 442 final, 27/5/2020, e Consiglio europeo, *Conclusioni*, EUCO 10/20, CO EUR 8, CONCL 4, 21/7/2020, 1; Commissione europea, *Proposta di Regolamento del Consiglio che stabilisce il quadro finanziario pluriennale per il periodo 2021-2027*, COM(2018) 322 final, 2.5.2018. Tale quadro viene, poi, completato dalla decisione, assunta dal Consiglio direttivo della BCE il 24 marzo 2020, di attivare un massiccio programma di acquisto, sul mercato secondario, di titoli di Stato di Paesi membri dell’”eurozona”: ossia il *Pandemic Emergency Purchase Programme* (PEPP). Decisione che è stata successivamente reiterata in data 4 giugno e 10 dicembre 2020. Sul punto, approfonditamente, E.C. RAFFIOTTA, *La Banca centrale europea a dieci anni dal Trattato di Lisbona tra emergenze e la ricerca di un’identità*, in *Federalismi.it*, n. 19/2020, p. 358.

⁶⁶ Per una breve ricostruzione dell’impatto della pandemia da COVID-19 a livello dell’Unione Europea, si rinvia a quanto ricostruito in R. ADAM– A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell’Unione europea*, Giappichelli, Torino 2020, pp. 27 ss.; P. DE SENA– S. D’ACUNTO, *Il doppio mito: sulla (pretesa) neutralità della politica monetaria della BCE e la (pretesa) non-vincolatività degli indirizzi di politica economica dell’Unione*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2020, pp. 145 ss.; F. SARACENO, *L’economia europea tra lockdown e Fondo per la ripresa*, in *Il Mulino*, n. 3/2020, pp. 422 ss.

⁶⁷ Sull’idea, diffusa, per cui, posta l’inadeguatezza dell’architettura istituzionale dell’Unione Europea a far fronte a crisi di dimensioni epocali, risulterebbe accettabile anche qualche forzatura istituzionale pur di consentire all’economia continentale di superare i momenti di maggiore difficoltà finanziaria, si rinvia, tra gli altri, ad A. BOITANI, *Sette luoghi comuni sull’economia*, Laterza, Roma, 2017, spec. pp. 66 ss.; F. SARACENO, *La riconquista. Perché abbiamo perso l’Europa e come possiamo riprendercela*, LUISS University Press, Roma, 2020, spec. pp. 94 ss.

⁶⁸ Maggiormente nel dettaglio il NGEU si compone di ben 11 programmi, alcuni dei quali preesistenti, ma il grosso della cifra (672,5 dei complessivi 750 miliardi) verrà convogliato nel c.d. *Recovery and Resilience Facility* (RFF), la cui disciplina giuridica si basa su una procedura legislativa ordinaria, e dunque con il coinvolgimento del Parlamento europeo, ai sensi dell’art. 175, paragrafo 3 del TFUE. In questo senso A. GUAZZAROTTI, *Integrazione europea e riduzionismo politico*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2020, 32; F. COSTAMAGNA – M. GOLDMANN, *Constitutional Innovation, Democratic Stagnation?: The EU Recovery Plan*, in *Verfassungsblog*, 30 maggio 2020.

di rilancio europeo ha fornito agli Stati membri la «possibilità unica – forse irripetibile – di disporre di risorse consistenti per compiere riforme strutturali in grado non soltanto di garantire l'uscita dalla crisi, ma soprattutto di assicurare prosperità e benessere per le nuove generazioni, con un nuovo modello di crescita più sostenibile»⁶⁹.

Senonché, il quadro è stato senz'altro aggravato dalla (prevedibile) reazione tedesca. La questione non è assolutamente di poco momento: la Commissione europea potrà dare l'avvio al proprio potere, eccezionale e temporaneo, di contrarre prestiti sui mercati finanziari per sostenere il NGEU solamente qualora tutti e 27 i Paesi membri avranno ratificato la Decisione sulle risorse proprie. Difatti, come ricordato, questa Decisione, dopo essere già stata adottata dal Consiglio dell'Unione all'unanimità, richiede ancora l'approvazione dei vari Stati membri in conformità alle relative previsioni costituzionali.

Attualmente⁷⁰ solo 17 Stati membri hanno confermato quanto precedentemente concordato a Bruxelles, completando l'*iter* di ratifica. Ed è proprio sulla base della considerazione per cui il procedimento di adattamento da parte dei Parlamenti di numerosi Paesi europei è tuttora pendente, che la questione sollevata dinanzi alla Corte di Karlsruhe finisce per assumere ancora maggiore rilievo⁷¹. A preoccupare è soprattutto il fatto che, all'intrinseca lentezza della procedura di ratifica della nuova Decisione sulle risorse proprie, si sia ora aggiunta anche l'"ombra" del BVerfG. Un'"ombra" che, pendendo, quasi come una "spada di Damocle", sulle Assemblee legislative nazionali, rischia, in ultima istanza, di rafforzare le resistenze già manifestate dai Paesi c.d. "Frugali" e del "gruppo di Visegrad", fortemente scettici nei confronti del NGEU⁷².

⁶⁹ Così, testualmente, il Presidente della Repubblica Sergio Mattarella, durante il discorso pronunciato in occasione del quarantaseiesimo "Forum Ambrosetti" del 5 settembre 2020. Discorso puntualmente ripreso da C. BERGONZINI, *L'Europa e il Covid-19. Un primo bilancio*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4/2020, p. 773. Sul punto si vedano anche F. DAVERI, *L'Ue non più matrigna prova a scacciare l'incubo sovranista*, in *lavoce.info*, 21 luglio 2020; L. MELICA, *"Whereas this is a moment of truth for the Union that will determine its future"*. *Tra atti e parole delle Istituzioni europee nella lotta contro la pandemia*, in *DPCE online*, n. 2/2020, pp. 2265 ss.

⁷⁰ Nel momento in cui si scrive – 18 aprile 2021 – risultano aver completato l'*iter di ratifica* i seguenti Paesi: Croazia, Cipro, Slovenia, Portogallo, Francia, Bulgaria, Malta, Italia, Spagna, Belgio, Grecia, Lussemburgo, Lettonia, Repubblica Ceca, Danimarca, Svezia, Repubblica Slovacca.

⁷¹ Quanto ai meccanismi istituzionali deputati ad attuare in Italia i fondi del *Next Generation EU* si rinvia, per tutti, a quanto abilmente evidenziato da N. LUPO, *Meccanismi istituzionali per i fondi del «Next generation EU»*, in *rivistailmulino.it*, 28 luglio 2020.

⁷² Il fronte dei Paesi che ha mostrato maggiori resistenze rispetto al piano di rilancio di cui si fa portatore il NGEU vede, in prima linea, i Paesi c.d. "frugali" (Paesi Bassi, Austria, Danimarca e Svezia), da un lato, e i Paesi del c.d. "gruppo di Visegrad" (Polonia, Ungheria, Repubblica Ceca e Slovacchia), dall'altro. Si tratta, in particolare, di Stati membri che premono per mantenere il bilancio europeo al livello più basso possibile onde

Non ci si può, pertanto, esimere dal chiedersi se la decisione provvisoria del Tribunale costituzionale federale tedesco, nell'attesa della successiva decisione cautelare, possa, *medio tempore*, mutare i destini del NGEU⁷³. Il rischio è che l'inesco di questo nuovo contenzioso e la possibile risposta del BVerfG favorevole ai ricorrenti, possano rallentare, e persino contraddire, il processo di integrazione sovranazionale, in chiave maggiormente solidaristica rispetto al passato, proprio in un momento in cui la celerità e un' "Unione sempre più stretta tra i popoli" dovrebbero rappresentare un'impellente priorità⁷⁴.

Alla luce della battuta d'arresto bruscamente imposta da Karlsruhe, l'obiettivo dell'Unione Europea di garantire il completamento del processo di ratifica in tutti gli Stati membri entro la fine del secondo trimestre di quest'anno riuscirà davvero ad essere soddisfatto⁷⁵? Le premesse non inducono certo all'ottimismo, ma, aspettando che il BVerfG si pronunci sulla domanda cautelare, l'auspicio resta sempre quello di un avvio rapido delle azioni di ripresa e resilienza progettate nell'ambito del NGEU, all'insegna di una nuova forma di "vera" solidarietà europea⁷⁶.

circoscrivere fortemente l'autonomia delle istituzioni sovranazionali (come il Parlamento e la Commissione). Si confrontino su questo ed altri profili, *ex plurimis*, S. FABBRINI, *Temi caldi*, in *Sole 24 Ore.com*, 24 febbraio 2020; nonché le voci "Paese frugale" e "Gruppo di Visegrad" dell'Enciclopedia Treccani, consultabili all'indirizzo www.treccani.it.

⁷³ In particolare, l'erogazione degli stanziamenti del cd. *Recovery and Resilience Facility* (672,5 miliardi di euro) dipende, come noto, dall'elaborazione da parte dei vari Stati membri di «piani nazionali per la ripresa e la resilienza in cui è definito il programma di riforme e investimenti dello Stato membro interessato per il periodo 2021-2023», i quali dovranno ottenere la previa approvazione della Commissione, che ne valuterà la coerenza con le raccomandazioni fornite. Sul punto, si veda, diffusamente, G. MENEGUS, *Gli indirizzi di massima per il coordinamento delle politiche economiche ex art. 121 TFUE nel quadro del semestre europeo*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2020, pp. 1502 ss.

⁷⁴ Per un quadro aggiornato dell'impatto pandemico sull'andamento economico (*rectius* sul PIL) degli Stati membri si veda il *Regional Economic Outlook: Europe*, October 2020, realizzato dal Fondo Monetario Internazionale (FMI). Non può, del resto, nemmeno escludersi un rischio di possibili "imitazioni" dell'operato del BVerfG ad opera di altre Corti costituzionali degli Stati membri. A tale riguardo si veda, ad esempio, Decision no. 22/2016 (XII.5.) of the Hungarian Constitutional Court, con cui la Corte costituzionale ungherese era sembrata recepire, nella propria pronuncia, molti degli approdi propri della giurisprudenza "europea" del Tribunale costituzionale federale tedesco. Cfr., *ex plurimis*, K. KELEMEN, *The Hungarian Constitutional Court enters the dialogue on national constitutional identity*, in www.diritticomparati.it, 30 marzo 2017; G. HALMAL, *Abuse of constitutional identity: the Hungarian constitutional court on interpretation of article E) (2) of the fundamental law*, in *Review of Central and East European law*, Vol. 43, No. 1, 2018, pp. 23 ss.

⁷⁵ Cfr. B. CARAVITA, *We, Europeans, did it! Shall we, Italians, overcome?*, in *Federalismi.it*, Editoriale, 5 agosto 2020.

⁷⁶ A. ROSANÒ, *Le conseguenze economiche del Coronavirus e la battaglia sul quadro finanziario pluriennale 2021-2027: alla ricerca di un principio di solidarietà europea*, in *Federalismi.it*, n. 24/2020, pp. 305 ss.; nonché G. CONTALDI, *La solidarietà europea in campo economico ai tempi della pandemia da Covid-19*, in *Ordine internazionale e diritti Umani*, 2020, pp. 457 ss., che correttamente evidenzia che «il principio di solidarietà costituisce un valore fondamentale dell'Unione europea (art. 2, TUE) ed è richiamato sovente quale principio interpretativo (considerando 6, artt. 3, 21, 24 e 31 TUE; artt. 67, 80 e 194 TFUE). Inoltre, talune disposizioni lo utilizzano come principio cardine che deve ispirare l'azione delle istituzioni europee, in ipotesi di reazione a

determinate situazioni (v., oltre all'art. 122 TFUE esaminato nel testo, l'art. 222 del medesimo Trattato, concernente gli attacchi terroristici)». Si vedano, più in generale, sotto questo profilo P. MANZINI, *La solidarietà tra Stati membri dell'Unione europea: un panorama "costituzionale"*, in L. MANDERIEUX, M. VELLANO (a cura di), *Etique globale, bonne gouvernance et droit international économique*, Giappichelli, Torino, 2017, pp. 137 ss.; E. DAGILYTÉ, *Solidarity: A General Principle of EU Law? Two Variations on the Solidarity Theme*, in A. BIONDI (a cura di), *Solidarity in EU Law. Legal Principle in the Making*, Cheltenham, 2018, pp. 61 ss.; G. MORGESE, *La solidarietà tra gli Stati membri dell'Unione europea in materia di immigrazione e asilo*, Cacucci Editore, Bari, 2018, *passim*.

QUALE FUTURO PER LE AREE MARINE PROTETTE ITALIANE?

Luca Petrelli

ABSTRACT [ITA]: Le Aree marine protette (AMP) italiane, ancora oggi regolamentate dalle leggi n. 979/1982 e 394/1991, si trovano attualmente in una situazione di criticità a causa di una gestione che si è dimostrata nella maggioranza dei casi poco efficiente ed efficace e di uno scarso coinvolgimento della società civile che vive nelle zone protette. Tale situazione è imputabile alla legislazione quadro nazionale che, tra l'altro, non riesce a ben coordinarsi al sistema normativo europeo ed internazionale di riferimento. Ne consegue l'opportunità di una nuova legge sulle aree protette italiane cui raccordare la disciplina di speciale tutela delle aree marine. In ogni caso la vigente regolamentazione delle zone marine protette a livello internazionale ed europeo rende opportuno un urgente processo di adeguamento del nostro sistema nazionale di tutela per assicurare maggiore coerenza rispetto agli impegni assunti con la firma di convenzioni internazionali e per favorire un suo più funzionale raccordo con l'evoluzione del quadro normativo europeo a tutela della natura che impone al nostro Stato di aumentare, nel breve e nel medio periodo, l'estensione geografica delle zone marine da sottoporre a protezione e di promuovere l'effettivo enforcement e controllo delle misure manageriali assunte da ogni area marina protetta, implementando strutture di governance «inclusiva» con ampia partecipazione di stakeholder.

ABSTRACT [ENG]: *The Italian Marine Protected Areas, still regulated today by laws n. 979/1982 and 394/1991, are currently in a threatening situation due to a poorly efficient and effective management on one hand, and to the absence of the civil society involvement in the protected area on the other hand. This situation is attributable to an evident difficulty of the national reference regulatory framework to adapt to the European and international reference system. It follows the opportunity of a new national legislation on protected areas to which the regulation of marine protected areas should be linked. In any case, the current regulation of marine protected areas at international and European level needs an urgent process to adapt our national protection system. This is deemed necessary to ensure greater consistency with respect to the commitments undertaken with the signing of international conventions. Moreover, it is considered essential to favor the functional connection with the evolution of the European regulatory framework for the protection of nature. This would require our State to increase, in the short and medium term, the geographical extension of the marine areas to be subject of protection, as well to support mechanisms for the effective enforcement and control of MPA management measures and to promote inclusive governance structure which enable wide stakeholder participation.*

SOMMARIO: 1. Introduzione. - **2.** Principali problematiche riscontrate nella gestione delle AMP italiane. - **3.** Le ragioni di una urgente riforma organica della legislazione italiana sulle aree protette. - **4.** Conclusioni.

1. Introduzione

La superficie delle acque costiere italiane sottoposte a speciale protezione è cresciuta costantemente nel tempo. L'Elenco Ufficiale Aree naturali protette (EUAP), redatto in base alla legge 394/91, così come ad oggi aggiornato, conta 39 aree protette marine (APM), istituite in 10 regioni, che ricomprendono aree marine protette (AMP), parchi nazionali (PN), riserve naturali regionali (RNR), altre aree naturali protette nazionali (AANPN) e altre aree naturali protette regionali (AANPR). A queste tipologie di aree protette marine (APM), istituite nell'ambito del sistema nazionale, lo schema di classificazione utilizzato dalla *European Environmental Agency (EEA)*¹ ne giustappone altre due operative nei mari ed Oceani europei che, in ogni caso, possono riguardare anche le nostre coste ed i nostri mari «sovrapponendosi», talvolta, a spazi già protetti nel nostro Paese²: i siti marini europei di Natura 2000; le aree protette istituite nel quadro di Convenzioni ed accordi internazionali.

Le APM afferenti al sistema nazionale coprono una superficie di mare protetta corrispondente a circa 307.614 ha³; ciò al netto del Santuario dei mammiferi marini che tutela una vasta area marina protetta di interesse internazionale (circa 2.557.258 ettari di mare) estesa a parte della Liguria, Toscana, Sardegna, Corsica nonché a parte orientale della costa meridionale Francese ed al Principato di

¹ European Environmental Agency, *Marine protected areas in Europe's seas – An overview and reflections on the way forwards*, 2015. La dottrina, sulla base del quadro normativo vigente, distingue le Aree marine protette in quattro tipologie: 1) le riserve naturali marine ex art. 25 della l. n. 979 del 1982; 2) i parchi nazionali marini ex art.2, comma 1 della l. n. 394 del 1991; 3) le aree marine protette sulla base di specifiche disposizioni di legge (es. i parchi sommersi di Baia e Gaiola istituiti dall'art. 114, comma 10, della l. n. 388 del 2000; 4) le aree marine protette istituite sulla base di convenzioni o accordi internazionali; così G. GARZIA, *Le aree marine protette. Funzione amministrativa e nuovi strumenti per lo «sviluppo sostenibile»*, in *Quaderni della rivista giuridica dell'ambiente*, 24, Giuffrè, 2011, pp. 29-34.

² Sul punto cfr. P. MORRONE, *Overlapping different regulatory regimes for the protection of marine Areas: the case of the institution of nature 2000 marine sites in Sardinia*, in *Riv. dir. ec. trasp. amb.*, 2017, p. 211 ss.

³ Cfr. S. D'ANTONI, S. ERCOLE, L. NAZZINI, S. PROPERZI, *Aree protette marine*, 2019, in annuario.isprambiente.it. Il lavoro evidenzia un progressivo aumento della superficie a mare protetta dalle APM a partire dagli anni 80 del secolo scorso, seppure a diverse velocità: dal 2012 ad oggi, a seguito dell'istituzione nel 2018 delle Aree marine Protette di capo Testa- Punta Falcone e di Capo Milazzo, il tasso di incremento delle APM è stato dell'1,9%.

Monaco con il coinvolgimento di 3 differenti Stati (Italia Francia e Principato di Monaco).

All'interno del sistema nazionale delle APM, le aree marine protette (AMP), istituite ai sensi delle leggi 979/1982 e 394/1991 e successive modificazioni, costituiscono lo strumento primario per garantire e promuovere in forma coordinata la più rigorosa conservazione e valorizzazione del patrimonio naturale, culturale, storico ed archeologico-artichettonico, nonché della biodiversità del nostro Paese in aree geografiche (mare e coste) precisamente definite, ritenute strategiche ai fini della protezione di specie ed habitat vulnerabili⁴. Le 29 AMP, insieme ai 2 parchi sommersi di Baia e di Gaiola (AANPN), con la loro legislazione vincolistica, contribuiscono attivamente a tutelare circa 234.000 ettari di mare⁵ e circa 700 chilometri di coste italiani difendendoli da attività umane incompatibili con il rigoroso regime di protezione ambientale e dal degrado degli ecosistemi (marini e costieri) nonché degli ambienti marini. Tuttavia i miglioramenti

⁴ Ai sensi dell'art. 25, legge 31 dicembre 1982, n. 979 recante «Disposizioni per la difesa del mare», le riserve marine «sono costituite da ambienti marini, dati dalle acque, dai fondali e dai tratti di costa prospicienti che presentano un rilevante interesse per le caratteristiche naturali, geomorfologiche, fisiche, biochimiche con particolare riguardo alla flora e alla fauna marine e costiere e per l'importanza scientifica, ecologica, culturale, educativa ed economica che rivestono». L'articolo 27, l. n. 979 /1982 prevede in modo articolato la disciplina dei cc.dd. vincoli naturalistici in funzione delle finalità per la cui realizzazione la riserva è stata istituita. La successiva legge 6 dicembre 1991, n. 394, «Legge quadro sulle aree naturali protette» ha operato la scelta di mantenere la tipologia giuridica della riserva marina, così come disciplinata dagli art. 25 ss., l. n. 979/1982. L'art. 2, comma 4, l. n. 94/1991, (rubricato classificazione delle aree naturali protette), infatti, distingue, con riferimento all'ambiente marino, le aree protette come definite ai sensi del protocollo di Ginevra, relativo alle aree del Mediterraneo particolarmente protette di cui alla legge 5 marzo 1985, n. 127, da quelle definite dalla legge 979 del 1982. La stessa legge quadro, all'articolo 1, individua le finalità delle aree protette (dunque anche delle aree marine protette) in modo coerente rispetto alla definizione ed alle finalità perseguite dalle riserve marine protette di cui alla legge n. 979/1982 salvo poi disciplinare più specificamente negli artt. 18 e 19 i procedimenti di istituzione e la gestione delle aree protette marine. L'evoluzione normativa, nel tempo, ha riconosciuto al Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare un ruolo centrale nel processo istitutivo delle aree marine protette. Come evidenziato nella prefazione di S. NESPOR a G. GARZIA, *Le aree marine protette. Funzione amministrativa e nuovi strumenti per lo «sviluppo sostenibile»*, cit., p. XII, l'approfondimento dei profili giuridici, organizzativi e istituzionali delle AMP non è stato particolarmente curato dalla dottrina. Si rinvia a: G. GARZIA, *Le aree marine protette. Funzione amministrativa e nuovi strumenti per lo «sviluppo sostenibile»*, cit.; D. ADDIS, *Aree marine protette (disciplina e gestione)*, in C. DESIDERI- R. MOSCHINI, ETS PISA, 2010; L. MICCICHE', *Aree marine protette e parchi archeologici sommersi*, in W. CORTESE, (a cura di), *Diritto al paesaggio e diritto del paesaggio*, Atti del convegno di Lampedusa 21-23 giugno 2007, Editoriale scientifica, Palermo, 2008, p. 213 ss.; R. CATTANEO VIETTI, L. TUNESI, *Le aree marine protette in Italia. Problemi e prospettive*, Aracne editrice, Roma, 2007; F. SPADI, *Le aree marine protette nell'ordinamento internazionale*, in *Riv. giur. amb.*, 1,1998, p. 123 ss.; A. CROSETTI, *Le aree protette tra conservazione e valorizzazione tra omogeneità e differenziazione*, in W. CORTESE (a cura di), *Diritto al paesaggio e diritto del paesaggio*, cit., p. 147 ss.; G. Spera, *Spunti in materia di aree marine protette*, in *Riv. dir. nav.*, 2010, p. 786 ss.

⁵ Per il calcolo degli ettari di mare tutelati cfr. [www. Isprambiente.gov.it](http://www.Isprambiente.gov.it).

effettivi in termini di tutela della biodiversità, ottenuti nel tempo, risultano spesso difficilmente verificabili.

A fronte di questi indubbi risultati positivi dovuti all'applicazione di rigidi vincoli pubblicistici di conservazione e tutela e alla conseguente attività di controllo (secondo la tecnica del «*command and control*»)⁶, le aree marine protette italiane si trovano a dover gestire diverse criticità.

In primo luogo, quella costituita dalla «crisi di sistema» derivante dalla dimostrata diffusa difficoltà a sviluppare modelli gestionali efficienti ed efficaci - nonostante la chiarezza di funzioni, obiettivi, strategie e priorità da raggiungere - precisati in programmi di azione o di misure elaborate nel quadro di strategie nazionali⁷ ed Europee⁸. Tale situazione rappresenta la principale causa del mancato sviluppo, a

⁶ La dottrina, sulla base di un duplice criterio che tiene presente sia gli effetti sia la natura giuridica, ha distinto i vincoli «naturalistici» operanti all'interno delle riserve marine in 3 tipologie: 1) i vincoli di salvaguardia, ex art. 6, comma 5, l. n. 394 del 1991, caratterizzati da provvisorietà e atipicità; 2) i vincoli di durata indeterminata posti con il regolamento di disciplina delle attività consentite che, in applicazione del principio di gradualità, giustificano la suddivisione dell'Area marina protetta in tre diverse zone: A -riserva integrale - considerata meritevole di conservazione assoluta con divieto di effettuare qualsiasi alterazione dell'ambiente; B - riserva generale- situata ai confini della zona A, caratterizzata da prescrizioni restrittive che tuttavia consentono una parziale utilizzazione dell'ambiente marino da parte di visitatori e turisti (generalmente: attività di pesca professionale limitata ai residenti; pesca sportiva disciplinata severamente, se autorizzata; pesca subacquea vietata); C - riserva parziale- (cd. *buffer zone*) ritenuta compatibile con tutte le attività di fruizione del mare che comportino un modesto impatto sull'ambiente. In alcune AMP (Isole Egadi, Regno di Nettuno, Torre del Cerrano) alle predette zone se ne aggiunge una quarta (D) che si distingue per una disciplina ancora meno restrittiva; 3) i vincoli di durata indeterminata statuiti *ex lege* (ad es. il vincolo introdotto dall'art. 2, D.lgs. n. 128 del 2010). Così G. GARZIA (2011), *Le aree marine protette. Funzione amministrativa e nuovi strumenti per lo «sviluppo sostenibile»*, cit.pp. 49-59. La Corte costituzionale con la sentenza 15 novembre 1988, n. 1031, punto 6.4 delle considerazioni in diritto ha validato l'ampia possibilità di istituire, con le riserve marine, regimi differenziati, dotati di poteri variamente estesi o variamente pervasivi ritenendola coerente con la considerazione normativa della riserva quale istituzione preordinata alla protezione della natura, caratterizzata da «finalità multiple e da un regime dei beni e delle attività che, pur se speciale, può essere variamente articolato ... Sicché sarà soltanto con la concreta istituzione di una riserva marina, con la quale si configureranno gli effettivi poteri (di divieto, di autorizzazione, di limitazione) affidati alle autorità preposte alla tutela dell'area, che si potrà valutare se il regime speciale così creato comporti, o meno, lesioni di competenze regionali». Per ciò che concerne la suddivisione in zone delle AMP, cui sopra si è fatto riferimento, risulta che soltanto il 2,8% della loro superficie totale è sottoposta a vincoli di tutela integrale (zona A) mentre, nella restante parte, le attività antropiche sono diversamente regolamentate a seconda dei diversi obiettivi di protezione.

⁷ V. la Strategia nazionale per la biodiversità - elaborata nell'ambito degli impegni assunti dall'Italia con la ratifica della Convenzione sulla biodiversità biologica (CBD, Rio de Janeiro, 1992) - il cui iter di approvazione si è perfezionato con l'intesa espressa dalla Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome nella seduta del 7 ottobre 2010 (Repertorio n. 181/CSR). Cfr. altresì l'intesa raggiunta dalla Conferenza permanente dei rapporti tra lo Stato, le Regioni, e le Province autonome di Trento e Bolzano sulla revisione della strategia nazionale per la biodiversità fino al 2020, (Repertorio n. 91 del 26 maggio 2016). In dottrina cfr., tra gli altri, A. PORPORATO, *La tutela della Fauna, della flora, e della biodiversità*, cap. 15, in R. FERRARA, M. A. SANDULLI (a cura di), *Trattato di diritto dell'ambiente*, vol. III, A. CROSETTI (a cura di), *La tutela della natura e del paesaggio*, Giuffrè, 2014, pp. 782-783.

⁸ Cfr., ad es., la direttiva 2008/56/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 che istituisce un quadro per l'azione comunitaria nel campo della politica per l'ambiente marino (direttiva quadro sulla

tutt'oggi, di un soddisfacente approccio sistemico e sinergico tra le AMP italiane; ciò nonostante che la implementazione di *network* operativi a livello nazionale, europeo o regionale sia richiesta da direttive europee⁹ e da accordi internazionali di cui l'UE e l'Italia sono parti contraenti¹⁰.

strategia per l'ambiente marino) così come meglio precisata nella Decisione della Commissione europea 848/2017 del 17 maggio 2017. La direttiva, all'interno di un programma di misure finalizzate al conseguimento o al mantenimento di un buono stato ecologico delle acque marine europee che gli stati membri sono tenuti ad adottare entro il 2020 (cfr. da ultimo il *Report on the first implementation cycle of the marine strategy framework directive*, June 2020), riconosce un ruolo fondamentale alle regole di protezione che contribuiscono alla implementazione di una rete coerente e rappresentativa di aree protette marine disponendo la predisposizione di una relazione entro 2014 sui progressi realizzati nelle zone protette. Sul punto cfr. *Report from the Commission to the European Parliament and the Council, On the progress in establishing marine protected areas (as required by Article 21 of the Marine Strategy Framework Directive 2008/56/EC)*, European Commission, Bruxelles, 01.10.2015. Cfr. altresì, la Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Strategia dell'UE sulla biodiversità per il 2030. Riportare la natura nella nostra vita*, Bruxelles, 20.5. 2020, COM (2020) 380 final. Il documento aggiorna i contenuti di un approccio già avviato con la precedente Comunicazione della Commissione del 3 maggio 2011, *La nostra assicurazione sulla vita, il nostro capitale naturale: la strategia dell'UE sulla biodiversità fino al 2020*, così come revisionata nel 2015 - Relazione della Commissione al Parlamento Europeo e al Consiglio, *Revisione intermedia della strategia dell'UE sulla biodiversità fino al 2020*, Bruxelles, 2.10.2015, COM (2015) final; SWD (2015) 187 final -. Sulla disciplina internazionale dell'Unione europea e nazionale in materia di tutela del mare anche con riferimento alla istituzione delle zone di tutela biologica, delle Aree marine protette (AMP) e delle Aree speciali protette di importanza mediterranea (ASPIM), cfr. A. PORPORATO, *La tutela della Fauna, della flora, e della biodiversità*, cap. 15, in R. FERRARA, M. A. SANDULLI (a cura di), *Trattato di diritto dell'ambiente*, vol. III, A. CROSETTI (a cura di), *La tutela della natura e del paesaggio*, cit., spec. p. 783 ss.

⁹ Cfr. ad es. la direttiva 92/43/CEE del Consiglio, del 21 maggio 1992, relativa alla conservazione degli habitat naturali e semi naturali e della flora e della fauna selvatiche (di seguito «direttiva Habitat») e la direttiva 2009/147/ CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 30 novembre 2009, sulla conservazione degli uccelli selvatici, versione codificata della direttiva 79/409/CEE, come modificata (di seguito «direttiva Uccelli selvatici»). Sulle direttive Habitat e Uccelli e sulla istituzione nel territorio nazionale dei SIC, delle ZSC e delle ZPS, cfr. A. PORPORATO, *La tutela della Fauna, della flora, e della biodiversità*, cap. 15, in R. FERRARA, M. A. SANDULLI (a cura di), *Trattato di diritto dell'ambiente*, vol. III, A. CROSETTI (a cura di), *La tutela della natura e del paesaggio*, cit. pp. 749-759; A. CROSETTI, *Paesaggio e natura: la governance in uno stato multilivello*, cap. 4, in R. FERRARA, M. A. SANDULLI (a cura di), *Trattato di diritto dell'ambiente*, vol. III, A. CROSETTI (a cura di), *La tutela della natura e del paesaggio*, cit. pp. 203-206; A. RISSOLIO, *Le aree naturali protette e le zone umide*, cap. 14, in R. FERRARA, M. A. SANDULLI (a cura di), *Trattato di diritto dell'ambiente*, vol. III, A. CROSETTI (a cura di), *La tutela della natura e del paesaggio*, cit. pp. 728-732. I siti Natura 2000 vengono selezionati sulla base di precisi criteri scientifici per la tutela di aree ritenute strategiche per garantire la sopravvivenza a lungo termine di specie e habitat protetti a norma delle direttive Uccelli selvatici e Habitat. I siti sono selezionati e proposti dagli Stati membri; al termine di una procedura di analisi e di valutazione la Commissione approva i rispettivi elenchi e gli Stati li designano come zone speciali di conservazione entro un termine massimo di 6 anni. Attualmente (status 2018) i siti natura 2000 sono complessivamente 3150 e proteggono il 9,5% del totale delle acque marine europee (obiettivo 10% entro il 2020) coprendo una superficie di 551,898 chilometri quadrati (Cfr. *Natura 2000 data – the european network of protected sites*, disponibile al: <https://www.eea.europa.eu/data-and-maps/data/natura-9>). Per una valutazione delle implicazioni economiche derivanti dalla gestione di tali siti cfr. European Commission, *The Economic benefit of the nature 2000 network*, 2013; in ogni caso i benefici di Natura 2000 sono valutati tra 200 e 300 miliardi di EUR all'anno (cfr. Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Strategia dell'UE sulla biodiversità per il 2030. Riportare la natura nella nostra vita*, cit., p. 4). Per ciò che concerne il rapporto tra le APM italiane e i siti natura 2000, va specificato che le prime sono istituite nel rispetto della normativa nazionale; i siti, pertanto,

Infine quella riguardante la gestione di una generale crisi di consenso popolare ed un *sentiment* di sconforto e delusione condiviso da molte comunità locali che, in più casi, hanno accusato il peso di una regolamentazione fortemente vincolistica senza riscontrare l'atteso miglioramento della sostenibilità economica e sociale promessa dell'area.

possono essere designati per una serie di scopi diversi e riguardare anche specie/habitat diversi da quelli per i quali è stata creata la rete Natura 2000. Ne discende che le APM italiane non hanno lo stesso status dei siti Natura 2000. Ciò, tuttavia, non esclude che alcuni siti, protetti a livello nazionale o regionale, siano anche designati come siti Natura 2000 in quanto rappresentano aree importanti anche per specie e habitat di rilevanza comunitaria. In questi casi, si applicano le disposizioni delle direttive UE, a meno che la legislazione nazionale non preveda norme più rigorose. Nelle aree marine protette l'adozione degli obiettivi e delle misure di conservazione o, all'occorrenza, dei piani di gestione per le porzioni dei siti afferenti alla rete natura 2000 che insistono al loro interno è competenza dei rispettivi Enti gestori, ai quali ne resta affidata anche la gestione; gli stessi Enti contribuiscono altresì all'attività di reporting di competenza regionale. Così Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, Direzione generale per la protezione della natura e del mare (a cura di), *Relazione sullo stato di attuazione della legge n. 394 del 1991*, anno 2016, p. 33. Cfr., altresì, la direttiva 2008/56/CE cit., che istituisce un quadro per l'azione comunitaria nel campo della politica per l'ambiente marino e, più specificamente, per ciò che concerne gli impegni italiani, l'art. 12, paragrafo 11, D. LGS. 13 ottobre 2010, n. 190 - recante attuazione della direttiva 2008/56/CE - ai sensi del quale i programmi di misure finalizzati a conseguire o mantenere un buono stato ambientale «prevedono anche misure di protezione spaziale che contribuiscono ad organizzare reti coerenti e rappresentative di aree marine protette, previste dalla legislazione comunitaria e nazionale o dagli accordi internazionali, anche situate oltre il confine delle acque territoriali. Le reti devono essere tali da riflettere in modo idoneo la diversità degli ecosistemi».

¹⁰ Per ciò che concerne accordi e convenzioni previste nel quadro europeo e internazionale che definiscono i diritti e le responsabilità degli Stati nell'utilizzo dei mari e degli oceani, elaborando linee guida che regolano le trattative, l'ambiente e la gestione delle risorse naturali ai fini della loro protezione, cfr. la Convenzione di Bucarest per la protezione del Mar Nero dall'inquinamento (1992); la Convenzione di Helsinki (HELCOM) sulla protezione dell'ambiente marino del Mar Baltico (1992); la convenzione OSPAR (1992) per la protezione dell'ambiente marino nel Nord-Est dell'Atlantico. Dedicati interamente o quasi alle AMP sono la Convenzione di Barcellona per la protezione dell'ambiente marino e delle regioni costiere del mediterraneo (1995); il protocollo relativo alle Aree Specialmente protette e la Biodiversità in Mediterraneo (10 giugno 1995). Per ciò che concerne i trattati internazionali senza condizionamenti regionali che concernono le Aree marine protette, cfr. la Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare (UNCLOS) aperta alla firma a Montego Bay, Giamaica, il 10 dicembre 1982 ed entrata in vigore il 16 novembre 1994; la Convenzione sulla Diversità Biologica (CBD), adottata a Nairobi, Kenia il 22 maggio 1992, aperta alla firma dei paesi durante il Summit mondiale dei capi di Stato, Rio de Janeiro (5 giugno 1992), entrata in vigore il 29 dicembre 1993. Nel 2002 le parti della CBD hanno messo a punto un piano strategico al fine di orientare la sua ulteriore attuazione a livello nazionale. Questo obiettivo è stato poi approvato dal Vertice Mondiale sullo Sviluppo Sostenibile e dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite ed accolto come nuovo obiettivo nel quadro del *Millennium Development Goals*. Nel 2010 a Nagoya, Giappone, la Conferenza delle parti della CBD (COP) ha adottato un nuovo piano strategico per la biodiversità 2011-2020 (Aichi target). Il mancato raggiungimento di molti degli *Aichi Targets* (20 obiettivi articolati in 56 indicatori) ha posto le basi per lo sviluppo di un nuovo quadro globale per la biodiversità - *Global Biodiversity Framework post 2020* - da approvare in occasione della XV sessione della Conferenza delle Parti (COP15). Cfr., altresì, l'Agenda 2030 per lo Sviluppo Sostenibile, sottoscritta il 25 settembre 2015 dai governi dei 193 Paesi membri delle Nazioni Unite, e approvata dall'Assemblea Generale dell'ONU. L'Agenda è costituita da 17 Obiettivi per lo Sviluppo Sostenibile - Sustainable Development Goals, SDGs -. Tra questi v. il n. 14, «vita sott'acqua», che prevede di assicurare, entro il 2020, la protezione del 10% delle zone costiere e marine. A queste convenzioni vanno aggiunti quei Trattati internazionali dedicati alla protezione di siti particolare quali, ad es.: la Convenzione relativa alle zone umide di importanza internazionale, soprattutto come habitat degli uccelli acquatici (Ramsar, 2 febbraio 1971; la Convenzione sulla protezione del patrimonio culturale e naturale mondiale (Parigi, 23 novembre 1972). In dottrina cfr. F. SPADI, *Le aree marine protette nell'ordinamento internazionale*, cit., p. 123 ss.

Le dinamiche conflittuali sviluppatasi all'interno delle comunità locali in territori già protetti o durante lo svolgimento della procedura richiesta per le nuove istituzioni, hanno indubbiamente costituito un freno alla piena attuazione del programma nazionale di costituzione delle AMP, giunto dopo quasi 40 anni a poco più della metà dello sviluppo potenziale previsto¹¹.

2. Principali problematiche riscontrate nella gestione delle AMP italiane.

Ai sensi della l. n. 394/1991 le Aree marine protette italiane non sono enti autonomi; la loro gestione è affidata ad enti pubblici, istituzioni scientifiche o associazioni ambientaliste riconosciute, anche consorziati tra loro¹², con decreto del Ministro dell'ambiente, sentiti la Regione e gli enti locali territorialmente interessati. I soggetti che gestiscono le aree marine protette «svolgono in sostanza una funzione delegata dello Stato con personale da essi stessi messo a disposizione». Il Ministero dell'ambiente partecipa alle spese di gestione delle AMP mediante risorse a valere su apposito capitolo e ripartite tra le stesse AMP sulla base di un sistema di calcolo incentrato su indicatori di *performance* che garantisce trasparenza, imparzialità, efficacia ed economicità, in risposta anche alle norme anticorruzione¹³.

L'insoddisfazione nei confronti dell'azione di governo svolta da alcuni soggetti gestori di aree marine protette traspare da commissariamenti ministeriali e, più in generale, dai ritardi non casuali nelle nomine di ruoli apicali nell'amministrazione di qualche Ente.

Le principali criticità sistemiche riscontrabili nella gestione delle AMP derivano per lo più da una generalizzata difficoltà a superare un approccio statico alla

¹¹ Sono 55 le aree marine di reperimento previste dalle leggi 979/82, 394/92, 344/97, 426/98, 388/2000, 93/2001, 147/2013 e 221/2015. Le Aree marine protette in corso di istituzione sono: Capo Spartivento; Capo d'Otranto-Grotte Zinzulosa e Romanelli – Capo di Leuca; Golfo di Orosei – Capo Monte Santu; Isole Eolie; Banchi Graham, Terribile, Pantelleria e Avventura; Costa del Monte Conero.

¹² Il Ministero dell'ambiente svolge, dunque, un fondamentale ruolo nella procedura di istituzione e gestione delle AMP. A partire dall'entrata in vigore dall'art. 2, comma 37 della legge n. 426 del 1998 – che ha tacitamente abrogato l'art. 19, comma 1, della l. n. 394 del 1991 (sul punto cfr. Corte dei conti, Sez. centrale, 25 ottobre 2004, n. 10) - la gestione diretta delle AMP previste dalle leggi n. 979 del 1982 e 394 del 1991 sarà soltanto transitoria o determinata da circostanze eccezionali.

¹³ Per la frase virgolettata, e per quanto riportato subito di seguito nel testo cfr. Corte dei Conti, *Lo stato di attuazione degli interventi per la protezione dell'ambiente marino volti a conseguire un buono stato ambientale entro il 2020 (ex D.lgs. 190/2010)*, relazione a cura di Massimo Di Stefano, deliberazione 27 dicembre 2019, n. 20/2019/G, pp. 90-91.

conservazione della natura incentrato su limitazioni di carattere pubblicistico alle attività economiche e ai diritti soggettivi e dalla tendenza allo sviluppo di originali e poco comunicabili modelli di *governance*, in ogni caso generalmente scarsamente partecipati dalla società civile e difficilmente verificabili sotto il profilo dell'efficiente raggiungimento degli obiettivi prefissati.

Procedendo con ordine nell'analisi, si evidenzia una generale difficoltà nello sviluppare, nell'ambito di un approccio internazionale ed europeo, una *vision* olistica e proattiva, impostata su criteri di efficienza, tra vincoli e divieti a difesa dell'ambiente, da un lato, ed opportunità di ricerca scientifica e di sviluppo economico e sociale dell'area, dall'altro, resa evidente da una serie di indicatori, tra i quali:

a. scarsa rappresentatività del sistema nazionale delle AMP in *network* internazionali, dimostrata (ad esempio) dal riconoscimento quali Aree Speciali Protette di Importanza Mediterranea (ASPIM) soltanto di circa un terzo delle AMP italiane;

b. mancanza di uno strutturato raccordo organico, a livello nazionale, tra le APM, i siti marini di interesse comunitario istituiti nell'ambito della rete ecologica c.d. Natura 2000, e le zone costiere¹⁴. Ciò contrariamente agli obiettivi per il 2020 indicati nella strategia nazionale sulla biodiversità adottata nel 2010 che considera la gestione coordinata di zone protette marine del Mediterraneo ecologicamente rappresentative ed efficacemente gestite uno strumento chiave per perseguire con efficacia gli obiettivi del piano d'azione¹⁵;

c. difficoltà nella progettazione, sviluppo e realizzazione di programmi di ricerca (che spesso si palesa anche sotto forma di incapacità a spendere le risorse economiche accantonate), nonché ad esperire una coerente azione di reperimento di fondi (anche ricorrendo al *crowdfunding*) a livello nazionale, dell'Unione europea ed internazionale.

¹⁴ La difficoltà di un raccordo organico tra quanto previsto dalla normativa nazionale in materia di AMP e i siti marini di interesse comunitario è stata chiaramente evidenziata dalla migliore dottrina: cfr. per tutti L. TUNESI, S. AGNESI, T. DI NORA, G. MO, *I siti di interesse comunitario in Italia per la creazione di una rete europea di aree marine protette*, in *Biol. Mar. Mediterr.*, 16 (1), 2009, p. 48 ss. Lo studio evidenzia il ritardo della legislazione italiana nell'abbracciare un approccio olistico, già ai tempi sviluppato in altri sistemi normativi (Germania e Inghilterra), in grado di dare maggiore efficacia alla protezione della biodiversità marina anche grazie all'implementazione di una rete unica di aree marine munite di speciale protezione ai sensi delle disposizioni europee e della Convenzione di Barcellona (spec. p. 51).

¹⁵ *La strategia nazionale sulla biodiversità*, cit., p. 83.

Un ulteriore punto di debolezza del sistema italiano di protezione delle AMP è rappresentato da un insufficiente sviluppo tra di esse di un approccio unitario e coordinato di tipo gestionale, nonostante l'utilizzo, da ultimo, di un modello di programmazione standardizzato delle attività. Tale situazione è causa non ultima delle difficoltà riscontrate nella effettiva implementazione di un operativo *network* nazionale ed, in ogni caso, fattore determinante di una serie di conseguenze di tutta evidenza che nel tempo hanno assunto una valenza negativa nell'azione di gestione delle AMP, tra le quali:

- a. anarchia nello sviluppo di non coordinabili piani di gestione ed autoreferenzialità dell'azione;
- b. difficoltà di incrociare i monitoraggi delle politiche di settore sviluppate, anche al fine di verificare i risultati delle misure intraprese.

Altra fondamentale criticità relativa all'azione di governo di molte AMP italiane consiste nella difficoltà di condivisione delle scelte programmatiche con la collettività locale. Tale *modus operandi* ha determinato la scarsa implementazione e diffusione di valori culturali, delle tradizioni, anche di pesca, e delle legittime aspirazioni di sviluppo economico e sociale degli *stakeholders* nel quadro regolamentare, nelle strategie e nei piani di azione che si riscontra in più di un'area marina protetta. In qualche caso ne sono conseguite situazioni di ostilità giunte fino alla più o meno esplicita formulazione di istanze per l'uscita dal sistema di speciale protezione dell'area¹⁶. Ciò è, al tempo stesso, espressione del fallimento della politica,

¹⁶ Tale dissenso della collettività locale, in qualche caso, è stato anche esplicitato in atti formali ed ha avuto una grande risonanza mediatica. Il riferimento è a quanto è successo recentemente nell'AMP Isole Tremiti, gestita dal Parco Nazionale del Gargano ai sensi dell'art. 19, par. 2, l. n. 394/1991. Il Consiglio comunale delle Isole Tremiti, all'indomani della decisione dell'Ente gestore di proibire l'attracco di navi da crociera nell'AMP in ottemperanza a quanto disposto nell'art. 21 del suo regolamento di esecuzione e di organizzazione - convocato il 22 luglio 2017 con unico punto ODG: «Arcipelago delle Isole Tremiti sottoposto alle strozzature vincolistiche del Parco Nazionale del Gargano- Determinazioni» – ha deliberato all'unanimità (seduta del 22-07-2017, registro n. 28):

1. di manifestare la volontà del Comune di Isole Tremiti di non far parte del Parco Nazionale del Gargano;
2. di dare mandato al Sindaco di intraprendere il percorso per la rideterminazione dei confini territoriali dell'Ente Parco Nazionale del Gargano per raggiungere il risultato che vede l'intero territorio del Comune di Isole Tremiti al di fuori del territorio del Parco Nazionale del Gargano;
3. di dare mandato al Sindaco di farsi promotore, anche nell'ambito della normativa regionale, dell'istituzione del Parco delle Isole Tremiti.

Al di là di considerazioni sulla legittimità (soprattutto in merito all'attribuzione al Sindaco del mandato per promuovere l'istituzione di una nuova area marina protetta regionale di cui al punto n. 3; cfr. sul punto la sentenza della Corte costituzionale del 10/01/2017, n. 36, che dichiara l'illegittimità costituzionale della legge Regione Abruzzo 6 novembre 2015, n. 38 recante «Istituzione del parco naturale Regionale Costa dei Trabocchi e modifiche alle legge regionale 21 giugno 1996, n. 38») e sulla coerenza di quanto deliberato risulta evidente il valore politico della censura che il Comune di Isole Tremiti ha espresso sulla quasi ventennale attività gestoria dell'omonima AMP posta in essere dal Parco nazionale del Gargano- ritenuta fallimentare (per più motivi

soprattutto locale, dimostratasi poco in grado di rappresentare le istanze delle collettività di riferimento nella gestione di beni comuni «di eccellenza» quali quelli amministrati nelle aree protette, collettività che ora pretendono, sotto forma di associazioni di diverso tipo, di partecipare direttamente all'amministrazione dell'area senza distinzioni di categoria (gli *stakeholder* sono portatori di interessi diffusi, anche se cacciatori o pescatori o «turisti temporanei»). Indicatori di questa criticità sono:

- a. un deficit cognitivo della collettività locale in merito ai vantaggi ambientali economici e sociali derivanti dallo sviluppo di servizi favoriti o comunque derivanti dalla istituzione dell'Ente;
- b. lo sviluppo carente di infrastrutture coerenti con i principi della *green and blue economy* e dell'economia circolare;
- c. scarso avvio di *start up* innovative e di creazione di nuovi posti di lavoro a vantaggio dei giovani.

Generalmente hanno migliorato la loro efficacia gestionale quelle AMP che hanno deciso di fare ricorso volontariamente a strumenti innovativi che assicurano il rispetto di principi ed obiettivi chiaramente esplicitati per una corretta gestione ambientale dei servizi erogati ai cittadini e dei processi produttivi aziendali, quali ad esempio la certificazione ambientale UNI EN ISO 14001 o la registrazione EMAS (Eco-Management and Audit Scheme)¹⁷.

Ancora più convincente sotto il profilo della bontà dell'amministrazione è il percorso intrapreso dalle poche AMP italiane che hanno scelto di seguire un approccio internazionale alla cooperazione nella gestione e conservazione delle aree naturali così come nella protezione delle specie minacciate divenendo ASPIM¹⁸, *status* quest'ultimo condiviso soltanto da 10 AMP italiane¹⁹, cui si deve

specificamente elencati) sia sotto il profilo sia della mancata ed incurante tutela del patrimonio naturale, sia della mancata promozione economico-sociale delle popolazioni locali - così come la volontà dello stesso Comune di precostituirsi le condizioni (uscita dal Parco Nazionale del Gargano) per amministrare direttamente l'AMP.

¹⁷ Per un approfondimento sulle metodologie applicative dei sistemi di certificazione ambientale per la tutela di territori a forte vocazione turistica di elevato pregio naturalistico cfr. G. MANCA, M. A. FRANCO, A. TOLA (a cura di), *I sistemi di gestione ambientale per lo sviluppo eco-sostenibile del territorio*, Arkadia editore, 2010.

¹⁸ Le parti contraenti della Convenzione per la protezione dell'ambiente marino e la regione costiera del Mediterraneo (Convenzione di Barcellona), con il Protocollo relativo alle Aree Specialmente Protette e la Biodiversità in Mediterraneo del 1995 (Protocollo ASP), hanno previsto l'istituzione di Aree Speciali Protette di Importanza Mediterranea (ASPIM) al fine di promuovere la cooperazione nella gestione e conservazione delle aree naturali, così come nella protezione delle specie minacciate e dei loro habitat. I criteri per l'istituzione delle ASPIM sono stabiliti nell'allegato I del protocollo: tali aree speciali di protezione possono essere individuate nelle zone marine e costiere soggette alla sovranità o alla giurisdizione delle parti e nelle zone situate in parte o totalmente in alto mare, in siti importanti per l'elevato grado di biodiversità, per la peculiarità dell'habitat, per la

aggiungere l'Area marina di tutela internazionale del Santuario dei mammiferi marini.

In entrambi i casi sopra prospettati la sottoposizione ad *audit* periodici e/o alla valutazione di un organismo di parte terza accreditato, oltre ad assicurare il rispetto dei criteri certificati, favorisce la creazione di una *governance* incentrata sulla condivisione di responsabilità nella gestione delle problematiche ambientali che punta sul miglioramento dei rapporti tra organizzazione ed enti di controllo, istituzioni, cittadini.

Dato per corretto il quadro delle criticità nella gestione delle AMP come sopra rappresentato, sarebbe troppo semplice ricondurre ogni responsabilità alla incapacità dei soggetti gestori senza riflettere sulla idoneità e sulla coerenza degli attuali strumenti posti loro a disposizione dal sistema normativo nazionale vigente per raggiungere i fini prefissati.

In altre parole le carenze sopra evidenziate appaiono essere prevalentemente di tipo sistemico e comportano effetti negativi scongiurabili soltanto attraverso performance di eccellenza nell'amministrazione, tecnica di ricorso però affatto eccezionale che conferma i dubbi sulla idoneità delle leggi 379/82 e 394/91 a gestire in modo soddisfacente la complessità attuale del sistema nazionale delle aree marine protette.

Il Ministero dell'Ambiente nel suo ruolo di guida e di «cabina di regia», a partire dal 2012, ha incentivato il ricorso dei soggetti gestori al modello di programmazione standardizzato italiano ISEA che avrebbe dovuto agevolare, entro il 2020, la creazione di un *network* nazionale²⁰. La realizzazione di tale obiettivo, esplicitato nella

presenza di specie rare, minacciate o endemiche, o che rivestono un interesse speciale dal punto di vista scientifico, estetico, culturale o educativo, e in cui sia in ogni caso assicurata capacità di gestione. In dottrina cfr. T. SCOVAZZI. *Lo sviluppo sostenibile nelle aree marine del mediterraneo e il protocollo di Barcellona del 1995*, in *Riv. giur. amb.*, 2010, p. 421 ss.

¹⁹ Portofino; Miramare; Plemmirio; Tavolara - Punta Coda Cavallo; Torre Guaceto; Capo Caccia - Isola Piana; Punta Campanella; Porto Cesareo; Capo Carbonara; Penisola del Sinis - Isola di Mal di Ventre.

²⁰ La realizzazione del modello ISEA (Interventi Standardizzati di gestione Efficace in Aree marine protette) ha come obiettivo di elevare gli standard di gestione attraverso la preventiva pianificazione degli obiettivi ritenuti prioritari ed assicura un monitoraggio delle politiche di settore per aree di intervento che dovrebbe migliorare la programmazione della gestione dei finanziamenti nazionali e/o comunitari rispettando la Convenzione sulla diversità biologica, la Convenzione di Barcellona, nell'espressione del protocollo ASPIM, la Strategia nazionale (e dell'UE) sulla biodiversità. Sul punto cfr. Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, Direzione generale per la protezione della natura e del mare (a cura di), *Relazione sullo stato di attuazione della legge n. 394 del 1991*, pp. 40-41. Nato per essere applicato alle AMP ASPIM, il modello ISEA (seppure utilizzando una standardizzazione ed informatizzazione semplificata) è stato esteso alle AMP italiane non ASPIM ed ai due parchi nazionali sommersi (Baia e Gaiola) che lo utilizzano nella programmazione annuale e triennale delle loro attività. Dalla *Relazione sullo stato di attuazione della legge n. 394 del 1991*, anno 2016, cit.,

Strategia nazionale per la biodiversità²¹, dovrebbe favorire la definizione di politiche ambientali integrate e consentire di migliorare i diversi sistemi di *governance* delle zone marine protette, nonché meccanismi di raccordo istituzionale in un'ottica di approccio ecosistemico. L'operatività di tali meccanismi è, tuttavia, resa molto complicata in Italia da una frammentazione delle competenze tra Stato e Regioni, soprattutto per la parte della gestione integrata delle zone costiere (cd. GITZ).

3. Le ragioni di una urgente riforma organica della legislazione italiana sulle aree protette

Il recente tentativo di modificare radicalmente la vecchia legge quadro n. 394/1991 - abortito fundamentalmente alla fine del suo percorso parlamentare nella scorsa legislatura per gli effetti delle critiche delle associazioni ambientaliste e, soprattutto, in conseguenza dei pesanti rilievi finanziari avanzati dalla Ragioneria generale dello Stato - è espressione della consapevolezza del legislatore della necessità di procedere ad una revisione generale della legislazione a difesa delle aree protette attualmente in vigore.

Si ritiene che il sistema nazionale delle aree marine protette italiane sconti oggi tutti i mali di una legislazione di riferimento che non riesce a superare alcune incoerenze originarie e difetti dovuti anche alla sua età e, per questi motivi, vada profondamente riformato. Le leggi 979/82 e 394/91, infatti, si sono sin da subito caratterizzate per scarsa coerenza e chiarezza delle procedure amministrative richieste per l'istituzione e la regolamentazione dell'area marina protetta. Sono stati, ad esempio, necessari alcuni interventi della Corte dei conti e del Consiglio di Stato²² per definire l'esatta procedimentalizzazione ed il corretto contenuto di due distinti ed autonomi decreti ministeriali: quello istitutivo dell'area e quello di

pp. 27-29, risulta ad esempio che, sulla base delle strategie di azione adottate, nel 2016 gli Enti gestori hanno programmato diverse attività nell'ambito delle seguenti tematiche: monitoraggio di carattere scientifico; monitoraggio socio-economico; tutela ambientale con azioni dirette di conservazione finalizzate a mantenere e consolidare gli obiettivi già realizzati; educazione e sensibilizzazione ambientale, promozione. Oltre ad elevare gli standard di gestione, l'adozione di questo modello di programmazione standardizzato persegue anche la finalità di facilitare lo scambio di buone pratiche all'interno di un *network* delle aree marine protette ecologicamente rappresentative ed efficacemente gestite, funzionale alla conservazione della biodiversità marina mediterranea, che avrebbe dovuto diventare pienamente operativo a livello nazionale entro il 2020.

²¹ *La strategia nazionale per la biodiversità*, cit. spec. p. 83.

²² Corte dei Conti, adunanza del 18 maggio 2006; Consiglio di Stato, adunanza generale del 18 dicembre 2006.

adozione del regolamento della stessa (seguito dal regolamento di esecuzione ed organizzazione proposto dall'Ente gestore, cd. Disciplinare) da adottare contestualmente anche al fine di garantire il pieno rispetto degli accordi presi con gli enti territoriali e le popolazioni locali in fase di procedura istitutiva. In tal modo si è superato (soltanto nel 2006!) un altro elemento di criticità che ha afflitto per molti anni le AMP e determinato malcontento nelle collettività locali: la prassi dell'Ente gestore di sottoporre a regolamentazioni e discipline provvisorie l'AMP nelle more (lunghe) di predisposizione del regolamento definitivo. Tale prassi è risultata causa non ultima di incertezze e di carenze incisive programmatiche dell'azione amministrativa. Non è infatti revocabile in dubbio che la regolamentazione di carattere provvisorio (praticamente *sine die*) contenuta nel decreto istitutivo, abbia delegittimato e deflazionato il rapporto sinergico tra regolamento esecutivo ed il piano di gestione che, nello spirito della legge n. 394/91, avrebbe dovuto costituire lo snodo regolamentare fondamentale dell'area protetta su cui poggiare la funzionalizzazione dell'interesse pubblico e privato alla tutela dell'interesse (pubblico) naturalistico²³. In ogni caso è da evidenziare che, alla fine del 2019, più di un terzo delle AMP non si erano ancora dotate del necessario (per il loro regolare funzionamento) regolamento di esecuzione e di organizzazione²⁴.

Va altresì considerato che la legislazione nazionale attualmente vigente presuppone un quadro di riparto delle competenze legislative e delle funzioni amministrative tra Stato, Regioni ed Unione Europea che incidono sulla protezione della natura e sul governo del territorio oramai radicalmente modificato da riforme costituzionali e dall'evoluzione dei Trattati europei. Tale situazione ha comportato inevitabilmente incertezze sulla legittimità di atti normativi concernenti l'istituzione di nuove aree protette o la loro gestione che in più di un caso hanno richiesto

²³ L'imposizione di limiti all'esercizio della libertà di iniziativa economica posti in via amministrativa (nel caso di specie, dall'Autorità di gestione) sulla base dei principi di prevenzione e precauzione nell'interesse dell'ambiente debbono essere giustificati da una necessità riscontrata scientificamente da parte di istituzioni e organismi a ciò abilitati a livello nazionale ed internazionale (sul punto cfr. la sentenza Corte costituzionale 17 marzo 2006, n. 116, punto 6 delle considerazioni in diritto). Il provvedimento di limitazione dovrà essere poi realizzato con il minor sacrificio possibile dell'interesse privato o di altro interesse pubblico giustapposto o contrapposto; per una analisi delle conseguenze del bilanciamento degli interessi riguardo all'esercizio dell'azione amministrativa con particolare riferimento ai vincoli di tutela posti all'interno delle Aree marine protette, cfr. G. GARZIA (2011), *Le aree marine protette. Funzione amministrativa e nuovi strumenti per lo «sviluppo sostenibile»*, cit. pp.77-80.

²⁴ Cfr. Corte dei Conti, *Lo stato di attuazione degli interventi per la protezione dell'ambiente marino volti a conseguire un buono stato ambientale entro il 2020 (ex D.lgs 190/2010)*, cit., p. 92.

l'intervento della Corte costituzionale²⁵. A ciò si aggiunge che l'ordito della legislazione nazionale a tutela delle AMP è stato «intrecciato» sostanzialmente prima della strutturazione di un consolidato quadro europeo ed internazionale di regole, ancora in divenire, a tutela della biodiversità marina e della sostenibilità delle comunità locali. Soltanto per fare qualche esempio, ai tempi dell'emanazione della legge n. 394/1991, non era stata firmata la Convenzione sulla diversità biologica di Nairobi del 1992. Non esisteva ancora una strategia europea per le aree marine protette - stabilita con direttiva 2008/56/CE - e, seppure era stata già siglata a Barcellona la Convenzione per la protezione del mar mediterraneo contro l'inquinamento, non era stato redatto il suo importante protocollo attuativo (cd. protocollo ASPIM), adottato soltanto il 10 giugno 1995 tenendo conto dell'avvenuto ampliamento della Convenzione base.

Nel tempo, inoltre, è stata acquisita maggiore consapevolezza circa l'importanza di una efficacia gestionale delle zone marine protette²⁶ rispetto ad obiettivi misurabili ed a finalità precisate, verificabile attraverso *audit* e/o certificazioni di parte terza; una gestione non appiattita su vincoli o divieti, in grado di creare e stimolare l'offerta di servizi ecosistemici²⁷ o comunque derivanti dalla implementazione e dalla convergenza di settori della *blue and green economy*²⁸

²⁵ Significative sono, tra le altre: la sentenza Corte Costituzionale 8 marzo 2005, n. 108 che, dopo la modifica del titolo V Cost, ha preso espressa posizione sulla suddivisione delle competenze tra Stato e Regioni in tema di interventi regionali in materia di aree protette; la sentenza Corte Costituzionale 27 gennaio 2006, n. 21 con la quale si accolgono i ricorsi della Regione Toscana contro i decreti del Ministero dell'Ambiente e del territorio con i quali si era proceduto alla nomina del Commissario straordinario dell'Ente Parco nazionale arcipelago toscano senza che sia stato avviato e proseguito il procedimento per raggiungere l'intesa con la Regione per la nomina del Presidente dello stesso Ente; la sentenza Corte Costituzionale 10 gennaio 2017, n. 36, che dichiara illegittima la legge della Regione Abruzzo che istituisce un parco regionale comprendendovi ampi spazi di mare in quanto crea un'area marina protetta la cui istituzione è di competenza esclusiva statale, con note di: G. ROSATO, in *Riv. dir. nav.*, 2017, spec. p. 269 ss.; E. MASCHIETTO, E. M. VOLONTE' in *Riv. Giur. amb.*, 2017, p. 55 ss. In dottrina, tra gli altri, cfr. A. XERRI, *Riserve naturali costiere: i rapporti fra Stato e Regione*, in *Riv. dir. nav.*, 2010, p. 615 ss.; Y. GUERRA, *Le aree protette marine sono di esclusiva competenza statale*, in *Quad. cost.*, 2017, p. 499 ss.

²⁶ M. I. BATISTA, H. N. CABRAL, *An overview of Marine Protected Areas in SW Europe: Factors contributing to their management effectiveness*, in *Ocean and Coastal Management*, n. 132, (2016), pp. 15 ss.

²⁷ I servizi, soltanto accennati nell'ambito delle negoziazioni che portarono alla conclusione della Convenzione sulla biodiversità (Nairobi 1992), nel tempo hanno acquisito carattere strategico in ogni serio progetto di implementazione della Convenzione una volta presa coscienza degli ineludibili legami tra le necessità delle popolazioni umane ed il funzionamento degli ecosistemi. Secondo la definizione data dal Millenium Ecosystem Assessment (MEA), - progetto di ricerca lanciato nel 2001 con il supporto delle Nazioni Unite - i servizi ecosistemici «sono i benefici multipli forniti dagli ecosistemi al genere umano»: essi si distinguono in Servizi di fornitura, Servizi di regolazione, Servizi culturali, Servizi di supporto alla vita.

²⁸ Cfr. Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo, al Comitato delle Regioni *Crescita blu Opportunità per una crescita sostenibile dei settori marino e marittimo*, Bruxelles, 13.9.2012, COM (2012) 0494 final; Comunicazione della Commissione al Parlamento

potenzialmente idonei a generare importanti *benefit* economici per la pesca²⁹ ed il turismo marittimo³⁰. Ciò al netto di una serie di altri vantaggi derivanti da un approccio olistico dell'uomo con la natura³¹ in grado di apportare anche tangibili miglioramenti negli stili di vita favorendo il raggiungimento di uno stato di completo benessere fisico, psichico e sociale dei componenti la collettività locale³².

Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo, al Comitato delle Regioni, *Strategia europea per una maggiore crescita e occupazione nel turismo costiero e marittimo*, Bruxelles, 20.2.2014, COM (2014), 86 final.

²⁹ Sul rapporto tra sviluppo sostenibile e principio di precauzione nell'attività di pesca cfr. T. FONTANA, *Il connubio tra sostenibilità e precauzione nel diritto di tutela delle risorse alieutiche, nella dimensione internazionale e dell'unione Europea*, in *Federalismi.it*, n. 8, 2016, p. 2 ss.; sulla pesca sostenibile cfr. N. CARIMEO, *La pesca sostenibile nel mediterraneo. Strumenti normativi per una politica comune*, Bari, 2015. Cfr. inoltre, G. TELLARINI, *La pesca nella prospettiva della blue policy*, in *Riv. dir. econ. trasp. amb*, 2018, p. 293; S. VENTURINI, P. CAMPODONICO, V. CAPPANERA, G. FANCIULLI, R. CATTANEO VIETTI, *Recreational fisheries in Portofino Marine Protected Area, Italy: some implications for the management in Fisheries Management and Ecology*, 24, 2017, p. 382 ss. disponibile al <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/fme.12241/full>; R. MARINO, M. TEMPESTA, C. TEOFILI, *Summary report on recreational fishing in Italian Marine Protected Areas*, Forum of MPAs, MedPAN, Tangier, Morocco, 2016; C. E. HATTAM, S. C. MANGI, S. C. GALL, L. D. RODWELL, *Social impacts of a temperate fisheries closure: understanding stakeholders' views*, in *Marine Policy*, n. 45, 2014, p. 269 ss.; FAO, *Technical Guidelines for Responsible Fisheries*, 4, suppl. 4, *Fisheries Management. Marine protected areas and fisheries*, Rome, 2011, disponibile al: www.fao.org/3/i2090e/i2090e00.htm; P. GUIDETTI, S. BUSSOTTI, F. PIZZOLANTE, A. CICCOLELLA, *Assessing the potential of an artisanal fishing co-management in the Marine Protected Area of Torre Guaceto (southern Adriatic Sea, SE Italy)*, in *Fisheries Research*, n. 101 (3), 2010, p. 180 ss., disponibile al: https://www.academia.edu/13412027/Assessing_the_potential_of_an_artisanal_fishing_co_management_in_the_Marine_Protected_Area_of_Torre_Guaceto_southern_Adriatic_Sea_SE_Italy; A. FORCADA, C. VALLE, P. BONHOMME, G. CRIQUET, G. CADIOU, P. LENFANT, J. SÁNCHEZ-LIZASO, *Effects of habitat on spillover from marine protected areas to artisanal fisheries*, in *Mar. Ecol. Prog. Ser.*, n. 379, 2009, p. 197 ss.; R. GOÑI, D. ALVAREZ-BERASTEGUI, O. RENONES, S. ADLERSTEIN, A. FORCADA, C. VALLE, J. SÁNCHEZ-LIZASO, G. CRIQUET, P. LENFANT, S. PLANES, S. POLTI, A. PEREZ-RUZAFÁ, J. GARCIA-CHARTON, G. CADIOU, P. BONHOMME, G. BERNARD, V. STELZENMIILER, *Spillover from six western Mediterranean marine protected areas: Evidence from artisanal fisheries*, in *Marine Ecology Progress Series*, n. 366, 2008, p. 159 ss.; F. R. ELL, C. M. ROBERTS, *Benefits beyond boundaries: the fishery effects of marine reserves*, in *Trends in Ecology & Evolution*, n. 18, (9), 2003, p. 448 ss.; *Pesca artigianale e sostenibile nelle aree marine protette italiane. Stato dell'arte e prospettive future*, relazione redatta sulla base dell'analisi del database degli studi condotti nelle AMP Italiane e realizzata nell'ambito dell'Accordo Quadro «Per una più organica collaborazione in tema di conservazione della biodiversità» sottoscritto dal Ministero per l'Ambiente e la Tutela del Territorio e del Mare e la Federparchi, disponibile al: <http://www.parks.it/federparchi/PDF/11.Relaz.Pesca.Sostenibile.AMP.pdf>.

³⁰ ECORYS, S.Pro, MRAG, *Study on specific challenges for a sustainable development of coastal and maritime tourism in Europe*, EUROPEAN COMMISSION, Executive Agency for Small and Medium-sized Enterprises (EASME), Bruxelles, 2016.

³¹ Cfr. F. CAPRA, P. L. LUISI, *Vita e natura una visione sistemica*, Aboca, 2014; F. CAPRA, H. HENDERSON, *Crescita qualitativa*, Aboca, 2013.

³² A. CHARLES, L. WILSON, *Human dimensions of Marine Protected Areas*, in *ICES Journal of Marine Science*, n. 66, (1), 2009, p. 6 ss.; L. BRANDER, C. BAULCOMB, J. AMRIT CADO VAN DER LELIJ, F. V. EPPINK, A. MCVITTIE, L. NIJSTEN, P. VAN BEUKERING, *The benefits to people of expanding Marine Protected Areas*, in *Report*, R-15/05, 2015, Institute for Environmental Studies, Amsterdam.

Asseverate da rigorose indagini scientifiche³³, sono sempre più evidenti le interazioni tra capitale naturale e culturale³⁴, utili anche a generare benefici economici, opportunità di lavoro e a sostenere i settori chiave dell'economia locale. Gli ecosistemi sani e resilienti, quali quelli sottoposti a speciale tutele nelle zone marine protette, sono in grado di fornire alla società una gamma completa di beni e servizi economicamente valutabili evidenziabili presso il consumatore tramite il sistema dei marchi e/o anche attraverso il ricorso a sistemi di certificazione volontaria predisposti dalle diverse autorità di gestione delle aree protette a favore di imprese che rispettino gli standard di sostenibilità ambientale in uso nell'area.

³³ Numerosi sono gli studi disponibili. Tra gli altri: *Evaluation of the socio-economic benefit of Mediterranean marine Protected Areas - Final report*, Vertigo Lab, MedPAN, 2019; F. NICCOLINI, D. MARZO, S. SCIPIONI, M. RANDONE, K. HOGG, M. GOMEI, *Ecosystem service, socio economic values and organizational profiles of Mediterranean MPA*, 2019, WWF, disponibile: <http://medpan.org/ecosystem-services-socio-economic-values-and-organizational-profiles-of-mediterranean-mpas/>; M. PANTZAR, D. RUSSI, T. HOOPER, R. HAINES, *Study on the economic benefits of Marine Protected Areas*, EUROPEAN COMMISSION (September 2017), Luxemburg, 09/04/2018, disponibile al: [https://doi.org/10.1371/journal.pone.0058799](https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/85897a77-b0c7-11e8-99ee-01aa75ed71a1/language-en/format-PDF/source-search;Socio-economic benefit of MPAs: healthier seas, healthier people- Science for MPA management, MedPAN, 2017; Reving the economy of the Mediterranean sea, WWF report 2017; I ÁLVAREZ-FERNÁNDEZ, N. FERNÁNDEZ, N. SÁNCHEZ-CARNERO, J. FREIRE, The management performance of marine protected areas in the North-east Atlantic Ocean, in Marine Policy n. 76, 2017, p. 159 ss.; M. PASCUAL, ROSSETTO, M. OJEA, E. MILCHAKOVA, N. GIAKOURI, S. KARK, D. KOROLESOVA, P. MELIÀ, Socioeconomic impacts of marine protected areas in the Mediterranean and Black Seas, in Ocean & Coastal Management, n. 133, 2016, p. 1 ss.; A. Di FRANCO, P. THIRIET, G. Di CARLO, C. DIMITRIADIS, P. FRANCOUR, N. L. GUTIÉRREZ, A. J. DE GRISSAC, D. KOUTSOUBAS, M. MILAZZO, M.D.M. OTERO, C. PIANTE, J. PLASS-JOHNSON, S. SAINNZ-TRAPAGA, L. SANTAROSSA, S. TUDELLA, P. GUIDETTI, Five key attributes can increase marine protected areas performance for small-scale fisheries management, Scientific Reports n. 6, 9, 2016; L. BRANDER, C. BAULCOMB, J. AMRIT CADO VAN DER LELIJ, F. V. EPPINK, A. MCVITTIE, L. NIJSTEN, P. VAN BEUKERING, The benefits to people of expanding Marine Protected Areas, in Report R-15/05, Institute for Environmental Studies (IVM), Amsterdam 2015; A. Mangos, M. A. CLAUDOT, Economic study of the impacts of marine and coastal protected areas in the Mediterranean, in Plan Bleu Papers 13, Plan Bleu, Valbonne, 2013; E. Sala, C. COSTELLO, D. DOUGHERTY, G. HEAL, K. KELLEHER, H. MURRAYJASON, A. ROSENBERG, A. ANDREW, R. SUMAILA, A general business model for Marine reserves, in PLOS one, n. 8 (4), (2013), p. 9, disponibile al: <a href=); S. FLETCHER, S. REES, S. GALL, E. JACKSON, L. FRIEDRICH, L. RODWELL, Securing the benefits of the Marine Conservation Zone Network, Report to The Wildlife Trusts by the Centre for Marine and Coastal Policy Research, Plymouth University, Plymouth, UK. 2012; ECORYS, DELTARES, OCEANIC, Blue Growth - Scenarios and drivers for Sustainable Growth from the Oceans, Seas and Coasts, ECORYS, Rotterdam, Netherlands, 2012; N. RONCIN, F. ALBAN, E. CHARBONNEL, R. CRECHIOU, R. DE LA CRUZZ MODINO, J.-M. CULIOLI, M. DIMECH, R. GONG, I. GUALA, R. HIGGINGS, E. LAVISSE, L. LE DIREACH, B. LUNA, C. MARCOS, F. MAYNOU, J. PASCUAL, J. PERSON, P. SMITH, B. STOBART, E. SZELIANSZKY, K. VALLEK, S. VASELIO, J. BONCOEUR, Uses of ecosystem services provided by MPAs: How much do they impact the local economy? A southern Europe perspective, in Journal for Nature Conservation, n. 16 (4), 2008, p. 256 ss.; D. AMI, P. CARTIGNY, A. RAPAPORT, Can marine protected areas enhance both economic and biological situations?, in Comptes Rendus Biologies, n. 328 (4), 2005, p. 357 ss.

³⁴ Cfr. Carta di Roma sul capitale naturale e culturale, conclusioni della Presidenza italiana in occasione del Consiglio Ambiente del 17 dicembre 2014. Sul rapporto tra natura e cultura cfr. B. C. GOODWIN, *Dovuto alla natura*, ABOCA, 2009, spec. cap. 6.

Indubbie sono le difficoltà di incrociare i risultati delle diverse ricerche economiche e di testarli su periodi temporali di osservazione differenti (prima e dopo l'istituzione dell'area protetta), nonché di analizzare con precisione gli impatti netti sui diversi settori economici attivi nell'area marina sottoposta a protezione. Tuttavia accurati studi che utilizzano dati che provengono prevalentemente da aree marine protette nel mediterraneo o nei mari dell'Atlantico Nord - orientale, hanno dimostrato che il rapporto costi-benefici economici generati dalle zone marine protette vede nettamente prevalere questi ultimi³⁵. Garantire la funzionalità di tali ecosistemi tenendo conto di questi aspetti economici attraverso una corretta azione di *management*³⁶, attenta anche alla comunicazione dei vantaggi alla collettività sociale interessata al programma di speciale protezione dell'ambiente marino³⁷, assume sempre maggiore importanza tra gli stessi *policy maker* dell'U.E. per un rilancio dei siti marini sottoposti a speciale protezione.

4. Conclusioni.

Le criticità sopra evidenziate, che caratterizzano la maggior parte delle AMP italiane, sono la conseguenza di un quadro regolamentare oramai inadeguato ed in larga parte superato. Le aree marine protette nazionali, come si è avuto modo di dimostrare, non sono riuscite nella maggioranza dei casi ad allinearsi in misura soddisfacente ai criteri minimi di coerenza (*Representativity and connectivity*), cui è improntato il *network* delle aree marine protette del Mediterraneo, elaborati dal *Regional Activity center for specially Protected Areas* (RAC/SPA) – istituito nel quadro della convenzione di Barcellona - insieme al *Mediterranean Protected area Network* (*MedPAN*). D'altra parte non è ancora operativa in Italia una efficiente rete

³⁵ M. PANTZAR, D. RUSSI, T. HOOPER, R. HAINES, *Study on the economic benefits of Marine Protected Areas*, EUROPEAN COMMISSION, (September 2017), cit.

³⁶ Cfr. M. I. BATISTA, H. N. CABRAL, *An overview of Marine Protected Areas in SW Europe: Factors contributing to their management effectiveness*, in *Ocean and Coastal Management*, n. 132, 2016, p. 15 ss.

³⁷ Cfr. S. C. A. FERSE, M. MANEZ COSTA, K. S. MANEZ, D. S. ADHURI, M. GLASER, *Allies, not aliens: increasing the role of local communities in marine protected area implementation*, in *Environmental Conservation*, n. 37 (1), 2010, p. 23 ss.; S. C. MANGI, M. C. AUSTEN, *Perceptions of stakeholders towards objectives and zoning of marine-protected areas in southern Europe*, in *Journal for Nature Conservation*, n. 16 (4), 2008, p. 271 ss.

nazionale di AMP; tale situazione ha indirettamente favorito la creazione di assai poco rappresentativi *network* a livello *sub* statale (regionale)³⁸.

La regolamentazione delle zone marine protette a livello internazionale ed europeo rende opportuna una urgente riconfigurazione giuridica del nostro sistema nazionale per assicurare maggiore coerenza rispetto ai principi di tutela ambientale sviluppati a livello internazionale ed agli impegni assunti con la firma di accordi e convenzioni multilaterali. Il riassetto normativo auspicato dovrebbe favorire un raccordo più funzionale con l'evoluzione in atto a livello europeo relativamente a quadro giuridico, strategie e piani di azione a salvaguardia della natura, nel più pieno rispetto del sistema di ripartizione delle competenze legislative di cui alla nostra Carta Costituzionale ed ai Trattati europei³⁹. Evitare ritardi in tale azione di adeguamento è essenziale per intercettare efficacemente gli investimenti/finanziamenti pubblici e privati stanziati a livello nazionale ed europeo per rilanciare la tutela della biodiversità nelle aree marine sottoposte a protezione⁴⁰.

La nuova normativa nazionale dovrebbe introdurre una definizione generale di aree protette⁴¹ ed adottare un correlativo sistema di classificazione delle diverse

³⁸ Cfr. ad es. RAMCA (Rete delle Aree Protette Costiere e Marine d'Abruzzo (13 maggio 2016); v. altresì RAMPS (Rete delle Aree marine Protette Siciliane (12 luglio 2016).

³⁹ Per un'analisi dei fondamentali principi per la tutela ambientale sviluppati a livello internazionale cfr. M. MONTINI, *Evoluzione, principi, e fonti del diritto internazionale dell'ambiente*, in P. DELL'ANNO, E. PICOZZA (diretto da), *Trattato di diritto dell'ambiente*, vol. I, *Principi generali*, CEDAM, 2012, spec. pp. 31-42; L. PINESCHI, *I principi del diritto internazionale dell'ambiente: dal divieto di inquinamento transfrontaliero alla tutela dell'ambiente come common concern*, in R. FERRARA, M. A. SANDULLI (a cura di), *Trattato di diritto dell'ambiente*, vol. I, R. FERRARA, C. E. GALLO (a cura di), *Le politiche ambientali, lo sviluppo sostenibile e il danno*, Giuffrè editore, 2014, p. 93 ss. Sullo sviluppo sostenibile, tra gli altri, cfr. C. VIDETTA, *Lo sviluppo sostenibile. Dal diritto internazionale al diritto interno*, in R. FERRARA, M. A. SANDULLI (a cura di), *Trattato di diritto dell'ambiente*, vol. I, R. FERRARA, C. E. GALLO (a cura di), *Le politiche ambientali, lo sviluppo sostenibile e il danno*, cit., pp. 221-269.; altresì B. CARAVITA, L. CASSETTI, *La comunità internazionale, Parte seconda: I soggetti*, in B. CARAVITA, L. CASSETTI, A. MORRONE (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Il Mulino, 2016, spec. pp. 77-79.

⁴⁰ Cfr. la Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, «*Strategia dell'UE sulla Biodiversità per il 2030*», cit. spec. p. 18 ss., ove si evidenzia l'importanza di tali investimenti per vincere la sfida della tutela della biodiversità.

⁴¹ Per un approfondimento della disciplina Internazionale, dell'Unione europea e Nazionale concernente le aree naturali protette, cfr. A. PORPORATO, *La tutela della Fauna, della flora, e della biodiversità*, cap. 15, in R. FERRARA, M. A. SANDULLI (a cura di), *Trattato di diritto dell'ambiente*, vol. III, A. CROSETTI (a cura di), *La tutela della natura e del paesaggio*, cit., p. 737 ss.; A. RISSOLIO, *Le aree naturali protette e le zone umide*, cap. 14, in R. FERRARA, M. A. SANDULLI (a cura di), *Trattato di diritto dell'ambiente*, vol. III, A. CROSETTI (a cura di), *La tutela della natura e del paesaggio*, cit., p. 699 ss.

tipologie compatibili con lo scenario internazionale ed europeo⁴², accogliendo con maggiore decisione una impostazione olistica che esprima al meglio la complessità di una visione sistemica unitaria che includa ed integri la dimensione biologica, cognitiva, sociale ed ecologica della vita. Considerato l'alto livello di antropizzazione, normalmente le zone marine protette italiane - da riqualificare quali Enti autonomi allo stesso livello dei Parchi nazionali o regionali - dovrebbero mantenere il carattere strategico del rapporto persona-natura da sviluppare coerentemente alle indicazioni provenienti dalla strategia nazionale di sviluppo sostenibile⁴³. La sperimentazione di alcune concrete soluzioni a favore della biodiversità e dello sviluppo sostenibile potrebbe determinare la loro possibile estensione alle superfici non oggetto di speciale protezione⁴⁴.

Quanto allo scenario internazionale, parte autorevole della dottrina italiana reputa fondamentale tenere in considerazione i documenti dell'*International Union for conservation of nature* (IUNC)⁴⁵.

La nuova regolamentazione delle zone marine protette italiane dovrebbe altresì essere coerente con la legislazione dell'U.E. a protezione della natura - incentrata sulla direttiva quadro sulla strategia per l'ambiente marino, sulle direttive *Habitats* ed *Uccelli*⁴⁶, sulla direttiva per la pianificazione dello spazio marittimo⁴⁷, e sulla riforma

⁴²Il contesto internazionale ed europeo in cui si sviluppa il regime di protezione della natura è ben individuato da F. SAVASTANO, *La protezione della natura: parchi, riserve naturali, boschi, caccia*, in B. CARAVITA, L. CASSETTI, A. MORICONE (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Il Mulino, 2016, p. 251-268.

⁴³La strategia nazionale di sviluppo sostenibile è stata approvata dal CIPE con delibera n. 108/2017. Si tratta di un provvedimento che prevede un aggiornamento triennale e «che definisce il quadro di riferimento nazionale per i processi di pianificazione, programmazione e valutazione di tipo ambientale e territoriale per dare attuazione agli obiettivi di sviluppo sostenibile dell'agenda 2030 delle Nazioni Unite».

⁴⁴A. CROSETTI, *Le aree protette tra conservazione e valorizzazione, tra omogeneità e differenziazione*, cit., p. 55.

⁴⁵C. A. GRAZIANI, *Le aree naturali protette*, in N. FERRUCCI (a cura di), *Diritto forestale e ambientale: profili di diritto nazionale ed europeo*, 2^a ed., Giappichelli Editore, 2018, spec. p. 107; la definizione di area protetta (IUNC definition 2008) è la seguente: «A clearly defined geographical space, recognised, dedicated and managed, through legal or other effective means, to achieve the long term conservation of nature with associated ecosystem services and cultural values». Sempre IUNC definisce *Marine protected area (MPA)* «Any area of the intertidal or subtidal terrain, together with its overlying water and associated flora, fauna, historical and cultural features, which has been reserved by law or other effective means to protect part or all of the enclosed environment». (Risoluzione 17.38 della 17th Session of the general Assembly of the IUCN, San José, Costa Rica, 1-10 febbraio 1988). La Convenzione sulla biodiversità (1992), attribuendo un significato più ampio, definisce *marine and coastal protected area (MCPA)* «Any defined area within or adjacent to the marine environment, together with its overlying water and associated flora, fauna, historical and cultural features, which has been reserved by legislation or other effective means, including custom, with the effect that its marine and/or coastal biodiversity enjoys a higher level of protection than its surroundings».

⁴⁶Una valutazione completa delle direttive Habitat ed Uccelli - condotta sotto i profili della efficacia, efficienza, pertinenza, coerenza e valore aggiunto, e realizzata dopo ampia raccolta di prove e consultazione pubblica di interessati (552000 risposte analizzate) - è in COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT FITNESS

della politica comune della pesca - così come finalizzata a realizzare gli aggiornati obiettivi indicati nella strategia europea sulla biodiversità per il 2030⁴⁸, in linea con gli obiettivi di Agenda 2030 e dell'accordo di Parigi sui cambiamenti climatici. L'istituzione di aree marine protette, in ottemperanza ad obblighi derivanti dal diritto UE applicabile e dagli impegni internazionali assunti dall'U.E e dagli stessi Stati membri è misura che rientra nell'esercizio di competenze concorrenti ex art. 4, lettera e) TFUE ⁴⁹. Considerate tra i punti di forza delle misure per il

CHECK of the EU Nature Legislation (Birds and Habitats Directives) Directive 2009/147/EC of the European Parliament and of the Council of 30 November 2009 on the conservation of wild birds and Council Directive 92/43/EEC of 21 May 1992 on the conservation of natural habitats and of wild fauna and flora, Bruxelles 12.2.2016, SWD (2016) 472 final. Il rapporto evidenzia che le direttive sulla natura e la strategia europea sulla biodiversità costituiscono un approccio integrato e pienamente coerente. Il documento pur evidenziando lacune per l'ambiente marino, conferma che almeno la parte terrestre della rete delle aree protette natura 2000 è oramai ampiamente consolidata. Il rapporto, tuttavia, riscontra che gli obiettivi generali delle direttive non sono stati ancora totalmente raggiunti; in particolare l'efficacia delle direttive sarebbe stata inficiata dalla insufficienza dei finanziamenti e da ritardi nell'istituzione di natura 2000. Ciò giustifica il fatto che la rete non abbia ancora realizzato il suo pieno potenziale di conservazione socio-economico.

⁴⁷ Implementata nell'ambito della Politica marittima integrata (PMI) per l'U.E., la strategia per la gestione degli oceani e la *governance* marittima trova il proprio fondamento, come si è già detto, nella direttiva 2008/56/CE cit. e si prefigge l'obiettivo di raggiungere un buono stato ecologico dei mari europei entro il 2020. La direttiva individua alcuni adempimenti che gli Stati membri debbono realizzare in 3 cicli di 6 anni. L'Italia ha adempiuto nei termini le attività del primo ciclo. La decisione 848/2017 del 17 maggio 2017 della Commissione europea si riferisce alla gestione del secondo ciclo di adempimenti e definisce i criteri e le norme metodologiche relativi al buono stato ecologico delle acque marine nonché specifiche e metodi standardizzati di monitoraggio e valutazione. Attualmente in Italia è in atto il secondo ciclo che prevede l'aggiornamento della definizione del buono stato ambientale e dei target ambientali per ciascuno degli 11 descrittori enunciati dalla direttiva 2008/56/CE. In tale secondo ciclo si inserisce la relazione a cura di Massimo Di Stefano, della Corte dei Conti su *Lo stato di attuazione degli interventi per la protezione dell'ambiente marino volti a conseguire un buono stato ambientale entro il 2020 (ex D.LGS. 190/2010)*, cit. La direttiva 2014/89/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 23 luglio 2014, che si inserisce nel contesto della direttiva 2008/56/CE, istituisce un quadro per la pianificazione dello spazio marittimo al fine di promuovere la crescita sostenibile delle economie marittime, lo sviluppo sostenibile delle zone marittime e l'uso sostenibile delle risorse marine. Per una recente analisi concernente l'attuazione italiana della direttiva da ultimo citata, cfr. M. ROVERSI MONACO, *La pianificazione marittima in Italia: un percorso in atto*, in *Federalismi.it*, 2018, p.1 ss.

⁴⁸ La Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Strategia dell'UE sulla biodiversità per il 2030. Ripartire la natura nella nostra vita*, cit. (spec. p. 1) esprime determinazione nel voler ricondurre la biodiversità in Europa sulla via della ripresa entro il 2030 puntando all'ambizioso risultato del ripristino e della protezione di tutti gli ecosistemi del pianeta entro il 2050. La tutela della biodiversità ha anche convincenti giustificazioni economiche. La conservazione degli stock marini, ad esempio, potrebbe incrementare gli utili annuali dell'industria dei prodotti ittici di oltre 49 miliardi di EUR, mentre la protezione delle zone umide costiere potrebbe evitare danni causati dalle inondazioni all'industria delle assicurazioni per circa 50 miliardi di EUR all'anno.

⁴⁹ Cfr. la sentenza della Corte di Giustizia 20 novembre 2018 nelle cause riunite C-626/15 e C-659/16, aventi ad oggetto due ricorsi di annullamento di 2 decisioni del Consiglio dell'Unione europea ai sensi dell'articolo 263 TFUE, proposti rispettivamente il 23 novembre 2015 (C-626/15) e il 20 dicembre 2016 (C-659/16), dalla Commissione europea. La Corte, respingendo i ricorsi, statuisce che la competenza a disporre la creazione di aree marine protette che hanno come obiettivi il mantenimento della «biodiversità marina», «della struttura e della funzione dell'ecosistema» e della sua «capacità di adattamento al cambiamento climatico» nonché la riduzione della «potenziale introduzione di specie esogene dovuta ad attività umane», piuttosto che, come scopo principale la pesca o la conservazione delle risorse della pesca, rientra in quella che l'Unione, ai sensi dell'art. 4,

raggiungimento di un buono stato ecologico dell'ambiente marino europeo⁵⁰ in quanto essenziali per la conservazione della natura e per la salvaguardia della biodiversità dei mari e degli oceani, le zone marine protette, efficacemente gestite, sono ritenute idonee a produrre tangibili *benefit* socioeconomici nei confronti della collettività locale e dell'intera umanità⁵¹. La Commissione europea ritiene che l'ottimizzazione della resilienza degli ecosistemi e la massimizzazione dei benefici socioeconomici sia favorita dalla creazione di coerenti, efficienti ed interconnessi *network* tra siti marini protetti a livello nazionale, europeo e internazionale⁵² completati dalla previsione di «corridoi ecologici che impediscano l'isolamento genetico, consentano la migrazione delle specie e preservino e rafforzino l'integrità degli ecosistemi»⁵³. I *network* di zone marine protette, infatti, operando insieme su varie scale, possono assicurare una gamma di livelli di speciale protezione (più o meno rigorosa) che consente di raggiungere obiettivi di tutela dell'ambiente e della biodiversità altrimenti impossibili. Si deve tuttavia segnalare che, al momento attuale, non sono ancora stati elaborati criteri e di coerenza di un *network* europeo di siti marini protetti. La nuova strategia dell'U.E. sulla biodiversità per il 2030 dimostra di essere intrisa da uno spirito di forte partnerariato. La Commissione europea riconosce espressamente che i risultati in termini di salvaguardia di biodiversità potranno essere perseguiti pienamente soltanto con «la partecipazione fattiva dei cittadini, delle imprese, delle parti sociali e

paragrafo 2, lettera e) TFUE condivide con gli Stati membri. Con ciò la Corte disattende la tesi della Commissione precisando che è possibile fare ricorso alla competenza esclusiva della conservazione biologica del mare, soltanto per misure strettamente collegata all'esercizio della Politica Comune della Pesca (art. 3, paragrafo 1, lettera d) TFUE).

⁵⁰ V. i considerando da 5 a 7 della Direttiva 2008/56/CE, cit.

⁵¹ L'importanza ed il valore di tali *benefit* sono stati approfonditi nel *Report from the Commission to the European Parliament and the Council, On the progress in establishing marine protected areas (as required by Article 21 of the Marine Strategy Framework Directive 2008/56/EC*, cit. Accurati studi (BRANDER et al., *The benefits to people of expanding Marine Protected Areas*, 2015) tenuti in considerazione dalla Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, «Strategia dell'UE sulla Biodiversità per il 2030», cit., p. 4 (nota 19) dimostrano che ogni euro investito nelle zone marine protette ne genera almeno 3. Cfr., altresì, *Commission staff working document, Guidance on a strategic framework for further supporting the deployment of EU-Level green and blue infrastructure*, Brussels 24.5.2019, SWD (2019) 193 final.

⁵² «MPA networks designated under Regional Sea Conventions significantly overlap with Natura 2000 and national MPA sites. Regional Sea Conventions, however, represent an important platform for Member States' cooperation to develop and implement an ecosystem-based approach to MPA designation and management. This makes RSCs one of the driving forces behind the expansion of the European MPA network»: così Report from the Commission to the European Parliament and the Council «on the progress in establishing marine protected areas (as required by Article 21 of the Marine Strategy Framework Directive 2008/56/EC», cit., p. 4.

⁵³ Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, «Strategia dell'UE sulla Biodiversità per il 2030», cit., p. 4.

della comunità della ricerca e della conoscenza, come pure forti partenariati tra il livello locale, regionale, nazionale ed europeo» stimolando una *governance* partecipativa a vari livelli e prevedendo cospicui finanziamenti ed incentivi⁵⁴.

Risulta evidente da tale strategia il superamento della concezione del raccordo tra conservazione della natura e valorizzazione del patrimonio naturale in essere nella legge 394/1991. Non è sfuggito a parte della dottrina⁵⁵ che questo rapporto - tra l'altro evidenziato da una prassi gestionale caratterizzata normalmente, a livello nazionale da provvedimenti amministrativi comunque limitativi o restrittivi delle situazioni soggettive in virtù di un non scritto principio di «conservazione statica della natura» - prevedesse come soltanto eventuale il raggiungimento pieno delle finalità della speciale tutela dell'area marina protetta attraverso la valorizzazione e la sperimentazione delle attività produttive compatibili⁵⁶. Il modello europeo di tutela della biodiversità, operativo anche nelle aree protette, invece, pur puntando sulla intensificazione dell'azione di protezione e di ripristino della natura e sulla massima rigidità nella applicazione degli strumenti normativi disposti a sua tutela, prevede un forte e necessario dinamismo dei rapporti tra uomo e ambiente, tra promozione dell'educazione ambientale, della conoscenza degli ambienti marini-costieri e sviluppo socio-economico dell'area, tra salvaguardia delle tradizioni e della cultura della collettività locale ed innovazioni tecnologiche. In altre parole, conservazione della natura e valorizzazione culturale economica e sociale delle risorse ambientali, in forma sostenibile, sono parti irrinunciabili di uno stesso progetto di ripristino e di corretto mantenimento degli ecosistemi all'interno del quale le aree marine protette hanno un ruolo di importanza fondamentale. Valorizzazione naturalistica del bene e valorizzazione economica dell'area protetta, possono evidentemente instaurare un circolo virtuoso a vantaggio del processo conservativo dell'ambiente

⁵⁴ Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, «*Strategia dell'UE sulla Biodiversità per il 2030*», cit., p. 3.

⁵⁵ G. GARZIA (2011), *Le aree marine protette. Funzione amministrativa e nuovi strumenti per lo «sviluppo sostenibile»*, cit., spec. pp. 84-87.

⁵⁶ Va in ogni caso dato atto che a partire dalla adozione generalizzata della programmazione ISEA (2012), la pianificazione della gestione delle aree marine protette e dei due parchi sommersi deve tenere conto di 4 macro finalITÀ. Tra queste la n. 4, «promozione dello sviluppo sostenibile dell'area, con particolare riguardo alla valorizzazione delle attività tradizionali delle colture locali, del turismo ecocompatibile e alla fruizione da parte delle categorie socialmente sensibili». Per tale via lo sviluppo sostenibile dell'area acquisisce dignità di stabile obiettivo da perseguire nel futuro. Sul punto cfr. Corte dei Conti, *Lo stato di attuazione degli interventi per la protezione dell'ambiente marino volti a conseguire un buono stato ambientale entro il 2020 (ex D.lgs 190/2010)*, cit., p. 91.

soltanto in presenza di un mirato intervento pubblico che utilizzi strumenti economici o di mercato e di un forte impegno di tutti gli *stakeholders*. La Commissione europea, d'altra parte, ha ritenuto strategico l'utilizzo di strumenti di mercato - a livello UE o dei singoli Stati membri - ai fini di politica ambientale e per arrestare la perdita di biodiversità⁵⁷ senza escludere le AMP che ben possono essere luoghi «dello sviluppo sostenibile»⁵⁸. La vocazione naturalistica dell'area, in effetti, può contribuire a rinforzare ed a differenziare l'offerta di beni e servizi di alta valenza ecologica e/o realizzati con criteri di sostenibilità ecologica quando esiste un mercato (es. ecoturismo, produzioni di qualità, ecc.). Nella sua comunicazione «Strategia dell'UE sulla Biodiversità per il 2030» la Commissione dimostra, con il supporto di referenziati studi, che l'ampliamento ed una corretta gestione delle zone marine protette, oltre a favorire la ripresa della biodiversità, attivano virtuosi meccanismi economici e favoriscono la transizione verso forme di economia circolare; fattori, questi, che rendono più che opportuno e giustificabile la promozione ed il sostegno degli investimenti nelle infrastrutture verdi e blu⁵⁹.

Tuttavia allorché il mercato «non riflette in misura adeguata il “vero costo” o il costo sociale» dell'attività economica che produce quei beni e quei servizi, un intervento pubblico a suo sostegno sarà giustificato⁶⁰. Esempi virtuosi, seppur non numerosi, di aree protette che hanno dimostrato di sapere ben conciliare conservazione ambientale e mercato locale di beni e servizi si hanno anche in Italia. Tra questi va evidenziato il modello di gestione del «Parco nazionale - area marina protetta delle Cinque Terre» che raggiunge tale risultato indubbiamente sulla base di peculiarità territoriali ed ambientali difficilmente «esportabili»⁶¹, ma anche ricorrendo a strategie quali quella della istituzione di un label ecologico: un «marchio distintivo assegnato dall'Ente Parco alle imprese turistiche delle Cinque Terre che si sono impegnate in un percorso volontario di qualità, rispetto dell'ambiente e valorizzazione della cultura e dell'identità locale secondo la strategia indicata

⁵⁷ Cfr. Commissione delle Comunità Europee, *Libro verde sugli strumenti di mercato utilizzati a fini di politica ambientale e ad altri fini connessi*, Bruxelles, 28.3.2007, COM (2007) 140 definitivo.

⁵⁸ Sostiene che le aree protette sono anche luoghi «dello sviluppo sostenibile» C. A. GRAZIANI, *Il significato di un'utopia*, in *Un'utopia istituzionale. Le aree naturali protette a dieci anni dalla legge quadro*, Giuffrè, 2001, spec. p. 36.

⁵⁹ Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, «Strategia dell'UE sulla Biodiversità per il 2030», spec. pp. 4-5.

⁶⁰ Commissione delle Comunità Europee, *Libro verde sugli strumenti di mercato utilizzati a fini di politica ambientale e ad altri fini connessi*, cit., p. 3.

⁶¹ G. BELLOMO, *Il modello giuridico-gestionale di tutela ambientale del parco nazionale delle Cinque Terre*, in *Gazzetta ambiente*, 2006, p. 57 ss.

dalla Federazione EUROPARC nella Carta Europea per il turismo sostenibile»⁶². Occorre tuttavia osservare che non sempre esiste un mercato da incentivare: beni ambientali, biodiversità, paesaggio, risorse idriche, cambiamento climatico, sono tutti beni pubblici che hanno un valore di mercato pressoché nullo in mancanza di un processo regolativo e/o di valorizzazione pubblica e comunque al netto di sostegni finanziari concessi sotto forma di pagamento per servizi ambientali. Attribuire un valore pubblico ai beni pubblici sembra essere la via corretta per stimolare la produzione di tali beni nelle aree marine protette attraverso il sostegno di processi produttivi multifunzionali in cui il bene pubblico entra come input (ad esempio la biodiversità) o come output (ad esempio il paesaggio). Tale sostegno potrebbe assumere diverse forme, che la dottrina non ha mancato di evidenziare, portando come modello i sistemi di premialità ambientale introdotti in alcuni regolamenti di gestione di AMP a favore di imbarcazioni in possesso di alcuni specifici requisiti di natura ecologica⁶³. In ogni caso una quota parte della resa delle attività economiche sviluppate in esito all'attività di regolazione del mercato e/o di valorizzazione pubblica di beni e servizi posta in essere dall'Autorità di gestione della AMP inevitabilmente sarà destinata a meglio conservare la risorsa ambientale ed a proteggere la biodiversità⁶⁴. Ne consegue che la nuova regolamentazione delle AMP dovrà necessariamente affrontare e risolvere i cc.dd. fallimenti di mercato, ovvero quella situazione in cui l'allocatione dei beni e dei

⁶² Cfr. il sistema di Adesione al Marchio di qualità ambientale 2.0 – CETS fase II del Parco nazionale Area marina protetta delle Cinque terre. Imprese turistiche locali. Più in particolare si tratta di un sistema unico di certificazione ambientale delle imprese del territorio, risultato da una sintesi fra la metodologia proposta da Federparchi nella seconda fase della Carta europea e il marchio di qualità ambientale già implementato dal Parco, adottato dall'Ente con Deliberazione di giunta esecutiva n. 14 del 26.02.2018.

Il "Marchio di sostenibilità delle AMP" è stato istituito il 28 luglio 2009 nell'ambito di un accordo di programma sottoscritto dal ministro dell'ambiente Stefania Prestigiacomo e da Confturismo, Confcommercio e Federturismo di Confindustria con la finalità di «individuare tutti quei servizi (ricettivi, ristorazione, intermediazione turistica) che qualificano la loro offerta in termini di sostenibilità ambientale. Successivamente, potrà essere esteso anche a ulteriori tipologie di servizi, quali ad esempio quelli rivolti alla nautica da diporto e alla subacquea, facendo seguito agli accordi di programma con cui le Amp sono state aperte alla fruibilità della nautica da diporto e alle attività di diving»: v. <https://www.giglione.it/2009/07/31/un-marchio-per-le-a-m-p/>

⁶³ G. GARZIA (2011), *Le aree marine protette. Funzione amministrativa e nuovi strumenti per lo «sviluppo sostenibile»*, cit., p. 100. Il riferimento è al D. M. 28 luglio 2009, n. 129, Regolamento recante la disciplina delle attività consentite nelle diverse zone dell'area marina protetta «Costa degli infreschi e della Masseta», art. 5, par. 2, Allegato art. 1 che statuisce forme di sostegno a favore di imbarcazioni in possesso di uno dei seguenti requisiti: a) unità dotate di cassa per la raccolta dei liquami di scolo; b) natanti e imbarcazioni equipaggiati con motore in linea con la direttiva 2003/44; c) navi da diporto in linea con gli annessi IV e VI della MARPOL 73/78.

⁶⁴ Per un approfondimento del tema si rinvia a E. FALCONE, *Il raccordo fra la valorizzazione naturalistica e lo svolgimento di attività produttive compatibili nei parchi naturali: ipotesi di ricostruzione sistematica*, in *Riv. giur. amb.*, 2006, p. 635 ss.

servizi prodotti nella zona sottoposta a particolare tutela non è efficiente se effettuata tramite il libero mercato.

Tra gli obiettivi che la nuova strategia europea sulla biodiversità si propone di raggiungere entro il 2030 vi è prioritariamente quello di sottoporre a speciale protezione legale il 30% dei mari, destinando almeno un terzo di tale superficie ad un livello di protezione particolarmente rigoroso⁶⁵. Il risultato programmato è ambizioso: considerato che la percentuale di mare attualmente protetto nell'UE - sia nel quadro di natura 2000 sia nell'ambito di misure nazionali supplementari - si attesta intorno all'11%, mentre meno dell'1% è protetto in maniera particolarmente rigorosa, il rispetto dell'impegno comporterà che gli Stati membri dovranno procedere nei prossimi anni a designare equamente zone supplementari protette e rigorosamente protette che integreranno la rete natura 2000 o rientreranno in un regime nazionale di protezione. Ciò al netto dell'impegno dell'U.E. a farsi parte attiva per la conclusione di accordi internazionali volti ad individuare designare e gestire efficacemente altre zone da proteggere nelle acque marine non soggette a giurisdizione nazionale⁶⁶.

Le considerazioni fin qui svolte inducono a ritenere che, pur nell'ipotesi (assai probabile) in cui una riforma organica concernente le aree marine sottoposte a protezione non sarà varata entro l'attuale legislatura, il processo di adattamento del diritto italiano a quello europeo richiederà l'espletamento di alcuni incisivi interventi normativi e di azioni a livello nazionale nel breve periodo.

Si è già anticipato, infatti, che gli Stati membri saranno tenuti (equamente) ad estendere le zone marine sottoposte a protezione. Ciò potrà essere realizzato attraverso la istituzione di nuove aree protette, così come integrate da «corridoi ecologici» ed eventualmente, da cc.dd *buffer zone*, ovvero «zone cuscinetto» di interposizione tra aree protette e non, che consentono di proteggere più efficacemente i servizi ecosistemici realizzati dall'area protetta anche nei confronti delle conseguenze negative determinate dall'esercizio incontrollato della pesca professionale tramite pescherecci, tonnare e palangari d'alto mare che periodicamente razziano le zone di confine. La Commissione europea prevede un cronoprogramma impegnativo; entro il 2020 (in collaborazione con gli Stati membri e

⁶⁵ Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, «Strategia dell'UE sulla Biodiversità per il 2030», cit. spec. pp. 4-5.

⁶⁶ Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, «Strategia dell'UE sulla Biodiversità per il 2030», cit. p. 22.

l’Agenzia Europea per l’ambiente) presenterà orientamenti utili ad individuare le zone supplementari che gli Stati membri dovranno designare, la definizione di «protezione rigorosa», nonché una adeguata pianificazione della gestione delle zone protette. Dal canto loro gli Stati membri dovranno dimostrare di avere ottenuto progressi significativi nella designazione delle nuove zone protette entro il 2023 e raggiunto un livello di gestione efficace di tutte le zone protette «definendo obiettivi e misure di conservazione chiari e sottoponendole ad un monitoraggio adeguato» entro il 2030. Va altresì considerato che gli stessi incentivi nazionali ed europei spingeranno ad adottare meccanismi che favoriscano l’effettivo *enforcement* e controllo delle misure manageriali assunte dall’area marina protetta, nonché la promozione di strutture di *governance* «inclusiva» per consentire la più ampia partecipazione della società civile. Un partecipato approccio sociale alle opportunità in termini di nuovi lavori e di nuove professioni o di aggancio di nuove forme di turismo culturale o sostenibile, stimulate dai vantaggi ecosistemici liberati dall’area protetta, dovrebbe avvantaggiare soprattutto i giovani e favorire il recupero e la valorizzazione della cultura e delle tradizioni locali senza negare, sia pure compatibilmente alle esigenze di protezione, lo svolgimento della abituale attività di pesca⁶⁷.

Tutto ciò considerato, va stigmatizzata come incoerente la progressiva diminuzione dell’ammontare della partecipazione alle spese di gestione delle Aree marine protette da parte Ministero dell’ambiente rispetto all’impegnativo programma di ampliamento del loro numero e di efficientamento della relativa gestione che dovrà essere realizzato nei prossimi anni dal nostro Paese⁶⁸.

⁶⁷ La possibilità del raggiungimento di tale obiettivo è documentata dalla esperienza in atto nell’AMP di Torre Guaceto riportata in *Pesca artigianale e sostenibile nelle aree marine protette italiane. Stato dell’arte e prospettive future*, cit., spec. pp.22 – 23, ove si riportano modalità e risultati di un progetto di pesca sperimentale cogestito tra Ente gestore e pescatori sulla base di un accordo da entrambi sottoscritto.

⁶⁸ Esprime questo giudizio la relazione della Corte dei Conti, *Lo stato di attuazione degli interventi per la protezione dell’ambiente marino volti a conseguire un buono stato ambientale entro il 2020 (ex D.lgs. 190/2010)*, cit., p. 91. La relazione sopra citata attribuisce al Ministero dell’ambiente il riconoscimento della non adeguatezza dell’ammontare dei contributi ordinari da esso stanziati per la partecipazione alle spese di gestione delle Aree marine protette, rispetto «alle potenzialità di queste istituzioni, quali promotori di educazione ambientale, di diffusione delle conoscenze, di comportamenti virtuosi per la salvaguardia dell’ambiente marino e di potenziamento delle attività di valore scientifico».

LE PRESCRIZIONI DI "VIVERE ONESTAMENTE" E DI "RISPETTARE LE LEGGI" NEL D. LGS. 6/09/2011, N. 159

Edoardo De Marchi*

ABSTRACT [ITA]: Il presente lavoro si occupa dell'utilizzo di espressioni dal significato ambiguo e vago nella legislazione, prendendo le mosse dalle prescrizioni di vivere onestamente e rispettare le leggi, contenute nel codice antimafia. Sul punto è intervenuta la Corte costituzionale, con la sentenza 27 febbraio 2019, n.25, la quale però non ha sciolto tutti i dubbi in merito alla formulazione ed ha lasciato spazio per ulteriori rilievi.

ABSTRACT [ENG]: *The essay focuses on the usage of generic expressions in laws, especially in penal provisions. Starting from Italian constitutional Court sentence n. 25, 27th February 2019, it will focus on the legal order to "live honestly" and "respect the law" as an example of irrational use of language in legislation.*

SOMMARIO: **1.** introduzione. - **2.** il rispetto del principio di tassatività nell'art. 75, co. 2 del codice antimafia. - **3.** il rispetto del principio *ne bis in idem* nell'art. 75, co. 2 del codice antimafia. - **4.** le prescrizioni di vivere onestamente e di rispettare le leggi nel dialogo fra tre corti. - **5.** conclusioni.

* Dottorando di ricerca presso l'Università degli Studi di Pavia

1. Introduzione.

Il codice antimafia¹ sanziona penalmente la violazione degli obblighi – comunemente percepiti come pleonastici – di “vivere onestamente” e di “rispettare le leggi”. Tali obblighi fanno parte delle prescrizioni applicabili dal giudice in sede di inflizione della misura di prevenzione della sorveglianza speciale². Come le altre misure di questo genere, la sorveglianza speciale anticipa la reazione dello Stato nei confronti dei soggetti ritenuti a rischio di commissione di reati, secondo criteri stabiliti dalla legge e, agendo come misura *ante delictum*, mira ad evitare la lesione di beni giuridici protetti da norme penali. Per tale motivo, il giudice, all’atto dell’inflizione della misura di prevenzione, si trova davanti a prescrizioni da applicare discrezionalmente oppure obbligatoriamente. Tra le seconde ci sono, appunto, le prescrizioni di “vivere onestamente” e di “rispettare le leggi”, la cui inosservanza configura il delitto di «violazione degli obblighi inerenti alla sorveglianza speciale», previsto dall’art. 75, co. 2 e punito con la reclusione da 1 a 5 anni.

In merito si è espressa la Corte costituzionale, da ultimo con la sentenza 27 febbraio 2019, n. 25, che ha dichiarato incostituzionali i commi 1 e 2 dell’art. 75 del d. lgs. 6 settembre 2011, n. 159, per contrasto con l’art. 117 Cost. in riferimento agli artt. 7 CEDU e 2 del Protocollo 4 CEDU. Tuttavia, la sentenza della Corte non risolve tutti i dubbi inerenti alle due prescrizioni. Infatti, la loro formulazione pare problematica in rapporto sia al significato letterale, sia al rapporto con i principi di legalità della fattispecie, a prescindere dall’avvenuta depenalizzazione delle due prescrizioni. Inoltre, la sentenza avrebbe potuto stimolare una più ampia riflessione circa il rispetto del principio *ne bis in idem* sostanziale, che non pare osservato, e offrire lo spunto per una disamina approfondita del tema.

¹ D. lgs. 159/2011 «Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia, a norma degli articoli 1 e 2 della legge 13 agosto 2010, n. 136».

² Per le misure di prevenzione, cfr.: E. MEZZETTI, L. LUPARIA DONATI (a cura di) *La legislazione antimafia*, Zanichelli, Bologna, 2020; F. FIORENTIN, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali*, Giappichelli, Milano, 2018; F. PALAZZO, *Per un ripensamento radicale del sistema di prevenzione ante delictum*, in *Criminalia*, Pisa, 2017, 133 ss.; V. MAIELLO (a cura di), *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata, misure di prevenzione e armi*, Giappichelli, Torino, 2015; S. FURFARO (a cura di), *Le misure di prevenzione*, UTET, Torino, 2013; T. PADOVANI, *Misure di sicurezza e misure di prevenzione*, Pisa University Press, Pisa, 2013.

2. Il rispetto del principio di tassatività nell'art. 75, co. 2 del codice antimafia

La previsione di un delitto integrato dal non aver vissuto onestamente o dal non aver rispettato le leggi pare porsi in conflitto con il principio di tassatività della fattispecie penale, oltre che con quello di legalità³, poiché la formulazione della fattispecie di reato non viene resa in modo chiaro, preciso e determinato.

In primo luogo, pare difficile cogliere il significato della locuzione “vivere onestamente”. Sicuramente non si tratta di un “vivere onestamente” in senso morale, altrimenti si dovrebbe prima di tutto individuare un codice morale di riferimento e successivamente risolvere l'antico dilemma della separazione tra diritto e morale. Ma neanche intendere l'onestà del vivere come la conduzione di un'esistenza non in contrasto con le leggi giuridiche è esente da critiche. Tale dovere già ricade indistintamente su tutti i consociati e, mentre una norma penale ha lo scopo di prevedere una sanzione per la violazione di un comportamento determinato, in questo caso si ha una sanzione per la violazione di un comportamento indeterminato, oltre che tanto generale da ricomprendere la violazione di una qualunque norma giuridica. In tal senso, diviene una norma sanzionatrice per la violazione di altre norme. Ancora, si potrebbe pensare che la funzione della locuzione “vivere onestamente” sia di rafforzare l'obbligo, già valido per ogni consociato, nei confronti del sottoposto a misura di prevenzione, che dovrebbe risolversi nel dover essere più onesto di quanto richiesto alla generalità dei consociati. Ma anche questa ricostruzione presenta dei problemi insuperabili. Infatti, come può esistere un obbligo più intenso di un altro? Se per tutti vale la regola che le leggi non devono essere violate, questo divieto non può essere più intenso, così come qualcosa di obbligatorio non può divenire “più obbligatorio”. Si tratta di uno stato logico assoluto: un comportamento giuridicamente rilevante può essere vietato, obbligatorio o facoltativo⁴; non può però contenere sfumature all'interno dello stesso comando.

³ Cfr.: A. BONOMI, *Il principio di determinatezza delle fattispecie criminose: un parametro costituzionale sempre più “inesistente”*, in *Riv. AIC*, 4/2020, p. 140 ss.; G. GARUTI, *Proposte per la ricostruzione sistematica del processo accusatorio: la fonte costituzionale*, in *Arch. Pen.*, f.3/2017, p. 989 ss.

⁴ Rileva in proposito la distinzione tra comportamenti leciti, liberi o illeciti, cfr. E. GARCÍA MÀYNEZ, *Los principios generales del derecho y la distinción entre principios jurídicos normativos y no normativos*, trad. it. in *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, vol. I, CEDAM, Padova, 1958.

Ciò che può cambiare è la sanzione, un comportamento vietato può essere sanzionato più severamente di un altro. Ma così intendendo, la risoluzione di un problema ne solleva uno diverso, ossia il rispetto del principio di uguaglianza. Vi sarebbe una categoria di consociati, costituita dai destinatari di misure di prevenzione, la quale verrebbe per tale motivo punita più severamente rispetto alla generalità, per la realizzazione dello stesso fatto. Servirebbe allora chiedersi se l'essere considerati più a rischio di commissione di un reato sia un elemento sufficientemente differenziante per poter giustificare un più severo regime sanzionatorio⁵.

In secondo luogo, la locuzione "rispettare le leggi", oltre a ripresentare lo stesso problema della precedente (si tratta di un obbligo già previsto in capo alla generalità dei consociati), definisce in modo poco chiaro quali siano "le leggi". Pare d'obbligo escludere dal novero dei significati possibili il riferimento a leggi non giuridiche, a meno che non si voglia anche su questo punto riaprire antichi dibattiti sulla natura stessa del diritto. Ma anche rimanendo nell'ambito delle leggi giuridiche, la portata della disposizione cambia a seconda che si intenda legge in senso atecnico, ossia come una qualsiasi regola giuridica, oppure legge in senso tecnico, ossia legge come fonte primaria del diritto ed escludendo quindi ogni altra fonte, come ad esempio i regolamenti, oppure legge in senso penale, limitandosi quindi a considerare la disposizione violata solo con la violazione di un'altra norma penale sostanziale. Nel primo caso, la disposizione sarebbe sostanzialmente impossibile da rispettare. A ben vedere, si comminerebbe una sanzione penale per qualsiasi violazione, ponendo in capo al destinatario della misura di prevenzione una pena non prevista per tutti gli altri consociati. Nel secondo caso, vale lo stesso discorso, essendo legge in senso formale, ad esempio, anche il codice civile. In tal caso, per assurdo la violazione dell'obbligo di fedeltà coniugale porterebbe il sottoposto alla misura di prevenzione a subire la pena della reclusione. Nei primi due casi quindi vi sarebbe una piena elusione del principio di tassatività della fattispecie, che finirebbe per prevedere la sanzione penale per chiunque violi qualunque legge, anche quella sprovvista di sanzioni, penali o non penali. Nel terzo caso, invece, si presenterebbe "soltanto" il

⁵ La giurisprudenza risolve positivamente il quesito, ritenendo corretta l'identificazione di una differenziazione in ordine alla soggezione del prevenuto ad un obbligo più intenso per via del suo maggiore rischio di commissione di reati, Corte cost., 23 luglio 2010, n. 282, cons. dir., pt. 2.1; Cass. pen., S.U., 24 luglio 2014, n. 32923, cons. dir., pt. 11.2.

problema della violazione del principio *ne bis in idem*, ossia la doppia sanzione per lo stesso fatto.

In terzo luogo, si può notare come l'art. 75, co. 2 del codice antimafia disponga le due prescrizioni alternativamente fra loro, sicché basta la violazione di una sola per configurare il delitto. Tuttavia, non pare possibile violare una sola della due prescrizioni⁶. Attenendosi strettamente al significato letterale della norma, colui che non vive onestamente, scartato il piano morale⁷, non lo avrà fatto poiché si sarà posto in contrasto con una norma di legge, e avrà così violato anche la seconda prescrizione. Allo stesso modo, colui che non rispetta la legge, avrà automaticamente vissuto in modo disonesto.

Alla luce di queste tre considerazioni pare lecito dubitare del rispetto del principio di tassatività nella formulazione delle prescrizioni in parola, che dovrebbero essere chiare, precise e determinate, ma si risolvono a essere un richiamo ad un obbligo valido già *erga omnes* e implicito nel concetto di legge (il carattere di cogenza del diritto). Non sembra nemmeno possibile attribuire significati differenti alle proposizioni, salvo intendere l'onestà in senso morale. Ancora, non è immediato né chiaro l'ambito di applicazione delle proposizioni, poiché il richiamo generico a "leggi" può intendere insieme molto differenti per dimensioni e potenzialmente risolversi in un obbligo lesivo di principi costituzionali.

3. Il rispetto del principio *ne bis in idem* nell'art. 75, co. 2 del codice antimafia.

Prescrivere come condotta costituente reato quella di "vivere onestamente" sembra sollevare un problema anche sul versante del rispetto del principio *ne bis in idem* sostanziale⁸. Infatti, se si accetta che "vivere onestamente" e "rispettare le leggi" equivalgano a vivere senza commettere (altri) reati, la violazione di una (altra) legge

⁶ Come notato anche da Cass. pen., S.U., 27 aprile-5 settembre 2017, n. 40076, cons. dir., pt.6.

⁷ In argomento, C. DE MAGLIE, *Punire le condotte immorali?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, p. 938 ss.; G. FIANDACA, *Punire la semplice immoralità? Un interrogativo che tende a riproporsi*, in A. CADOPPI (a cura di), *Laicità, valori e diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2010.

⁸ Per un richiamo al doppio significato del principio *ne bis in idem*, processuale e sostanziale, cfr.: C. SILVA, *La deriva del ne bis in idem verso il canone di proporzionalità*, in *Arch. pen.*, f.1/2019 (web); G. RANALDI-F. GAITO, *Introduzione allo studio dei rapporti tra ne bis in idem sostanziale e processuale*, in *Arch. Pen.*, f.1/2017, p. 103 ss.; F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Giappichelli, Torino, 2017.

penale realizzerebbe il fatto tipico, al quale però conseguirebbero due diverse sanzioni, ossia quella per la norma penale violata e quella *ex art. 75, co. 2* codice antimafia.

Ne discende che, in primo luogo, ad una stessa azione concreta ed esterna corrispondano due distinte pene, la prima per lo specifico fatto commesso (ad esempio, una rapina) e la seconda per non aver vissuto onestamente e (non “o”) non aver rispettato le leggi. Se con la prima sanzione l’ordinamento reagisce alla violazione di una norma penale, la quale prevede una sanzione penale per la realizzazione di un dato comportamento, con la seconda sanzione l’ordinamento reagisce alla violazione della prima norma. Ma la prima norma già da sola provvede alla propria coercizione, sicché la sanzione prevista dall’art. 75 co. 2 interviene “a fatto compiuto”, ossia in un momento in cui la logica penale ha già concluso il paradigma divieto-violazione-sanzione.

In secondo luogo, il delitto *ex art. 75, co. 2* non sembra essere autonomo, ossia pare incapace di sussistere da solo. Perché ciò avvenga, è necessario che vi sia una norma di legge la cui violazione non sia sanzionata in alcun modo. Ciò però pare difficile anche solo da ipotizzare, alla luce delle caratteristiche dell’ordinamento vigente, che è ipertrofico e ricorre alla sanzione penale molto più dell’auspicato, e quando proprio non può utilizza la sanzione amministrativa. Su questo specifico punto è imprescindibile individuare il significato di legge racchiuso nella proposizione “rispettare le leggi”, poiché un’interpretazione larga della stessa, fino a racchiudervi anche le norme civili codicistiche, smentisce questo ragionamento e rende il delitto autonomo, al prezzo però di un’intollerabile espansione del diritto penale; al contrario, un’interpretazione stretta porta ad una sovrapposizione tra il delitto in parola e il resto dei reati, confermando il problema.

Il rispetto del principio *ne bis in idem* sostanziale non è di semplice verifica, sia perché sul tema si registrano differenti orientamenti dottrinali e giurisprudenziali⁹,

⁹ In argomento, L. BARON, *Test di proporzionalità e ne bis in idem. La giurisprudenza interna alla prova delle indicazioni euro-convenzionali in materia di market abuse*, in *Arch. pen.*, f. 3/2019 (web); A. VALLINI, *Tracce di “ne bis in idem” sostanziale lungo i percorsi disegnati dalla Corti*, in *Dir. pen. proc.*, f. 4/2018, p. 525 ss.; C. SOTIS, *Il “fatto” nella prospettiva del divieto di doppia punizione*, in *Ind. pen.*, f. 2/2017, p. 461 ss.; G. RANALDI-F. GAITO, *op. cit.*; G. FIANDACA-G. LEINERI, voce *art. 15*, in G. FORTI-S. SEMINARA-F. ZUCCALÀ, *Commentario breve al codice penale*, Wolters Kluwer-CEDAM, Milano 2017; M. PAPA, *Definizione legislative e concorso apparente di norme: note comparatistiche*, in A. CADOPPI (studi coordinati da), *Il problema delle definizioni legali nel diritto penale: omnis definitio in iure periculosa?*, CEDAM, Padova, 1996, p. 431 ss.; F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Zanichelli, Bologna, 1966.

sia perché i criteri con i quali si può arrivare a determinare se vi sia violazione del *ne bis in idem* o se si tratti di conflitto apparente tra norme penali non sono di semplice attuazione¹⁰.

In effetti, un elemento di differenziazione del delitto in parola, che eviterebbe di considerarlo una doppia sanzione, si potrebbe identificare riguardo l'individuo destinatario di una misura di prevenzione. La *ratio* sottesa a tale concezione è quella di individuare una ulteriore prescrizione di "onestà" in capo all'individuo prevenuto, giustificato dal suo maggiore rischio di commissione di un reato. Pare però dubbia la compatibilità di questa interpretazione con il principio di materialità. Se da un lato si giustifica l'interesse dell'ordinamento a reagire preventivamente, in presenza di giustificati e razionali motivi, alla commissione di un reato, dall'altro le prescrizioni in esame non hanno una funzione dissuasiva, poiché a causa della loro formulazione appaiono un mero pretesto sanzionatorio. Non pare azzardato considerare il combinato disposto tra gli artt. 8, co. 4 e 75, co. 2, una "trappola" in danno del destinatario della misura di prevenzione. Mentre le altre misure di prevenzione e le altre prescrizioni incidono, almeno in linea teorica, sulla possibilità di commissione di un reato¹¹ (o meglio, ne diminuiscono il rischio), le prescrizioni di "vivere onestamente" e di "rispettare le leggi" altro non fanno che ribadire un obbligo già esistente¹², dal quale però deriva un nuovo e distinto titolo di reato.

Per una riflessione completa sul principio nella giurisprudenza sovranazionale, cfr. L. BIN, *Anatomia del ne bis in idem: da principio unitario a trasformatore neutro di principi in regole*, in *Dir. pen. cont.*, f. 3/2020, p. 98 ss.

¹⁰ Si tratta dei criteri di specialità, sussidiarietà e consunzione.

L'art. 15 c.p. enuncia il criterio di specialità, mentre i criteri di sussidiarietà e di consunzione hanno matrice dottrinale.

Il criterio di specialità rimanda a un rapporto di genere a specie tra due norme, dove deve essere scelta la norma incriminatrice speciale rispetto alla generale.

Il criterio di sussidiarietà rimanda invece a un rapporto di intensità della tutela accordata dalle norme, privilegiando quella più intensa.

Il criterio di consunzione (o di assorbimento) rimanda a quei casi nei quali la commissione di un reato ne comporta la commissione di un secondo. In tali situazioni, è necessario che il disvalore del fatto concreto sia ricompreso nel reato più grave, senza che sia necessaria l'identità naturalistica della condotta.

¹¹ Tra le altre misure di prevenzione, diverse dalla sorveglianza speciale, figurano: il rimpatrio con foglio di via obbligatorio; il sequestro; la confisca. Tra le altre prescrizioni della sorveglianza speciale figurano: la ricerca di un lavoro; la fissazione della dimora e la comunicazione della stessa all'autorità di P.S.; il divieto di allontanamento dalla dimora senza autorizzazione della P.S.; il divieto di associazione con condannati sottoposti a misure di prevenzione o di sicurezza; il divieto di accesso a esercizi pubblici o di intrattenimento; il coprifuoco; il divieto di detenzione di armi; divieto di partecipare a riunioni pubbliche; il divieto di soggiorno; il divieto di avvicinamento a luoghi determinati; l'obbligo di firma.

Come si evince dalla sola lettura delle prescrizioni, sono tutte concrete e richiedono un chiaro, determinato e materiale obbligo di fare o di non fare.

¹² Cass. pen, S.U., 40076/2017, cons. dir., pt. 8, parlando a proposito della tassatività delle prescrizioni, afferma: «Invero, è dubbio che possano considerarsi vere e proprie prescrizioni, al pari di quelle menzionate nella

E tuttavia, la violazione del *ne bis in idem* viene esclusa dalla giurisprudenza di legittimità, che vi ravvisa invece un'ipotesi di concorso formale, valorizzando il diverso bene giuridico tutelato dall'art. 75, co. 2¹³.

4. Le prescrizioni di vivere onestamente e di rispettare le leggi nel dialogo fra tre Corti.

La rilevanza penale della violazione delle prescrizioni di “vivere onestamente” e di “rispettare le leggi” viene affrontata dalla Corte costituzionale nella sentenza 27 febbraio 2019, n. 25¹⁴.

La questione di legittimità costituzionale in via incidentale veniva rimessa dalla Corte di cassazione al fine di ottenere l'annullamento parziale dell'art. 75, co. 2 del codice antimafia, per così “recepire” l'orientamento giurisprudenziale delle Sezioni Unite, nella c.d. sentenza «Paternò»¹⁵, conseguente alla pronuncia della Corte EDU

stessa disposizione di cui all'art. 8 d.lgs. n. 159 del 2011, dal momento che non impongono comportamenti specifici, ma contengono un mero ammonimento "morale", la cui genericità e indeterminatezza dimostra l'assoluta inidoneità ad integrare il nucleo di una norma penale incriminatrice».

¹³ Cass. pen., sez. I, 20 giugno 2012, n. 26161; Cass. pen., sez. I, 15 gennaio 2009, n. 4893; Cass. pen., sez. I, 18 ottobre 2007, n. 39909; Cass. pen., sez. IV, 12 maggio 2004, n. 32915; Cass. pen., sez. I, 10 dicembre 2003, n. 1673.

Non altrettanto convinta pare la Corte EDU, *Grand Chambre*, 23 febbraio 2017, «de Tommaso c. Italia», parte 1, pt. 6, che, in sede ricostruttiva, si esprime così: «*Inoltre il cumulo di misure di prevenzione personali e sanzioni penali non era limitato neanche dal principio del ne bis in idem, in considerazione del cosiddetto principio della compatibilità logica di entrambe, che la giurisprudenza aveva tratto da alcune disposizioni della legge*».

¹⁴ In proposito, V. MAIELLO, *Gli adeguamenti della prevenzione ante delictum nelle sentenze costituzionali nn. 24 e 25*, in *Dir. Pen. Proc.*, f.1/2020, p. 107 ss.; A. MARANDOLA, *La Corte costituzionale definisce lo statuto di garanzia di (alcuni) presupposti delle misure di prevenzione*, in *Studium Iuris*, 11/2019, p. 1294 ss.; F. MAZZACUVA, *L'uno-due della Consulta alla disciplina delle misure di prevenzione: punto di arrivo o principio di un ricollocamento sui binari costituzionali?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, f. 2/2019, p. 987 ss.; M. PICCHI, *Principio di legalità e misure di prevenzione nella ricostruzione dialogica fra Corte EDU, Corte costituzionale e Corte di cassazione. Gli sforzi «tassativizzanti» della giurisprudenza di legittimità possono sopperire alla cattiva qualità della legge*, in *Osservatorio sulle fonti*, n.1/2019, disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>.

Trattando il tema all'interno del problema della natura amministrativa o penale delle misure di prevenzione, A. MANNA, *La natura giuridica delle misure di prevenzione tra diritto amministrativo e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, f. 2/2020, p. 1065 ss.

¹⁵ Cass. pen., S.U., 40076/2017. In proposito, cfr.: V. MAIELLO, *La violazione degli obblighi di “vivere onestamente” e “rispettare le leggi” tra abolitio giurisprudenziali e giustizia costituzionale: la vicenda Paternò*, in *Dir. pen. proc.*, f. 6/2018, p. 777 ss.; F. MARZARA GRIMANI, *Limiti applicativi dell'art. 75, comma 2, D.Lgs. n. 159/2011 nella giurisprudenza delle Sezioni unite penali della Corte di cassazione: una prima ricaduta in materia di misure di prevenzione dopo la sentenza CEDU “De Tommaso”*, in *Cass. pen.*, f. 7-8/2018, p. 2358 ss.; F. VIGANÒ, *Le Sezioni Unite ridisegnano i confini del delitto di violazione delle prescrizioni inerenti alla misura*

«de Tommaso c. Italia»¹⁶, e rendere possibile alla Corte di cassazione dichiarare l'*abolitio criminis* nel caso pendente, dovendo, altrimenti, dichiarare inammissibile il ricorso.

La preoccupazione della Cassazione è quella di procurarsi lo strumento per poter evitare il formarsi di un giudicato basato su un'interpretazione non conforme a giurisprudenza e quindi evitare un grave pregiudizio all'imputato.

Le Sezioni Unite, con la sentenza Paternò hanno enunciato il seguente principio di diritto: «l'inosservanza delle prescrizioni generiche di “vivere onestamente” e “rispettare le leggi” da parte del soggetto sottoposto alla sorveglianza speciale con obbligo o divieto di soggiorno, non integra la norma incriminatrice di cui all'art. 75, comma 2, d.lgs. n. 159 del 2011. Essa può, tuttavia, rilevare ai fini dell'eventuale aggravamento della misura di prevenzione personale»¹⁷. Si tratta di una abrogazione giurisprudenziale del reato, dovuta alla sentenza CEDU de Tommaso c. Italiane che ha imposto di operare una rilettura del diritto interno aderente alla CEDU e costituzionalmente conforme¹⁸.

Quest'ultima sentenza della Corte EDU prendeva le mosse dal ricorso per la violazione degli articoli 5, 6, 13 CEDU e 2 del Protocollo n. 4 da parte delle prescrizioni in esame e la Corte di Strasburgo sanzionava i precetti di “vivere onestamente” e di “rispettare le leggi”, come eccessivamente vaghi e indeterminati¹⁹.

di prevenzione alla luce della sentenza De Tommaso: un rimarchevole esempio di interpretazione conforme alla CEDU di una fattispecie di reato, in *Dir. pen. cont.*, f. 9/2017, p. 146 ss.; I. PELLIZZONE, *L'impatto della sentenza “De Tommaso” secondo le Sezioni Unite: la disapplicazione della legge interna come soluzione alla carenza di prevedibilità*, in *Quaderni cost.*, f. 4/2017, p. 906 ss.; G. BIONDI, *Le Sezioni Unite Paternò e le ricadute della sentenza Corte EDU De Tommaso c. Italia sul delitto ex art. 75, comma 2, d. lgs. n. 159/2011: luci ed ombre di una sentenza attesa*, in *Dir. pen. cont.*, f.10/2017, p. 163 ss.

¹⁶ C. EDU, «de Tommaso c. Italia».

¹⁷ Cass. pen., S.U., 40076/2017, cons. dir., pt. 11.

¹⁸ A tal proposito, A. TARALLO, *CEDU e misure di prevenzione: un primo bilancio in vista del controllo sull'esecuzione della sentenza De Tommaso*, in *Arch. pen.*, f.2/2020 (web); E. BASILE, *Quale futuro per le misure di prevenzione dopo le sentenze De Tommaso e Paternò?*, in *Giur. it.*, f.2/2018, p. 452 ss.; M. CERASE, *De Tommaso: una chiave di cartapesta*, in *Cass. pen.*, f. 7-8/2018, p. 2670 ss.; F. P. LASALVIA, *Il sasso nello stagno: luci europee e ombre “nazionali” su una sentenza storica? Appunti su Cedu De Tommaso c. Italia*, in *Arch. Pen.*, f.1/2017, p. 339 ss.; F. VIGANÒ, *La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personali*, in *Dir. pen. cont.*, f. 3/2017, p. 370 ss.; F. MENDITTO, *La sentenza De Tommaso c. Italia: verso la piena modernizzazione e la compatibilità convenzionale del sistema della prevenzione*, in *Dir. pen. cont.*, f. 4/2017, 127 ss.; V. MAIELLO, *De Tommaso c. Italia e la Cattiva coscienza delle misure di prevenzione*, in *Dir. pen. proc.*, f. 8/2017, p. 1039 ss.; A.M. MAUGERI, *Misure di prevenzione e fattispecie a pericolosità generica: la Corte Europea condanna l'Italia per la mancanza di qualità della “legge”, ma una rondine non fa primavera*, in *Dir. pen. cont.*, f. 3/2017, p. 15 ss.

¹⁹ C. EDU, «de Tommaso c. Italia», par. 122.

Tornando a oggi, la Corte di cassazione solleva questione di legittimità costituzionale²⁰ poiché si viene a trovare nella situazione processuale di dover rigettare il ricorso per manifesta inammissibilità; al contempo però, poiché la questione era stata esaminata dai giudici di merito *prima* della sentenza Paternò, la pronuncia di inammissibilità avrebbe cristallizzato una sentenza non più conforme al diritto vivente²¹. Non potendo rilevare *ex art. 129 c.p.p.*²², né eventualmente in sede di revocazione, *l'abolitio criminis* giurisprudenziale, la Cassazione adisce quindi la Corte costituzionale²³. Nonostante una precedente pronuncia della Consulta sulle medesime norme e con analoghe doglianze (violazione del principio di tassatività) avesse escluso l'incostituzionalità delle stesse²⁴, la Corte ora si confronta con la sopravvenuta sentenza della Corte EDU, e senza operare ulteriori considerazioni di merito costituzionale, muta, in forza soprattutto delle sentenze Paternò e de Tommaso, il suo precedente orientamento e dichiara la norma incostituzionale per violazione dell'art. 117 Cost. in relazione agli artt. 7 CEDU e 2 del Protocollo 4 CEDU, ritenendo assorbito il parametro nazionale dell'art. 25 Cost. Infine, dichiara in via consequenziale e negli stessi termini, l'illegittimità dell'art. 75, co. 1 del d.lgs. 159/2011.

La sentenza della Corte prende quindi atto del diritto vivente e dell'interpretazione consolidata, derivata, come si è visto, dalla giurisprudenza CEDU e di Cassazione. Il delitto *ex art. 75, co. 2* del codice antimafia è dichiarato incostituzionale perché in contrasto con il principio di legalità e con il diritto alla libertà di movimento, nella loro versione convenzionale.

²⁰ Cass. pen., II, ord. 26 ottobre 2017.

²¹ Cfr.: C. IASEVOLI, *Il giudice delle leggi nelle strettoie processuali del ricorso per manifesta infondatezza*, in *Proc. pen. giust.*, f.5/2019, p. 1175 ss.

²² Corte cost., 12 ottobre 2012, n. 230, su cui A. RUGGERI, *Penelope alla Consulta: tesse e sfilata la tela dei suoi rapporti con la Corte EDU, con significativi richiami ai tratti identificativi della struttura dell'ordine interno e distintivi rispetto alla struttura dell'ordine convenzionale* ("a prima lettura" di Corte cost. n. 230 del 2012), in www.giurcost.org, 2012; G. PARODI, *"Le sentenze della Corte EDU come fonte di diritto". La giurisprudenza costituzionale successiva alle sentenze n. 348 e 349 del 2007*, in www.diritticomparati.it, 28 novembre 2012; F. COLOMBI, *Gli strumenti di garanzia dei diritti fondamentali fra costituzione e CEDU: riserva di legge e base legale. Riflessioni a margine di un obiter dictum di corte cost. sent. 8 ottobre 2012, n. 230*, in www.rivistaaic.it, f. 3/2013.

Cass. pen., S.U., 29 ottobre 2015-23 giugno 2016, n. 26259; Cass. pen., S.U., 22 novembre-21 dicembre 2000, n. 32, sulla quale ultima cfr. A. CIAVOLA, *Le Sezioni Unite superano la tradizionale distinzione tra cause di inammissibilità originarie e sopravvenute e pongono un importante freno alla prassi dei ricorsi manifestamente infondati o pretestuosi*, in *Cass. pen.* f. 11/2001, p. 2988 ss.

²³ Come riconosciuto dalla Corte costituzionale nella stessa sentenza 27 febbraio 2019, n.25, cons. dir., ptt. 4, 5 e 6.

²⁴ Corte cost., 282/2010.

La Corte EDU conferma perlomeno il sospetto che la fattispecie non rispettasse il principio di tassatività. Nella sentenza de Tommaso, la Corte evidenziava come «*questa parte della Legge non sia stata formulata in modo sufficientemente dettagliato e non definisca con sufficiente chiarezza il contenuto delle misure di prevenzione che potrebbero essere applicate a una persona, anche alla luce della giurisprudenza della Corte costituzionale*»²⁵. Al tempo stesso però, la sentenza, in armonia col proprio *thema decidendum*, dichiarava non la violazione del principio di tassatività, ma quella dell'art. 6, co. 1 CEDU e dell'art. 2 del Protocollo 4 alla CEDU²⁶.

Il rimprovero che la Corte EDU muove alla Corte costituzionale circa il suo precedente intervento sul punto riguarda uno dei dubbi principali del delitto in parola, ossia cosa si intenda per “legge” da rispettare. Con la sentenza 23 luglio 2010, n. 282, la Corte costituzionale aveva interpretato il precetto di “rispettare le leggi” come inerente a tutto il complesso della normativa italiana²⁷, che ora il giudice di Strasburgo sanziona come indeterminato²⁸.

Non solo però, perché la Corte costituzionale, nella stessa sentenza, aveva anche chiarito come il rispetto del principio di tassatività da parte delle prescrizioni in parola dovesse essere valutato non unicamente in base al dettato descrittivo della fattispecie penale, ma bensì all'interno della prescrizione penale e della complessiva disciplina in cui sono inserite²⁹. In un senso più ampio, la Corte non considera leso il principio di tassatività della fattispecie dall'uso «*di espressioni sommarie, vocaboli polisensivi, ovvero di clausole generali o concetti elastici*» finché consentano al giudice di stabilirne il significato³⁰. Il giudice si potrà aiutare con «*le finalità perseguite dall'incriminazione e con il più ampio contesto ordinamentale in cui essa si colloca*». Solo in chiusura del ragionamento la Corte menziona che, «*correlativamente*», al destinatario della norma si «*permetta di avere una percezione sufficientemente chiara ed immediata del relativo valore precettivo*»³¹. Pare quasi che il principio di tassatività sia rivolto solo in ultima battuta al consociato, mentre la preoccupazione primaria è che si possa ricavare il senso della prescrizione *nel* giudizio, più che *prima* del giudizio. Mentre la norma dovrebbe essere chiara, precisa e determinata, sembra che qui si abbia una

²⁵ C. EDU, «de Tommaso c. Italia», par. 122.

²⁶ Rispettivamente, *Diritto alla libertà e alla sicurezza e Libertà di circolazione*.

²⁷ Corte cost., 282/2010, cons. dir., pt. 2.1.

²⁸ C. EDU, «de Tommaso c. Italia», par. 122.

²⁹ Corte cost., 282/2010, cons. dir., pt. 2.1.

³⁰ *Idem*.

³¹ *Idem*.

norma precisabile e determinabile in giudizio, mentre la chiarezza, fondamentale per realizzare la funzione general-preventiva della norma penale, non appare. Per realizzare la prevenzione generale non si può prescindere dalla ricevibilità e dalla comprensione del precetto da parte dei destinatari³². Essi, tra l'altro, non possono essere considerati solo coloro che sono sottoposti alla misura di prevenzione, ma sono bensì destinatari della norma tutti i sottoposti alla giurisdizione penale. La norma si rivolge a tutti i consociati, ma sarà applicabile solo a coloro che si trovino nella condizioni a cui la norma si applica.

E se la Corte in un *obiter dictum* del 2003 aveva sostenuto che «alcune prescrizioni di genere [...] riconducibili al paradigma dell'«oneste vivere, sono anch'esse funzionali alla ratio essendi della sorveglianza speciale, ma non sono certo qualificabili alla stregua di specifici «obblighi» penalmente sanzionati: paradigma, quello accennato, al quale è certamente possibile ricondurre anche la prescrizione di «non dare ragione di sospetti», rappresentando essa null'altro che la proiezione esteriore del comportamento di chi osservi, appunto, il più generale precetto, costituzionalmente imposto a chiunque, di «vivere onestamente»³³», nel 2010 precisa che considerando le altre prescrizioni e che la condotta di vivere onestamente va ad integrare un reato proprio, il significato da attribuirle è quello di «adeguare la propria condotta ad un sistema di vita conforme al complesso delle suddette prescrizioni, tramite le quali il dettato di «vivere onestamente» si concreta e si individualizza»³⁴.

Ora con la sentenza 27 febbraio 2019, n. 25, la Corte costituzionale rivede la propria posizione, alla luce delle sentenze de Tommaso e Paternò, arrivando a concludere per la violazione del principio di tassatività della fattispecie penale nella formulazione CEDU³⁵. Rimane assorbito il parametro nazionale dell'art. 25, secondo

³² Cass., S.U. penali, 40076/2017, cons. dir., pt. 9: «Le norme penali sono norme precettive, in quanto funzionali ad influire sul comportamento dei destinatari, ma tale carattere difetta alle prescrizioni di «vivere onestamente e di rispettare le leggi», perché il loro contenuto, amplissimo e indefinito, non è in grado di orientare il comportamento sociale richiesto. L'indeterminatezza delle due prescrizioni in esame è tale che impedisce la stessa conoscibilità del precetto in primo luogo da parte del destinatario e poi da parte del giudice».

Interessante anche il diverso ordine espositivo del rilievo dell'importanza del principio di tassatività, che qui la Corte di cassazione pone *in primis* nei confronti del cittadino e *poi* nei confronti del giudice.

³³ Corte cost., ord. 12 dicembre 2003, n. 354.

³⁴ Corte cost., 282/2010, cons. dir., pt. 2.1.

³⁵ Art. 7 CEDU, rubricato «Nulla poena sine lege».

comma della Costituzione³⁶. Nonostante la Corte precisi che i parametri nazionali e convenzionali possano differire per alcune sfumature, non pare qui rilevante.

Indicativo è il passaggio della sentenza n. 25 del 2019 in cui la Corte si avvicina al tema del *ne bis in idem*, glissando però all'ultimo momento. La Consulta infatti afferma: «*vi è poi da considerare, all'opposto, che la previsione come reato della violazione, da parte del sorvegliato speciale, dell'obbligo "di vivere onestamente" e "di rispettare le leggi" ha, da una parte, l'effetto abnorme di sanzionare come reato qualsivoglia violazione amministrativa e, dall'altra parte, comporta, ove la violazione dell'obbligo costituisca di per sé reato, di aggravare indistintamente la pena, laddove l'art. 71 cod. antimafia già prevede come aggravante, per una serie di delitti, la circostanza che il fatto sia stato commesso da persona sottoposta, con provvedimento definitivo, a una misura di prevenzione personale durante il periodo previsto di applicazione della misura*»³⁷.

Tuttavia, si può cogliere una frase del Giudice delle leggi che avrebbe potuto stimolare un'ulteriore riflessione: «*[...]il sottoposto alla misura, nel commettere la rapina, ha parimenti (e inevitabilmente, con la stessa condotta) violato anche l'obbligo di vivere onestamente e di rispettare le leggi[...]*»³⁸. Proprio quel «*e inevitabilmente*» avrebbe potuto far sorgere il sospetto che ci si trovasse davanti a un caso di violazione del principio *ne bis in idem* sostanziale. Mentre ogni altra prescrizione irrogabile con la misura di prevenzione personale della sorveglianza speciale è violabile autonomamente, la violazione delle prescrizioni di "vivere onestamente" e di "rispettare le leggi" è violabile solo violando un'altra norma, che può ben essere una norma penale. Sebbene in merito si ritenga, come è stato nel caso di specie approdato alla Consulta, che si applichi il regime del concorso formale di reati, parrebbe però che si tratti di conflitto tra norme risolvibile con il criterio della consunzione. E in effetti sembra ravvisabile in ogni caso di violazione della legge penale da parte del prevenuto, l'unitarietà di azione, l'inevitabile commissione del secondo reato (non vivere onestamente e non rispettare le leggi) con la commissione del primo, secondo *l'id quod plerumque accidit*. Non può non essere così, dal momento che è impossibile violare una qualsiasi legge e, in conseguenza, non aver violato una legge. Nel caso concreto, la *ratio* delle misure di prevenzione è di impedire la

³⁶ Circa la soluzione dell'assorbimento del parametro nazionale, e anche per l'opzione opposta, cfr. A BONOMI, *cit.*, p. 169 ss.

³⁷ Corte cost., 25/2019, cons. dir., pt. 14.2.

³⁸ *Ibidem*, pt. 1.

commissione di un reato. In tal senso, non pare possibile ravvisare un disvalore diverso dalla semplice disobbedienza a un precetto, soprattutto riguardo alle prescrizioni in parola, poiché il disvalore dell'aver violato la legge è già compreso nel disvalore base condannato da qualunque norma incriminatrice.

5. Conclusioni.

In seguito alla sentenza n. 25 del 2019, le proposizioni “vivere onestamente” e “rispettare le leggi” permangono nell'ordinamento senza più integrare il fatto tipico dell'art. 75, commi 1 e 2 del d. lgs. 159/2011. Pertanto, mantengono il loro posto all'interno delle prescrizioni della misura della sorveglianza speciale. La funzione a loro riservata viene suggerita dalla Corte di cassazione con la sentenza Paternò, con la quale si ritiene che l'inosservanza delle prescrizioni «*può, tuttavia, rilevare ai fini dell'eventuale aggravamento della misura di prevenzione personale*»³⁹. Resta però il fatto che continuano a essere due formule senza un significato preciso, più vicine a una clausola di stile che a una disposizione giuridica, ancora di più ora che non integrano più una fattispecie di reato.

È stata forse persa l'occasione da parte della Corte costituzionale di valutare, in *obiter dictum*, la ragionevolezza delle prescrizioni. Si perpetra così una nuova, di tante, *fictio iuris* consistente nell'idea che il monito del giudice a vivere onestamente e rispettare le leggi, possa smuovere il consociato riluttante a “rimettersi in riga”. Si tratta insomma di una concezione della “sanzione” (o meglio, del richiamo, visto che non è più di rilevanza penale) paternalista e senza dubbio datata.

In quanto *fictio*, il legislatore presuppone che sia facilmente compresa, anche a fronte di una formulazione che giuridicamente non fa altro che ribadire un obbligo atavico e implicito, come il paradigma dell'*honeste vivere*.

³⁹ Cass. pen., S.U., 40076/2017, cons. dir., pt. 11.

IL D.D.L. ZAN, SE MESSO ALLA PROVA DELLA COSTITUZIONE, NON LA PASSA ... E PER COLPA SUA

*La linea rossa tra «pensare», «dire» e «fare» non è -già oggi- affatto sottile.
Ovvero, del chi troppo vuole, spesso rischia di nulla stringere.*

Ludovico A. Mazzaroli

Professore ordinario di Diritto costituzionale nell'Università di Udine

ABSTRACT [ITA]: Il lavoro tratta del c.d. «d.d.l. Zan» (n. 2005, attualmente all'esame del Senato) che contiene «*Misure di prevenzione e contrasto della discriminazione e della violenza per motivi fondati sul sesso, sul genere, sull'orientamento sessuale, sull'identità di genere e sulla disabilità*». Il tentativo è quello di esplicitare le ragioni giuridiche per le quali l'A., pur a fronte di un nobile intento di facciata, ritiene sarebbe sbagliata la sua approvazione da parte del Parlamento.

ABSTRACT [ENG]: *The essay deals with the draft law n. 2005 (called «d.d.l. Zan» after its lead promoter) concerning measures to prevent and combat discrimination and violence based on sex, gender, sexual orientation, gender identity and disability. The aim is to explain the legal reasons that, against of a noble intent, lead the Author to wish the draft law rejection.*

SOMMARIO: **1.** Premessa. - **2.** Genesi e ... provenienza del testo del d.d.l. - **3.** Di fini e definizioni. - **4.** Nel d.d.l. non solo garanzie di (per ora ipotetici) diritti, ma anche fortissime limitazioni di diritti effettivi: l'art. 7, la scuola e la p.A. - **5.** La «*legge Mancino*» del 1993. - **6.** L'art. 4 del d.d.l., ovvero del «*fumus mali iuris*». - **7.** Gli artt. 2 e 3 del d.d.l. e le modifiche al c.p. - **8.** Conclusioni e ... sfida.

1. Premessa.

Leggo, ne *Il Corriere della Sera* del 7 v 2021, l'articolo: «Cosa c'è di sbagliato nella legge Zan ? Nulla. Chi la critica ha altri obiettivi», a firma di ROBERTO SAVIANO, autore del best seller «*Gomorra*», edito da Mondadori nell'aprile del 2006.

Ebbene, siccome sono tra i critici del disegno di legge che porta il nome del quarantasettenne deputato padovano del Partito democratico, on. Alessandro Zan, ma non ho alcun «secondo fine», vorrei cercare di spiegare che cosa, secondo me, non va in quel d.d.l. e, quindi, le ragioni di carattere esclusivamente giuridico che mi portano ad auspicarne, in modo fermo e convinto, la non approvazione da parte del Parlamento della Repubblica¹, nella convinzione, tra le altre, che, se un «secondo fine» c'è, sta semmai nel disegno di legge e non in chi lo critica.

2. Genesi e ... provenienza del testo del d.d.l.

Il testo cui faccio riferimento reca il n. 2005 e si trova pubblicato nella pagina *web* del **Senato della Repubblica, XVIII Legislatura** (quella in corso, iniziata il 23 III 2018)².

Ne emerge, sin dalla prima di copertina, che quello di cui si va oggi discutendo è il disegno di legge che, approvato dalla Camera dei deputati il 4 XI 2020, risulta

¹ Nello scrivere queste righe so bene che - sebbene io metta il ragionamento sul solo piano del diritto - verrò ascritto d'ufficio, a seconda che mi vada più o meno bene, a una delle categorie che seguono: «... i soliti noti - associazioni e partiti [ma, immagino, pure singole persone fisiche] ostili al progresso civile - ma anche ... non inaspettato drappello di militanti del mondo del femminismo e della stessa galassia omosessuale [... oppure ...] destre più o meno fasciste, cattolici integralisti e fanatici di ogni ordine e grado [... ma anche ...] filosofe, attiviste/i e personaggi del mondo della cultura [che si prestano] a tutto questo ... come il canto del cigno di una generazione che non ha più nulla da dire. E che adotta quegli archetipi forse per ricordare a se stessa di esistere ancora ...» (così, verso i critici, verso tutti i critici, a prescindere da cosa pensino, tra i tanti e solo a mo' di esempio, D. ACCOLLA, *Ddl Zan, sento certe critiche apocalittiche e ho un déjà vu dei tempi delle unioni civili*, in <https://www.ilfattoquotidiano.it/2021/05/05/dll-zan-sento...>).

Se, al riguardo, posso osare un'autocandidatura, scelgo la categoria più ... «crepuscolare», cioè quella dell'appartenente a una «generazione», la quale più che non avere «nulla da dire», «dice», ma del tutto inascoltata, «adotta[ndo certi] archetipi forse per ricordare a se stessa di esistere ancora».

² V. [subhttps://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/01179390.pdf](https://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/01179390.pdf)

dall'unificazione di 5 disegni di legge³: il n. 107 (d'iniziativa dei deputati BOLDRINI e SPERANZA); il n. 569 (d'iniziativa dei deputati ZAN, ANNIBALI, BERSANI *et aa.*); il n. 868 (d'iniziativa dei deputati SCALFAROTTO, ANNIBALI, ASCANI *et aa.*); il n. 2171 (d'iniziativa dei deputati PERANTONI, SARLI, ADELIZZI *et aa.*); il n. 2255 (d'iniziativa del deputato BARTOLOZZI)⁴.

Di cinque s'è fatto uno.

Quella che non è cambiata è, per 4/5, la *matrice politica generale delle iniziative*.

Il d.d.l. n. 107 era stato presentato da due deputati, uno «indipendente nel Gruppo parlamentare» del «PD» e uno di «Articolo Uno».

I primi tre presentatori del d.d.l. n. 569 erano uno del «PD», uno di «Italia Viva» (già del PD), e uno di «Articolo Uno».

I primi tre presentatori del d.d.l. n. 868 erano due di «Italia Viva» (già del PD), e uno del «PD».

I primi tre presentatori del d.d.l. n. 2171 erano tutti del «Movimento 5 Stelle».

E solo l'unico, quanto solingo, presentatore del d.d.l. n. 2255 era di «Forza Italia»⁵.

3. Di fini e definizioni.

Il titolo del d.d.l. n. 2005 risulta oggi essere il seguente: «*Misure di prevenzione e contrasto della discriminazione e della violenza per motivi fondati sul sesso, sul genere, sull'orientamento sessuale, sull'identità di genere e sulla disabilità*».

E chi mai, a leggere un titolo siffatto, potrebbe dirsi contrario ?

Chi non vorrebbe l'adozione di «*misure*» volte a «*prevenire*» e «*contrastare*» «*discriminazioni*», per non dire «*violenze*» ?

E, oserei dire, che (con una precisazione su ciò che si intende con il termine «*discriminazione*») ciò dovrebbe valere in generale, cioè senza necessità di spiegare, e tantomeno elencare le ragioni del discrimine e/o della violenza.

³ Ne ha scritto, in modo assai convincente, F. VARI, *Il fine non giustifica i mezzi. In tema di «violenza o discriminazione per motivi di orientamento sessuale o identità di genere»*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* n. 20/2020, pp. 119 - 129.

⁴ Al riguardo, la cit. pagina *web* del Senato rimanda agli «*Stampati Camera nn. 107, 569, 868, 2171 e 2255*».

⁵ Con un d.d.l. brevissimo e limitato all'introduzione, nel solo art. articolo 604-*bis* del codice penale, del concetto di «*genere*».

Ma allora perché menzionare - come «*motivi*» specifici - il «*sex*», il «*genere*», l'«*orientamento sessuale*», l'«*identità di genere*» e la «*disabilità*» ?

Perché, tolto il «*sex*» e la «*disabilità*», il «*secondo*» (... ma in realtà «*primario*») «*fine*» del d.d.l. è quello di codificare surrettiziamente nell'ordinamento giuridico (blindandolo con reati e carcere) un riconoscimento legislativo dei concetti di «*genere*» (che in realtà già esiste, nell'ordinamento italiano)⁶, di «*orientamento sessuale*», di «*identità di genere*».

E ciò emerge chiaramente dall'art. 1 («*Definizioni*») che, guarda caso, pesantemente discriminando, si dimentica di definire la «*disabilità*».

Né si dica che lo fa perché si tratta di un concetto noto.

Definisce il concetto di «*sex*» che ... sta già in Costituzione sin dalla sua entrata in vigore, il 1° I 1948.

Come ?

Ah, definisce il concetto di «*sex*», perché farlo serve a poter definire e delimitare i concetti di «*genere*», di «*orientamento sessuale*», di «*identità di genere*» ?

Ma, allora ... sul *vero* fine primario, ho ragione io.

Con una aggravante.

Che l'*incipit* dell'art. 1, recando, in tema di «*definizioni*», precisa (come per auto-sminuire la propria importanza) che queste vengono dettate: «*Ai fini della presente legge*».

Peccato, però, che la «*presente legge*» prevede reati nuovi, di cui, a parer mio, non solo non v'è alcun bisogno (... anzi !), ma l'uomo (e la donna) della strada non hanno capito la portata e le pesantissime limitazioni alla libertà di manifestazione del pensiero che essa implica⁷.

⁶ V., a mo' di esempio, *infra*, sub 4. e 5., il riferimento alla l. 13 VII 2015, n. 107.

E, sempre a mo' di esempio, ma più recente, il d.l. 19 V 2020, n. 34, conv. nella l. 17 VII 2020, n. 77, recante: «*Misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all'economia, nonché di politiche sociali connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19*». L'art. 105-*quater* è rubricato: «*Misure per il sostegno delle vittime di discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale e sull'identità di genere*».

⁷ Sul tema del rapporto tra la previsioni di reati e la tutela della libera manifestazione del pensiero, si veda, per tutti, il bel lavoro di A. PUGIOTTO, *Le parole sono pietre ? I discorsi di odio e la libertà di espressione nel diritto costituzionale*, in *Dir. pen. contemporaneo* n. 3/2013, pp. 71 - 83. «*Sia chiaro a tutti*», per l'A. «*i discorsi di odio non hanno senso. Di più: ... i discorsi di odio [gli]fanno senso. Tuttavia, da studioso della Costituzione quale garanzia dei diritti attraverso gli strumenti del diritto, [egli] manifesta la sua preoccupazione: come accade secondo la teoria dei vasi comunicanti, l'eccedenza di risposta penale su temi quali l'omofobia (ma anche il razzismo, la xenofobia, l'antisemitismo, il sessismo) rischia di tradursi in ulteriori limiti all'esercizio della libertà di manifestazione del proprio pensiero*» (ivi, p. 75). Richiamando A. DE TOCQUEVILLE [*La democrazia in America*, Milano, 1999 (ma 1835-1840)], ove afferma che «*la sovranità del*

E peccato pure che proprio perché la materia penale è giocoforza quella maggiormente presidiata dal principio di legalità *ex art. 25 Cost.*, è difficile, se non impossibile, contenere «*nei limiti di una data legge ... penale*» una o più definizioni. Come si può ipotizzare che, ai fini di una legge ... non penale, le definizioni date possano essere ridimensionate ?

A parte ciò, di che si tratta ?

«1. ...: a) per **sesso** si intende il sesso biologico o anagrafico [si nasce di sesso maschile o femminile; nei documenti, chi nasce maschio può risultare maschio o femmina e chi nasce femmina può risultare femmina o maschio];

«b) per **genere** si intende qualunque manifestazione esteriore di una persona che sia conforme o contrastante con le aspettative sociali connesse al sesso [a prescindere da come si nasce o da ciò che risulta dai documenti d'identità, un soggetto di sesso maschile o femminile manifesta esteriormente, in qualunque modo creda⁸, l'appartenenza ... di «genere» che preferisce, sia che collimi, sia che no, con ciò che ci si aspetterebbe da lui o da lei. Per volare basso, ma farmi capire con chiarezza, il concetto riguarda l'uomo con orecchini, fondotinta e gonna, o la donna in cravatta, doppiopetto e capelli tagliati «*all'umberta*»];

«c) per orientamento sessuale si intende l'attrazione sessuale o affettiva nei confronti di persone di sesso opposto, dello stesso sesso, o di entrambi i sessi [a prescindere da come si nasce o da ciò che risulta dai documenti d'identità, un soggetto di sesso maschile o femminile manifesta un quale che sia «orientamento sessuale», quando è attratto sessualmente⁹ o affettivamente, da un maschio, da una femmina o sia da maschi che da femmine];

«d) per identità di genere si intende l'identificazione percepita e manifestata di sé in relazione al genere, anche se non corrispondente al sesso, indipendentemente dall'aver concluso un percorso di transizione»¹⁰ [un soggetto

popolo e la libertà di espressione sono due cose del tutto correlate: la censura e il suffragio universale sono, al contrario, due cose che si contraddicono reciprocamente», continua sostenendo che chi «*afferma l'una (la sovranità popolare) deve allora accettare necessariamente l'altra (la libertà d'espressione, in tutte le sue manifestazioni)*».

⁸ L'inciso mi sembra ... importante.

⁹ *Idem.*

¹⁰ Il grassetto e le parentetiche, all'interno dei testi citati, sono miei. E così sempre da ora in avanti.

di sesso maschile o femminile non solo percepisce, in relazione a sé stesso, ma anche manifesta¹¹ ... quel che crede, sia che ciò corrisponda, sia che ciò non corrisponda al sesso «*biologico o anagrafico*» (v. *supra*, *sub a*). E - si badi - ciò vale «*indipendentemente dall'aver concluso un percorso di transizione*», il che significa che, siccome questo può non concludersi ... mai, il «*percorso di transizione*» non conta affatto, tanto che non si capisce (... o forse sì) perché viene menzionato. Siccome si tratta di «*identità di genere*», va ovviamente ricordato quanto riferito *supra*, *sub b*). Qui si definisce l'«*identità*» come «*identificazione*» con ciò che si manifesta esteriormente, in qualunque modo si creda, sia che collimi, sia che no, con ciò che ci si aspetta dal sessualmente maschio, o dalla sessualmente femmina. Inutile dire che il concetto in oggetto consente di cambiare «*identità di genere*» quanto e quando si vuole, così come si può mutare «*genere*» quanto e quando si vuole. Infine, ma non ultima per importanza, un'osservazione su quell'«*identificazione percepita e manifestata di sé in relazione al genere*»: si tratta dell'identificazione di sé percepita *dagli* altri, o *anche dagli* altri, o *dal ... solo sè ?*].

Per riassumere, e semplificare, esemplificando, se io nasco di sesso maschile, posso ben essere di genere femminile (e vestirmi e atteggiarmi come normalmente fanno le femmine, anche se ciò contrasta «*con le aspettative sociali*» connesse al mio essere di sesso maschile).

In quanto tale posso amare («*attrazione affettiva*») maschi e/o femmine, così come essere sessualmente attratto («*attrazione sessuale*»), senza coinvolgimento affettivo, da femmine e/o maschi.

Superfluo aggiungere che posso ben essere affettivamente attratto da un maschio e contemporaneamente essere sessualmente attratto da una femmina, o viceversa.

Tutto quanto detto sino ad ora può, ma anche no, corrispondere a ciò che un maschio o una femmina *ritengono* di essere, *pensano* di essere, *sentono* di essere, nel senso che un soggetto può essere di sesso femminile o maschile, vestirsi da femmina e/o da maschio (... mi si passi questo bieco e antiquato stereotipo), atteggiarsi da femmina e/o da maschio, amare maschi e/o femmine, essere sessualmente attratto da

¹¹ Anche questo mi sembra ... importante.

femmine e/o da maschi, sentirsi femmina e/o maschio, con tutte le combinazioni possibili e per tutte le volte che crede, derivanti dal cambiamento dei diversi fattori.

4. Nel d.d.l. non solo garanzie di (per ora ipotetici) diritti, ma anche fortissime limitazioni di diritti effettivi: l'art. 7, la scuola e la P.A.

Benissimo, si dirà.

Che male c'è ?

Sono cose che pertengono alle «*scelte personali*» di ciascun individuo.

E, nel 2021, finalmente non più schiavi di convenzioni che appartengono al passato, né della vetusta dottrina della Chiesa cattolica che, negli anni, tanto ha condizionato anche la legislazione di uno Stato laico com'è il nostro, sarebbe anche l'ora di permettere a ciascuno di fare di sé quel che meglio crede.

Ma, fosse tutto qui, potrei, se non convenire (in quanto riconosciuto passatista), quantomeno non intervenire.

Il punto è che non è tutto qui, perché il d.d.l. non ha affatto il solo intento di garantire ipotetici diritti, ma (di nuovo il fine, a parer mio, primario, posto quanto scriverò nel concludere il lavoro) quello di limitare, se non di azzerare, i diritti (quand'anche costituzionalmente garantiti) di chi non ha intenzione di seguire il «*pensiero unico*» che esso mira ad imporre.

Una prima prova ?

Nell'art. 7 del d.d.l. che, rubricato: «*Istituzione della Giornata nazionale contro l'omofobia, la lesbofobia, la bifobia^[12] e la transfobia*», impone alla «1. ... Repubblica [di] riconosce[re] il giorno 17 maggio quale Giornata nazionale contro l'omofobia, la lesbofobia, la bifobia e la transfobia, al fine di promuovere la cultura del rispetto e dell'inclusione nonché di contrastare i pregiudizi, le discriminazioni e le violenze motivati dall'orientamento sessuale e dall'identità di genere, in attuazione dei principi di eguaglianza e di pari dignità sociale sanciti dalla Costituzione».

¹² Il termine, alquanto discutibile per la sua indubbia bruttezza (lo so ! Sto discriminando tra parole «*belle*» e «*brutte*» e ... non si fa !), deriva da «*bi*» e «*fobia*», dove «*bi*» sta per «*bisessuale*». Indica quindi non tanto la paura («*fobia*»), quanto l'avversione maniacale e/o ossessiva nei confronti dei soggetti bisessuali, o della bisessualità in sé stessa.

«Beh !» - si dirà - «Se la legge 4 v 2007, n. 56, ha istituito il “Giorno della memoria” “dedicato alle vittime del terrorismo e delle stragi di tale matrice” per “conservare, rinnovare e costruire una memoria storica condivisa in difesa delle istituzioni democratiche”, affermando che “possono[... non devono] essere organizzate[...] manifestazioni pubbliche, cerimonie, incontri, momenti comuni di ricordo dei fatti e di riflessione, anche nelle scuole di ogni ordine e grado[... ma non negli uffici pubblici]” - “il 9 maggio [di ogni anno], anniversario dell’uccisione di Aldo Moro - , non si vede proprio perché non istituire anche la “Giornata nazionale contro l’omofobia, la lesbofobia, la bifobia e la transfobia”».

Perché, di nuovo, dietro una facciata di mera apparenza, c’è la vera sostanza.

La legge non attribuisce ad enti pubblici la mera «possibilità» di promuovere iniziative, ma «afferma» che «3. In occasione della Giornata nazionale contro l’omofobia, la lesbofobia, la bifobia e la transfobia sono organizzate cerimonie, incontri e ogni altra iniziativa utile per la realizzazione delle finalità di cui al comma 1.», con l’ipotetica conseguenza che chi (ente pubblico o privato, soggetto pubblico o privato) non lo facesse immagino sarebbe immediatamente tacciabile di ... «omofobia, lesbofobia, bifobia e transfobia»: se non festeggi la Giornata «contro» ... ovviamente sei «pro».

Non solo, ma l’ultimo periodo dello stesso art. 7, co. 3, statuisce che:

«Le scuole, nel rispetto del piano triennale dell’offerta formativa di cui al comma 16 dell’articolo 1 della legge 13 luglio 2015, n. 107^[13], e del patto educativo di corresponsabilità, nonché le altre amministrazioni pubbliche provvedono [non “possono provvedere”] alle attività di cui al precedente periodo compatibilmente con le risorse disponibili a legislazione vigente e, comunque, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica».

Le «scuole» ?

Quelle di cui l’art. 33 Cost. tratta dopo avere sancito che l’ «arte e la scienza sono libere e libero ne è l’insegnamento» ?

Quelle che la «Repubblica ... istituisce» - se statali - «per tutti gli ordini e gradi», limitandosi a dettare «le norme generali sull’istruzione» ?

Ma che «libertà» è ?

¹³ «16. Il piano triennale dell’offerta formativa assicura l’attuazione dei principi di pari opportunità promuovendo nelle scuole di ogni ordine e grado l’educazione alla parità tra i sessi, la prevenzione della violenza di genere e di tutte le discriminazioni, al fine di informare e di sensibilizzare gli studenti, i docenti e i genitori sulle tematiche indicate dall’articolo 5, comma 2, del decreto-legge 14 agosto 2013, n. 93, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 ottobre 2013, n. 119, nel rispetto dei limiti di spesa di cui all’articolo 5-bis, comma 1, primo periodo, del predetto decreto-legge n. 93 del 2013».

Che «*norma generale*» è, quella in parola, se applicata all'istruzione ?

E perché, almeno, non si scrive espressamente che si tratta delle sole scuole «*pubbliche*», quando, subito dopo, si menzionano le «*altre amministrazioni pubbliche*» ?

Semplice: perché se è vero che l'art. 33, co. 3 e 4, Cost. parla di «*diritto*», per «*enti e privati ... di istituire scuole ed istituti di educazione, senza oneri per lo Stato*», nel co. 4 la Costituzione demanda alla «*legge*» il compito di «*fissare i diritti e gli obblighi delle scuole non statali che chiedono la parità*», assicurando sì «*... piena libertà*», ma pure stabilendo, per i «*loro alunni un trattamento scolastico equipollente a quello degli alunni di scuole statali*».

E le «*altre amministrazioni pubbliche*» ?

Sono ancora quelle di cui trattano gli artt. 97 e 98 Cost., o bisogna pensare che questa ipotetica nuova legge ordinaria incida anche nella Sez. II del Titolo III della Parte II della Cost.?

Perché, se sono ancora quelle, la legge, secondo la riserva relativa di cui in Cost., ne cura l'organizzazione al fine di assicurare «*il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione*» e, se del caso, per «*determina[re] le sfere di competenza, le attribuzioni e le responsabilità proprie dei funzionari*», non già per far perdere tempo a questi ultimi con «*cerimonie, incontri e [altre] iniziative*» (di quale che sia oggetto) che nulla hanno a che vedere con l'attività dell'amministrare.

5. La «*legge Mancino*» del 1993.

Ma quanto precede non è che l'inizio.

Quello che segue è il testo dell'art. 1, co. 1 e 3, del d.l. 26 IV 1993, n. 122, coordinato con la l. di conv. 25 VI 1993, n. 205 (c.d. «*l. Mancino*»^[14]), recante:

«*Misure urgenti in materia di discriminazione razziale, etnica e religiosa*»^[15].

¹⁴ Ci si tornerà anche in chiusura di lavoro.

¹⁵ In tema, v. AA. VV., *Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso. Diritti fondamentali e tutela penale*, Atti del Seminario di studio di Padova, 24 III 2006, a cura di S. RIONDATO, Padova, 2007, con articoli di M.L. PICCHIO FORLATI, S. PINTON, A. AMBROSI, M. POLI, S. RIONDATO, E.M. AMBROSETTI, L. PICCOTTI, C. CITTERIO, M. STUCCILLI, F. SALOTTO, D. PROVOLO, S. ZANCANI, S. DINI, G. GAVAGNIN, E. PALERMO FABRIS, M. MENEGHELLO, M. FERRERO; G. DE FRANCESCO, *Commento agli artt. 1,3,4 d.l. 26.4.1993 n. 122 conv. in l. 25.6.1993 n. 205 (Misure urgenti in materia di discriminazione razziale, etnica e religiosa)*, in *La legislazione pen. 1994*, pp. 174 - 217; L. SCAFFARDI, *Oltre i confini della libertà di espressione: l'istigazione all'odio razziale*, Padova, 2009; L. STORTONI, *Le nuove norme contro l'intolleranza: legge o proclama ?*, in *Critica del*

«Art. 1. - *Discriminazione, odio o violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi.*

«1. L'articolo 3 della legge 13 ottobre 1975, n. 654^[16], è sostituito dal seguente:

«"Art. 3. - 1. Salvo che il fatto costituisca più grave reato, anche ai fini dell'attuazione della disposizione dell'articolo 4 della convenzione^[17], è punito:

«a) con la reclusione ~~sino a tre anni~~ [fino ad un anno e sei mesi o con la multa fino a 6.000 euro] ~~chi diffonde~~[propaganda] ~~in qualsiasi modo~~ idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico, ovvero ~~incita~~ [istiga] a commettere o commette atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi^[18];

dir. 1994, pp. 14 ss.; S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, II ed., Napoli, 1997, pp. 90 ss.; nonché l'assai esaustivo G. PAVICH - A. BONOMI, *Reati in tema di discriminazione: il punto sull'evoluzione normativa recente, sui principi e valori in gioco, sulle prospettive legislative e sulla possibilità di interpretare in senso conforme a Costituzione la normativa vigente*, in *Dir. pen. contemporaneo* 2014[13 x 2014].

¹⁶ La l. 13 x 1975, n. 654, che reca «*Ratifica ed esecuzione della convenzione internazionale sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale, aperta alla firma a New York il 7 marzo 1966*» ed è più nota come «*legge Reale*».

¹⁷ «*Gli Stati contraenti condannano ogni propaganda ed ogni organizzazione che s'ispiri a concetti ed a teorie basate sulla superiorità di una razza o di un gruppo di individui di un certo colore o di una certa origine etnica, o che pretendano di giustificare o di incoraggiare ogni forma di odio e di discriminazione razziale, e si impegnano ad adottare immediatamente misure efficaci per eliminare ogni incitamento ad una tale discriminazione od ogni atto discriminatorio, tenendo conto, a tale scopo, dei principi formulati nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e dei diritti chiaramente enunciati nell'articolo 5 della presente Convenzione, ed in particolare:*

«a) a dichiarare crimini punibili dalla legge, ogni diffusione di idee basate sulla superiorità o sull'odio razziale, ogni incitamento alla discriminazione razziale, nonché ogni atto di violenza, od incitamento a tali atti diretti contro ogni razza o gruppo di individui di colore diverso o di diversa origine etnica, come ogni aiuto apportato ad attività razzistiche, compreso il loro finanziamento;

«b) a dichiarare illegali ed a vietare le organizzazioni e le attività di propaganda organizzate ed ogni altro tipo di attività di propaganda che incitano alla discriminazione razziale e che l'incoraggino, nonché a dichiarare reato punibile dalla legge la partecipazione a tali organizzazioni od a tali attività;

«c) a non permettere né alle pubbliche autorità, né alle pubbliche istituzioni, nazionali o locali, l'incitamento o l'incoraggiamento alla discriminazione razziale».

¹⁸ Le modifiche al testo evidenziate tra le parentesi quadre sono state apportate dall'art. 13, co. 1, della l. 24 II 2006, n. 85 (con «*Modifiche al codice penale in materia di reati di opinione*»), all'art. 3, co. 1, della l. n. 654/1975 da poco cit. Sulle novità del 2006, per tutti: AA.VV., *Il valore del dissenso*, in *Questione giustizia* n. 4/2015; AA.VV., *La legislazione penale compulsiva*, a cura di G. INSOLERA, Padova, 2006; L. ALESIANI, *I reati di opinione. Una rilettura in chiave costituzionale*, Milano, 2006; T. PADOVANI, *Un intervento normativo sordinato che investe anche i delitti contro lo Stato*, in *Guida al dir. de Il Sole 24 ore* n. 14/2006, pp. 23 - 31; M. PELLISSERO, *Osservazioni critiche sulla legge in tema di reati di opinione: occasioni mancate e incoerenze sistematiche*, Parti I e II, in *Dir. pen. e proc.* 2006, pp. 960 ss. e pp. 1197 - 1208; M. PELLISSERO, *La parola pericolosa. Il confine incerto del controllo penale del dissenso*, in *Questione giustizia* n. 4/2015; A. SPENA, *Libertà di espressione e reati di opinione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* nn. 2-3/2007, pp. 689 - 737; C. VISCONTI, *Il*

«b) con la reclusione da sei mesi a quattro anni chi, in qualsiasi modo, ~~incita~~ [istiga] a commettere o commette violenza o atti di provocazione alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi ... »

«- 2. (Soppresso dalla legge di conversione)

«- 3. E' vietata ogni organizzazione, associazione, movimento o gruppo avente tra i propri scopi l'incitamento alla discriminazione o alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi. Chi partecipa a tali organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi, o presta assistenza alla loro attività, è punito, per il solo fatto della partecipazione o dell'assistenza, con la reclusione ...

«Coloro che promuovono o dirigono tali organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi sono puniti, per ciò solo, con la reclusione da ...».

Salvo quello che si dirà tra breve sull'indeterminatezza del concetto di «atto», cosa manca per dare soddisfacimento al titolo del d.d.l. in commento ?

Se, sin da giugno del 1993 la legge punisce discriminazioni di qualsivoglia tipo basate su «motivi razziali, etnici, nazionali, religiosi»;

se il d.d.l. n. 2005 contenesse veramente «*Misure di prevenzione e contrasto della discriminazione e della violenza per motivi fondati sul sesso, sul genere, sull'orientamento sessuale, sull'identità di genere e sulla disabilità*»,

come mai i proponenti dei cinque disegni di legge sopra elencati, ma soprattutto come mai il d.d.l. n. 2005, non si sono limitati ad aggiungere, nella legge che già c'è, la parola «*sesso/i*» o l'aggettivo «*sessuale/i*» ogni qualvolta lì si incontra l'elenco: «*razzale, etniale, nazionale/i, religione/i*» o quello degli aggettivi: «*razziali, etnici, nazionali, religiosi*» ?

Non basta il riferimento al «*sesso*» ?

E si metta pure il «*genere*».

Né si dica che il genere non è definito, altrimenti come mai sono sei anni che il già ricordato [perché riportato nell'art. 7 proprio del d.d.l. n. 2005) co. 16 dell'art. 1 della l. 13 VII 2015, n. 107, funziona tranquillamente facendo menzione di: «... *parità tra i sessi*» e «*prevenzione della violenza di genere e di tutte le discriminazioni*» ? O che operano il d.l. 19 V 2020, n. 34, e la sua l. di conv. (17 VII 2020, n. 77, con: «*Misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all'economia, nonché di politiche sociali connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19*»), entrambi già citt. perché anch'essi

legislatore azzeccarbugli: le «modifiche in materia di reati di opinione» introdotte dalla l. 24 febbraio 2006 n. 85, in Foro it. n. 6/2006, coll. 217 - 224.

menzionati - nell'art. 9 - proprio del d.d.l. n. 2005], il cui art. 105-*quater* (rubricato: «Misure per il sostegno delle vittime di discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale e sull'identità di genere») così comincia: «1. Il Fondo per le politiche relative ai diritti e alle pari opportunità, di cui all'articolo 19, comma 3, del decreto legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 agosto 2006, n. 248, è incrementato di 4 milioni di euro per l'anno 2020, allo scopo di finanziare politiche per la prevenzione e il contrasto della violenza per motivi collegati all'orientamento sessuale e all'identità di genere e per il sostegno delle vittime» ?

6. L'art. 4 del d.d.l., ovvero del «*fumus mali iuris*».

E che dire dell'art. 4 del d.d.l. n. 2005, oggi all'esame del Senato ?

«Art. 4. (Pluralismo delle idee e libertà delle scelte) - 1. Ai fini della presente legge, sono fatte salve la libera espressione di convincimenti od opinioni nonché le condotte legittime riconducibili al pluralismo delle idee o alla libertà delle scelte, purché non idonee a determinare il concreto pericolo del compimento di atti discriminatori o violenti».

Ma che razza di sistema di scrivere norme legislative è ?

Sono fatte salve la «libera espressione di convincimenti od opinioni nonché le condotte legittime riconducibili al pluralismo delle idee o alla libertà delle scelte» ?

Primo.

Questa disposizione non serve a niente, vista la vigenza della Costituzione italiana e, in particolare dell'art. 21, co. 1, Cost., nella parte in cui dispone che: «**Tutti hanno diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione**»¹⁹.

¹⁹ È una di quelle libertà che la Costituzione garantisce «*all'uomo come tale e a vantaggio dell'uomo, al singolo per ciò che essi rappresentano per esso singolo nelle sue qualità universali o per l'appagamento egoistico dei suoi bisogni e desideri individuali*»: C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano 1958, 5s.; ripreso da P. RIDOLA, *Diritti costituzionali*, Voce in AA.VV., *Il diritto. Enciclopedia giuridica de Il Sole 24 ore*, V, Milano 2007, pp. 133 ss.; da ID., *Garanzie, diritti e trasformazioni del costituzionalismo*, in *Parolechiave* n. 19, 1999 (pubbl. anche con il titolo *Garantias, derechos y transformaciones del constitucionalismo*, in *Revista de derecho del estrado* n. 15/2003, pp. 3 ss.); da F. VARI, *op. cit.*, p. 125. In tema, sempre di RIDOLA, v. anche *Diritti fondamentali. Un'introduzione*, Torino, 2006; nonché AA.VV., *Libertà di manifestazione del pensiero e diritti fondamentali. Profili applicativi nei social networks*, Milano, 2016; AA.VV., *Libertà di manifestazione del pensiero e giurisprudenza costituzionale*.

Io sono libero di pensare *per* Costituzione.

E sono libero di manifestare il mio **pensiero** *per* Costituzione.

E sono libero di farlo parlando, scrivendo o adoperando ogni altro mezzo atto a diffonderlo *per* Costituzione.

Queste tre «*faccenduole*» non riguardano il Legislatore ordinario, per sua natura transeunte, il che la Costituzione non è.

Secondo.

Tanto assurda è la disposizione che ... se lo dice da sola, nella parte in cui precisa che la «*libera espressione di convincimenti od opinioni nonché le condotte legittime riconducibili al pluralismo delle idee o alla libertà delle scelte*» sono fatte salve «*ai fini della presente legge*».

Perché? Al di fuori dei fini di quella (ipotetica) legge ordinaria dovrei pensare che non sono «*fatte salve*»? Con abrogazione (... fa specie solo scriverlo) dell'art. 21 Cost. da parte della legge ordinaria in questione?

Ma allora qual è la (*vera*) ragione di una disposizione del genere, apparentemente così assurda?

Semplice.

Perché l'art. 21 Cost. vieta «*le pubblicazioni a stampa, gli spettacoli e tutte le altre manifestazioni contrarie al buon costume*» e, quindi, qui si cerca di ricondurre - per legge - un *quid* a violazione del «*buon costume*»²⁰.

Dottorato di ricerca in «*Giustizia costituzionale e diritti fondamentali*», Torino, 2005; P. BARILE, *Libertà di manifestazione del pensiero*, Milano, 1975.

Sul fondamentale pensiero di ESPOSITO, in tema di *diritti di libertà*, v. l'articolo con lo stesso titolo di P. GROSSI, in AA.VV., *Il pensiero costituzionalistico di Carlo Esposito*, Atti del Convegno tenutosi presso l'Università di Macerata il 5 e 6 IV 1991, Milano, 1993, 159 ss. (pubbl. anche col titolo *I diritti di libertà nel pensiero di Carlo Esposito*, in *Giur. cost.* 1991, pp. 1656 ss.).

²⁰ Altro argomento circa il quale è difficile consigliare letture in una nota.

V., ma ovviamente senza alcuna pretesa di esaustività, P. BARILE, *Libertà di manifestazione del pensiero*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974, pp. 424 ss.; P. COSTANZO, *Informazione nel diritto costituzionale*, in *Dig. disc. pubbl.*, VIII, 1993, pp. 319 ss.; P. CUNIBERTI, *Il limite del buon costume*, in AA.VV., *Percorsi di diritto dell'informazione*, Torino, 2011; G. DE ROBERTO, *Buon costume, I) diritto costituzionale*, in *Enc. giur.*, V, Roma, 1988; A. DI GIOVINE, *I confini della libertà di manifestazione del pensiero*, Milano, 1988; FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano, 1967; S. FOIS, *Principi costituzionali e libertà di manifestazione del pensiero*, Milano, 1957; A. LOIODICE, *Contributo allo studio della libertà d'informazione*, Napoli, 1967; M. MANETTI, *I limiti oggettivi*. (Segue): *il limite del buon costume*, in A. PACE - M. MANETTI, *Rapporti civili. La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, Commentario della Costituzione fondato da G. BRANCA e continuato da A. PIZZORUSSO, Bologna - Roma, 2006; R. PERRONE, «*Buon costume*» e valori costituzionali condivisi. *Una prospettiva della dignità umana*, Napoli, 2015; RODOTÀ, *Ordine pubblico o buon costume?*, in *Giur. di merito* 1970, 1, pp. 104 ss.; G. TERLIZZI, *Dal buon costume alla dignità della persona*, E.S.I., Napoli, 2013, con ampia bibliografia a pp. 147 - 159; M. TRESCA, *Il perimetro del buon costume nelle manifestazioni del pensiero online*, in *Media Laws* 2020, pp. 133 - 145.

Principio, o clausola di carattere generale non codificato, mai codificato e con confini sino a oggi lasciati all'attività dell'interprete, proprio perché i suoi confini variano con il variare del tempo, dei costumi, della morale e dell'etica di un certo gruppo sociale.

E, invece, non dicendolo, ecco servito un contenuto fisso del buon costume stesso.

Terzo.

Con il solito sistema del fare confusione a che nessuno capisca cosa sta votando, o propagandando, nell'art. 4 compare, accanto a «*convincimenti*» e «*opinioni*», la «*locuzione magica*» delle «*condotte legittime*».

Ma (ammessa e fatta salva l'interpretazione di cui *infra* nella nota 22 che, però, è possibile solo riconoscendo che la disposizione è scritta malissimo) in un ordinamento liberaldemocratico, le condotte umane sono presupposte *sempre* come *lecite*, se non contrarie alla legge penale o se non configurano un «*fatto illecito*» (cioè quello «*doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga[ndo] colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno*») di cui all'art. 2043 del cod. civile, e *sempre* come *legittime*, se non contrarie alla normativa amministrativa.

La legislazione definisce ciò che è illecito o illegittimo, non ciò che è legittimo.

Nessun legislatore ordinario, in un ordinamento liberal-democratico, deve fare salve le «*condotte legittime*». Di più, è tipico degli ordinamenti totalitari effettuare i ritagli ... al contrario e stabilire tutto ciò che si può fare, anziché il contrario.

Quarto.

Rilegendosi l'art. 4, si rifletta bene, ma proprio molto bene, su ciò.

E se «... *la libera espressione di convincimenti od opinioni nonché le condotte legittime ...*» sono astrattamente «*idonee a determinare il concreto pericolo del compimento di atti discriminatori o violenti*» da parte di due, dieci, cento mentecatti, che fine fanno le libertà riconosciute non dalla legge, ma dalla Cost. ?

Già, perché l'ipotetica legge in discussione fa «*salve la libera espressione di convincimenti od opinioni nonché le condotte legittime riconducibili ... purché non idonee a determinare il concreto pericolo del compimento di atti discriminatori o violenti*».

E ... chi stabilisce questa idoneità, o non idoneità ?

E quando valutate dal giudice²¹ «a» (... «*ci sarà pure un Giudice a Berlino !*», ma, ancora una volta, da leggere in maniera contraria a come si fa da secoli: è un Giudice che non garantisce il privato dal potere; ma il potere del pensiero unico dal privato) e riconosciute idonee a determinare il pericolo (si noti ! Non a determinare il compimento di atti, ma a determinare il pericolo di compimento di atti), che si fa ?²².

Per chiudere.

Nell'articolo non si parla affatto di *sesso, razza, lingua, religione, opinioni politiche, condizioni personali, condizioni sociali* (ex art. 3 Cost.), né di *razza, etnia, nazionalità, religione* (ex l. Mancino), né di *sesso, genere, orientamento sessuale, identità di genere* (ex d.d.l. n. 2005).

Quel che l'articolo reca, come buttato là, in mezzo alle altre disposizioni tutte più o meno mirate, finirebbe per valere sempre e comunque.

Ma ... tutti i pensieri, le opere e le condotte di chicchessia sono idonei a determinare il concreto pericolo di atti discriminatori o violenti.

Anche un *goal* segnato, o un rigore sbagliato, possono scatenare i tifosi di una curva, in uno stadio e portarli a prendersela, a parole, con i tifosi di parte avversaria; a malmendarli; a devastare lo stadio o la città ospite in cui è ubicato lo stadio.

E pure una braciola troppo cotta, o troppo poco cotta da uno *chef* di fama, in un ristorante in cui si spende abbastanza, può causare il pericolo che il cliente fumantino o picchi lo *chef*, o picchi anche i suoi collaboratori (e se non li picchia ... li discrimina), o distrugga il locale.

L'ipotizzata disposizione - così, semplicemente, senza dirlo, piano piano, dolcemente - sposta l'asse delle responsabilità da chi pone in essere l'atto discriminatorio o violento, non già solo a chi incita a farlo, ma fino a ricomprendere anche chi pensa ed esprime «*convincimenti*», «*opinioni*», o «*si comporta legittimamente*», SE questi ultimi «*determinano*» - a prescindere dalla volontà del pensante - *il concreto pericolo del compimento (da parte di chicchessia, compresi i matti conclamati) di atti discriminatori o violenti*.

²¹ E non mi garba affatto che, di questi tempi, e prima di chiarificazioni legislative che mi sembrano - oggi - più necessarie che mai, venga ampliata la sfera interpretativa dei giudici.

²² Può avere le sue ragioni chi, come D. GIOTTO, osserva che, a leggere la disposizione in *bonam partem*, la locuzione «*purché non idonee*» potrebbe essere riferita alle sole condotte materiali che finiscano con l'aver contenuto istigatori, ma senza configurare altri, nel senso di diversi, illeciti penali. Ma ... un giudice che interpreta estensivamente, specialmente in materie come questa, è proprio così difficile da ipotizzare ?

7. Gli artt. 2 e 3 del d.d.l. e le modifiche al c.p..

E veniamo agli artt. 2 e 3 del d.d.l., quelli che modificano gli artt. 604-*bis* e 604-*ter* del codice penale.

Oggi, la prima disposizione, con «*Propaganda e istigazione a delinquere per motivi di discriminazione razziale etnica e religiosa*» - che è stato inserito dall'art. 2 del d. lgs n. 21 dell'1.3.2018, , non del 1861 - reca quanto segue.

«*Salvo che il fatto costituisca più grave reato, è punito:*

«a) *con la reclusione fino ad un anno e sei mesi o con la multa fino a 6.000 euro chi propaganda idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico, ovvero istiga a commettere o commette atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi;*

«b) *con la reclusione da sei mesi a quattro anni chi, in qualsiasi modo, istiga a commettere o commette violenza o atti di provocazione alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi.*

«È vietata ogni organizzazione, associazione, movimento o gruppo avente tra i propri scopi l'incitamento alla discriminazione o alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi. Chi partecipa a tali organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi, o presta assistenza alla loro attività, è punito, per il solo fatto della partecipazione o dell'assistenza, con la reclusione da sei mesi a quattro anni. Coloro che promuovono o dirigono tali organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi sono puniti, per ciò solo, con la reclusione da uno a sei anni.

«Si applica la pena della reclusione da due a sei anni se la propaganda ovvero l'istigazione e l'incitamento, commessi in modo che derivi concreto pericolo di diffusione, si fondano in tutto o in parte sulla negazione, sulla minimizzazione in modo grave o sull'apologia della Shoah o dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra, come definiti dagli articoli 6, 7 e 8 dello statuto della Corte penale internazionale».

Ad eventuale d.d.l. n. 2005 approvato, risulterà così.

«*Propaganda di idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico, istigazione a delinquere e atti discriminatori e violenti per motivi razziali, etnici, religiosi o fondati sul sesso, sul genere, sull'orientamento sessuale, sull'identità di genere o sulla disabilità* ».

«Salvo che il fatto costituisca più grave reato, è punito:

«a) con la reclusione fino ad un anno e sei mesi o con la multa fino a 6.000 euro chi propaganda idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico, ovvero istiga a commettere o commette atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi oppure fondati sul sesso, sul genere, sull'orientamento sessuale, sull'identità di genere o sulla disabilità;

«b) con la reclusione da sei mesi a quattro anni chi, in qualsiasi modo, istiga a commettere o commette violenza o atti di provocazione alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi oppure fondati sul sesso, sul genere, sull'orientamento sessuale, sull'identità di genere o sulla disabilità.

«È vietata ogni organizzazione, associazione, movimento o gruppo avente tra i propri scopi l'incitamento alla discriminazione o alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi oppure fondati sul sesso, sul genere, sull'orientamento sessuale, sull'identità di genere o sulla disabilità. Chi partecipa a tali organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi, o presta assistenza alla loro attività, è punito, per il solo fatto della partecipazione o dell'assistenza, con la reclusione da sei mesi a quattro anni. Coloro che promuovono o dirigono tali organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi sono puniti, per ciò solo, con la reclusione da uno a sei anni.

«Si applica la pena della reclusione da due a sei anni se la propaganda ovvero l'istigazione e l'incitamento, commessi in modo che derivi concreto pericolo di diffusione, si fondano in tutto o in parte sulla negazione, sulla minimizzazione in modo grave o sull'apologia della Shoah o dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra, come definiti dagli articoli 6, 7 e 8 dello statuto della Corte penale internazionale».

Oggi, la seconda disposizione (l'art. 604-ter del c.p.) «Circostanza aggravante» - del pari inserito dall'art. 2 del d. lgs n. 21 dell'1 III 2018 e anch'esso non del 1861 - reca quanto segue.

«Per i reati punibili con pena diversa da quella dell'ergastolo commessi per finalità di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso, ovvero al fine di agevolare l'attività di organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi che hanno tra i loro scopi le medesime finalità la pena è aumentata fino alla metà.

«Le circostanze attenuanti, diverse da quella prevista dall'articolo 98, concorrenti con l'aggravante di cui al primo comma, non possono essere ritenute

equivalenti o prevalenti rispetto a questa e le diminuzioni di pena si operano sulla quantità di pena risultante dall'aumento conseguente alla predetta aggravante».

Ad eventuale d.d.l. n. 2005 approvato, risulterà come segue.

«Circostanza aggravante»

«Per i reati punibili con pena diversa da quella dell'ergastolo commessi per finalità di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso, oppure per motivi fondati sul sesso, sul genere, sull'orientamento sessuale, sull'identità di genere o sulla disabilità, ovvero al fine di agevolare l'attività di organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi che hanno tra i loro scopi le medesime finalità la pena è aumentata fino alla metà.

«Le circostanze attenuanti, diverse da quella prevista dall'articolo 98, concorrenti con l'aggravante di cui al primo comma, non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti rispetto a questa e le diminuzioni di pena si operano sulla quantità di pena risultante dall'aumento conseguente alla predetta aggravante».

Oggi, dunque, ex art. 604-bis del c.p. si punisce con il carcere (*«fino ad un anno e sei mesi»*) o con una multa (*«fino a 6.000 euro»*):

- *«chi propaganda idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico, ovvero*
- *istiga a commettere atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi»*,
- *o chicommette atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi.*

Un **domani**, si potrà punire con la stessa misura di condanna al carcere, con una multa di pari ammontare, anche:

- *chi propaganda idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico, ovvero*
- *chi istiga a commettere atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi oppure fondati sul sesso, genere, orientamento sessuale, identità di genere o disabilità,*
- *o [chi]commette atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi oppure fondati sul sesso, genere, orientamento sessuale, identità di genere o disabilità.*

A prescindere dalla assoluta indeterminatezza di molte tra le fattispecie elencate²³, (il che, se in una legge è grave di per sé e se in una legge penale è gravissimo, finisce

²³ Cfr., F. VARI, *Il fine non giustifica i mezzi cit., sub 3.*, p. 123: *ciò costituisce un «grave problema che mina la legittimità costituzionale della disciplina. In altri termini, in tanto essa può essere compatibile con la Costituzione, in quanto il legislatore disegni anzitutto con esattezza i confini delle fattispecie che intende vietare. [/] Creerebbe un precedente pericoloso [per violazione dell'art. 25, co. 2, Cost.] l'inserimento nell'ordinamento, e addirittura a livello penale, di norme così nebulose e oscure nella loro esatta definizione».*

con l'essere pressoché irrimediabile in una legge penale che concerne reati di opinione) la si coglie la differenza, così schematizzata ?

Attenzione ai verbi.

La differenza introdotta dal d.d.l. n. 2005 non influisce sulla «*propaganda di idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico*»: in tema, tutto resta com'è.

Ma quanto all'istigazione a commettere atti di discriminazione e quanto alla commissione di atti di discriminazione, la legge punisce, per un verso, chi lo fa «*per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi*»; ma, per altro verso, chi lo fa «*per motivi fondati sul sesso, genere, orientamento sessuale, identità di genere o disabilità*».

Chi non ha una spiccata sensibilità giuridica (come, ahimè, i 4/5 dei parlamentari italiani), può non comprendere pienamente la differenza.

E, allora, forse, qualche esempio serve di più.

--- Se io cerco una badante per la mia anziana madre e, per mille ragioni di non particolarmente difficile comprensione, la preferisco di sesso femminile, di genere femminile, di orientamento sessuale volto al maschile e non disabile, compio un «*atto di discriminazione*» se, tra due candidate/i al posto, non scelgo il candidato maschio, o un/a candidato/a disabile, o una candidata di sesso femminile, ma di genere maschile ? Indiscutibilmente ... sì. Perché effettuo la mia scelta non *per* «*il sesso, genere, orientamento sessuale, identità di genere o disabilità*», ... ma proprio «*per motivi fondati sul sesso, genere, orientamento sessuale, identità di genere o disabilità*».

--- Se io, per i miei figli in età di scuola primaria, o addirittura dell'infanzia, cerco una giovane studentessa, a che faccia i compiti con loro, insegni loro un po' di inglese e giochi con loro nelle mie ore di lavoro, e, ringraziandolo con la massima cortesia e gentilezza, scarto un giovanotto di sesso maschile e di genere femminile e con orientamento sessuale «*ambidestro*», compio un «*atto di discriminazione*» punibile ai sensi di legge ? Di nuovo, indiscutibilmente ... sì. Perché, di nuovo, effettuo la mia scelta non *per* «*il sesso, genere, orientamento sessuale, identità di genere o disabilità*», ... ma proprio «*per motivi fondati sul sesso, genere, orientamento sessuale, identità di genere o disabilità*».

Tra l'altro, se ha ragione L. GOISIS [*Libertà d'espressione e odio omofobico. La Corte europea dei diritti dell'uomo equipara la discriminazione in base all'orientamento sessuale alla discriminazione razziale (commento a CEDU, Sez. V, Vejdeland e altri c. Svezia, ric. n. 1813/07, 9 II 2012)*], in *Riv. it. Dir. Proc. Pen.* n. 1/2013, pp. 418 - 441], non c'è alcuna ragione di introdurre reati nuovi in materia.

--- Se io insegno ai miei figli, o a chi chiede a me lumi in merito, che la «*famiglia*» si compone di un uomo e di una donna sposati e che le altre unioni, di quale che sia genere o specie, è giusto o comprensibile godano di tutele e diritti, da parte dell'ordinamento giuridico, ma non rappresentano una «*famiglia*» e se, addirittura, proseguo teorizzando che ciò è quanto a tutt'oggi stabilisce la Costituzione, o insegnando (non ai miei allievi, ma ai miei figli) che è giusto che i figli abbiano un padre di sesso maschile, di genere maschile e di orientamento sessuale volto al femminile e una madre di sesso femminile, di genere femminile e di orientamento sessuale volto al maschile, *istigo i miei figli a commettere atti di discriminazione per motivi fondati sul sesso, genere, orientamento sessuale, identità di genere o disabilità?* Certo che sì. E, così parlando, non *commetto io stesso un atto di discriminazione per motivi fondati sul sesso, sul genere, sull'orientamento sessuale, sull'identità di genere?* *Altroché sì e, come si capisce facilmente, su questa linea potrei agevolmente continuare all'infinito.*

Conclusione ? Io non «*scelgo*» più molto di quello che riguarda la mia sfera privatissima e che, sarò antiquato, rivendico come mio diritto di poter scegliere.

8. Conclusioni e ... sfida.

Insomma e per chiudere, è mio convincimento che molte tra le disposizioni contenute nel c.d. «*d.d.l. Zan*» conculcano, calpestano le libertà di tutti, in nome della tutela della (solo pretesa) libertà di pochi che va garantita sì, ma non ledendo quella altrui²⁴.

E' una legge che - così come proposta - non va assolutamente approvata.

²⁴ Ha perfettamente ragione G. DI PLINIO, quando, chiacchierando, mi ha ricordato H.L.A. HART, i suoi *The Concept of Law* del 1961 (la trad. in italiano, *Il concetto di diritto*, è del 1965) e *Law, Liberty and Morality* del 1963 (la trad. in italiano, *Diritto, Morale e Libertà*, è del 1968), nonché la c.d. «*imposizione per via giuridica di concetti morali*». Si veda, sull'argomento, G. GASPAROLI, *Il diritto tra natura e politica*, ed. Altralinea, 2013, partic. pp. 225 ss.: «*L'individuo di fronte al diritto: l'imposizione giuridica della morale*»; M. NARVAEZ - S. POZZOLO, *Il concetto di accettazione non è una minaccia ... per il positivismo hartiano*, in *Diritto e Questioni pubbliche* n. 5/2005, pp. 87 - 101.

Al che aggiungo come faccia un po' impressione, al riguardo, leggere, oggi, quel che scriveva JOHN LOCKE (cui si ispirano tutti i liberali moderni) nel suo *Saggio sulla tolleranza* (*Essay Concerning Toleration*) del 1667 (cioè ... 351 anni or sono): «*I papisti [cioè i Cattolici] non devono godere del beneficio della tolleranza, perché, dove hanno il potere, si ritengono obbligati a negare la tolleranza agli altri*» [in italiano, in J. LOCKE, *Saggio sulla tolleranza*, in J. LOCKE, *Lettera sulla tolleranza*, a cura di C.A. VIANO, Roma - Bari, 2006, p. 82]. Un tempo ... «*i papisti*», ma oggi, come loro, i (pretesi) «*detentori del pensiero unico dominante*».

Si vuole un risultato facile facile, atto a tutelare ciò che si dice si vuole ottenere e in linea con ciò che pensa la maggior parte della gente semplice, quella che ambisce a garantire diritti, ma non gradisce, se informata, di essere privata di quelli che ha ?

Offro in omaggio un d.d.l. che può ottenere il 95% dei voti in Parlamento, senza opposizione, o quasi. In grassetto le modifiche.

«Nella legge 25 VI 1993, n. 205 [*che, pure, si noti, a me non piace affatto*], la rubrica della legge è sostituita dalla seguente: “Misure ~~urgenti~~ in materia di discriminazione razziale, etnica, ~~e~~ religiosa, sessuale e di genere”.

«La rubrica dell’art. 1 è sostituito dal seguente: “Discriminazione, odio o violenza per motivi razziali, etnici, nazionali, ~~e~~ religiosi, sessuali o di genere”.

«La parte finale della lettera a) è sostituita dalla seguente: “chi propaganda idee fondate sulla superiorità o sull’odio razziale o etnico, ovvero istiga a commettere o commette atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali, ~~e~~ religiosi, sessuali o di genere”.

«La parte finale della lettera b) è sostituita dalla seguente: “... chi, in qualsiasi modo, istiga a commettere o commette violenza o atti di provocazione alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali, ~~e~~ religiosi, sessuali o di genere”.

«Il n. 3 è sostituito dal seguente: “E’ vietata ogni organizzazione, associazione, movimento o gruppo avente tra i propri scopi l’incitamento alla discriminazione o alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali, ~~e~~ religiosi, sessuali o di genere. Chi partecipa a tali organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi, o presta assistenza alla loro attività, è punito, per il solo fatto della partecipazione o dell’assistenza, con la reclusione da sei mesi a quattro anni” ».

Fatta salva la necessità di precisare in Parlamento cosa si debba intendere per «commettere violenza», per «atti di discriminazione» e per «atti di provocazione» ... fine e tutti felici e contenti, a meno che, per usare, mutuandole, le parole dello scrittore Saviano dalle quali si sono prese le mosse ... «Cosa c’è di sbagliato nella legge Zan ? Quasi tutto, a meno che, chi la sostiene non abbia obiettivi diversi da quelli che dichiara».

LA CORTE RITORNA SUL RIPARTO DI COMPETENZE TRA STATO E REGIONI IN RIFERIMENTO ALLA NORMATIVA SULL'IMMIGRAZIONE

*(a margine della sentenza della Corte Costituzionale n. 281 del
2020)*

Laura Restuccia*

ABSTRACT [ITA]: Lo scritto intende analizzare due questioni, conosciute a dottrina e giurisprudenza costituzionale ed affrontate dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 281 del 2020 nel pronunciarsi su diversi articoli della l. reg. F.V.G. n. 9 del 2019. La prima questione concerne il riparto di competenze tra Stato e Regioni in materia di diritto dell'immigrazione dopo la riforma del Titolo V della Costituzione e, in particolare, l'interpretazione datane dalla Corte costituzionale in relazione al diritto all'abitazione. La seconda questione ha quale oggetto l'applicazione del principio di ragionevolezza in relazione alla facoltà, riconosciuta alle Regioni, di introdurre dei criteri per allargare o restringere determinate provvidenze sociali: nello specifico si seguirà il percorso argomentativo che ha condotto la Corte a dichiarare incostituzionale l'art. 88 della l.reg. n. 9 del 2019.

ABSTRACT [ENG]: *The paper aims to analyse two issues in the area of constitutional law, concerning the judgment n. 281 of 2020 given by the Constitutional Court on several articles about the regional law n. 9 of 2019 of F.V.G. . The first issue concerns the allocation of skills between State and Regions in the field of immigration law brought about by the reform of the 5th Title of the Constitution, with a focus on the interpretation given by the Constitutional Court in relation to the right to housing. The second issue focuses on the principle of reasonableness in relation to the faculty, granted to the Regions, to introduce criteria to widen or restrict certain social benefits: in specific, the argumentation that led the Court to declare unconstitutional the article n. 88 of regional law n. 9 of 2019 will then be explained.*

Sommario: **1.** Premessa. – **2.** Il riparto di competenze tra Stato e Regioni e il diritto all'abitazione. – **3.** Il requisito della residenza almeno quinquennale e la dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 88 della l.reg. F.V.G. n. 9 del 2019. – **4.** Brevi considerazioni conclusive.

* Cultrice della materia in Diritto pubblico comparato presso l'Università di Udine.

1. Premessa.

Con la sentenza n. 281 del 2020 la Corte Costituzionale ha deciso il ricorso n. 98 del 2019 con il quale il Governo ha impugnato diversi articoli della l.reg. F.V.G. n. 9 dell'8 luglio 2019 (Disposizioni multisettoriali per esigenze urgenti del territorio regionale), da ora solo l.reg. n. 9 del 2019¹.

Nel presente articolo, in ragione della eterogeneità dei contenuti della sentenza ci si concentrerà su due questioni in merito alle quali si aveva avuto modo di riflettere in un precedente lavoro apparso su questa rivista² e sulle quali la giurisprudenza costituzionale si era già lungamente soffermata: il riparto di competenze tra Stato e Regioni nella materia della legislazione relativa agli stranieri³ e il carattere discriminatorio o meno del criterio del radicamento territoriale introdotto dalle Regioni per il godimento di alcune prestazioni o servizi in ambito sociale⁴.

¹ In particolare, il Governo ha impugnato gli artt. 14, 45, co. 1, lett. b), 74, co. 3, e 88, in riferimento agli artt. 3, 117, co. 2, lett. a), b), m), e s), e 3, della Costituzione, nonché all'art. 5, numero 16, dello Statuto speciale della Regione Friuli Venezia Giulia. La Corte ha dichiarato non fondate le prime tre questioni, mentre ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 77, co. 3-*quinquies*, della l.reg. F.V.G. n. 18 del 2005 (Norme regionali per l'occupazione, la tutela e la qualità del lavoro), introdotto dall'art. 88 della l.reg. n. 9 del 2019.

² Ci si permette di rinviare a L. RESTUCCIA, *La normativa sull'immigrazione del Friuli Venezia Giulia al vaglio della Corte Costituzionale: verso il repetita iuvant?*, in *AmbienteDiritto.it*, n. 3/2020, pp. 1-31.

³ Si ricordano *ex multis* Corte. cost., sentt. n. 300 del 2005; n. 30 e n. 156 del 2006; n. 134, n. 269 e n. 299 del 2010; n. 61 del 2011. La sent. n. 300 del 2005, al punto 4, basa le proprie argomentazioni sulle previsioni degli artt. 1, co. 4 e 2, co. 4 del TUI, oltre che dell'art. 2-*bis*, introdotto dalla l. n. 189 del 2002, che «nell'istituire presso la Presidenza del Consiglio dei ministri il «Comitato per il coordinamento e il monitoraggio» delle disposizioni del testo unico, al comma 2 prevede che di esso faccia parte anche «un presidente di regione o di provincia autonoma designato dalla Conferenza dei presidenti delle regioni e delle province autonome», e che «per l'istruttoria delle questioni di competenza del Comitato, è istituito un gruppo tecnico di lavoro presso il Ministero dell'interno», che è composto, tra gli altri, da tre esperti designati dalla Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281». La sentenza è commentata da P. PASSAGLIA, «Immigrazione» e «condizione giuridica» degli stranieri extracomunitari: la Corte costituzionale precisa i termini del riparto di competenza (...e torna sulla portata delle enunciazioni di principio contenute negli statuti), in *Foro it.*, 2006, I, p. 351; S. BALDIN, *La competenza esclusiva statale sull'immigrazione vs. la legislazione regionale sull'integrazione sociale degli immigrati: un inquadramento della Corte costituzionale*, in *Forum di quaderni costituzionali*, 2005, p. 4.

⁴ La prima importante sentenza è la n. 432 del 2005 in cui si afferma che il criterio della residenza non è irragionevole, mapuò esserlo la richiesta della protrazione per un dato periodo di tempo. Dello stesso indirizzo: Corte cost., sent. n. 106 del 2018, punto 3.3, la quale riprende la sent. n. 222 del 2013, in materia di accesso alle prestazioni sociali nella Regione Friuli Venezia Giulia; sentt. n. 2, n. 4 e n. 133 del 2013 e la n. 168 del 2014. Di senso contrario, ovvero di apertura verso l'introduzione del requisito: Corte cost., ord. n. 32 del 2008, commentata da C. CORSI, *Il diritto all'abitazione è ancora un diritto costituzionalmente garantito anche agli*

2. Il riparto di competenze tra Stato e Regioni e il diritto all'abitazione.

Preliminarmente alla trattazione della prima questione, si ritiene opportuno descrivere sinteticamente il contesto in cui si colloca la legge regionale impugnata. Dopo la riforma costituzionale del 2001, la Regione F.V.G. è intervenuta con una serie di leggi in materia di immigrazione e accoglienza⁵. Limitandosi alla normativa oggi in vigore, nel 2015 la l.reg. n. 31 (Norme per l'integrazione sociale delle persone straniere immigrate) mirava a integrare i migranti attraverso un sistema di accoglienza diffusa. Negli anni 2018-2019 le politiche di integrazione e il sistema di accoglienza hanno subito un cambiamento di rotta. In particolare, ciò emerge in due documenti regionali: il "Programma annuale" del 2019 e la "Nota di aggiornamento al Documento di Economia e Finanza Regionale" (DEFER) del 2020. Nel primo, si legge che «l'annualità 2019 presenta delle sostanziali novità rispetto alle formulazioni precedenti, in parte dovute agli indirizzi politici della nuova amministrazione regionale, in parte frutto delle mutate esigenze emerse da un fenomeno in continuo mutamento quale quello migratorio, e delle necessità espresse dal territorio e dalla cittadinanza», tanto che la terza area di intervento, denominata "Soggiornanti di lungo periodo", «conferma esclusivamente l'irrinunciabile sostegno all'integrazione scolastica»⁶. Nella seconda, da una parte, si pone l'accento nuovamente sul ruolo centrale dei Comuni per gestire il fenomeno dei MSNA, dall'altra si evidenzia il

stranieri?, in *Dir. Imm. Citt.*, n. 3-4/2008, pp. 145 ss.; F. CORVAJA, *Libera circolazione dei cittadini e requisito di residenza regionale per l'accesso all'edilizia residenziale pubblica*, in *Le Regioni*, n. 6/2011, pp. 1257-1277. Successivamente si nota una progressiva chiusura verso l'ammissione del requisito: B. PEZZINI, *Una questione che interroga l'uguaglianza: i diritti sociali del non cittadino*, in AA.VV., *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, Atti del XXIV Convegno Annuale dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti svoltosi a Cagliari, 16-17 ottobre 2009, Napoli, 2010, p. 212; v. anche L. MONTANARI - C. SEVERINO (a cura di), *I sistemi di welfare alla prova delle nuove dinamiche migratorie*, Napoli, 2018.

⁵ Un'analisi della normativa del F.V.G. è effettuata da L. MONTANARI, *L'integrazione degli immigrati, tra gestione del fenomeno migratorio e tutela dei diritti*, in E. D'ORLANDO - L. MEZZETTI (a cura di), *Lineamenti di diritto costituzionale della regione Friuli Venezia Giulia*, Torino, 2017, pp. 92-98.

⁶ Regione F.V.G., Programma annuale immigrazione, 2019, p. 3. La previsione di spesa è di € 550.000,00 per l'area "Legalità, sicurezza, rimpatri"; € 5.067.894,39 per l'area "MSNA e Neomaggiorenni"; € 800.000,00 per l'area "Soggiornanti di lungo periodo". A queste si aggiungono i fondi e gli strumenti comunitari previsti per i Progetti IMPACTFVG e PSL FAMIFVG.

mutamento della situazione in Regione rispetto al 2015⁷. Si prospetta, dunque, una revisione della l.reg. n. 31 del 2015.

Alcuni passi in questa direzione sono in parte già stati fatti proprio dalla l.reg. n. 9 del 2019.

In primo luogo, la legge ha destinato una parte delle risorse adibitee alle politiche sociali e alla famiglia per sostenere gli interventi per il rimpatrio di persone straniere immigrate colpite da provvedimenti di espulsione⁸.

In secondo luogo, ha abrogato l'art. 17 della l.reg. n. 31 del 2015, il quale autorizzava la Regione a promuovere, mediante il Programma annuale, diverse forme di intervento in materia di accesso, accoglienza e inserimento abitativo, a favore delle persone straniere immigrate⁹. Tale previsione non era altro che l'applicazione di quanto stabilito dall'art. 40 del TUI (Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, d.lgs. n. 286 del 1998), che destina tali misure di integrazione sociale «agli stranieri non appartenenti a Paesi dell'Unione europea che dimostrino di essere in regola»¹⁰. In particolare, l'articolo fa riferimento a strutture dedicate all'ospitalità temporanea, ovvero i centri di accoglienza¹¹, e ad altre misure volte a facilitare l'accesso

⁷ Regione F.V.G., *Nota di aggiornamento al Documento di Economia e Finanza Regionale* (DEFRR), 2020, pp. 100-101.

⁸ L'art. 45, co. 1, alla lett. a), ha aggiunto il co. 1-*bis* all'art. 13 della l.reg. n. 31 del 2015. La nuova disposizione prevede che «La Regione, nell'ambito di accordi con le autorità precedenti, sostiene interventi per il rimpatrio delle persone straniere immigrate colpite da provvedimenti di espulsione. L'iniziativa di cui al presente comma può essere attivata accedendo ai fondi che nel programma annuale sono destinati all'intervento denominato "Misure per favorire i rimpatri"». Il secondo comma, tuttavia, stabilisce che per il finanziamento di tale intervento si provveda attingendo da quello fissato in riferimento alla Missione n. 12 (Diritti sociali, politiche sociali e famiglia), inserita nello stato di previsione della spesa del bilancio per gli anni 2019-2021.

⁹ L'art. 17 della l.reg. n. 31 del 2015 è stato abrogato dall'art. 45, co. 1, lett. b). La disposizione abrogata prevedeva che «1. In attuazione dell' articolo 40 del decreto legislativo 286/1998 e sulla base della normativa regionale di settore, la Regione, attraverso il Programma annuale è autorizzata a promuovere a favore delle persone straniere immigrate le seguenti forme di intervento:

a) il sostegno alla gestione di strutture dedicate all'ospitalità temporanea;
b) il sostegno, delle Agenzie sociali per l'abitare inserite nel sistema degli ambiti territoriali, per la realizzazione di azioni volte a favorire, orientare e supportare l'accesso a un'idonea soluzione abitativa;
c) il sostegno alla gestione di alloggi sociali in forma collettiva, ai sensi dell' articolo 40, comma 4, del decreto legislativo 286/1998.

2. Per la realizzazione degli interventi previsti dal comma 1, lettera a), la Regione è autorizzata a concedere contributi agli ambiti, alle associazioni e alle organizzazioni di cui all'articolo 5 per interventi di manutenzione delle strutture, o di arredamento delle stesse, o per il pagamento dei canoni di locazione».

¹⁰ Art. 40 TUI, co. 1-*bis*.

¹¹ L'art. 40 TUI ai commi 1, 2 e 3 prevede che «1. Le regioni, in collaborazione con le province e con i comuni e con le associazioni e le organizzazioni di volontariato, predispongono centri di accoglienza destinati ad ospitare, anche in strutture ospitanti cittadini italiani o cittadini di altri Paesi dell'Unione europea, stranieri regolarmente

all'abitazione, come, ad esempio, gli alloggi sociali¹² e gli alloggi di edilizia residenziale pubblica¹³.

L'Avvocatura generale dello Stato ha impugnato la legge regionale nella parte in cui abroga l'art. 17 della l.reg. n. 31 del 2015¹⁴. Da tale abrogazione deriverebbe un vuoto normativo, in violazione a quanto disposto sia dall'art. 40, sia dall'art. 3, co. 5, del TUI.

L'art. 40 del TUI, infatti, affida proprio alle Regioni il compito di predisporre centri di accoglienza destinati ad ospitare stranieri regolarmente soggiornanti per motivi diversi dal turismo, che siano temporaneamente impossibilitati a provvedere autonomamente alle proprie esigenze alloggiative e di sussistenza. Secondo il Governo, nella legislazione regionale non sarebbe presente nessun'altro mezzo, diverso dal Programma annuale, in grado di attuare gli obblighi previsti dalla legislazione statale¹⁵.

L'intervento contestato violerebbe, altresì, l'art. 3, co. 5, del TUI in base al quale «le regioni adottano i provvedimenti concorrenti al perseguimento dell'obiettivo di rimuovere gli ostacoli che di fatto impediscono il pieno riconoscimento dei diritti e degli interessi riconosciuti agli stranieri nel territorio dello stato, con particolare

soggiornanti per motivi diversi dal turismo, che siano temporaneamente impossibilitati a provvedere autonomamente alle proprie esigenze alloggiative e di sussistenza.

2. I centri di accoglienza sono finalizzati a rendere autosufficienti gli stranieri ivi ospitati nel più breve tempo possibile. I centri di accoglienza provvedono, ove possibile, ai servizi sociali e culturali idonei a favorire l'autonomia e l'inserimento sociale degli ospiti. Ogni regione determina i requisiti gestionali e strutturali dei centri e consente convenzioni con enti privati e finanziamenti.

3. Per centri di accoglienza si intendono le strutture alloggiative che, anche gratuitamente, provvedono alle immediate esigenze alloggiative ed alimentari, nonché, ove possibile, all'offerta di occasioni di apprendimento della lingua italiana, di formazione professionale, di scambi culturali con la popolazione italiana, e all'assistenza socio-sanitaria degli stranieri impossibilitati a provvedervi autonomamente per il tempo strettamente necessario al raggiungimento dell'autonomia personale per le esigenze di vitto e alloggio nel territorio in cui vive lo straniero».

¹² Art. 40 TUI, co. 4: «Lo straniero regolarmente soggiornante può accedere ad alloggi sociali, collettivi o privati, predisposti, secondo i criteri previsti dalle leggi regionali, dai comuni di maggiore insediamento degli stranieri o da associazioni, fondazioni o organizzazioni di volontariato ovvero da altri enti pubblici o privati, nell'ambito di strutture alloggiative, prevalentemente organizzate in forma di pensionato, aperte ad italiani e stranieri, finalizzate ad offrire una sistemazione alloggiativa dignitosa a pagamento, secondo quote calmierate, nell'attesa del reperimento di un alloggio ordinario in via definitiva».

¹³ Art. 40 TUI, co. 6: «Gli stranieri titolari di carta di soggiorno e gli stranieri regolarmente soggiornanti in possesso di permesso di soggiorno almeno biennale e che esercitano una regolare attività di lavoro subordinato o di lavoro autonomo hanno diritto di accedere, in condizioni di parità con i cittadini italiani, agli alloggi di edilizia residenziale pubblica e ai servizi di intermediazione delle agenzie sociali eventualmente predisposte da ogni regione o dagli enti locali per agevolare l'accesso alle locazioni abitative e al credito agevolato in materia di edilizia, recupero, acquisto e locazione della prima casa di abitazione».

¹⁴ Corte Cost., sent. n. 281 del 2020, Ritenuto in fatto, punto 3.1.

¹⁵ *Ivi*, punto 3.1.1.

riguardo a quelle inerenti all'alloggio, alla lingua, all'integrazione sociale, nel rispetto dei diritti fondamentali della persona».

Di conseguenza, l'art. 45 violerebbe l'art. 117, co. 2, lett. a) e b), della Costituzione, in relazione agli artt. 3, co. 5 e 40 del TUI, poiché le citate disposizioni sono espressione di competenze esclusive dello Stato, rientrando nella materia di «condizione giuridica dei cittadini di Stati non appartenenti all'Unione europea» e di «immigrazione», ed ergendosi a principi fondamentali dell'ordinamento *ex* art. 1, co. 4, dello stesso TUI, che per le Regioni a Statuto speciale avrebbero valore di norme fondamentali di riforma economico-sociale della Repubblica.

La Regione, a sua difesa, aveva eccepito sia che «la disciplina censurata andrebbe ascritta alla competenza regionale di attuazione e integrazione nella materia "assistenza sociale" (art. 6, numero 2, dello Statuto speciale della regione Friuli Venezia Giulia)», sia che non vi sarebbe stato alcun vuoto normativo¹⁶.

Al fine di garantire una maggiore flessibilità nella programmazione regionale, infatti, la norma abrogata «avrebbe avuto per oggetto la promozione di forme d'intervento regionali ulteriori e diverse rispetto a quelle previste dall'art. 40 del d.lgs. n. 286 del 1998, concernenti i centri di accoglienza e l'inserimento abitativo degli stranieri regolarmente soggiornanti»¹⁷. Gli interventi previsti da TUI sarebbero invece disciplinati altrove: dall'art. 3 della l.reg. n. 31 del 2015, che attribuisce alla Regione il compito di curare l'attuazione degli interventi, in materia di programmazione e gestione delle politiche migratorie, attribuiti da leggi statali e dalla normativa dell'Unione europea al fine di favorire l'integrazione sociale, culturale e civile delle persone straniere immigrate¹⁸; dall'art. 25, co. 2, della medesima legge, che «assicurerebbe la continuità dei finanziamenti e dei programmi

¹⁶ Corte Cost., sent. n. 281 del 2020, Ritenuto in fatto, punto 8.3.

¹⁷ *Ivi*, punto 8.3.1.

¹⁸ In base al secondo comma dell'art. 3 della l.reg. n. 31 del 2015 la Regione provvede ad «a) adottare il Programma annuale degli interventi; b) promuovere, in raccordo con il governo nazionale, le Prefetture e gli Enti locali, progetti a supporto degli interventi di prima accoglienza, nei confronti dei soggetti a cui sia stato riconosciuto, ai sensi della normativa vigente, il diritto alla protezione internazionale; c) erogare contributi per l'attuazione dei diversi interventi previsti dal Programma annuale; d) curare l'aggiornamento degli operatori della pubblica amministrazione e delle associazioni o enti che svolgono servizi specifici in materia di immigrazione; e) valutare l'efficacia e l'efficienza degli interventi attuati nel territorio regionale, garantire nell'intero territorio regionale omogeneità e pari opportunità di accesso alle diverse prestazioni ed effettuare l'analisi e il monitoraggio del fenomeno dell'immigrazione, al fine di evitare episodi e situazioni di discriminazione; f) promuovere e attuare progetti e politiche attive mirate alla diffusione fra i destinatari della presente legge dei doveri di cittadinanza, del rispetto del pluralismo religioso, della difesa e della tutela dei diritti dell'infanzia e delle donne».

in corso»; dall'art. 3 della l.reg. n. 6 del 2006 (Sistema integrato di interventi e servizi per la promozione e la tutela dei diritti di cittadinanza sociale), a cui rinvia l'art. 15 della l.reg. n. 31 del 2015, che «garantisce l'integrazione delle politiche socioassistenziali di protezione sociale, sanitarie, abitative, dei trasporti, dell'educazione, formative, del lavoro, culturali, ambientali e urbanistiche, dello sport e del tempo libero, nonché di tutti gli altri interventi finalizzati al benessere della persona e alla prevenzione delle condizioni di disagio sociale, al coordinamento regionale delle politiche di cittadinanza sociale»; infine, dall'art. 1 della l.reg. n. 1 del 2016 (Riforma organica delle politiche abitative e riordino delle Ater) che stabilisce l'integrazione tra tali strumenti finalizzati a garantire il diritto di cittadinanza sociale con quelli di politica abitativa e che «nell'individuare i beneficiari delle provvidenze e dei contributi in materia di politiche abitative, indicherebbe espressamente proprio i soggetti di cui all'art. 41 del d.lgs. n. 286 del 1998».

La Corte, condividendo le eccezioni regionali, ha dichiarato non fondata la questione. Ha ritenuto che gli artt. 3, co. 5, e 40 «per espressa indicazione dell'art. 1 del d.lgs. n. 286 del 1998, s'impongono anche alle autonomie speciali quali norme fondamentali di riforma economico-sociale della Repubblica»¹⁹.

Inoltre, richiamando le sue precedenti sentenze²⁰, la Corte ha evidenziato che, sebbene lo Stato abbia competenza esclusiva in materia di «condizione giuridica dello straniero» e «immigrazione», le Regioni possono intervenire in tutti quegli ambiti diversi dalla regolamentazione dei flussi migratori o dei titoli di soggiorno. In particolare, «gli interventi relativi agli alloggi per gli stranieri ricadono nell'ambito di competenze residuali delle Regioni in materia di assistenza sociale, entro cui deve essere garantito il diritto fondamentale all'abitazione, come sancito, appunto, anche dall'art. 3, comma 5, del d.lgs. n. 286 del 1998 (sentenze n. 61 del 2011 e n. 299 del 2010)»²¹. In conclusione, a parere della Corte, non vi è stata nessuna lesione delle competenze statali perché le disposizioni regionali impugnate possono essere ascritte alla potestà legislativa regionale in materia di politiche abitative, senza pregiudicare l'attuazione di quanto previsto dal TUI²².

¹⁹ Corte Cost., sent. n. 281 del 2020, Cons. in diritto, punto 3.3.1.

²⁰ Corte Cost., sent. n. 300 del 2005; sentt. n. 30 e n. 156 del 2006; sentt. n. 134, n. 269 e n. 299 del 2010; sent. n. 61 del 2011.

²¹ Corte Cost., sent. n. 281 del 2020, Ritenuto in fatto, punto 3.3.2.

²² *Ibidem*.

Chiarito ciò, la Corte ha altresì negato che l'abrogazione dell'art. 17 abbia creato un vuoto normativo, poiché la materia della prima accoglienza e dell'inserimento abitativo delle persone straniere immigrate è regolata anche da quelle ulteriori disposizioni della medesima legge regionale indicate dalla Regione: gli artt. 3, 7, 15 e 16. Di conseguenza, l'abrogazione dell'art. 17 «produce essenzialmente l'effetto di non vincolare il programma annuale a specifici contenuti, ma non fa venir meno l'obbligo di prevedere comunque gli interventi necessari all'attuazione degli obblighi previsti dalla legislazione statale. Interventi che, come sottolineato, continuano a trovare la loro sede nel programma annuale, non abrogato dall'intervento dal legislatore regionale»²³.

3. Il requisito della residenza almeno quinquennale e la dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 88 della l.reg. F.V.G. n. 9 del 2019.

Da ultimo, la decisione ha preso ad esame anche la questione della ragionevolezza o meno del requisito della residenza quinquennale ai fini di accedere alle provvidenze sociali.

In particolare, il ricorso ha investito l'art. 88 della l.reg. n. 9 del 2019, il quale ha modificato l'art. 77 della l.reg. n. 18 del 2005, riguardante «Norme regionali per l'occupazione, la tutela e la qualità del lavoro». Per maggior chiarezza, si specifica che l'art. 77 precitato, riguardante «Norme comuni per la concessione degli incentivi», al comma terzo indicava già alcune condizioni alle quali sono tenuti i soggetti beneficiari degli incentivi contenuti nella legge²⁴. L'intervento legislativo ha aggiunto ulteriori limiti alle condizioni preesistenti nel caso di incentivi collegati alla "Promozione dell'occupazione e di nuove attività imprenditoriali"²⁵. In particolare, i

²³ Corte Cost., sent. n. 281 del 2020, Ritenuto in fatto, punto 3.3.3.

²⁴ Può essere utile riportare il testo del terzo comma, secondo cui «I soggetti beneficiari degli incentivi di cui alla presente legge sono tenuti al rispetto delle seguenti condizioni: a) rispetto integrale delle norme che regolano il rapporto di lavoro, della normativa previdenziale, delle norme poste a tutela della salute e sicurezza sui luoghi di lavoro, della contrattazione collettiva di cui all'articolo 51 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81 (Disciplina organica dei contratti di lavoro e revisione della normativa in tema di mansioni, a norma dell'articolo 1, comma 7, della legge 10 dicembre 2014, n. 183), e dei principi di parità giuridica, sociale ed economica fra lavoratrici e lavoratori; b) mancato ricorso, nei dodici mesi precedenti, a licenziamenti collettivi ai sensi degli articoli 4 e 24 della legge 223/1991».

²⁵ I nuovi commi dispongono che « 3-bis. Fermo restando quanto previsto dal comma 3, lettera a), non è ammissibile la concessione degli incentivi per assunzioni, inserimenti o stabilizzazioni occupazionali di cui al

destinatari di tali incentivi sono indicati all'art. 29 della legge regionale: i soggetti disoccupati o a rischio di disoccupazione a seguito di situazioni di grave difficoltà occupazionale; i soggetti in condizione di svantaggio occupazionale, individuati con regolamento regionale; le donne, con l'obiettivo di favorirne la partecipazione paritaria al mercato del lavoro.

Tra i nuovi limiti, solo il co. 3-*quinquies* prevederebbe una disciplina discriminatoria nel disporre che «al fine di favorire il riassorbimento delle eccedenze occupazionali determinatesi sul territorio regionale in conseguenza di situazioni di crisi aziendale, gli incentivi di cui al comma 3-*bis*», ovvero gli incentivi per assunzioni, inserimenti o stabilizzazioni occupazionali nell'ambito della "Promozione dell'occupazione e di nuove attività imprenditoriali", possono essere destinati solo a soggetti che «alla data della presentazione della domanda di incentivo, risultino residenti continuativamente sul territorio regionale da almeno cinque anni».

Secondo il Governo, tale norma, dal momento che collega l'incentivo occupazionale al requisito della residenza almeno quinquennale in Regione, violerebbe l'art. 11, co. 1, lett. c), del d.lgs. n. 150 del 2015 (Disposizioni per il riordino della normativa in materia di servizi per il lavoro e di politiche attive)²⁶. L'art. 11, co. 1, lett. c), del d.lgs. n. 150 del 2015, infatti, prevede la disponibilità di servizi e di misure di politica attiva del lavoro a tutti i residenti sul territorio italiano, a prescindere dalla Regione o dalla Provincia autonoma di residenza ²⁷. Di

Titolo III, Capo I, a favore di soggetti che, nei tre anni precedenti alla presentazione della domanda di beneficio, abbiano effettuato licenziamenti, all'esito di procedure di licenziamento collettivo di cui agli articoli 4 e 24 della legge 23 luglio 1991, n. 223 (Norme in materia di cassa integrazione, mobilità, trattamenti di disoccupazione, attuazione di direttive della Comunità europea, avviamento al lavoro ed altre disposizioni in materia di mercato del lavoro), per professionalità identiche a quelle dei lavoratori per la cui assunzione, inserimento o stabilizzazione viene richiesto l'incentivo.

3-*ter*. Gli incentivi regionali di cui al comma 3 bis concessi a soggetti beneficiari che effettuino nei tre anni successivi all'assunzione, inserimento o stabilizzazione oggetto di incentivo, licenziamenti, all'esito di procedure di licenziamento collettivo di cui agli articoli 4 e 24 della legge 223/1991, per professionalità identiche a quelle dei lavoratori per la cui assunzione, inserimento o stabilizzazione è stato concesso l'incentivo, sono revocati.

3-*quater*. Le disposizioni di cui ai commi 3, lettera b), 3 bis e 3 ter non si applicano qualora le relative procedure siano state definite, in fase sindacale ovvero in fase amministrativa, con accordo sulla base del criterio esclusivo della non opposizione al licenziamento».

²⁶ Corte Cost., sent. n. 281 del 2020, Cons. in diritto, punto 5.1.

²⁷ L'art. 11, co. 1, lett. c), del d.lgs. 150 del 2015 prevede che «Allo scopo di garantire livelli essenziali di prestazioni attraverso meccanismi coordinati di gestione amministrativa, il Ministero del lavoro e delle politiche sociali stipula, con ogni regione e con le province autonome di Trento e Bolzano, una convenzione finalizzata a regolare i relativi rapporti e obblighi in relazione alla gestione dei servizi per il lavoro e delle politiche attive del lavoro nel territorio della regione o provincia autonoma, nel rispetto del presente decreto nonché dei seguenti

conseguenza, l'art. 88 violerebbe gli artt. 3 e 117, co. 2, lett. m), della Cost. e il principio di ragionevolezza, in relazione all'art. 11, co. 1, lett. c), del d.lgs. n. 150 del 2015.

La norma impugnata, dunque, da un lato, determinerebbe una violazione indiretta del diritto al lavoro, dall'altro si porrebbe in conflitto con le attività statali di promozione lavorativa che si rivolgono a tutti, infrangendo il principio di uguaglianza sostanziale di cui all'art. 3, co. 2, Cost. e la normativa comunitaria in tema di libertà di circolazione, diritto di stabilimento e libera concorrenza. Il principio di uguaglianza sarebbe violato, altresì, dalla possibilità di cumulare gli incentivi regionali con altri interventi contributivi disposti da leggi statali, prevista dall'art. 77, co. 2, della l.reg. n. 18 del 2005²⁸.

La richiesta del requisito della residenza protratta, inoltre, sarebbe irragionevole, poiché non sussisterebbe «alcuna connessione tra il riconoscimento di un incentivo al datore di lavoro e il requisito della residenza protratta nel tempo del lavoratore»²⁹.

La norma violerebbe, infine, anche l'art. 117, co. 2, lett. m), della Cost. poiché, a parere del Governo, gli incentivi occupazionali riconosciuti ai datori di lavoro per l'assunzione di particolari categorie di lavoratori rientrerebbero nei «“servizi che devono essere riconosciuti a tutti i residenti sul territorio italiano, a prescindere dalla regione o provincia autonoma di residenza”, ai sensi dell'art. 11, comma 1, lett. c) del D.lgs. 150/2015»³⁰.

La difesa regionale, con riferimento alla pretesa violazione dell'art. 3 Cost., aveva affermato che «sarebbero pienamente legittime le misure volte a sostenere l'ingresso nel mercato del lavoro di determinate categorie di soggetti, purché caratterizzate dalla ragionevolezza della scelta posta a base dell'individuazione delle categorie beneficiarie»³¹. In ambito lavorativo, inoltre, ciò sarebbe stato ancor più vero in considerazione del fatto che «gli incentivi alle assunzioni non perseguono il fine specifico di aumentare i livelli occupazionali, ma quello di favorire l'ingresso nel

principi: [...] c) disponibilità di servizi e misure di politica attiva del lavoro a tutti i residenti sul territorio italiano, a prescindere dalla regione o provincia autonoma di residenza [...]».

²⁸ Il comma secondo prevede che «Gli incentivi previsti dalla presente legge sono cumulabili, nei limiti stabiliti dai regolamenti attuativi e nel rispetto della normativa comunitaria, con altri interventi contributivi previsti da altre leggi statali e regionali, a meno che queste ultime espressamente escludano la cumulabilità con altre provvidenze».

²⁹ Corte Cost., sent. n. 281 del 2020, Cons. in diritto, punto 5.1.2.

³⁰ *Ivi*, punto 5.1.3.

³¹ *Ivi*, Ritenuto in fatto, punto 10.5.1.

mercato del lavoro di categorie di lavoratori che in ciò incontrano particolari difficoltà»³².

Nel caso di specie, la misura regionale non «sarebbe irragionevole o elusiva del principio di uguaglianza sostanziale, poiché sussisterebbe una connessione tra il riconoscimento dell'incentivo al datore di lavoro e il requisito della residenza protratta nel tempo del lavoratore»³³.

Al fine di sostenere la propria difesa sulla non irragionevolezza del requisito, la Regione aveva citato la giurisprudenza costituzionale - richiamando le sentenze n. 141 del 2014 e n. 222 del 2013 e l'ordinanza n. 32 del 2008 - che avrebbe affermato a più riprese «che le politiche sociali delle Regioni ben possono prendere in considerazione un radicamento territoriale ulteriore rispetto alla sola residenza, purché contenuto entro limiti non palesemente arbitrari o irragionevoli» e purché non si tratti di provvidenze intrinsecamente legate ai bisogni della persona e a situazioni contingenti di disagio sociale. A parere della Regione, inoltre, in queste ultime ipotesi, la giurisprudenza costituzionale «non riterrebbe illegittimo subordinare tali benefici al presupposto della residenza, bensì, piuttosto, il requisito della residenza prolungata (sul punto è richiamata la sentenza n. 172 del 2013)»³⁴. La Regione, dunque, attraverso tale incentivo avrebbe solo voluto premiare, in via indiretta, il contributo al progresso materiale e morale della comunità regionale offerto dalla famiglia e dai lavoratori che abbiano trasferito in Regione il proprio nucleo familiare³⁵.

La difesa regionale aveva aggiunto che l'art. 11, co. 1, lett. c), del d.lgs. n. 150 del 2015, effettivamente sarebbe definito quale livello essenziale delle prestazioni dal successivo art. 28, ma non indicherebbe, come affermato dal Governo, i «servizi che devono essere riconosciuti a tutti i residenti sul territorio italiano, a prescindere dalla regione o provincia autonoma di residenza», bensì si «limiterebbe a prevedere il contenuto minimo delle convenzioni che il Ministero del lavoro stipula con ciascuna Regione al fine di regolare i relativi rapporti e obblighi, in relazione alla gestione dei servizi per il lavoro e delle politiche attive del lavoro nel territorio della Regione o Provincia autonoma». Di conseguenza, la «disponibilità di servizi e misure di politica

³² *Ivi*, punto 10.5.1.1.

³³ *Ivi*, punto 10.5.1.2.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ *Ivi*, Cons. in diritto, punto 10.5.1.2.

attiva del lavoro a tutti i residenti sul territorio italiano, a prescindere dalla regione o provincia autonoma di residenza» dovrebbero essere previste da tali convenzioni. Ciò sarebbe confermato sia dal secondo comma dell'art. 11 del d.lgs. n. 150 del 2015, che riconosce alle Regioni le «competenze in materia di programmazione di politiche attive del lavoro», con particolare riferimento alla «identificazione della strategia regionale per l'occupazione», sia dall'art. 28 «che attribuisce natura di fonte individuativa dei livelli essenziali delle prestazioni anche all'art. 18, che non comprende gli incentivi alle assunzioni»³⁶.

In questo caso, la Corte ha accolto il ricorso in relazione all'art. 3 Cost. e ha dichiarato assorbita la questione relativa all'art. 117, co. 2, lett. m). La Corte ha fatto riferimento a quel filone di pronunce, confermate anche dalla recente sentenza n. 44 del 2020, nelle quali non si afferma che la richiesta di condizioni ulteriori per accedere a determinati benefici leda in generale il principio di uguaglianza, ma che essa debba rispettare il principio di ragionevolezza, ovvero debba sussistere una «ragionevole correlazione tra la condizione cui è subordinata l'attribuzione del beneficio e gli altri peculiari requisiti che ne condizionano il riconoscimento e ne definiscono la *ratio*»³⁷. Tale giudizio è stato declinato in vario modo, ad esempio è stato affermato che non è possibile che l'accesso alle prestazioni pubbliche sia escluso solo per il fatto di aver esercitato il proprio diritto di circolazione o di aver dovuto mutare regione di residenza, oppure che il radicamento territoriale non possa assumere un'importanza tale da escludere qualsiasi rilievo dello stato di bisogno, essendo più appropriato utilizzarlo ai fini della formazione di graduatorie e criteri preferenziali³⁸.

Di conseguenza, sebbene la Corte abbia ritenuto condivisibile che gli incentivi occupazionali possono essere rivolti solo alle assunzioni di particolari categorie di lavoratori, ha considerato privo di ragionevolezza il collegamento tra il riconoscimento di un incentivo al datore di lavoro e quello della residenza del lavoratore, anche qualora non fosse legata ad una qualificazione temporale. Perviene a tale conclusione in quanto, da una parte, «non può sostenersi che il criterio della residenza sia necessario a identificare l'ente pubblico competente a erogare una certa prestazione, tenuto conto che, nel caso di specie, i beneficiari diretti dell'erogazione

³⁶ Corte Cost., sent. n. 281 del 2020, Ritenuto in fatto, punto 10.5.2.

³⁷ Si v. Corte cost., sent. n. 172 del 2013, Cons. in diritto, punto 1.

³⁸ Si v. Corte cost., sent. n. 107 del 2018 e n. 44 del 2020.

sono le imprese, che devono ovviamente avere una sede nel territorio regionale», dall'altra, «la limitazione introdotta dalla disposizione impugnata risulta in contrasto con la *ratio* dalla stessa indicata, ossia il riassorbimento delle eccedenze occupazionali determinatesi sul territorio regionale in conseguenza di situazioni di crisi aziendale»³⁹.

4. Brevi considerazioni conclusive.

Per entrambe le questioni, la Corte Costituzionale si è posta in linea di continuità con la sua precedente giurisprudenza, sebbene i due temi siano declinati diversamente.

In riferimento alla prima questione, la Corte non ha fatto altro che confermare la distinzione emersa fin dalle sue prime pronunce. Da una parte, la regolamentazione dell'ingresso, soggiorno ed allontanamento viene fatta rientrare nella materia dell'«immigrazione», di competenza esclusiva statale. Dall'altra, si esclude che la fase del riconoscimento dei diritti e doveri dello straniero possa essere ricompresa nell'art. 117, co. 2, lett. b), Cost. e si ammette una competenza concorrente e residuale delle Regioni⁴⁰. Si precisa che la Corte costituzionale è giunta ad ammettere che le Regioni hanno il potere di ampliare il riconoscimento dei diritti sociali facendo perno sull'art. 3 della Costituzione⁴¹. Il medesimo cammino giurisprudenziale, l'ha, altresì, portata ad affermare che la scelta dei beneficiari deve avvenire in base ad un principio di ragionevolezza. Di conseguenza, non tutti gli articoli del TUI possono essere letti quali norme fondamentali di riforma economico-sociale della Repubblica, ma l'art. 1,

³⁹ Corte Cost., sent. n. 281 del 2020, Cons. in diritto, punto 5.3.2.

⁴⁰ Si v., ad esempio, Corte cost., sent. n. 300 del 2005, Cons. in diritto, punto 5.

⁴¹ Si ricordano le sentenze della Corte cost., nn. 269 e 299 del 2010, commentate da G. BASCHERINI, *Il riparto di competenze tra Stato e Regioni in materia di immigrazione al tempo del «pacchetto sicurezza». Osservazioni a margine delle sentt. nn. 269 e 299 del 2010*, in *Giur. Cost.*, n. 5/2010, pp. 3901-3910. La prima sentenza in merito è la n. 120 del 1967, nella quale la Corte costituzionale in realtà compie un ragionamento parzialmente diverso, ovvero amplia l'ambito di applicazione dell'art. 3, riferito testualmente ai soli cittadini, cfr. F. SORRENTINO, *Uguaglianza e immigrazione*, in L. RONCHETTI, *La Repubblica e le migrazioni*, Milano, 2014, pp. 117-122. In precedenza la scelta interpretativa della Corte era stata criticata da M. CUNIBERTI, *L'illegittimità costituzionale dell'esclusione dello straniero dalle prestazioni sociali previste dalla legislazione regionale*, in *Le Regioni*, n. 2/2006, p. 516. Da ultimo, sui principi di eguaglianza e di non discriminazione con riguardo agli stranieri, si v. il contributo di F. CORVAJA, *Quanto eguali? Cittadini e stranieri tra principi di eguaglianza e divieti di discriminazione*, in G.P. DOLSO (a cura di), *Dignità, eguaglianza e Costituzione*, Trieste, 2019, pp. 139-200.

co. 4 del TUI sembra invocabile solo «nell’ambito delle materie di competenza concorrente regionale e in riferimento a disposizioni che possono effettivamente qualificarsi come principi fondamentali della materia»⁴².

Inoltre, la Corte evidenzia il ruolo degli enti territoriali «i quali hanno il compito di soddisfare quei diritti sociali proprio in considerazione della loro “prossimità, culturale e territoriale, rispetto alle esigenze della comunità che vive ed opera in quell’ambito”»⁴³. Allo Stato residuerebbe una competenza esclusiva nella «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale» (art. 117, co. 2, lett. m), Cost.). Nel lasciare ampio spazio alla legislazione regionale, tuttavia, la Corte legittima una soluzione, frutto delle riforme più recenti in materia di immigrazione, che sembra ridurre le garanzie riconosciute dagli interventi regionali precedenti ed, in particolare, dalla l.reg. n. 31 del 2015, premiata quale “migliore iniziativa” in questo campo dalla Conferenza delle Assemblee legislative regionali d’Europa⁴⁴.

In riferimento al tema della residenza quinquennale al fine di accedere agli incentivi occupazionali, la Corte si pone in linea di continuità con la giurisprudenza pregressa che lega nuovamente il giudizio di ragionevolezza ad una sempre più marcata “dimensione regionale” della regolamentazione dell’immigrazione. In un’ottica maggiormente garantista, tuttavia, evidenzia che la Regione «può favorire i residenti da un dato tempo, anche in virtù del contributo portato al progresso della comunità, a meno che tale profilo non sia recessivo a fronte di “provvidenze intrinsecamente legate ai bisogni della persona”»⁴⁵.

⁴² F. BIONDI DAL MONTE, *Regioni, immigrazione e diritti fondamentali*, in *Le Regioni*, n. 5/2011, p. 1104, la quale fa derivare questa conseguenza dal punto 2.2.1 della decisione della Corte cost., sent. n. 299 del 2010. In precedenza l’autrice si era già occupata del problema emerso nelle sentt. n. 306 del 2008 e n. 11 del 2009, F. BIONDI DAL MONTE, *I diritti sociali degli stranieri tra frammentazione e non discriminazione. Alcune questioni problematiche*, in *Le istituzioni del Federalismo*, n. 5/2008, pp. 569 ss.

⁴³ O. CARAMASCHI, *La dimensione regionale del fenomeno migratorio tra interventi normativi, riparto di competenze e giurisprudenza costituzionale*, in *Federalismi*, n. 5/2020, p. 16, il quale interpreta in tal senso il punto 7.9 della Corte cost., sent. n. 194 del 2019. Si erano già espressi in questo senso G.M. FLICK, *Nuovi diritti, ruolo delle Regioni e decentramento*, in *Federalismo fiscale*, n. 1/2010, pp. 9 ss. e A. RUGGERI, *Neoregionalismo e tecniche di regolazione dei diritti sociali*, in *Dir. soc.*, n. 2/2001, pp. 198 ss.

⁴⁴ Nel 2016, infatti, il Friuli Venezia Giulia ha vinto il premio del CALRE “Stars of Europe”. Per maggiori informazioni si consulti il sito <https://www.calre.net.eu/calre-award-2016>.

⁴⁵ Si v., Corte cost., sent. n. 222 del 2013, punto 7, commentata da D. MONEGO, *La “dimensione regionale” nell’accesso alle provvidenze sociali*, in *Le Regioni*, n. 1-2/2014, pp. 244-267. La sent. n. 222 del 2013, nel richiamare la precedente giurisprudenza, opera una distinzione tra le prestazioni sociali ed accoglie solo la questione di incostituzionalità sollevata in relazione all’art. 2 della l.reg. n. 16 F.V.G. del 2011 che prescriveva il requisito di una residenza di almeno ventiquattro mesi sul territorio regionale per i fruitori, sia cittadini che stranieri extracomunitari in possesso di permesso di soggiorno di lunga durata, di un contributo economico

Questa seconda questione appare ancor più interessante in ragione della materia toccata e della sua attualità. La circostanza che i benefici accordati dalla Regione attenessero all'ambito lavorativo, infatti, ha comportato che il carattere discriminatorio della normativa abbia riguardato non solo i cittadini extra-comunitari, ma anche i cittadini italiani residenti in altre Regioni, così come i cittadini dell'Unione europea. Si evidenzia, inoltre, come la Regione F.V.G. non abbia tardato a cercare di porre rimedio alla declaratoria di incostituzionalità proponendo un correttivo che valorizzasse il principio di rilevanza territoriale degli interventi regionali, in riferimento agli strumenti di politica attiva del lavoro, «in una modalità che fosse, nel contempo, rispettosa del magistero della Suprema Corte e idonea a valorizzare i principali tratti caratterizzanti la specialità statutaria del Friuli Venezia Giulia in materia di autonomia finanziaria»⁴⁶.

D'altra parte, la questione interessa l'intero territorio nazionale e continua ad essere portata all'attenzione della Corte Costituzionale. A tale riguardo, si ricorda la recente ordinanza del Tribunale di Udine del 2 marzo 2021 che, riprendendo le conclusioni raggiunte dalla Corte Costituzionale in un caso analogo⁴⁷, ha stabilito che il regolamento regionale n. 66 del 2020 che disciplina le modalità per ottenere un sostegno economico per il pagamento dell'affitto è in contrasto con le norme nazionali e comunitarie⁴⁸. Nel richiedere un onere di documentazione diverso e

straordinario. Nel ragionamento della Corte si assiste ad un parziale cambiamento perché la "dimensione regionale" rileva in relazione alle provvidenze legate al sostegno della persona quale membro della comunità e non alla persona in sé.

⁴⁶ Si v., d.d.l. n. 150 del 2021, "Disposizioni in materia di finanze, risorse agroalimentari e forestali, biodiversità, funghi, gestione venatoria, pesca sportiva, attività produttive, turismo, autonomie locali, sicurezza, corregionali all'estero, funzione pubblica, lavoro, formazione, istruzione, famiglia, patrimonio, demanio, sistemi informativi, infrastrutture, territorio, viabilità, ambiente, energia, sport, protezione civile, salute (Legge regionale multisettoriale 2021)", p. 9, presentatodalla Giunta regionale il 26 marzo 2021 e approvato dal Consiglio regionale nella seduta del 30 aprile 2021. In particolare, l'art. 51 del d.d.l. n. 150 del 2021 aggiunge all'art. 77 della l.reg. n. 18 del 2005 il comma 3-*quater*: «Fermi restando i requisiti di accesso agli incentivi di cui al Titolo III Capo I, il regolamento regionale attuativo delle disposizioni medesime può prevedere che l'ammontare degli incentivi sia modulato avuto riguardo al periodo di possesso continuativo del domicilio fiscale sul territorio regionale da parte delle lavoratrici e dei lavoratori di cui viene sostenuta l'assunzione o la stabilizzazione».

⁴⁷ Si fa riferimento alla Corte Cost. sent. n. 9 del 2021, la quale ha esaminato una analoga previsione della l.reg. Abruzzo n. 24 del 2019 (Norme per l'assegnazione e la gestione degli alloggi di edilizia residenziale pubblica e per la determinazione dei relativi canoni di locazione). Al comma 1 dell'art. 2, infatti, il legislatore regionale aveva integrato la disciplina contenuta all'art. 5 della l.reg. Abruzzo n. 96 del 1996, aggiungendo, dopo il comma 4, i commi 4.1 e 4.2. La norma impugnata avanti alla Corte Costituzionale prevedeva un onere documentale aggiuntivo per i cittadini di Stati non appartenenti all'Unione europea, ai fini della verifica della «non titolarità di diritti di [proprietà, usufrutto, uso ed abitazione] su uno o più alloggi, ubicati all'interno del territorio nazionale o all'estero» (art. 2, co. 1, lett. d, della l.reg. Abruzzo n. 96 del 1996).

⁴⁸ Trib. Udine, Sez. Lavoro, ord. n. 674/2020 del 2 marzo 2021.

ulteriore rispetto all'ISEE al solo cittadino straniero, infatti, tali norme rendono loro difficoltoso, se non impossibile, concorrere all'accesso alle prestazioni sociali agevolate in oggetto (contributo per il pagamento del canone di locazione), realizzando, così, un trattamento irragionevole e discriminatorio. Di conseguenza, il Tribunale ha ordinato alla Regione di modificare il regolamento n. 66 del 2020 con riferimento alle parti oggetto dell'accertamento della natura discriminatoria; ha condannato il Comune di Udine ad inserire i ricorrenti nella graduatoria nella medesima posizione ove sarebbero stati inseriti se avessero presentato i documenti richiesti dal Comune, ed inoltre, ad inserire in graduatoria tutti i cittadini extra UE che avevano già presentato domanda senza produrre la documentazione relativa alla proprietà di altri alloggi e che per tale motivo abbiano ricevuto comunicazione di inammissibilità della stessa.

Le questioni, sebbene tocchino profili diversi, sono accomunate dalla difficoltà di fondo di istituire dei criteri proporzionati e ragionevoli ai fini di poter accedere a provvidenze sociali di per sé scarse. Sia nel caso dell'accesso all'abitazione, sia in quello agli incentivi occupazionali è innegabile la necessità di individuare criteri che contemperino i diversi interessi in gioco. Se, infatti, è pacifica la centralità sia del diritto all'abitazione, sia del diritto al lavoro, il loro riconoscimento incontra delle difficoltà nel momento applicativo, poichè il principio di ragionevolezza non ha ancora dei contorni così netti.

Di certo, la presente dichiarazione di incostituzionalità evidenzia la tendenza della giurisprudenza costituzionale a restringere l'utilizzabilità del solo requisito della residenza protratta per un dato periodo di tempo e a preferire altri criteri. Esso, infatti, «non è di per sé indice di un'elevata probabilità di permanenza in un determinato ambito territoriale», a differenza di «altri elementi sui quali si può ragionevolmente fondare una prognosi di stanzialità»⁴⁹. Inoltre, «a differenza del requisito della residenza *tout court* (che serve a identificare l'ente pubblico competente a erogare una certa prestazione ed è un requisito che ciascun soggetto può soddisfare in ogni momento), quello della residenza protratta integra una condizione che può precludere in concreto a un determinato soggetto l'accesso alle prestazioni pubbliche sia nella regione di attuale residenza sia in quella di

⁴⁹ Corte cost., sent. n. 44 del 2020, Cons. in diritto, punto 3.1. Per un commento della sentenza, si v. C. PADULA, *Uno sviluppo nella saga della "doppia pregiudiziale"? Requisiti di residenza prolungata, edilizia residenziale pubblica e possibilità di disapplicazione della legge*, in *Consulta Online*, n. 1/2020, pp. 173 ss.

provenienza (nella quale non è più residente)», con la conseguenza che le norme che introducono tale requisito vanno «vagliate con particolare attenzione, in quanto implicano il rischio di privare certi soggetti dell'accesso alle prestazioni pubbliche solo per il fatto di aver esercitato il proprio diritto di circolazione o di aver dovuto mutare regione di residenza»⁵⁰.

⁵⁰ Corte cost., sent. n. 107 del 2018, Cons. in diritto, punto 3.

REMEDICATION OF HISTORICAL SOIL CONTAMINATION: OWNER RESPONSIBILITY AND WASTE LAW*

Ugo Salanitro

SUMMARY: **1.** Soil contamination and innocent landowner: the problem - **2.** Waste holder and responsibility rule - **3.** After WFD and ELD, TTK case.

* Update of a speech in ERA Seminar, “*The Environmental Liability Directive (ELD) in practice*”, Brussels, 29 November 2018.

1. Soil contamination and innocent landowner: the problem.

According to the judgment of the European Court¹, the “polluter pays” principle, as principle that is on the grounds of the Environmental liability directive (ELD), is applied into the burden and the rules of the directive and not directly.

To understand the relevance of the ruling of the European Court, you have to look at the argument, knowing that the problem is not in the European law, but in the interpretation of the national Italian law. We will see that a problem of European law is in the linking between Italian law and waste law.

According to the Italian soil contamination law - that is now in the Environmental Code - polluters are subject to a liability rule - in my opinion they are subject to a strict liability rule – while innocent landowners have a duty to implement preventive measures and to reimburse costs of rehabilitation of the site within the limits of the market value of the land.

The problem of the referring Italian highest administrative court, *Consiglio di Stato* (Council of State), was about the interpretation of the words “preventive measures”: if it means “emergency safety measures” or requires only minor interventions.

Emergency safety measures could be very expensive, usually exceeding the market value of the land, because they have the scope of limiting contamination and are regulated in detail by Italian law². There isn’t however a specific regulation on preventive measures.

The Plenary Assembly of Council of State supports the opinion that landowners don’t have to implement emergency safety measures, but only to reimburse costs of them, or costs of repair, within the limit of the market value: the Italian Court believes that is not coherent with the “polluter pays”

¹ ECJ, 4 March 2015, C-534/13, *Fipa Group*. Analyzed by: N. de Sadeleer, *Preliminary Reference on Environmental Liability and the Polluter Pays Principle: Case C-543/13, Fipa*, in *Reciel*, 2015, 232 ff.; B. Pozzo, B. Vanheusden, L. Bergkamp and E. Brans, *The Remediation of Contaminated Sites and the Problem of Assessing the Liability of the Innocent Landowner: a Comparative Law Perspective*, in *European Review of Private Law*, 2015, 1071 ff.; S. Varvaštian, *Environmental Liability under Scrutiny: the Margins of Applying the EU Polluter Pays principle against the Owners of the Polluted Land who did not Contribute to the Pollution*, in *Environmental Law Review*, 2015, 270 ff.; V. Corriero, *The Social-Environmental Function of Property and the EU Polluter Pays Principle: the Compatibility between Italian and European Law*, in *Italian law Journal*, 2016, 479 ff.; F. Goisis and L. Stefani, *The Polluter Pays Principle and Site Ownership: the European Jurisprudential Developments and the Italian Experience*, in *Journal for European Environmental & Planning Law*, 2016, 218 ff.

² About the definition of emergency safety measures, see Council of State, 20 May 2014, n. 2526.

principle to demand all the expensive costs of the emergency safety measures from innocent landowners³.

The other line of authority in Council of State, that considers the owner under the obligation to adopt emergency safety measures⁴, believes that “polluter pays” principle means that the public power does not have a duty to implement measures if there is someone that is linked, in any way, with the contamination or the contaminated land.

That is the reason why the Plenary Assembly referred to European Court the question if “polluter pays” principle requires innocent landowners to limit contamination, or even to repair it, if public power doesn’t find a solvent polluter.

The ruling of the European Court is coherent with the opinion of the Plenary Assembly, because the ELD does not preclude a rule that limits the liability of innocent landowners within the market value of the land. But the ruling of the European Court could be coherent with any other interpretation of Italian law, because the same Court doesn’t exclude that landowner could be responsible beyond that value: his ruling is based on the assumption of the referring Court, for which the Italian law doesn’t demand the owner to implement emergency safety measures.

The problem could be whether there is a limit in the European law for the opposite interpretation of the Italian law on the measures applying to the innocent landowner. The problem is not limited to Italian law, because also in other European countries there are stringent responsibility rules, which apply to innocent owner.

In application of the article 16 of the ELD, Member State may adopt more stringent rules, including the identification of additional responsible parties: this provision allows Member States to expand the scope of the ELD, by adding new activities subject to the strict liability rule, in addition to those already listed in Annex III, or to the negligence rule, even beyond the damage to the biodiversity. The same provision allows Member States to provide for the liability of persons other than operators, such as the tortfeasor, employee

³ Council of State, Plenary Assembly, 8 July 2013; 25 September 2013, n. 21; 13 November 2013, n. 25. Also: Council of State 15 July 2010, n. 4561; 21 February 2012 n. 282; 30 April 2012, n. 3361; 26 September 2013, n. 4784; 26 September 2013 n. 4791; 10 September 2015, n. 4225; 30 September 2015, n. 3756; 5 October 2016, n. 4099; 5 October 2016, n. 4119; 7 November 2016, n. 4647; 21 November 2016, n. 4875; 25 January 2018, n. 502.

⁴ Council of State, 5 September 2005 n. 4525. This view is prevalent in the most recent judgments: Council of State, 16 July 2015, n. 3544; 14 April 2016, n. 1509; 8 March 2017, n. 1089; 4 December 2017, n. 5668; 1 October 2018, n. 5604; 17 January 2020, n. 122; 12 March 2020, n. 1759; 15 September 2020, n. 5447. See also Circular of the Ministry of Environment, 23 January 2018, on <https://www.minambiente.it/sites/default/files/bonifiche/contenuti/gruppi/inquinamento/Prot.1495.STA.pdf>

of business or outsider to activity of the operator. The question - that I have already posed in a Report for EFFACE research project (2015)⁵ - is whether the directive allows Member States to also provide for the liability of the owner of the land, appears to be more difficult: such a provision, in that opinion, would be inconsistent with the “polluter pays” principle, whenever the owner is held liable even if he did not cause environmental damage.

2. Waste holder and responsibility rule.

In my opinion, the resolution of this problem is interfered by the interpretation of European waste law.

Italian soil contamination rules, before the approval of the Environmental Code in 2006, were disposed in a Decree on Waste Law, approved in 1997: even today, you find soil pollution rules in the part of the Environmental Code on waste management.

I already proposed the idea that Italian rule on owner responsibility was, and is, implementation of the article 15 of the Waste Directive, that - in application of the “polluter pays” principle, as interpreted by the Court of Justice in the cases *Van de Walle* and *Commun de Merquer* (*Erika case*)⁶ - provides that each waste producer could be responsible for all costs of the waste disposal⁷.

Indeed, article 11 - and after the amendments of the directive in 1991 article 15 - of the Waste Directive provides that the responsibility of the waste disposal is not only on the waste producer but also on each waste holder. If contaminated soil is waste, the owner of the contaminated land is, or could be, a waste holder⁸.

⁵ Salanito, U. (2015) *Directive 2004/35/EC on Environmental Liability*, on https://efface.eu/sites/default/files/EFFACE_Directive%202004_35_EC%20on%20Environmental%20liability.pdf

⁶ ECJ, 7 September 2004, C-1/03, *Van der Walle*; ECJ, 24 June 2008, C-188/07, *Commun de Mesquer*. Analyzed by: N. de Sadeleer, *Liability for Oil Pollution Damage versus Liability for Waste Management: the Polluter Pays Principle at the Rescue of the Victims*, in *Journal of Environmental Law*, 2009, 299 ff.; A. Bleeker, *Does the Polluter Pay? The Polluter- Pays Principle in the Case Law of the Court of Justice*, in *European Energy and Environmental Law Review*, 2009, 289 ff.

⁷ U. Salanito, *Danno ambientale e bonifica tra norme comunitarie e Codice dell'ambiente: i criteri di imputazione della responsabilità*, in G. Alpa and others (eds.), *Rischio di impresa e tutela dell'ambiente. Precauzione - responsabilità - assicurazione*, Napoli, ESI, 2012, 225 ff.; U. Salanito, *La responsabilità per lo smaltimento dei rifiuti*, in L. Carbone, G. Napolitano and A. Zoppini (eds.), *La disciplina della gestione dei rifiuti tra ambiente e mercato*, Bologna, Il Mulino, 2018, 373 ff.

⁸ Opinion of Advocate General J. Kokott, 20 November 2014, Case C-534/13, *Fipa Group*, §§ 60 ss.

According to an opinion, that is based on the fourth recital (consideranda) of the waste directive, only chattels could be usually waste; but in the first attachment of the waste directive contaminated soil falls into the categories of waste.

Valerie Fogleman already exposed very well the relationship between Waste Framework Directive and national soil contamination laws and the problems of coherence of these rules with the Environmental Liability Directive⁹.

Other national laws on soil contamination seem to be an application of the waste responsibility principles.

In Ireland, according to the Waste Management Act (1996), the owner of contaminated land is considered the waste holder and is responsible for the cleaning if the person who caused the contamination cannot be found or is not solvent. There is a similar rule in Spanish Royal Decree on Waste and Contaminated Land; also in Soil Management Decree of Walloon region and in the Brussels Clean Up Statute¹⁰.

The same principle is confirmed by the UK Environmental Protection Act of 1990, which imposes responsibility on the innocent owner of contaminated land to remediate the same land which he/she owns, if the person who caused contamination cannot be found. In the English Act there is another interesting rule that seems to be the application of the prevention principle: if the owner is aware that the land is contaminated, he becomes liable for the contamination that escaped to other land if he had not adopted measures to prevent the spread.

In other European countries, there is another principle, which goes beyond the responsibility of those who have produced the contamination: the owner is responsible if he knew or should have known that the land was contaminated when he acquired it and the producer of waste cannot be found or is not solvent. This principle is adopted, with variations, in France, in Germany, in Austria and in other countries. In Germany, the responsibility of the current innocent owner, at the moment of the contamination, is limited within the market value of the land by a judgement of the Constitutional Court in 2000.

⁹ V. Fogleman, *Landowners' Liability for Remediating Contaminated Land in the EU: EU or National law? Part I: EU law; Part II: National Law*, in *Environmental Liability - Law, Policy and Practice*, 2015, 6 ff., 42 ff.; V. Fogleman, *Innocent Landowners and Historical Contamination; Liability in the Absence of a Polluter*, in M. Meli and S. Adorno, *Il futuro del polo petrolchimico siracusano. Tra bonifiche e riqualificazione*, Giappichelli, Torino, 2017, 91 ff.

¹⁰ See also H. Keersmaekers, *Soil contamination in Belgium: a state of play*, in *Environmental Liability - Law, Policy and Practice*, 2004, 202 ff.

In my opinion, all these national rules are different implementations of the European principle of the responsibility of the waste holder: the variations and the limitation of responsibility are an application of the provision - that is now expressed in the article 15 paragraph 3 of the Waste Framework Directive (2008) - which consents to share - and therefore to limit - the responsibility of the waste holder among the actors of the treatment chain.

3. After WFD and ELD, TTK case.

After the approval in 2004 of the Environmental Liability Directive, whose priority is the rehabilitation of the contaminated land, the European Union changed the Directive on Waste into the Waste Framework Directive in 2008 and reformed the categories of waste, excluding contaminated soil. I think that the purpose of these changes are clear: contaminated soil is no longer waste and the owner of contaminated land is no longer waste holder¹¹.

Perhaps the literal meaning allows some doubt, as Valerie Fogleman observed, but the interpretation of the purposes of the European law seems clear. What does this overruling mean in the European law? I think that nothing has changed for the historical contaminations, which are subject to the national law and the old directive on waste: Environmental Liability Directive is not a retroactive law, because it will only apply for the future.

It is not easy to understand what will happen in the repair of future contaminations. Cleaning up soil contamination is out of the current scope of the Waste Framework Directive: only the rule of the Environmental Liability Directive will apply.

National laws have to implement Environmental Liability Directive, but member States could adopt rules that are more stringent. In some cases, national law has implemented the ELD adopting a rule that provides that owner could be subject to a secondary liability rule. The major problem is whether the old rules of contaminated soil national law could be applied, as an integration of the ELD implementation rule, when they have the same content¹².

Indeed, in July 2017, the European Court of Justice, in *Túrkevei* case, declared a Hungarian Act, establishing joint liability between the innocent

¹¹ E. Scotford, *The New Waste Directive – Trying to Do it All ... An Early Assessment*, in *Environmental Law Review*, 2009, 75 ff., 83.

¹² B. Pozzo, *Environmental Liability: the Difficulty of Harmonizing Different National Civil Liability Systems*, in M. Peeters and M. Eliantonio, *Research Handbook on EU Environmental Law*, Elgar, 2020, 231 ff., 239.

owner of the land on which the pollution occurred and the polluter, compatible with ELD, without it being necessary to establish a causal link between the conduct of the owner and the damage established¹³.

According to the European Court the national rules must, firstly, seek to attain the objective of Directive 2004/35 as defined in Article 1 thereof, namely to prevent and remedy environmental damage and, secondly, to comply with EU law, in particular its general principles, which include the principle of proportionality.

According to the ruling, *“To the extent that, without affecting the liability in principle of the operator, such national legislation seeks to prevent a lack of care and attention on the part of the owner, as well as to encourage the owner to adopt measures and develop practices likely to minimise the risk of damage to the environment, it contributes both to the prevention of such damage and, as a result, to the attainment of the objectives of Directive 2004/35. The effect of this national legislation is that the owners of land in the relevant Member State are deemed to monitor the conduct of those using their property and to report such users to the competent authority in the event of environmental damage or the threat of environmental damage, failing which, the owners will themselves be held jointly and severally liable”*.

The motivation of the ruling is clear and the rule has only the scope of the responsibility of the owner of the land on which the polluting activity has made.

Out of this case, in my opinion, the principles, which are in the grounds of the ruling of the European Court, lay in that sense of the coherence of national law, which provides the following: the owner is responsible, beyond the value of the land, for the reimbursement of the cost of measures that help to avoid the spread of contamination to other land and environment (like emergency safety measures)¹⁴; the owner is responsible too, beyond the value of the land, if he knew or should have known that the land was contaminated when he acquired it, to prevent the previous owner from getting rid of responsibilities due to his activity or his negligence.

In other cases, the answer is doubtful after the changes in the waste law. I'm not sure that the current owner of a land, bordering the land from which the contamination comes, may be considered responsible for the reimbursement of costs beyond the market value of the land.

¹³ ECJ, 13 July 2017, C-129/16, *Túrkevei Tejtermelő Kft.*

¹⁴ About preventive measures, see V. Fogleman, *The duty to prevent environmental damage in environmental damage directive; a catalyst for halting the deterioration of water and wildlife*, in ERA Forum, 2020, 707 ff.

RESIDENZA FISCALE E STABILE ORGANIZZAZIONE NELL'ERA DELLA *DIGITAL ECONOMY*

Maria Assunta Icolari - Alessandro D'Amelio*

ABSTRACT [ITA]: Il saggio osserva il fenomeno dell'impatto della fiscalità digitale sul sistema tributario moderno, partendo da un adeguamento dei criteri tradizionali di collegamento tra soggetto e territorio, in particolare dai tentativi di ampliamento della nozione di stabile organizzazione. Con riferimento a tali tentativi un ruolo fondamentale nell'analisi è quello operato dall'Ocse, il quale al fine di evitare erosioni delle basi imponibili o localizzazioni di attività economiche in paesi a fiscalità privilegiata, ha caldamente promosso la formulazione di un nuovo criterio di collegamento tra l'attività d'impresa digitale e lo Stato titolare della potestà impositiva. Sicuri che la tassazione di queste nuove forme di ricchezza non si esaurisce con la previsione di un nuovo *nexus* ma occorre la rivisitazione del sistema tributario nel suo complesso, al momento è l'assenza di un consenso unanime ad impedire un'equa ripartizione del carico fiscale tra i diversi paesi investiti dall'obbligazione tributaria. Anche se la proposta americana di istituire una *minimum global tax* potrebbe rappresentare una svolta anche per l'Europa, allentando la disparità che si è venuta a creare tra imprese del digitale e quelle di altri settori.

ABSTRACT [ENG]: *The essay observes the phenomenon of the impact of digital taxation on the modern tax system, starting from an adaptation of the traditional connection criteria between the subject and the territory, in particular from attempts to expand the notion of permanent establishment. With reference to these attempts, a fundamental role in the analysis is that operated by the OECD, which in order to avoid erosion of tax bases or localization of economic activities in countries with privileged taxation, has strongly promoted the formulation of a new connection criterion between the digital business activity and the State holding the taxing authority. We are sure that the taxation of these new forms of wealth does not end with the provision of a new nexus but a review of the tax system as a whole is needed, at the moment it is the absence of a unanimous consensus that prevents an equitable distribution of the tax burden between the different countries affected by the tax obligation. Although the American proposal to establish a minimum global tax could also represent a turning point for Europe, easing the disparity that has arisen between digital companies and those of other sectors.*

* Il contenuto del saggio è stato condiviso tra i due autori, alla Prof.ssa Icolari (associato di diritto tributario Università degli Studi Guglielmo Marconi di Roma) sono da attribuire i paragrafi 1,2,6; al dottor D'Amelio (dottorando di ricerca in Diritto ed Impresa – Luiss Guido Carli Roma) i paragrafi 3,4,5.

SOMMARIO: **1.** Introduzione - **2.** La difficoltà a reperire una valida nozione di stabile organizzazione nell'era della *digital economy* - **3.** Verso un nuovo modello internazionale di tassazione della *digital economy* - **4.** La *digital economy* nella prospettiva comunitaria - **5.** L'imposta italiana sui servizi digitali: un reale concetto innovativo di stabile organizzazione? - **6.** Conclusioni.

1. Introduzione.

All'indomani della Grande Guerra la scelta di incentivare il capitalismo, divenuto oggi un "capitalismo digitale", ha determinato un'aggregazione spontanea del mercato che negli anni ha dettato la prevalenza della *lex mercatoria* sulla sovranità nazionale, espressione, quest'ultima, di un diritto legato a un territorio circoscritto. In questa condizione di obsolescenza degli Stati nazionali l'avvento di *internet* ha modificato radicalmente il contesto in cui l'uomo vive, per cui, per dirla con Rodotà, accanto all'*habeas corpus* si è sviluppata un'attenzione peculiare anche per l'*habeas data*, ovvero per una dimensione economica dove i dati, le transazioni e gli altri beni immateriali acquistano un valore monetario di pregnante significato. Di fronte a questa nuova realtà dove la rete agisce persino sulla formazione del consenso democratico, mentre filosofi come Floridi si interrogano sull'infosfera e sul bisogno di assicurare la qualità dei processi e delle relazioni, collegando persino la salubrità ambientale alla digitalizzazione, il mercato digitale assume una posizione via via sempre più rilevante. Ciò, poiché, da quando *internet* ha modificato le nostre abitudini velocizzando le nostre relazioni in una realtà globalizzata, per cui all'*e-commerce* si sono aggiunti prima la digitalizzazione dell'informazione, poi i *social network* e il *business* dei Big Data, per arrivare ai *Bitcoin* e alla possibile scomparsa della moneta per come l'abbiamo sempre conosciuta¹, l'importanza dei beni dematerializzati, anche all'interno dell'attività d'impresa, e delle transazioni digitali

¹ Sulla fiscalità delle criptovalute si rinvia a M. PIERRO, *La qualificazione giuridica e il trattamento fiscale delle criptovalute*, in *Riv. dir. trib.*, n. 2/2020, p. 103 ss.

si è resa particolarmente significativa. Importanza che è divenuta ancora più densa di significato con il diffondersi del Covid-19 a livello mondiale². Non a caso mentre l'inizio della pandemia aveva condotto gli studiosi a prospettare la crisi della globalizzazione ovvero la sua fine per il contrarsi delle relazioni economiche mondiali, con la decisione di ricorrere al *lockdown*, per evitare il dilagare del contagio, l'avanzare del processo economico virtuale è divenuto inarrestabile. Al di là dell'esigenza di un governo mondiale dell'economia, è facilmente intuibile che tutti questi nuovi modelli economici richiedano ora una disciplina globale che da un lato eviti la concorrenza sleale tra l'economia tradizionale e quella digitale, dall'altro consenta lo sviluppo umano sia nel rispetto del principio di eguaglianza che di un obbligo contributivo fondato sull'appartenenza a una comunità e non solo come altra faccia negativa del costo dei diritti, cioè indipendentemente dalla quota e dalla qualità di servizi pubblici ricevuti. Tutto questo allo scopo di porre fine ai casi di concorrenza sleale tra settori di attività e giurisdizioni tributarie, scongiurando il tal modo anche il monopolio del digitale, con parte della popolazione che vive in uno stato di grande sproporzione rispetto alle decisioni assunte dalle *digital enterprises*, fautrici per un certo verso dell'aumento della povertà a cui stiamo assistendo, ma soprattutto della disuguaglianza anche nella povertà³. In questa problematica che richiama il bisogno di fondo di realizzare la redistribuzione del reddito, in virtù di quella stretta interdipendenza che sussiste da sempre tra giustizia tributaria e giustizia sociale, la fiscalità oggi è in estrema sofferenza. Ago della bilancia tra il mercato e la concorrenza, nell'imputazione dei redditi, al di là della residua possibilità di tassarli nel luogo dove sorge la ricchezza, la scelta di puntare

² Sugli effetti della pandemia sul sistema tributario, in particolare sull'impatto che tale crisi sta provocando e sulle misure fiscali di contenimento, da ultimo v., A. CONTRINO e F. FARRI (a cura di), *Pandemia da Covid-19 e sistema tributario*, Pisa, Pacini, 2021, *passim*, anche se le riflessioni, almeno per quanto concerne la lettura interna delle molteplici problematiche e delle prospettive evolutive del sistema fiscale determinate dalla pandemia da Covid-19, non possono prescindere dalle critiche avanzate al sistema istituzionale, almeno per quanto concerne le categorie di atti scelti. Per una rilettura critica di tali fonti nello Stato di emergenza v., U. DE SIERVO, *Il contenimento del Covid: interpretazioni e Costituzione*, Modena, Mucchi editore, 2021, *passim*.

³ Sul bisogno di un ritorno all'eguaglianza e di un governo mondiale dell'economia per fronteggiare l'aumento delle diseguaglianze e anche le ipotesi di sovranismo e di protezionismo nazionale che si profilano in un'ottica di uscire dalla stretta relazione che è venuta a determinarsi tra la globalizzazione economica e il nazionalismo, v. da ultimo A. POGGI, *Oltre la globalizzazione. Il bisogno di uguaglianza*, Modena, Mucchi editore, 2020, *passim*. Sempre in ordine ai fattori che spingono il mercato ad incidere sulla decisione politica e sull'attuale assetto della democrazia partecipativa anche se con un'attenzione precipua a come e fino a che punto le regole del mercato possono limitare il potere di imposizione fiscale degli Stati nazionali di fronte alle multinazionali v., F. GALLO, *Il futuro non è un vicolo cieco. Lo stato tra globalizzazione, decentramento ed economia digitale*, Palermo, Sellerio, 2019, *passim*.

esclusivamente sul criterio dell'universalità, ovvero dell'attribuzione soggettiva di tutti i redditi del contribuente là dove egli risulti residente, non si è rivelata efficace, neppure dopo aver adeguato i criteri di collegamento tra l'attività economica digitale e lo Stato titolare del potere fiscale. Non è un caso, infatti, se nella tassazione societaria sacche di elusione, anche per via della distrazione del fatturato in paesi a fiscalità privilegiata, non si riescono a evitare. Ciò nonostante i tentativi di ampliare la nozione di stabile organizzazione ricomprendendovi anche elementi presuntivi virtuali di collegamento di una persona con il territorio. In tal verso, per l'imposizione diretta si annoverano il valore della produzione, il luogo dove si concludono i contratti di vendita ovvero i sistemi di pagamento⁴; per quella indiretta, invece, l'attribuzione del potere fiscale nel paese dove avviene la prestazione. A tal riguardo, è utile ricordare come, nonostante i provvedimenti dell'Ocse e della Commissione Europea, le multinazionali riescano, attraverso abusi del diritto, operazioni transfrontaliere di pianificazioni fiscali aggressive o le pratiche di arbitraggio, ad ottenere ancora sgravi fiscali che azzerano quasi del tutto il loro onere contributivo. In altri termini allo scopo di evitare l'ascesa dell'algocrazia, con meccanismi poco trasparenti e inegualitari, gli Stati nazionali insieme alle organizzazioni internazionali tentano di adattare la disciplina domestica ai fenomeni immateriali aggiornando i cosiddetti tre *asset*,⁵. Tentativo che è operato costantemente e che risulta incentrato su un rapporto dialogico tra tecnica e diritto, così come immaginato da Irti e da Severino⁶, ma che per disegnare con chiarezza lo scenario del mondo moderno, preconizzato anche da Schmitt nell'incontro simbolico

⁴ In diritto tributario la bibliografia sulla tassazione dell'economia è oramai abbastanza corposa, *ex multis*. A. CARINCI, *La fiscalità dell'economia digitale: dalla web tax alla (auspicabile) presa d'atto di nuovi valori da tassare*, in *Fisco*, n. 47/48 del 2019, p. 4507 ss.; L. DEL FEDERICO, *La digital economy ed il sistema tributario: considerazioni introduttive*, in AA.VV., *La digital economy nel sistema tributario italiano ed europea*, in L. DEL FEDERICO, C. RICCI (a cura di), Roma, 2015, *passim*; F. GALLO, *L'evoluzione del sistema tributario e il principio di capacità contributiva*, in *Rass. trib.*, n. 3/2013, p. 499 ss.; A. GIOVANNINI, *Ripensare la capacità contributiva*, in *Dir. prat. trib.*, n.1/2016, p. 15 ss.; A.M. JMENEZ, *BEPS, the Digital(ized) Economy and the Taxation of Services and Royalties*, in *Intertax*, n. 8/9 del 2018, p. 46 ss.; A. URICCHIO, *Intelligenza artificiale e diritto – robot tax: modelli di prelievo e prospettive di riforma*, in *Giur. it.*, n. 7/2019, p. 1657 ss.; Id., *Dematerializzazione della ricchezza, globalizzazione e nuovi indici di misurazione della ricchezza: le sfide dell'imposizione all'inizio del nuovo millennio*, in AA.VV., *Dal diritto finanziario al diritto tributario – Studio in onore di Andrea Amatucci*, Bogota – Napoli, Jovene, 2011, 3, III, p. 107 ss.

⁵ In particolare, puntando prima sul ritrovamento di qualche elemento materiale di contatto tra reddito e territorio per poi passare a contemplare il momento del valore economico, in particolare dove esso si è manifestato e in quale forma (reddito, consumo ecc).

⁶ N. IRTI, E. SEVERINO, *Dialogo su diritto e tecnica*, Bari, La Terza, 2001, *passim*.

tra terra e mare⁷, deve diventare un modello condiviso a livello mondiale e con criteri fiscali univoci⁸. Anzi deve puntare, all'interno di un ripensamento globale dei capisaldi della fiscalità a livello europeo e internazionale, a una condivisione politico-normativa volta a suddividere equamente il carico fiscale tra i paesi coinvolti dall'obbligo tributario.

Prima di approfondire le dinamiche delle connessioni tra economia digitale e diritto tributario, osservando nello specifico i criteri di collegamento territoriale e adeguando il novero degli elementi che identificano il rapporto della persona giuridica con il territorio, va evidenziato che in passato il criterio prevalente di ripartizione della potestà tributaria era quello della fonte e non quello della personalità. Poi in seguito agli eventi terroristici del 2001 lo scopo della repressione del riciclaggio determinò che il Legislatore tributario rispondesse sin dall'inizio con una disciplina basata sulla collaborazione e sullo scambio di informazioni per imputare i redditi all'effettivo percettore e per questo motivo il criterio della residenza del soggetto passivo, valida a assicurare il rispetto della tassazione del reddito mondiale, sostituì quello del luogo dove sorgeva la ricchezza. Nel corso degli anni, però, la difficoltà a stabilire una connessione dei soggetti passivi d'imposta con il territorio ha stimolato la ricerca di un criterio di collegamento anche in base ad un'altra lettura della cittadinanza, diversa da quella tradizionale, incentrata sulla nozione di appartenenza. In questa prospettiva, confortati dalla giurisprudenza che riconosce l'appartenenza a un territorio anche in virtù dell'esistenza di legami affettivi e non solo quando ricorrono interessi economici stabili in quel contesto⁹, anche l'imputazione dei redditi può essere giustificata dal riscontro di tali legami. Criterio utile a assicurare la giustizia tributaria quando manca il fatto fisico a stabilire l'obbligo contributivo, i paragrafi che seguono analizzano le scelte della politica fiscale internazionale di collegare fiscalmente situazioni economiche rilevanti con un territorio, nel senso di attribuirle a una comunità statale. Tale ricostruzione, operata in una chiave storico-problematica, approda purtroppo a evidenziare l'incompletezza del sistema tributario, fermo al riconoscimento delle nuove forme di ricchezza che spostano risorse economiche da un luogo a un altro con grande velocità,

⁷ C. SCHIMTT, *Terra e mare*, Milano, Adelphi, trad. 2002, *passim*.

⁸ Sicuro che la fiscalità digitale abbia fatto emergere la necessità di un ripensamento del sistema tributario nel suo complesso è anche F. PEPE, *Dal diritto tributario alla diplomazia fiscale. Prospettive di regolazione giuridica delle relazioni fiscali internazionali*, Milano, Cedam, 2020, in particolare p. 19 ss.

⁹ In merito v., Comm. trib. regionale Lombardia, sez. II, sent. n. 1865 del 2017.

sottolineando nell'analisi l'importanza degli atti di *soft law* allorquando questi conducano alla trasformazione del fatto in una nuova categoria giuridica.

2. La difficoltà a reperire una valida nozione di stabile organizzazione nell'era della *digital economy*.

Come abbiamo già tratteggiato, nella *digital economy* la questione problematica più importante è sicuramente quella di determinare a quale giurisdizione compete esercitare la sovranità tributaria. Ciò per la difficoltà a imputare correttamente i redditi di una persona, fisica o giuridica, presente nello Stato non solo quando ricorre profonda discrepanza tra il luogo di residenza della società e quello in cui quest'ultima può operare, ma in particolar modo quando tale assegnazione risulti impossibilitata, poiché connotata dall'immaterialità che non consente di stabilire dove nascono le operazioni economiche messe in vita da siffatti soggetti giuridici, né il momento in cui esse sorgono. Tale incertezza, oltre a comportare che le nozioni comuni di *residenza* e di *stabile organizzazione* create per il mercato tradizionale entrino in crisi, spostano anche il fuoco del confronto rispetto all'analisi di un'attività economica diversa intorno alle domande: chi detiene il potere impositivo? chi è il soggetto passivo? e quanto è il debito d'imposta?

Premessa una situazione più complicata di quella della riconduzione alle ipotesi di elusione anche internazionale, per l'assenza della previsione legislativa rispetto a interi settori produttivi che vanno dal commercio alla pubblicità e che riguarda non solo le transazioni bensì anche i benefici fiscali da accordare, va evidenziato come il concetto di residenza fiscale prima di essere non bastevole per il digitale, non sia neppure mai stato definito in maniera uniforme a livello internazionale. Nel rapporto tra mercato globale e fiscalità l'assenza di tale uniformità e il rispetto del brocardo della doppia imposizione hanno imposto che la potestà tributaria sui soggetti fiscalmente residenti da sempre risulti suddivisa tra due principi: il *worldwide taxation principle* e il *territorial taxation principle*. Nel primo, il prelievo avviene avendo come riferimento il reddito complessivo del soggetto passivo, ovunque questi sia stato generato. Nel secondo caso, invece, il potere impositivo è esercitato unicamente nel luogo ove sorge la ricchezza tassabile, investendo la totalità dei redditi generati nel corso di attività svolte nel territorio nazionale. Quanto ai soggetti non residenti,

fattispecie più vicina al nostro tema di indagine, occorre sottolineare come le imprese multinazionali da sempre esercitino la propria attività economica in diversi paesi per il tramite di “stabili organizzazioni”. All’interno delle multinazionali quelle digitali, invece, ricorrendo a metodi innovativi e per lo più immateriali, possono decidere di non creare alcuna sede fissa di affari, abbattendo in tal modo fortemente anche le barriere all’entrata dei mercati.

Pure se l’impresa digitale può non ricorrervi, in via preliminare va detto che la nozione di stabile organizzazione (“*permanent establishment*” o “PE”) ¹⁰ risponde all’esigenza di individuare un criterio di ripartizione del potere impositivo tra diverse giurisdizioni fiscali allorché un soggetto residente in uno Stato produca redditi d’impresa in un altro Stato, in modo tale da allocare correttamente il reddito nei diversi Stati in cui opera la società multinazionale e eliminare le forme di doppia imposizione che gravano sui flussi di reddito transfrontalieri. In altri termini, la stabile organizzazione rappresenta la soglia minima su cui si poggia la ripartizione convenzionale del potere impositivo tra lo Stato della fonte, in cui il reddito d’impresa è prodotto, e lo Stato della sua residenza fiscale. Affinché sia assicurato un corretto svolgimento della potestà impositiva l’impresa non residente deve però essere effettivamente radicata nel sistema economico dello Stato fonte, ovvero per assoggettare a tassazione i redditi prodotti devono esserci profitti e fatturato¹¹.

Tutto questo è avvenuto pacificamente sino a quando accanto al mercato tradizionale non è comparso quello digitale.

Allorquando la digitalizzazione dell’economia e l’avvento dell’imprenditoria *high tech* hanno determinato il mutamento della struttura dei gruppi societari, per cui essi svolgono attività digitali o multidimensionali con cui perseguono il loro oggetto sociale senza necessitare di una presenza fisica, il dato di non riuscire esattamente ad attribuire in uno Stato profitti e fatturato ha contribuito a mettere in discussione i

¹⁰ La nozione di “stabile organizzazione” appare nei documenti ufficiali per la prima volta nel 1927, anno in cui la “Società delle Nazioni” la introdusse per la prima volta al paragrafo 1 dell’articolo 5 del Modello di Convenzione contro le doppie imposizioni. Attraverso la nozione di S.O. si individua un criterio di ripartizione del potere impositivo tra diverse giurisdizioni fiscali, in modo tale da allocare correttamente il reddito nei diversi Stati in cui opera la società multinazionale, riconducendo la rispettiva titolarità impositiva ad un paese diverso da quello di residenza ed eliminando la doppia imposizione che si può realizzare sui flussi di reddito transfrontalieri.

¹¹ Per una disamina più approfondita, si rinvia a A. SFRONDINI, *La stabile organizzazione*, in A. DRAGONETTI – A. SFRONDINI – V. PIACENTINI, *Manuale di fiscalità internazionale*, (a cura di), Milano, IPSOA, 2019, pp. 1177-1228.

principi alla base dell'istituto della stabile organizzazione. Anzi, il dato materiale che numerose imprese digitali abbiano utenti e o clienti in un paese senza esservi presenti fisicamente e che dall'interazione con i dati e con i contributi degli stessi si generi un valore economico notevole insinua il dubbio se abbia ancora un senso cercare di adattare la nozione di stabile organizzazione all'immaterialità.

In un'economia globalizzata ma ancora troppo sbilanciata sull'ordine contrattuale privato il dilemma di questa nuova forma di mercato che sfugge alle regole precostituite è sicuramente quello di contribuire all'aumento delle diseguaglianze. Ciò ha suscitato un ampio dibattito internazionale. I vari Stati, infatti, oltre al bisogno di armonizzare la contrattualistica, anche in materia fiscale avvertono ormai la necessità di rinvenire soluzioni a livello sovranazionale per trovare il giusto connubio tra lo sfruttamento dei vantaggi derivanti dall'economia 4.0 e l'equa ripartizione del gettito fiscale.

In un sistema che anela alla costruzione di un diritto amministrativo globale che va oltre la compenetrazione con la giurisprudenza, con tutti i dubbi che concernono i punti di contatto con gli ordinamenti nazionali e l'esercizio della loro sovranità nazionale, l'ordinamento tributario vede nella gestione in maniera efficace ed efficiente dei moderni e volatili sistemi di *business model* e dei relativi ricavi la maggiore sfida da affrontare. Partendo dal presupposto che la necessità di una scelta fiscale globale non può però fermarsi ad assicurare solo l'efficacia e l'efficienza a scapito dell'eguaglianza, essa è dettata sia dalla grande mobilità delle transazioni che avvengono in *internet*, che dal fatto che gli elementi di reddito possono essere generati da remoto, senza che quindi sia necessaria la presenza di una stabile organizzazione. Come abbiamo già ampiamente profilato la prima e immediata contrapposizione tra il mercato tradizionale e quello digitale è sicuramente l'inadeguatezza degli strumenti tradizionali di diritto tributario internazionale a regolare gli attuali modelli economici e di organizzazione imprenditoriale. In altri termini i concetti di Stato della fonte e di Stato di residenza mal si conciliano con i concetti chiave di mobilità e di volatilità che rappresentano i tratti distintivi della *digital economy*, allo stesso modo la tradizionale nozione di Stato di residenza risulta obsoleta, considerato che per le imprese digitali si identifica anche con il luogo fisico di origine della proprietà intellettuale e non più unicamente con il luogo di direzione

effettiva dell'impresa¹².

3. Verso un nuovo modello internazionale di tassazione della *digital economy*.

Premesso che sinora si sono affrontate questioni fondamentali che richiamano il rapporto con il territorio sia di persone fisiche che giuridiche e il dovere di solidarietà economica¹³, la principale difficoltà a declinare un nuovo sistema internazionale di tassazione della *digital economy*, capace anche di ridisegnare i principi della fiscalità internazionale in funzione dei nuovi equilibri geo-economici, è rappresentata dalla necessità di elaborare un valido criterio di collegamento per assoggettare a tassazione i redditi prodotti dai moderni modelli di *business* nel territorio in cui essi sono effettivamente generati. In un discorso che dovrebbe tendere a contemperare l'aumento delle diseguaglianze, l'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico (di seguito "OCSE") si è impegnata attivamente per ricercare soluzioni mirate alle problematiche poste dagli *standard* impositivi tradizionali in tema di tassazione della *digital economy*. Nonostante gli sforzi profusi a cercare di garantire validi e adeguati criteri di allocazione dei redditi prodotti dalle imprese digitali, l'assenza di una reale volontà politica non ha ancora determinato una posizione

¹² È evidente come la *digital economy* poco si attagli con la tradizionale nozione di residenza fiscale, rendendo più difficoltosa la verifica della sussistenza dei criteri di riferimento previsti dal diritto tributario (sede amministrativa, sede legale, luogo di effettivo svolgimento dell'oggetto principale della società). Affinché vi sia una connessione deve, infatti, sussistere un criterio di collegamento territoriale della potestà impositiva e occorre definire un legame ragionevole tra la capacità contributiva manifestata dal presupposto e l'ordinamento di cui fa parte la norma che disciplina il tributo, delimitando in tal modo anche la sfera di applicazione del tributo nazionale. A tal riguardo si ravvisano, però, criticità nell'individuazione:

- dell'oggetto principale dell'attività, ovvero del luogo in cui si svolge in misura prevalente l'attività essenziale per la realizzazione dei principali scopi sociali;
- del luogo di direzione effettiva, dal momento che la direzione dell'attività di impresa non necessita di una "cabina di regia" fisica, ma può certamente essere esercitata da remoto. Ne consegue la difficoltà di identificare la giurisdizione nella quale viene a determinarsi una componente reddituale tassabile e quindi competente ad esercitare la propria sovranità tributaria. Le vigenti norme in materia tributaria, predisposte all'inizio del XX secolo, sono state dettate per le imprese tradizionali e non prendono in considerazione l'impatto mondiale delle attività digitali che non necessitano di una presenza fisica per poter fornire servizi digitali e che svolgono attività a distanza grazie al contributo degli stessi utenti finali, mediante lo sfruttamento di attività immateriali.

¹³ Dovere questo alla base dell'esercizio della funzione fiscale ma anche del vivere sociale. Com'è noto a tutti l'esercizio del dovere tributario implica un obbligo fondamentale per lo sviluppo e il regolare funzionamento del paese. In questi termini interesse fiscale da un lato e capacità contributiva dall'altro identificano sia le forme di partecipazione alle spese pubbliche sia l'elemento di redistribuzione delle ricchezze, secondo i principi costituzionali che presiedono la giustizia distributiva.

realmente risolutiva a livello internazionale, su cui ridisegnare il consenso globale intorno a quel nucleo di valori che richiamano la stretta connessione tra primato della persona e giustizia distributiva.

Partendo dal presupposto che attualmente il fuoco del confronto è tra l'istituzione di un'imposta digitale o la tassazione del reddito societario di queste imprese diverse dalle tradizionali, inizialmente però il campo di indagine dell'OCSE si è incentrato solo sul concetto di stabile organizzazione con diversi tentativi di modificare la sua nozione, seppur senza risolvere definitivamente il problema. Non a caso pur dopo aver esteso la declinazione all'accezione virtuale, il nervo scoperto della tassazione dell'economia digitale rimane sicuramente quello della mancata corrispondenza tra le fattispecie messe in vita dalle società diverse da quelle tradizionali e le relative imposte. Invero il requisito costituito da una S.O. è stato elemento cardine delle convenzioni fiscali fin dall'inizio delle prime bozze di modelli da parte della Lega delle Nazioni e, come dimostra l'iniziativa BEPS, è ancora fattore scatenante di numerose controversie a livello internazionale.

Rinviano l'analisi del modello BEPS al prosieguo e rifacendosi ad un discorso più storico-ricostruttivo del fenomeno fiscale digitale, occorre puntualizzare come questa tipologia di attività economica, caratterizzata da un centro di interessi non fisso né inglobato in un territorio, sia stata oggetto di attenzione da parte dell'OCSE sin dall'inizi degli anni 90, a seguito della diffusione dell'*e-commerce*. Siffatto organismo, infatti, nell'osservare l'insieme delle transazioni commerciali volte alla fornitura di prodotti e servizi attraverso un comune *browser* di pagine *web*, percepì sin da subito la sua reale portata innovativa e pur in presenza di oggettive difficoltà, incominciò a riflettere in merito a come applicare i capisaldi dei sistemi di imposizione tradizionale ai fenomeni delle transazioni telematiche. All'interno dei lavori del Congresso di Ottawa del 1998 emerse chiaramente come l'intenzione dell'organizzazione internazionale non fosse quella di individuare nuove regole specificatamente rivolte al commercio elettronico, bensì di adattare in via interpretativa la definizione tradizionale dell'istituto contenuta nell'articolo 5 del "Modello OCSE di Convenzione contro le doppie imposizioni" (di seguito, "Modello OCSE") o meglio di adeguare il concetto di stabile organizzazione alla luce delle nuove casistiche, figlie dell'era tecnologica¹⁴.

¹⁴ L'OCSE, percepita l'influenza del commercio elettronico sulla nozione di stabile organizzazione, aveva elaborato un documento presentato a Ottawa nel 1988 nel quale veniva ribadita l'applicabilità dei principi

Di seguito, nel 1999, l'OCSE nel delegare *il Working Party n. 1* di ricercare soluzioni interpretative e consentire la coerente applicazione del principio tradizionale anche in ambito di *e-commerce*, approvò solo alcuni limitati cambiamenti al Commentario del Modello¹⁵, contribuendo in tal modo ad attribuirgli anche natura ermeneutica. Sulla base di tale natura esso divenne applicabile a tutte le convenzioni in vigore che ancora oggi riprendono la definizione di stabile organizzazione¹⁶, senza che fosse

delineati nell'articolo 5 del Modello OCSE al commercio elettronico. Decisa a adattare la definizione di stabile organizzazione, anche alla *digital economy*, l'organizzazione internazionale istituì un gruppo di lavoro per valutare l'idoneità della normativa allora vigente in materia di *e-commerce* e, eventualmente, aggiornarla. In merito, il cosiddetto "*Ottawa Taxation Framework*" osservò in particolare che i tradizionali principi fiscali internazionali dovessero essere applicati al nuovo ambiente commerciale promosso da *Internet* relativo a beni e servizi digitali. Di seguito, nel 1999, l'OCSE delegò *il Working Party n. 1* di ricercare soluzioni interpretative e consentire la coerente applicazione del principio tradizionale che individuava la stabile organizzazione anche in ambito di *e-commerce*. Attribuita la natura ermeneutica al Commentario, rendendolo applicabile a tutte le convenzioni in vigore che riprendono dal modello OCSE la definizione di stabile organizzazione. Sempre a riprova dell'intenzione dell'OCSE di adattare la nozione si può citare l'art. 7, il quale prevede che gli utili che un residente di uno Stato contraente consegue dallo svolgimento di una attività commerciale in altro Stato contraente sono assoggettabili ad imposta solo se vengono prodotti attraverso una stabile organizzazione. In altri termini, gli utili che un residente di uno Stato contraente consegue dallo svolgimento di una attività commerciale in altro Stato contraente sono assoggettabili ad imposta solo se vengono prodotti attraverso una S.O. Siffatto principio fu introdotto per la prima volta nel 1997 a Turku in Finlandia, all'interno di un programma dell'OCSE sulle sfide fiscali del commercio digitale transfrontaliero.

¹⁵ Il modello OCSE è corredato da un Commentario, redatto dagli esperti del Comitato Affari Fiscali (*OECD Committee on Fiscal Affairs* – "CFA"), che è divenuto una guida comunemente accettata per l'interpretazione e l'applicazione delle disposizioni dei trattati vigenti. Nonostante la natura giuridica del Commentario non sia in realtà unanimemente riconosciuta, esso potrebbe essere fatto rientrare come elemento integrativo dei Trattati stipulati in base all'articolo 3 paragrafo 2 del Modello secondo cui "*per l'applicazione della Convenzione da parte di uno Stato contraente in qualsiasi momento, i termini ivi non definiti hanno il significato che ad essi è in quel momento attribuito dalla legislazione di detto Stato relativa alle imposte alle quali si applica la Convenzione, a meno che il contesto non richieda una diversa interpretazione, fermo restando che il significato attribuito dalle leggi fiscali prevarrà rispetto al significato attribuito da altre leggi dello Stato*".

¹⁶ Con il termine "stabile organizzazione", l'articolo 5 del Modello OCSE identifica una "*sede fissa di affari in cui l'impresa esercita in tutto o in parte la sua attività*" ("*fixed place of business through which the business of an enterprise is wholly or partly carried on*"). Gli elementi caratteristici sono pertanto due: l'esistenza di una installazione fissa in senso tecnico (es. locali, attrezzature, etc.) e lo svolgimento, per mezzo di tale struttura, di un'attività economica. Per una disamina più dettagliata in merito, si rinvia a P. VALENTE – G. IANNI – F. ROCCATAGLIATA, *Economia digitale e commercio elettronico*, IPSOA, Milano, 2015, pp. 164-168. Trattasi quindi di quella "proiezione economica" di un'impresa in un diverso territorio e, in base al suddetto art. 5, si configura una S.O. quando un'impresa ha una sede fissa di affari in uno Stato diverso da quello della propria residenza fiscale, attraverso la quale l'impresa esercita in tutto o in parte la propria attività ("materiale") o un soggetto che opera svolgendo attività imputabili al non residente ("personale"). Quanto alla prima tipologia di S.O., la stabile organizzazione c.d. materiale (S.O.M.), l'art. 5 del Modello OCSE fa riferimento a tre principali requisiti:

- 1) Requisito oggettivo, il quale si declina principalmente in due seguenti caratteristiche tipiche:
 - a) L'esistenza di una sede d'affari. Con questa espressione, si indica l'insieme dei locali utilizzati per l'esercizio dell'attività d'impresa, indipendentemente dal fatto che siano utilizzati esclusivamente per tale scopo. Inoltre, come indicato nel Commentario OCSE, il possesso di un bene immobile, sia esso in locazione o di proprietà, non rappresenta un requisito per rilevare tout court la presenza di una sede d'affari. Nel caso dei server che ospitano siti web, il Commentario precisa che la presenza o l'intervento di personale non è richiesto affinché il server sia considerato una sede d'affari;

quindi necessario procedere alla modifica dei trattati già ratificati.

Successivamente, in occasione del *Forum on Electronic Commerce* di Parigi, il Comitato Affari Fiscali propose una prima versione abbozzata del Commentario, con modifiche specifiche che si incentravano segnatamente sulla possibilità di qualificare come stabile organizzazione il sito *web* e il *server* in base all'articolo 5 del Modello OCSE¹⁷.

b) Stabilità della sede. Si intende l'esistenza di un certo grado di permanenza tra la sede e il luogo in cui essa si trova, cioè una struttura che presenti un sufficiente grado di stabilità. Il legame in questione deve sussistere affinché possa crearsi il collegamento minimo necessario tale da legittimare l'imposizione dello Stato sui redditi che ne scaturiscono. Il requisito della stabilità necessita che vi sia il requisito della "stabilità fisica", nel senso di un legame geografico tra il luogo d'affari e un territorio, nonché la stabilità temporale. Secondo l'OCSE, un server può configurare una S.O.M. secondo i principi generali previsti dall'art. 5.1 del Modello di Convenzione contro le Doppie Imposizioni, poiché da solo può costituire una sede fissa di affari. In particolare, le condizioni di "stabilità" sono soddisfatte quando il server: (i) non subisce spostamenti; (ii) è nella piena disponibilità dell'impresa non residente (l'impresa non residente è proprietaria o locataria del server e lo gestisce direttamente); (iii). genera attività significative ed essenziali in rapporto al *corebusiness* dell'impresa non residente.

2) Requisito soggettivo, il quale afferisce ai rapporti che permettono di ricollegare la sede fissa d'affari al soggetto-impresa non residente. Ci si riferisce quindi alla relazione tra la sede fissa di affari e il soggetto non residente.

Infatti, la semplice esistenza di una sede fissa di affari non è sufficiente a costituire una S.O., ma il soggetto non residente deve avere la sede a propria disposizione. Non è necessario che l'impresa che possa potenzialmente configurarsi quale S.O. abbia un diritto di natura formale (diritto legale acquisito per legge, contratto o altro accordo legalmente formalizzato sotto la forma di proprietà, locazione, deposito, pegno o altro) per utilizzare il luogo in questione. Inoltre, sempre relativamente al requisito soggettivo, rileva l'intenzione del soggetto non residente: se l'impresa prevede di esercitare le sue operazioni attraverso la sede fissa d'affari per un periodo potenzialmente indefinito, esiste una S.O.M. anche se *de facto* tali intenzioni non si realizzano.

3) Requisito funzionale, con il quale si fa riferimento allo svolgimento nella sede di un'attività economica connessa all'attività principale dell'imprenditore. Da una parte, le operazioni effettuate della sede devono corrispondere ad una attività imprenditoriale o commerciale; dall'altra deve sussistere un collegamento tra l'attività svolta e il luogo nel quale è situata.

L'articolo 5 prevede anche delle esclusioni, come le attività preparatorie o accessorie. Esempi sono le strutture con il solo scopo di immagazzinare o gli uffici di collegamento che si limitano a pubblicizzare o raccogliere informazioni commerciali. Quanto invece alla S.O. c.d. personale (S.O.P.), in assenza di una sede fissa d'affari, una S.O. può essere caratterizzata dalla presenza di un agente che rappresenta l'impresa in un altro Stato. Tale agente, sia esso una persona fisica o una persona giuridica, gestisce i contratti a nome dell'impresa.

In sostanza, questa seconda tipologia di figura ricondotta sotto il *nomen* di S.O è fondata sul presupposto che la casa madre possa svolgere la propria attività all'estero (Stato della fonte) in maniera indiretta, avvalendosi in loco di un rappresentante, che, a determinate condizioni, viene qualificato come S.O. anche se non rappresenta una sede fissa attraverso cui opera la casa madre. Il Modello OCSE, all'art. 5, commi 5 e 6, adotta una definizione negativa della nozione di "dipendenza" e stabilisce che un agente è indipendente quando agisce in nome proprio e non ha alcuna relazione subordinata con l'impresa, sia giuridica che economica. Per S.O.P. si intende quindi la persona (fisica o giuridica) che, anche in assenza di alcuna struttura materiale nel territorio dello Stato, svolge abitualmente un ruolo decisivo nella conclusione di contratti in nome e per conto di una impresa non residente, senza agire quale agente indipendente che opera nell'ambito della propria ordinaria attività.

¹⁷ Precisato che le attività svolte mediante server non devono essere limitate ad attività preparatorie o ausiliarie perché si possa qualificare quale stabile organizzazione e risulta necessario valutare caso per caso se tali apparecchiature configurano una stabile organizzazione. A tal riguardo, il Commentario specifica che «un sito *Internet*, che è una combinazione di *software* e dati elettronici, non può di per sé costituire una proprietà

Senza dilungarci ulteriormente nel percorso storico, negli anni gli sforzi dell'organismo in parola per trovare una soluzione alla tematica della tassazione della *digital economy* non si sono mai arrestati fino ad arrivare alla definizione di stabile organizzazione virtuale¹⁸.

Pur se ancorato alla fissità della sede, in seguito alla crisi finanziaria del 2007 e ai problemi di bilancio e di riduzione del gettito fiscale che hanno coinvolto un gran numero di paesi, i Legislatori fiscali iniziarono a pensare a una legislazione per contrastare l'elusione fiscale internazionale e l'evasione *offshore*. In quel contesto l'accento fu puntato anche sulla tassazione delle grandi imprese del digitale, uniche a trarre margini altissimi di profitti senza avere alcuna presenza fisica in molti paesi del mondo. Per questo motivo e per evitare l'elusione dettata dall'aggiramento della nozione di stabile organizzazione, nel 2012 il G20 messicano a Los Cabos diede mandato esplicito all'OCSE di approfondire i fenomeni di *Base Erosion and Profit Shifting* (di seguito "BEPS"), mentre a quello russo tenutosi a San Pietroburgo nel 2013, l'organo presentò il rapporto *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting* individuando un piano d'azione, articolato in 15 misure, volto ad analizzare e affrontare su scala internazionale le criticità della *digital economy*.¹⁹

In particolare, con l'*Action 1*²⁰ dopo aver preso coscienza del fatto che l'economia digitale non può essere circoscritta e separata dal resto del mercato, vista la sua

tangibile. Non ha una posizione che può costituire una "sede di attività" in quanto non esiste "struttura come sede o, in alcuni casi, macchinari o attrezzature». Invece, «il server su cui il sito web è memorizzato e attraverso il quale è accessibile è un pezzo di equipaggiamento avendo una posizione fisica e tale ubicazione può quindi costituire una "sede fissa di attività" dell'azienda che gestisce quel server».

¹⁸ Pur rimanendo al passo con il processo di evoluzione digitale che investe maggiori settori dell'economia alla luce di un contesto economico sempre più globalizzato essendo la S.O. un «*fixed place of business through which the business of an enterprise is wholly or partly carried on*», l'OCSE in principio non aveva accolto un differente principio di S.O. "virtuale" essenzialmente per due motivi:

- la considerazione che non fossero necessari nuovi strumenti per affrontare le nuove problematiche fiscali relative alla *digital economy*, essendo quindi sufficienti le vigenti disposizioni in materia di S.O.;
- la mancanza di un riscontro che testimoniassero la sussistenza di un nesso causale diretto fra la generazione di redditi mediante strumenti telematici e la sostanziale riduzione delle entrate fiscali in alcuni paesi.

¹⁹ Il BEPS Action Plan comprende nuovi standard minimi in materia di scambio di informazioni tra paesi, affrontando numerose e rilevanti problematiche fiscali, fra cui l'abuso dei trattati, le pratiche fiscali dannose, lo scambio automatico di informazioni in sede di accordi fiscali tra multinazionali e paesi. Il Rapporto "Piano d'Azione" su "Erosione della Base imponibile e spostamento dei profitti" (BEPS), ha suddiviso il proprio programma in 15 misure per affrontare la questione a livello internazionale. Un primo pacchetto di misure del report BEPS è stato presentato il 16 settembre 2014, mentre il 5 ottobre, nel G20 di Lima, sono stati pubblicati i risultati finali del progetto BEPS. Quest'ultimo è volto a limitare le pratiche fiscali dannose, incentivare lo scambio automatico di informazioni, rivedere le linee guida dei prezzi di trasferimento e ridefinire il concetto di stabile organizzazione per porre fine alle pratiche di erosione della base imponibile.

²⁰ Introdurre specifiche norme fiscali sull'economia digitale riguardanti le imposte dirette ed indirette al fine di affrontare le relative problematiche fiscali.

rilevanza, e dell'incapacità dell'attuale sistema di regole fiscali nazionali e internazionali di intercettare e tassare tutti redditi prodotti dalle grandi multinazionali digitali si predispongono la qualificazione di un *nexus* alternativo a quello tradizionale basato sulla presenza fisica. A tal riguardo, per avallare tributi caratterizzati da fatti imponibili che prescindono dalla presenza di una *taxable presence* (identificata con una stabile organizzazione) nel territorio degli Stati in cui operano, si è ricorso all'ausilio della "*significant digital presence*" ovvero alla "stabile organizzazione virtuale". Inoltre, seguendo questa scia un'ulteriore possibilità di tassare i redditi del digitale potrebbe consistere nel suddividere i profitti di un gruppo fra i diversi Stati alla luce dei fattori che contribuiscono a determinarne la ricchezza²¹.

Sempre per evitare l'aggiramento della stabile organizzazione anche il *Final Report* dell'Action 7 "*Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status*" si è rilevato di particolare importanza, soprattutto per quanto concerne l'attuale definizione di stabile organizzazione c.d. "personale" e la nozione di "attività preparatorie ed ausiliarie"²². Volte a evitare l'elusione, tali modifiche, per il tramite del paragrafo 4 dell'articolo 5 del Modello OCSE, statuiscono che ricorre la stabile organizzazione solo qualora una sede di affari venga utilizzata per lo svolgimento delle attività tassativamente indicate nella lista ivi contenuta²³.

Allo stesso modo, l'OCSE ha inteso trovare una soluzione alle pratiche delle imprese volte ad aggirare le previsioni convenzionali sulla stabile organizzazione personale, sostituendo, ai sensi dell'attuale art. 5 Modello Ocse, ai tradizionali modelli di *business*, incentrati su soggetti "distributori" controllati direttamente

²¹ L'OCSE ha segnalato che la *digital economy* non ha contribuito a creare nuove e insormontabili criticità di erosione della base imponibile e spostamento degli utili, ma ha esasperato le modalità con cui le multinazionali cercano di perseguire tali finalità. Pertanto, l'OCSE resta fiduciosa che, in attesa di una soluzione specifica, questi meccanismi elusivi e nocivi posti in essere dalle multinazionali possano essere quanto meno arginati, attraverso le misure contemplate in altre Action. Si ricordano in tal senso l'Action 3³⁵ (relativa alla rivisitazione della disciplina delle *controlled foreign companies* – "CFC"), l'Action 7 (sul contrasto all'utilizzo artificioso della stabile organizzazione) e le Action 8-10 (destinate ad assicurare che i risultati dell'analisi sui prezzi di trasferimento siano effettivamente conformi con la creazione della catena di valore).

²² V. CIRIMBILLI – M. MASI, *La nuova definizione di stabile organizzazione "personale" contenuta nell'Action 7 del Progetto Beps*, in *Rivista delle operazioni straordinarie*, 2017, pp. 42-55.

²³ Il fine è quello di prevenire l'applicazione automatica di tali esenzioni restringendo l'attività svolta (formalmente) a carattere ausiliario ovvero preparatorio. Inoltre, il *Report* finale sull'Action 7 del Progetto BEPS mira ad evitare illegittime forme di elusione della tassazione nello Stato della fonte, rendendo più semplice la configurazione della stabile organizzazione c.d. "personale".

dall'impresa non residente, i rapporti contrattuali di commissione.²⁴ Oppure alla difficile qualificazione della persona che abitualmente conclude contratti quale "agente indipendente" dall'impresa estera, a cui secondo il paragrafo 6 dell'articolo 5 del Modello OCSE, non sarebbe riconducibile l'esistenza di una stabile organizzazione.

Con riferimento a queste pratiche, di sovente elusive della definizione di stabile organizzazione, il *Final Report* dell'Action 7 cerca di risolvere le questioni dubbie affermando il principio secondo il quale vi sarebbe un collegamento fra un'impresa e uno Stato, tale da assoggettarla ad imposizione, qualora un intermediario svolga la propria attività in uno Stato e concluda dei contratti per cui sarebbe l'impresa non residente in questione a doverne dare esecuzione.

A questo punto viene spontaneo chiedersi cosa significhi esattamente agire "*on behalf of an enterprise*", ovvero "per conto di un'impresa". L'OCSE nel nuovo paragrafo 32.3 del Commentario conferisce una risposta nel potere dell'agente di porre in essere comportamenti giuridicamente rilevanti che contribuiscano in maniera rilevante a coinvolgere l'impresa nell'ambito delle attività svolte nell'altro Stato. Tali attività sarebbero in grado di far sorgere diritti e obblighi direttamente in capo all'impresa non residente, senza che invece sorga alcun obbligo in capo all'agente. A titolo esemplificativo, il livello minimo di coinvolgimento è assimilabile all'attività di un socio o dell'amministratore che agisce per la società.

Al di fuori di siffatte specificazioni utili a fare chiarezza intorno alla nozione e alla ricorrenza della stabile organizzazione, in seguito alle modifiche al paragrafo 5 dell'articolo 5 del Modello OCSE, il presupposto della spendita del nome

²⁴ Tali contratti sono contraibili dalla persona fisica o giuridica che, pur senza porre in essere alcuna struttura materiale nel territorio dello Stato, li conclude abitualmente in nome e per conto di una impresa non residente, senza agire quale agente indipendente che opera nell'ambito della propria ordinaria attività. Si definisce invece "accordo di commissione" il contratto con il quale una parte, detta commissionario, si obbliga ad acquistare o a vendere beni in nome proprio e per conto di un'altra parte detta società committente. Per esercizio abituale dell'attività principale che porta alla conclusione di contratti, è necessario fare riferimento all'attività di convincimento di una parte di un soggetto a entrare in un rapporto contrattuale con l'impresa; la semplice attività promozionale, invece, non rileva. Per comprendere in maniera più chiara tale concetto, il Commentario specifica quanto avviene ai rappresentanti delle imprese farmaceutiche, i quali illustrano il prodotto ai medici, che prescrivono successivamente quel prodotto ai pazienti. La conclusione del contratto con il paziente non può essere concretamente ricondotta all'attività dell'impresa nel territorio dello Stato, sicché il rappresentante non costituisce una stabile organizzazione personale dell'impresa farmaceutica. Al riguardo va rimarcato *Final Report* dell'Action 7 fa notare che, attraverso gli accordi di commissione, un'impresa può vendere i propri prodotti in un altro Stato senza configurare una stabile organizzazione a cui sarebbero imputati i relativi ricavi di vendita, con conseguente tassazione di questi ultimi. Sarebbe soggetta a tassazione solamente la remunerazione ricevuta.

dell'impresa estera non rappresenta più connotato distintivo per identificarla.

Al contrario, siffatta riforma ha introdotto due ulteriori fattispecie idonee a configurarla:

- contratti sottoscritti dall'agente dipendente volti a trasferire la proprietà o il diritto di uso di beni sui quali l'impresa non residente ha il diritto di proprietà o il diritto di uso;
- contratti sottoscritti dall'agente dipendente finalizzati alla prestazione di servizi da parte dell'impresa non residente²⁵.

Pur costituendo strumenti di *soft law* giuridicamente non vincolanti, di fronte a questa situazione di fatturati stratosferici che sfuggono alla tassazione ci si aspetta che i Paesi che hanno partecipato alla loro elaborazione curino la concreta attuazione dei principi sviluppati dall'OCSE ovvero predispongano una soluzione finale per la tassazione della *digital economy*²⁶.

4. La *digital economy* nella prospettiva comunitaria.

In data 21 marzo 2018, la Commissione Europea ha formulato due Proposte di Direttiva in materia di tassazione della *digital economy*. In particolare, la prima è volta a stabilire una normativa per la tassazione delle società che hanno una “presenza digitale significativa” (COM (2018) 147), mentre la seconda ha per oggetto

²⁵ Si ricorda tuttavia che, ai sensi del paragrafo 4 dell'articolo 5, le attività svolte da un soggetto per conto di un'impresa non residente non configurerebbero una “stabile organizzazione materiale” qualora fossero riferibili esclusivamente ad attività a carattere preparatorio o ausiliario, pur se esercitate attraverso un base fissa di affari. Pertanto, in seguito alle modifiche apportate all'articolo 5 del Modello OCSE, il commissionario che agisce senza spendere il nome dell'impresa non residente potrà configurare una stabile organizzazione personale dell'impresa medesima se svolge abitualmente un ruolo decisivo per stipulare i contratti che vengono poi sottoscritti dalla impresa non residente per il trasferimento di beni. Resta inteso che l'impresa dovrà in tal modo mantenere una presenza abituale nello Stato estero affinché si possa parlare di stabile organizzazione, con conseguente assoggettamento a tassazione dei redditi generati.

²⁶ In quest'ottica, nella riunione dell'OCSE/G20 *Inclusive Framework on Base Erosion and Profit Shifting* tenutasi a Fukuoka 28 e 29 maggio 2019 e approvata dai ministri delle Finanze e dai leader del G20 nel mese di giugno 2019, In questo documento vengono pertanto individuati due pilastri ma non vengono proposte soluzioni specifiche. I due principi generali sono:

- 1) il riesame delle regole alla base dell'allocazione dei profitti nei diversi Stati e il “nesso” tra presenza economica di un'impresa in un paese anche in assenza di presenza fisica (vista la presenza fisica ridotta o persino inesistente dell'impresa non residente) e il diritto da parte di questo a tassarne i redditi;
- 2) progettazione di un sistema internazionale volto a garantire che le multinazionali, in particolare quelle operanti nell'economia digitale, siano assoggettate a un livello minimo di tassazione, contrastando le possibilità di possibilità di *profit shifting*.

l'introduzione di una imposta transitoria relativa al sistema comune d'imposta sui servizi digitali applicabile ai ricavi derivanti dalla fornitura di taluni servizi digitali (COM (2018) 148)²⁷. Si sottolinea che le citate proposte di Direttiva, in aggiunta alla Raccomandazione C (2018) 1650 del 21 marzo 2018, sono state illustrate dalla Commissione Europea nell'ambito della Comunicazione del 21 marzo 2018 (in tema di elaborazione di proposte del pacchetto per la tassazione equa dell'economia digitale) ma nonostante ciò non hanno ancora trovato attuazione a causa del mancato raggiungimento dell'unanimità tra gli Stati membri dell'Unione Europea.

La presente trattazione, incentrandosi sulla tematica della residenza fiscale e della stabile organizzazione nella *digital economy*, analizzerà la direttiva COM (2018) 147. Nel delineare l'attuale contesto, dopo aver sottolineato come le norme vigenti in materia di imposta sulle società «*si basano sul principio che gli utili dovrebbero essere tassati nel luogo in cui è creato il valore*», la proposta di Direttiva riconosce l'inadeguatezza delle norme tradizionali rispetto al fenomeno digitale, in quanto essendo state concepite per settori tradizionali legati a una presenza fisica in un paese, non potevano prevedere l'influenza travolgente che i servizi digitali avrebbero avuto sul mondo economico e imprenditoriale.

Alla luce di ciò si è ravvisata la necessità di nuovi indicatori per superare la nozione di "stabile organizzazione" cioè per assoggettare ad imposta persone non residenti ai fini fiscali, tenuto conto che una riflessione su tale tematica migliorerebbe anche «*la resilienza del mercato interno nel suo complesso, al fine di rispondere alle sfide della tassazione dell'economia digitale*». Tale obiettivo, però, non può essere conseguito in maniera adeguata mediante l'azione individuale di ciascun Stato Membro poiché le imprese digitali possono sì operare a livello transfrontaliero senza avere alcuna presenza fisica in una giurisdizione, ma approcci unilaterali e divergenti da parte dei

²⁷ Pur non prettamente riferibile al tema di stabile organizzazione, si intendono comunque fornire brevi cenni in merito alla Proposta di Direttiva (COM (2018) 148). Precisamente viene proposta l'introduzione di un'imposta sui ricavi generati dalla prestazione di alcune tipologie di servizi digitali (spazi pubblicitari resi disponibili su di una piattaforma digitale indirizzata agli utenti della medesima; le piattaforme digitali "*multi-sided*" che consentono agli utenti di trovare altri utenti ed interagire con gli stessi, e che possono facilitare la fornitura di beni e servizi direttamente tra gli stessi utenti; la vendita di dati grezzi, cioè informazioni che sono state raccolte ma non ulteriormente elaborate) e per soggetti passivi d'imposta individuati nelle società con ricavi totali superiori ad € 750 milioni a livello mondiale, e € 50 milioni di ricavi dai servizi digitali sopra indicati nell'Unione Europea. Il luogo di tassazione è da identificarsi nel luogo nel quale si trova l'utente al momento in cui l'imposta diventa esigibile, identificabile attraverso l'*indirizzo IP* dei dispositivi utilizzati per accedere ai servizi o ad altri strumenti di geolocalizzazione più affidabili; l'aliquota standard indicata nella proposta di Direttiva è del 3%, che si applica ai ricavi lordi generati da tutti i servizi sopra citati ma al netto dell'Imposta sul valore aggiunto e altre imposte analoghe.

singoli Stati membri potrebbero portare alla frammentazione del mercato unico.

A tal fine, l'articolo 1 della proposta di Direttiva in oggetto si prepone di ricercare norme che amplino il campo di applicazione della nozione di stabile organizzazione applicabile, così da includervi una "presenza digitale significativa" attraverso cui è esercitata una attività e i principi concepiti per attribuire degli utili a tale presenza digitale significativa.

Il campo di applicazione della proposta di Direttiva, invece, è definito dall'articolo 2, che si applica alle entità operanti a prescindere che il luogo di residenza ai fini dell'imposta sulle società sia in uno Stato membro o in uno Stato extra-UE. L'articolo 2, paragrafo 2 stabilisce però che la Direttiva si applichi a società residenti in un Paese terzo, con il quale lo Stato Membro ha concluso una Convenzione internazionale diretta ad evitare la doppia imposizione, unicamente se la Convenzione contro la doppia imposizione contiene disposizioni simili agli articoli 4 e 5 della Proposta (COM (2018) 147) che siano ancora in vigore.

L'articolo 4 della proposta di Direttiva si concentra sulla nozione di "presenza digitale significativa", che rappresenta il *core* della proposta volta a modernizzare a un principio tributario che poco risponde alla realtà digitale che permea ogni ambito del mercato. A tal riguardo, stabilito il criterio che ai fini dell'imposta sulle società si considera che ricorra la stabile organizzazione solo se esiste una presenza digitale significativa, attraverso la quale è esercitata, in tutto o in parte, un'attività, questi si aggiunge agli altri diretti a verificare l'esistenza di una stabile organizzazione in uno Stato Membro, avuto specifico riguardo alla fornitura di servizi digitali o di altro tipo²⁸.

Dopo aver introdotto il concetto di stabile organizzazione virtuale come qualcosa legato a una presenza, la proposta di Direttiva coglie l'insieme degli aspetti che configurano siffatta presenza digitale significativa in uno Stato Membro, in un determinato periodo d'imposta⁶⁸. Alla luce del Considerando n. 6, un'impresa digitale fa registrare una presenza digitale significativa quando è legata ad uno Stato Membro dalla sussistenza dei ricavi derivanti dalla fornitura di servizi digitali, del numero di utenti o del numero di contratti commerciali per servizi digitali. In questo discorso va detto che in via di principio la semplice vendita di beni o servizi attraverso la piattaforma di *internet* non è considerata un servizio digitale. Al

²⁸ Proposta di Direttiva (COM (2018) 147), articolo 4 paragrafo 2.

contrario, secondo l'articolo 4, paragrafo 3, si considera esistente una presenza digitale significativa in uno Stato membro nel corso di un periodo d'imposta, se l'attività svolta attraverso di essa consiste interamente o in parte nella fornitura di servizi digitali tramite un'interfaccia digitale e se sono soddisfatte una o più delle seguenti condizioni per quanto riguarda la fornitura di tali servizi da parte dell'entità che esercita l'attività, considerata congiuntamente alla fornitura di tali servizi tramite un'interfaccia digitale da parte di ciascuna delle imprese associate di tale entità a livello aggregato:

- la parte dei ricavi totali ottenuti nel corso di tale periodo d'imposta e derivanti dalla fornitura di tali servizi digitali a utenti situati nello Stato Membro considerato nel detto periodo d'imposta sia superiore a € 7.000.000²⁹;
- il numero di utenti di uno o più di tali servizi digitali - che sono situati nello Stato Membro considerato nel corso di tale periodo d'imposta da parte di utenti situati nello Stato Membro considerato - sia superiore a 100.000³⁰.
- il numero di contratti commerciali per la fornitura di servizi digitali conclusi nel corso di tale periodo d'imposta, da parte di utenti situati nello Stato Membro considerato, sia superiore a 3.000.

Con riferimento alla conclusione di contratti per la fornitura di servizi digitali, ai sensi del paragrafo 5 è necessario considerare quanto in appresso:

- a) si considera che un contratto sia un contratto commerciale se l'utente che lo conclude esercita un'attività commerciale;
- b) si considera che un utente si trovi in uno Stato Membro in un periodo d'imposta se è residente ai fini dell'imposta sulle società in tale Stato Membro in detto periodo d'imposta o se è residente, sempre ai fini dell'imposta sulle società, in un Paese terzo ma dispone di una stabile organizzazione in tale Stato Membro in

²⁹ Secondo quanto disposto dal paragrafo 7 dello stesso articolo 4, la parte dei ricavi totali viene determinata in proporzione al numero di volte in cui i dispositivi sono utilizzati nel corso di tale periodo d'imposta da parte di utenti situati in tutto il mondo per accedere all'interfaccia digitale attraverso la quale sono forniti i servizi digitali.

³⁰ Per quanto riguarda la fruizione di servizi digitali, ai sensi del paragrafo 4 dell'articolo 4 della Proposta (COM (2018) 147), si considera che un utente sia situato in uno Stato Membro in un periodo d'imposta se l'utente, nel corso di detto periodo di imposta, utilizza un dispositivo in tale Stato Membro per accedere all'interfaccia digitale attraverso la quale sono forniti i servizi digitali. Al paragrafo 6, infine, viene specificato come determinare lo Stato Membro in cui è utilizzato un dispositivo dell'utente: lo Stato viene determinato con riferimento all'indirizzo di protocollo *internet* (c.d. "*IP address*") del dispositivo o, se più accurato, a qualsiasi altro metodo di geolocalizzazione.

detto periodo d'imposta.

Con riferimento alla determinazione del reddito da attribuire alla stabile organizzazione digitale, il Considerando n. 7 stabilisce poi che la presenza digitale significativa di un'impresa può essere tassata in un'altra giurisdizione in conformità del relativo diritto interno in virtù delle regole sull'attribuzione degli utili. È infatti essenziale che i fattori di ripartizione degli utili mantengano una stretta correlazione con la creazione di valore. A tal riguardo, il paragrafo 1 dell'articolo 5 della proposta di Direttiva stabilisce che gli utili che sono attribuibili a una presenza digitale significativa in uno Stato membro sono soggetti unicamente al regime dell'imposta sulle società di tale Stato. Inoltre, il paragrafo 2 afferma che gli utili attribuibili alla presenza digitale significativa o in relazione ad essa sono quelli che la presenza digitale ha realizzato tenendo conto delle funzioni esercitate, degli attivi utilizzati e dei rischi assunti attraverso un'interfaccia digitale. Continuando su questo punto, il paragrafo 3 dispone poi che la determinazione degli utili attribuibili alla presenza digitale significativa si deve basare su un'analisi funzionale.

Per determinare quindi le funzioni della presenza digitale significativa e attribuirvi la proprietà economica degli attivi e i rischi, si deve tener conto delle attività economicamente rilevanti svolte dall'impresa attraverso un'interfaccia digitale. In merito, le attività svolte dall'impresa attraverso un'interfaccia digitale relative a dati o utenti sono da considerare come attività economicamente rilevanti della presenza digitale significativa, che attribuiscono i rischi e la proprietà economica degli attivi a tale presenza.

Sempre in relazione all'identificazione di utili attribuibili alla presenza digitale significativa, il paragrafo 4 espone l'importanza di tenere debito conto delle attività economicamente rilevanti svolte dalla presenza digitale significativa che sono pertinenti per lo sviluppo, il potenziamento, il mantenimento, la protezione e lo sfruttamento delle attività immateriali dell'impresa. Il paragrafo 5 invece chiarisce il concetto di "attività economicamente rilevanti", facendo cenno di una serie di attività svolte dalla presenza digitale significativa attraverso un'interfaccia digitale, tra cui:

- a) la raccolta, l'archiviazione, il trattamento, l'analisi, la diffusione e la vendita di dati degli utenti;
- b) la raccolta, l'archiviazione, il trattamento e la visualizzazione dei contenuti generati dagli utenti;
- c) la vendita di spazi pubblicitari *online*;

- d) la messa a disposizione sul mercato digitale di contenuti creati da terzi;
e) la fornitura di qualsiasi servizio digitale non elencato alle lettere da a) a d).

Al fine di determinare gli utili attribuibili, oltre agli articoli già enucleati, v'è poi il paragrafo 6, dove accanto al criterio della ripartizione degli utili, si prevede una deroga da esso rimettendo al contribuente la possibilità di ricorrere a un metodo alternativo basato su principi accettati a livello internazionale allorché questo risulti più appropriato anche con riferimento all'analisi funzionale. In questo discorso i fattori di ripartizione possono comprendere le spese sostenute per la ricerca, lo sviluppo e la commercializzazione, nonché il numero di utenti e i dati raccolti per ciascuno Stato membro.

In conclusione, la proposta di Direttiva COM (2018) 147 contribuisce all'intenzione della Commissione di ampliare l'attuale concetto di stabile organizzazione applicabile ai fini delle imposte dirette attraverso un nesso imponibile per tutte quelle imprese operanti a livello transfrontaliero nell'economia digitale che dispongono di una significativamente presenza commerciale non fisica.

La nuova definizione di "presenza digitale significativa" costituisce, quindi, un'ipotesi integrativa rispetto alle disposizioni vigenti in tema di stabile organizzazione ai fini della tassazione dei redditi societari³¹, che prende in considerazione tre fattori caratterizzanti della *digital economy: scale without mass*³², importanza degli *asset* intangibili³³, importanza dei dati e della partecipazione degli utenti (es. *social network*) nella creazione di valore.

In relazione, invece, al territorio di riferimento, il tratto distintivo sancito nella nuova impostazione è rappresentato proprio dal luogo in cui si reputa situato l'utente, ovvero il luogo registrato tramite all'*indirizzo IP* nel quale si trova il dispositivo utilizzato per giungere virtualmente alla piattaforma digitale con cui vengono forniti i servizi digitali.

Nonostante sia comunque stato fatto un passo in avanti attraverso queste modifiche, i limiti e i criteri riportati nella proposta di Direttiva potrebbero rivelarsi

³¹ Viene quindi proposto un criterio di attribuzione dei poteri impositivi che tipizza un collegamento basato sulla localizzazione di dati e sulla partecipazione dei clienti, elementi fonte di valore per le imprese dell'economia digitale.

³² A tal riguardo, la digitalizzazione dell'economia ha consentito alle imprese di distribuire le diverse fasi del proprio processo di produzione in diversi paesi e di entrare a far parte della vita economica di più giurisdizioni anche senza una effettiva presenza fisica.

³³ Si fa presente infatti che per la maggior parte delle imprese digitali, il settore della proprietà intellettuale, nonché piattaforme digitali e siti web rappresentano un elemento rilevante del proprio modello di business.

non pienamente adeguati a fronte delle continue innovazioni tecnologiche del settore digitale³⁴. Potrebbe, in specie, risultare arduo identificare una presenza significativa digitale dal punto di vista pratico e creare delle forme specifiche di tipizzazione normativa in tal senso. Pertanto, si potrebbe introdurre un nesso basato sulla creazione di valore in uno Stato membro piuttosto che sull'esercizio di una particolare attività da parte di un'impresa.

Come già evidenziato, d'altronde, al fine di superare il limite "fisico" della nozione di stabile organizzazione, la proposta di Direttiva del Consiglio COM (2018) 147 introduce un concetto di stabile organizzazione "digitale" per identificare un innovativo criterio di collegamento territoriale per le imprese operanti nella *digital economy*, nonché criteri di determinazione del reddito imponibile e successiva allocazione tra i diversi Stati. Si specifica, però, che un'iniziativa unilaterale dell'Unione Europea potrebbe rappresentare un passo falso, giacché ipotizzare una possibile soluzione non previamente condivisa con gli altri Paesi della comunità internazionale per modificare la "stabile organizzazione convenzionale" senza modificare le Convenzioni contro le doppie imposizioni esistenti potrebbe far sorgere numerosi limiti applicativi.

Infatti, mentre il paragrafo 2 dell'articolo 2 della Proposta di Direttiva del Consiglio COM (2018) 147 sembra applicarsi alle entità operanti nella *digital economy* residenti ai fini fiscali in uno Stato membro o in un paese terzo, il paragrafo successivo ristabilisce i confini operativi. L'applicazione della Direttiva, nel caso di entità residenti ai fini dell'imposta sulle società in un paese terzo con il quale lo Stato membro in questione ha concluso una convenzione diretta a evitare la doppia imposizione, è prevista infatti solo se tale Convenzione include una nozione di stabile organizzazione digitale simile a quella contenuta nella Proposta oggetto del presente contributo.

La Proposta di Direttiva del Consiglio COM (2018) 147 sembra riferirsi alle entità che svolgono attività digitali intra UE, tra uno Stato Membro ed uno Stato terzo con cui il primo non ha stipulato una Convenzione contro le doppie imposizioni, tra uno Stato Membro UE ed uno Stato terzo con cui il primo ha stipulato una Convenzione contro le doppie imposizioni contenente una nozione di stabile organizzazione

³⁴ Studio Legale e Fiscale Tremonti Romagnoli Piccardi e Associati, Osservazioni al Ministero delle Finanze nell'ambito della consultazione pubblica riguardante il pacchetto di proposte della Commissione per la tassazione dell'economia digitale, 22 giugno 2018.

digitale simile a quella contenuta nella Proposta di Direttiva del Consiglio COM (2018) 147. Tale scenario risulta alquanto improbabile dal momento che nessuna Convenzione contro le doppie imposizioni contiene una previsione simile³⁵.

Nonostante la favorevole convergenza tra gli orientamenti europei e quelli Ocse, sinora non si è ancora raggiunto un accordo su una proposta di Direttiva Europea, ciò sostanzialmente a causa dell'opposizione di alcuni Stati (tra cui Irlanda, Danimarca e Svezia). Anche se, in assenza del raggiungimento di una soluzione comune a livello OCSE che rimane quantomeno auspicabile³⁶, una risposta europea sarebbe più efficace anche sul piano diplomatico, soprattutto alla luce del recente abbandono degli Stati Uniti dal tavolo della trattativa per l'instaurazione di un nuovo sistema di tassazione sui servizi digitali³⁷.

5. L'imposta italiana sui servizi digitali: un reale concetto innovativo di stabile organizzazione?

Alla luce del dibattito internazionale già illustrato, alcune giurisdizioni europee hanno elaborato proprie soluzioni normative in seguito alle conclusioni a cui è giunto il vertice informale Ecofin, tenutosi a Tallinn il 15 ed il 16 settembre 2017. In quella occasione, l'obiettivo evidente era quello di delineare una soluzione momentanea in attesa di quella elaborata a livello mondiale che implicherà la necessità di modificare le Convenzioni contro le doppie imposizioni al fine di assoggettare a tassazione i redditi nel luogo in cui le imprese hanno una significativa presenza digitale.

Il legislatore italiano, dopo aver già manifestato l'intenzione di voler assoggettare a tassazione le imprese multinazionali, ha novellato con la Legge di bilancio 2018³⁸ l'articolo 162 del Testo Unico delle Imposte sui Redditi (di seguito, "TUIR"), elaborando una propria definizione di presenza digitale significativa. Ha inoltre

³⁵ Per una disamina maggiormente puntuale, vedi Sul punto vedi F. CIANI – A.LANOTTE, "L'economia digitale e l'azione del progetto BEPS. La stabile organizzazione «virtuale» e il commercio elettronico: introduzione del concetto di «significativa presenza economica», in *Boll. Trib.*, 2018, p. 1364 ss.

³⁶ Sul punto, si rinvia a M. ANTONINI - E. TOSCHETTI, *Web tax e obsolescenza degli attuali sistemi impositivi*, in *Corr. Trib.*, n. 41/2017, p. 3177; M. CERRATO, *La procedura di cooperazione e collaborazione rafforzata in materia di stabile organizzazione (c.d. Web tax transitoria)*, in *Riv. dir. trib.*, n. 6/2017, p. 751 ss.

³⁷ A. Rappeport – A. Swanson – J. Tankersley – L. Alderman, *U.S. Withdraws From Global Digital Tax Talks*, in *The New York Times*, 17 giugno 2020.

³⁸ Legge 27 dicembre 2017, n. 205: Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2018 e bilancio pluriennale per il triennio 2018-2020.

introdotto un'imposta sulle transazioni digitali (c.d. "web tax") a decorrere dal 1° gennaio 2020.

Quanto al primo aspetto, il novellato articolo 162 del TUIR ha introdotto nell'articolo del Testo Unico, al secondo comma, la lettera *f-bis*) che testualmente dispone: «l'espressione "stabile organizzazione" comprende [...] una significativa e continuativa presenza economica nel territorio dello Stato costituita in modo tale da non far risultare una sua consistenza fisica nel territorio stesso». La nuova previsione dell'articolo 162 del TUIR costituisce una nuova fattispecie suscettibile di configurare una stabile organizzazione, e, conseguentemente, di integrare la *taxable presence* di un'impresa estera. A primo impatto, il legislatore avrebbe concepito un singolare criterio di connessione che non prende in considerazione alcuna sede fissa di affari nell'ottica di una nuova geografia "virtuale". Secondo parte della dottrina³⁹, la lettera *f-bis*) dell'articolo 162 del TUIR, avrebbe accolto nell'ordinamento interno l'*Action 1 – Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy* del progetto che ha l'obiettivo di individuare forme di tassazione diverse mediante parametri puntuali che prescindono dalla presenza di una "taxable presence", formulando un "nesso" con il territorio. Ne conseguirebbe che, in base al nuovo articolo 162 del TUIR, l'esistenza della stabile organizzazione può prescindere appunto dalla presenza di una sede fissa d'affari e numerose imprese non residenti operanti nella *digital economy* potrebbero essere assoggettati a tassazione in Italia⁴⁰.

Secondo altra parte della dottrina⁴¹, invece, un esame più letterale del disposto legislativo non riconoscerebbe siffatto inedito criterio di connessione che prescinde dall'insediamento fisico dell'impresa non residente. Invero, una «significativa e continuativa presenza economica» nel territorio italiano non è sufficiente per integrare una stabile organizzazione. La predetta lettera *f-bis*) dell'articolo 162 del TUIR, infatti, fa riferimento a una significativa e continuativa presenza economica costruita «in modo tale da non far risultare una sua consistenza fisica nel territorio stesso». Difatti, l'insediamento stabile nel territorio dello Stato deve altresì essere stato pressoché

³⁹ Sul tema, si rinvia a M. ANTONINI – M. L. MARIELLA, *Stabile organizzazione: la parola ad Assonime*, in *Corr. Trib.*, n. 34/2018, p. 2593 ss.; F. PAPOTTI, *Stabile organizzazione: dogmi, gregari e rivoluzionari*, in *Corr. trib.*, n. 21/2018, p. 1676 ss.; D. AVOLIO, *La nuova definizione di stabile organizzazione*, in *Corr. Trib.*, n. 4/2018, p. 265 ss.

⁴⁰ Il legislatore italiano si riferisce ad una «significativa e continuativa presenza economica», riprendendol'espressione «*significant economic presence*» utilizzata nei documenti OCSE e comunitari.

⁴¹ B. FERRONI, *Stabile organizzazione: la disciplina nazionale si adegua al BEPS e introduce la "continuativa presenza economica"*, in *Il fisco*, n. 7/2018, p. 632 ss.

“dissimulato”, dando luogo a una diversa fattispecie rispetto all’effettiva realtà fattuale.

Quindi, il novellato articolo 162 del TUIR è formulato “in chiave antielusiva” e risulta finalizzato a contrastare il fenomeno dell’elusione fiscale generato dall’occultamento degli elementi sintomatici della presenza di una stabile organizzazione invece di ambire ad ampliare i criteri di collegamento che danno origine a una stabile organizzazione. Secondo questa impostazione ermeneutica “antiabuso”, «il riferimento agli elementi della stabilità, della ricorrenza e della dimensione economica dell’attività hanno la finalità dichiarata di impedire, ad opera dei contribuenti, manipolazioni che impediscano la qualificazione di stabile organizzazione»⁴².

Quanto sopra rappresentato evidenzia come l’articolo 162 del TUIR non costituisca realmente un criterio di connessione innovativo. Si configura, infatti, una stabile organizzazione con la presenza materiale dell’impresa non residente nel territorio dello Stato e l’articolo 162 del TUIR non può rappresentare il fondamento giuridico per poter tassare arbitrariamente le multinazionali digitali. Sulla base di ciò il *leitmotiv* della riforma del 2017 era quello di riconoscere nell’ordinamento interno la validità dei principi antielusivi in materia di stabile organizzazione contenuti nella *Convenzione multilaterale per l’attuazione delle misure BEPS*. E, non solo, anche quello di assoggettare a tassazione i profitti di quelle multinazionali straniere che abbiano «una significativa e continuativa presenza economica nel territorio dello Stato» ma che tentino di nascondere o far apparire alquanto irrilevante e trascurabile la presenza fisica per mezzo della quale l’impresa non residente esercita, in tutto o in parte, la sua attività.

Quanto al secondo aspetto (introduzione dell’imposta sulle transazioni digitali), il fine del Legislatore è di assoggettare a tassazione i ricavi originati dai servizi digitali⁴³ resi agli utenti situati in Italia, identificati sulla base dell’indirizzo IP del dispositivo utilizzato o ad altro sistema di geo-localizzazione. In breve, l’imposta è pari al 3% dei ricavi realizzati in Italia e colpisce gli operatori economici che l’anno precedente a quello fiscalmente di riferimento abbiano ottenuto:

- ricavi totali a livello di gruppo \geq di € 750 milioni a livello di gruppo;

⁴² Dossier n. 560/2 del Servizio Studi del Senato, p. 269.

⁴³ Rientrano nella nozione di “servizi digitali”: la veicolazione su un’interfaccia digitale di pubblicità mirata agli utenti della medesima interfaccia; la messa a disposizione di un’interfaccia multimediale che consenta agli utenti di entrare in contatto ed interagire tra di loro, anche al fine di facilitare la fornitura diretta di beni o servizi; la trasmissione di dati raccolti da utenti e generati dall’utilizzo di un’interfaccia digitale.

– ricavi \geq di € 5,5 milioni dalla fornitura di servizi digitali resi in Italia.

I soggetti passivi d'imposta devono tenere una apposita contabilità mensile per rilevare le informazioni sui ricavi dei servizi imponibili e le informazioni per il calcolo dell'imposta; al contrario, i soggetti passivi non residenti privi di una stabile organizzazione in Italia e localizzati in un paese extra-UE devono nominare un rappresentante fiscale per assolvere gli obblighi di dichiarazione e di pagamento dell'imposta.

In conclusione, appare assai difficoltoso prevedere con una *web tax* efficace solo entro i confini nazionali di un singolo paese, che penalizzerebbe le imprese residenti nei paesi che la applicano. Non rimane che auspicare una vera soluzione condivisa: una *web tax* a carattere internazionale o per lo meno europeo, dopo aver adottato un concetto di stabile organizzazione adeguato alle sfide alle sfide tributarie della *digital economy*.

6. Conclusioni.

A conclusione della riflessione sulle modifiche apportate alla nozione di stabile organizzazione per attrarre a tassazione in un paese i redditi prodotti da attività del tutto immateriali il bisogno di equità fiscale ha manifestato la necessità di una rivisitazione dei criteri di collegamento. In un quadro di incertezza che parte dalle regole fiscali valide per arrivare al futuro dell'Unione europea, l'attività economica digitale è oramai una realtà imprescindibile pur se connotata dall'assenza di uno *status* internazionale e da una situazione di stallo politico-normativa. Caratterizzata da un centro di interessi non fisso, né inglobato in un territorio essa presenta il problema che i suoi proventi non sono imputabili ad una stabile organizzazione in un territorio nonostante il ricorso alla sua accezione virtuale incentrata sulla presenza digitale significativa. Declinata in una forma finalizzata a smascherare le localizzazioni occulte comprovando la presenza nello Stato anche per mezzo di quelle parti autonome che esprimono un *quid pluris* oltre l'azione umana del ciclo produttivo, sulla scorta del principio sancito dalla Cassazione nel caso *Philip Morris* nel lontano 2008, nervo scoperto della tassazione dell'economia digitale rimane sicuramente quello della mancata corrispondenza tra le fattispecie messe in vita dalle società diverse da quelle tradizionali e le relative imposte. In questo discorso, dove

L'attenzione non può essere finalizzata solo sulle implicazioni etiche e sociali innescate dall'utilizzo di *internet*, ovvero sul bisogno di trasparenza e su come questi abbia modificato la produzione ma con essa anche il rapporto con la concorrenza e le altre libertà fondamentali, il bisogno di normare i prodromi di un diritto globale che nell'accezione tributaria contenga anche la tassazione dei profitti scaturenti da attività immateriali è oramai un'esigenza fortemente avvertita. Sinora invero una soluzione fiscale unitaria al fenomeno è stata impedita per un verso dalla differenza tra il diritto internazionale e le regole di politica economica; per altro verso dalla competizione che comunque persiste ancora tra i sistemi tributari statali. Nonostante l'individuazione di nuove ipotesi di criteri di collegamento abbia sollevato notevoli dibattiti internazionali, l'aver lasciato la prevalenza del criterio dell'imputazione soggettiva di tutti i redditi ha determinato che nell'economia digitale il fuoco del confronto risieda nel tassare l'operazione digitale, attraverso l'istituzione di un'imposta digitale, più che tassare il reddito societario di queste imprese diverse dalle tradizionali, magari con una formula che ripartisce la base imponibile tra i diversi paesi dove è sorta la ricchezza. Non è un caso se il Consiglio europeo di marzo ha ribadito la necessità di supportare la proposta della Commissione Europea di concertare entro il 2023 un prelievo europeo sul digitale. In relazione all'imposta digitale due sono essenzialmente i punti che sinora hanno inciso negativamente su di una sua riuscita. Il primo concerne sicuramente il dato del rapporto problematico con gli Usa per cui gli stessi hanno da sempre rivisto in un tal tipo di imposizione un dazio per alcune loro imprese, anche se al momento la proposta di una *Minimum global tax* fa propendere per una svolta completamente diversa anche a livello europeo⁴⁴. Il secondo, invece, è legato alla struttura delle varie proposte di *digital tax* che si sono avvicinate⁴⁵, le quali articolate per tassare il fatturato e non il profitto,

⁴⁴ Si tratta del progetto di tassare le imprese del digitale all'interno della riforma fiscale presentata dal nuovo governo Biden. Proiettata a evitare il fenomeno dell'erosione delle basi imponibili e la localizzazione di tali colossi nei paesi a fiscalità privilegiata per l'evidente disparità che si viene a creare tra le imprese con stabile organizzazione negli Usa e che vi riportano i profitti e quelle che spostano, anche in maniera occulta, produzione e profitti all'estero, questa tassazione si inserisce all'interno di una riforma che da un lato promuove strumenti compensativi per la ricerca; dall'altro persegue l'obiettivo della giustizia fiscale ripristinando un'eguaglianza contributiva tra imprese americane e imprese americane operanti all'estero, in virtù di una tassazione minima comune sui profitti. Per un primo sguardo della riforma, con annesse le ricadute anche sull'UE v., O. FONTANA, A. MAIOCCHI, *Minimum global tax: una svolta anche per l'Europa*, in *Centro Studi sul federalismo*, reperibile dal sito news@csfederalismo.it, n. 218 del 6 maggio 2021.

⁴⁵ In questo percorso tentativi di riorganizzare la materia da parte sia dei singoli Stati sia degli organi internazionali vi sono stati. Anche se tappe non risolutive si registra prima il Piano di Azione BEPS del G20, poi la proposta da parte della Commissione Europea a Tallin nel 2017 di un'imposta sulle transazioni digitali, *The*

vanno a incidere sul singolo contribuente e non sugli azionisti, prefigurando in tal modo una nuova tassazione sull'innovazione, che ne potrebbe rallentare anche lo sviluppo.

In tale prospettiva, dopo che accanto alla previsione di imposte ad *hoc* si è profilata anche l'ipotesi del metodo della sostituzione d'imposta, la tassazione della ricchezza digitale costituisce ad oggi uno dei nodi centrali nel dibattito sulle prospettive di riforma della fiscalità sia interna, sia internazionale nel tentativo di trovare una soluzione, equa, concretamente praticabile, efficiente ed efficace. Prima di concludere con l'auspicio della creazione di nuove forme di prelievo (ovvero di espansione delle modalità di quelle esistenti) dirette a colpire le diverse forme di ricchezza che le nuove tecnologie sono in grado di generare sembra doveroso fare un cenno alla considerazione del *web* come bene pubblico, riferimento in passato per la Commissione europea per proporre la cosiddetta *bit tax* magari questa volta nel segno della modifica dei valori che sono alla base della formulazione dell'art. 53 Cost. Nel passaggio dalla società dei patrimoni alla società della conoscenza, mutati i rapporti di valore tra beni e servizi per cui parte della ricchezza proviene solo da elementi immateriali la Commissione, in virtù della teoria del beneficio come godimento totale, pensò di proporre un'imposizione simbolica su tutti i *byte* utilizzati. Lontana dalle ipotesi perseguite nei paesi europei di ritrovare il nesso di collegamento fisico, per così arginare pratiche elusive quali quella del "*profit shifting*" ovvero spostamento dei profitti nei paesi a fiscalità agevolata, o dell'azzeramento del reddito dei soci nello Stato di residenza tramite *shell companies*, sulla scia della *Diverted profits tax* inglese⁴⁶, la proposta della Commissione europea si può rileggere come un primo tentativo di tassare le *new properties*.

digital single Market, e dopo la direttiva sulle basi imponibili comuni. All'interno di essa la stessa Commissione ha presentato la proposta di Direttiva sulle norme relative all'imposizione societaria sulla base di una presenza digitale significativa. Sulla spinta di ciò in Italia l'articolo 1, comma 678, del Bilancio 2020 (legge n. 160/2019) contiene il via libera definitivo all'applicazione, al pari di altri Paesi, di un'imposta sui servizi digitali o *Digital service tax* (DST). Da ultimo v., M. LOGOZZO, *Tassazione della digital economy: l'imposta sui servizi digitali (ISD)*, in *Riv. trimestrale dir. trib.*, n. 4/2020, p. 805 ss. In realtà, la nuova normativa modifica in modo sostanziale la preesistente disciplina dell'imposta sui servizi digitali, peraltro già introdotta dalla precedente legge di bilancio ma mai entrata in vigore. Le nuove norme chiariscono in primo luogo le modalità applicative dell'imposta, che resta pari al 3%, con riferimento ai corrispettivi tassati, alle dichiarazioni e alla periodicità del prelievo. Sono altresì individuate le eventuali ipotesi di esclusione dall'imposta. Un'ulteriore condizione di novità riguarda l'introduzione dell'obbligo per i soggetti passivi non residenti di nomina di un rappresentante fiscale.

⁴⁶ Prevista dagli inglesi come clausola antiabuso, clausola che di fatto dovrebbe essere applicata da tutti i paesi, la *Diverted Profit tax* è nata per evitare frodi e elusioni nel campo delle operazioni connotate dalla sola

immaterialità. A tal riguardo, per citare un caso di triangolazione elusiva nel campo dell'immaterialità si può richiamare la famosa prassi elusiva del *Double Irish with Dutch Sandwich* con cui queste multinazionali del web, utilizzando la doppia esenzione, trasferiscono e mettono al sicuro gli utili esentasse in paesi a fiscalità privilegiata. Non a caso, queste attraverso una serie concatenata di operazioni triangolari riescono a differire *sine die* la tassazione negli Usa, paese di residenza dell'ultimo livello della controllante del gruppo, per cui lo Stato fonte non ha gli strumenti giuridici per tassare i profitti mentre quello della residenza resta perennemente in attesa che il presupposto impositivo sorga dal rimpatrio di tali profitti. Operazioni tra di loro concatenate, unite dal filo rosso dell'elusione internazionale, questo sistema è stato utilizzato per molti anni dalle grandi multinazionali, tipo *Google*, le quali approfittando della legislazione irlandese particolarmente favorevole dopo un accordo con l'Amministrazione finanziaria americana su un *transfer pricing* trasferivano i diritti di sfruttamento derivanti dall'uso della tecnologia a una società controllata irlandese residente in un paradiso fiscale. L'operazione con il fine di non far pagare le imposte sui redditi nei diversi paesi dove *Google* era presente, in quanto si avvaleva di strutture che allo stato attuale non integrano una stabile organizzazione, si realizzava per mezzo di una società partecipata olandese alla quale veniva ceduta la licenza della tecnologia e di una controllata irlandese verso la quale invece venivano trasferiti i ricavi. Quest'ultima società, mero centro di fatturazione dei profitti conseguiti in tutto il mondo, applicando il regime particolarmente favorevole previsto dal sistema irlandese riusciva a dirottare la quasi totalità dei profitti della multinazionale verso il paradiso fiscale senza alcun ritorno per gli Usa.

COPERTURA COSTITUZIONALE E LIMITI DELLE DISPOSIZIONI DI LEGGE IN MATERIA DI VACCINAZIONI

Gianluca Trenta

ABSTRACT [ITA]: L'articolo si propone di ripercorrere l'evoluzione storico-normativa in materia di vaccinazioni per indagare nel contempo sulla copertura costituzionale di un eventuale obbligo e sui limiti delle disposizioni di legge nella stessa materia, quale tutela alla salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività.

ABSTRACT [ENG]: *The article aims to retrace the historical-regulatory evolution in the field of vaccinations to investigate at the same time the constitutional coverage of a possible obligation and the limits of the legal dispositions in the same matter, as protection of health as a fundamental right of the individual and interest of the community.*

Parole chiave: Vaccinazioni; trattamenti medici; salute.

Keywords: Vaccinations; medical treatments; health.

SOMMARIO: **1.** Premessa. - **2.** Il trattamento sanitario obbligatorio in Costituzione e nella giurisprudenza della Corte Costituzionale. - **3.** Disposizioni di legge in virtù di quanto disposto dall'art. 32 della Costituzione. - **4.** Le misure profilattiche tra obbligatorietà e raccomandazione vaccinale. - **5.** La profilassi obbligatoria nel d.l. n. 44/2021. - **6.** Note conclusive.

1. Premessa.

Dall'inizio della pandemia da Covid-19 è emerso che l'emergenza sanitaria sarebbe stata lunga e difficile. Al di là di ogni plausibile previsione, è stato possibile avere vaccini efficaci contro il Sars-CoV-2 ma vengono di continuo poste in essere non poche ombre¹, a causa essenzialmente della una poca chiarezza da parte delle Istituzioni relativamente alla composizione, alle aziende produttrici, al funzionamento dei diversi vaccini, ai benefici che ne scaturiranno e agli effetti collaterali.

La possibilità di avere un vaccino nella lotta alla pandemia in atto è un'arma in più per debellarla ma per raggiungere l'*immunità di gregge* è necessario che la campagna vaccinale venga accompagnata da misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del *virus*, quale il distanziamento sociale, l'uso delle mascherine e l'igiene delle mani². Pertanto, con l'avvio delle somministrazioni vaccinali contro il *coronavirus*³ si è acceso un ampio dibattito sulla possibilità di rendere obbligatorio o meno la somministrazione del vaccino o eventualmente di renderlo obbligatorio solo per talune categorie⁴.

Nella storia il tema delle vaccinazioni è stato spesso motivo di attenzione per la ricerca e l'approfondimento dei punti di forza e di debolezza all'interno del complesso rapporto tra scienza medica, società e legislatori. In ambito scientifico i vaccini sono strumenti dalla comprovata efficacia, costo-efficacia e sicurezza a disposizione della sanità pubblica per la prevenzione, il contenimento e la riduzione dei rischi dalle malattie infettive per la salute pubblica e sono riconosciuti quale componente fondamentale del diritto alla tutela della salute della collettività⁵.

¹ Sul sito dell'Istituto Superiore di Sanità (ISS) sono riportate le *fake news* sui vaccini attualmente in uso contro la pandemia da Covid-19. Nello specifico, le ombre poste in essere, riguardano il monitoraggio sulla sicurezza del vaccino, la velocità con cui sono stati approvati i vaccini da parte delle Autorità competenti, l'inefficacia del vaccino, la modifica del codice genetico da parte del vaccino a RNA e così via. Per un maggiore approfondimento cfr. <https://www.iss.it/covid19-fake-news>.

² Sostanzialmente i dispositivi protettivi svolgono una funzione di riduzione del rischio al contrario della vaccinazione che costituisce la eliminazione del rischio.

³ Il *piano strategico nazionale dei vaccini* per la prevenzione delle infezioni da SARS-CoV-2 in Italia è disciplinato dai commi dal 457 al 467 dell'art. 1 della L. 30 dicembre 2020, n. 178. M. BRACCO, *Sulla vaccinazione contro il COVID-19 – competenze e destinatari*, in *Servizio Studi del Senato*, n. 248, 12 gennaio 2021.

⁴ P. IERVOLINO, *Vaccinazione e pandemia tra diritto ed etica*, in *Rassegna di Dir. Lav.*, 8 febbraio 2021, pp. 4 ss.

⁵ B. LORENZIN - G. FERRI - P. CASOLARI, *Vaccinazioni: stato dell'arte, falsi miti e prospettive. Il ruolo chiave della prevenzione*, in *Quaderni del Ministero della Salute*, Roma, Centro stampa del Ministero della salute, n. 27, 2017.

Non passa settimana in cui i *mass media* riportano notizie in merito alla diffusione del contagio tra operatori della sanità e pazienti⁶ ed è per tale ragione che il Presidente del Consiglio, Mario Draghi, durante la conferenza stampa del 26 marzo 2021 ha annunciato un decreto per rendere obbligatoria la vaccinazione per quei medici e sanitari che sono a diretto contatto con i pazienti e che sinora hanno rifiutato l'immunizzazione⁷.

A tal proposito, questo contributo contiene alcune riflessioni dal punto di vista giuridico sulla normativa vigente nell'ambito dei vaccini. Il tema in questione, già affrontato in passato dalla Corte costituzionale e dichiarato compatibile ma a determinati vincoli, è ugualmente valido anche se trattato in uno stato d'emergenza come quello attuale?

2. Il trattamento sanitario obbligatorio in Costituzione e nella giurisprudenza della Corte Costituzionale.

In materia di diritto alla salute pubblica, il tema dei trattamenti sanitari obbligatori (acronimo TSO) appare assolutamente centrale e il punto di partenza non può che ravvisarsi nell'art. 32 della Costituzione⁸. Tuttavia, l'espressione "*trattamento sanitario obbligatorio*" non risulta presente nella Carta Costituzionale, essendo però presente al secondo comma l'espressione "*trattamento sanitario*". In particolare, il primo comma affida alla Repubblica il compito di tutelare la salute sia come fondamentale diritto dell'individuo sia quale interesse della collettività ed il secondo comma stabilisce che alcuno può essere obbligato a un trattamento sanitario se non per disposizione di legge nel rispetto della persona umana⁹.

Con tale affermazione la Carta Costituzionale pur conferendo al legislatore la possibilità di imporre un trattamento sanitario, purché non sia pregiudizievole per la salute del singolo ed abbia una finalità di tutela della salute nell'interesse della

⁶ Molti sono i casi in cui si sono verificati focolai di infezione da Covid-19 a causa del contatto diretto tra dottori o personale sanitario e pazienti: Policlinico San Martino di Genova; Lavagna (Genova), Ospedale di Rovigo, Rsa di Fiano Romano (Roma), Asl Roma 4 e tanti altri casi sparsi sul territorio nazionale.

⁷ Nella conferenza stampa di venerdì 26 marzo 2021, Il Presidente del Consiglio, ha dichiarato «che non va bene che operatori sanitari non vaccinati siano a contatto con malati», annunciando a breve un Decreto per rendere obbligatoria la vaccinazione per gli operatori sanitari e che tale compito è affidato al Ministro della Giustizia Marta Cartabia (già Presidente della Corte Costituzionale), al Ministro della Sanità e al Ministro del Lavoro.

⁸ A.A. NEGRONI, *Trattamenti sanitari obbligatori e tutela della salute individuale e collettiva*, in *Forum di Quaderni Cost.*, n. 11, 2017.

⁹ P. PASCUCCI - A. DELOGU, *L'ennesima sfida della pandemia Covid-19: esiste un obbligo vaccinale nei contesti lavorativi?*, in *Diritto della Sicurezza sul Lavoro*, n. 1, 2021, pp. 86-89.

collettività¹⁰, impone le condizioni essenziali affinché possa rendere lo stesso TSO costituzionalmente legittimo nel pieno rispetto della persona umana¹¹.

In altre parole affinché un TSO possa essere considerato costituzionalmente legittimo deve soddisfare alcuni requisiti: essere previsto da una legge (riserva di legge prevista dall'art. 32 Cost.), essere determinato nella forma, non essere pregiudizievole per il soggetto che lo subisce, avere quale finalità la tutela della salute collettiva, non superare il limite del rispetto della persona umana.

Nel caso specifico, però, dei trattamenti sanitari di tipo coercitivo¹², in quanto misure limitative della libertà personale, in dottrina ci si chiede se tale tipo di trattamento vada sottoposto non soltanto alla riserva di legge di cui all'art. 32 Cost., in base alla quale le prescrizioni che comportano restrizioni della libertà personale devono essere introdotte tramite fonte primaria per garantirne il controllo democratico, ma altresì all'art. 13 Cost.¹³, il quale prevede una riserva di giurisdizione stabilendo che "La libertà personale è inviolabile. Non è ammessa forma alcuna di detenzione, di ispezione o perquisizione personale, né qualsiasi altra restrizione della libertà personale, se non per atto motivato dell'autorità giudiziaria", garantendo dunque un controllo giudiziale nella fase esecutiva della misura restrittiva della libertà, tramite atto motivato dell'autorità giudiziaria¹⁴.

Un datato orientamento giurisprudenziale¹⁵ così come una parte della dottrina¹⁶ hanno inteso ricondurre il TSO coattivo nella previsione dell'art. 13 Cost., sottoponendolo quindi anche a riserva di giurisdizione, mentre altra parte della dottrina, considerando l'art. 13 Cost. rivolto a misure dal particolare carattere afflittivo e degradante, non riscontrabile nei trattamenti sanitari obbligatori seppur coattivi, prevede l'applicazione esclusivamente dell'art. 32 Cost e, quindi, della sola riserva di legge¹⁷.

¹⁰ L'interesse della collettività è circoscritto alla sola salute. A tal proposito cfr. D. VINCENZI AMATO, *Tutela della salute e libertà individuale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1982, pp. 2469 ss.

¹¹ D. VINCENZI AMATO, *Art. 32, 2° comma*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione. Art. 29-34. Rapporti etico-sociali*, Bologna-Roma, Zanichelli-II Foro italiano, 1976, pp. 167-209; M. PLUTINO, *Le vaccinazioni. Una frontiera mobile del concetto di "diritto fondamentale" tra autodeterminazione, dovere di solidarietà ed evidenze scientifiche*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 1, 2017, p. 8.

¹² L'obbligatorietà del trattamento sanitario si può praticare o con l'uso della forza tramite misure coercitive di assoggettamento o con la comminazione di una sanzione a carico di colui che non osserva l'obbligo di trattamento.

¹³ S.P. PANUNZIO, *Trattamenti sanitari obbligatori e Costituzione (a proposito della disciplina delle vaccinazioni)*, in *Dir. e società*, n. 4, 1979, pp. 888 ss.

¹⁴ S. TALINI, *Infradiritto e libertà personale: riflessioni intorno a interpretazione e applicazione del diritto*, in *Etica & Politica / Ethics & Politics*, XXII, 2020, 3, pp. 344 ss.

¹⁵ Sentenze della Corte Cost. n. 74 del 1968, n. 29 del 1973, n. 223 del 1976 e n. 39 del 1977.

¹⁶ E. CAVASINO, *Trattamenti sanitari obbligatori*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, vol. VI, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 5961-5965.

¹⁷ V. CRISAFULLI, *Le norme "programmatiche" della Costituzione*, in *Studi di diritto costituzionale in memoria di Luigi Rossi*, Milano, Giuffrè, 1952, p. 560.

La dottrina è, invece, unanime nell'affermare, tramite la lettura combinata dei due commi dell'art. 32 Cost., che nell'imposizione tramite legge di un trattamento sanitario obbligatorio devono coesistere tanto la tutela di un interesse del singolo individuo quanto quella della salute della collettività¹⁸.

In tal senso, più volte la Corte costituzionale ha ribadito nelle sue sentenze tale principio e quali debbano essere le condizioni essenziali tali da poter legittimare la previsione legislativa di un TSO. La sentenza n. 307/1990 richiama l'attenzione sul «rilievo costituzionale della salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività» e proseguendo asserisce che il rilievo costituzionale della salute come «interesse della collettività non è da solo sufficiente a giustificare la misura sanitaria»¹⁹. A tal proposito, il rilievo richiamato esige la solidarietà verso gli altri, per cui «ciascuno possa essere obbligato, restando così legittimamente limitata la sua autodeterminazione, a un dato trattamento sanitario, anche se questo importi un rischio specifico, ma non postula il sacrificio della salute di ciascuno per la tutela della salute degli altri». È interessante notare che la solidarietà nei confronti della collettività è un principio richiamato dall'art. 2 della Cost.; infatti, i doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale della collettività nei confronti del singolo e viceversa devono essere necessariamente reciproci²⁰. Da tale articolo, letto in combinato disposto con l'art. 32 della Cost., emerge che ogni individuo è titolare di un diritto per il benessere collettivo²¹. Tornando alla pronuncia citata vi si può leggere che la tutela della salute pubblica giustifica la compressione del diritto all'autodeterminazione e specifica le modalità di bilanciamento²² attraverso il riconoscimento di un equo indennizzo nell'eventualità di un danno alla salute conseguentemente alla misura sanitaria obbligatoria adottata²³.

Tale posizione viene ripresa dalla sentenza n. 118/1996 sempre della Corte Costituzionale, nella quale si evidenzia la compresenza della *dimensione individuale e quella collettiva* nonché il «dovere di solidarietà che lega il singolo alla collettività, ma anche la collettività al singolo, impongono che si predisponga, per quanti abbiano

¹⁸ A. ALGOSTINO, *I possibili confini del dovere alla salute*, in *Giur. Cost.*, 1996, pp. 3209 ss.

¹⁹ D. MORANA, *La salute nella Costituzione italiana. Profili sistematici*, Milano, Giuffrè, 2002.

²⁰ M. DUGATO, *Sussidiarietà e salute*, in *Sanità Pubblica e Privata*, 2006, pp. 5 ss.

²¹ M. COCCONI, *Il diritto alla tutela della salute*, Padova, Cedam, 1998, pp. 37 ss.

²² M.A. RIVETTI, *Patologie da vaccinazioni, tutela giurisdizionale e disciplina delle rinunzie*, in *Il diritto del mercato del lavoro*, n. 1, 2016, pp. 202-207.

²³ A tal proposito, la l. del 25 Febbraio 1992, n. 210, pubblicata in G.U. 6 Marzo, n. 55, in materia di indennizzo a favore dei soggetti danneggiati da complicanze di tipo irreversibile a causa di vaccinazioni obbligatorie e trasfusioni, indica l'attuazione del bilanciamento proprio tra la tutela del singolo individuo e tutela della salute pubblica. A. FEDERICI, *L'indennizzo delle conseguenze irreversibili da vaccinazioni non obbligatorie* (Nota a Corte cost., 26 aprile 2012, n. 107; Trib. Rimini, 15 marzo 2012, n. 148), in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, n. 3, 2012, pp. 605 ss; A. ALGOSTINO, *Salute dell'individuo e salute della collettività: il diritto all'indennizzo anche nel caso di vaccinazioni antipoliomelitiche non obbligatorie*, in *Giur. it.*, n. 7, luglio 1998, pp. 1479-1481.

ricevuto un danno alla salute dall'aver ottemperato all'obbligo del trattamento sanitario, una specifica misura di sostegno consistente in un equo ristoro del danno». La stessa sentenza, proseguendo, asserisce «che nessuno può essere semplicemente chiamato a sacrificare la propria salute a quella degli altri, fossero pure tutti gli altri». Occorre sottolineare che, dalla sentenza in questione, emerge la necessità di riconoscere anche un dovere di solidarietà da parte dello Stato nei riguardi non soltanto dei soggetti sottoposti a vaccinazione ma anche alle rispettive famiglie, in caso di danni permanenti provocati dal TSO²⁴.

In un'altra occasione la Corte Costituzionale, chiamata a giudicare nel giudizio di legittimità costituzionale in relazione agli artt. 5, terzo e quinto comma, e 6 della l. 5 giugno 1990, n. 135 avente per oggetto il programma di interventi urgenti per la prevenzione e la lotta contro l'AIDS, si è pronunciata con sentenza n. 218/1994, affermando che la tutela della salute «implica e comprende il dovere dell'individuo di non ledere né porre a rischio con il proprio comportamento la salute altrui». La stessa sentenza si sofferma sugli accertamenti sanitari che «possono essere legittimamente richiesti solo in necessitata correlazione con l'esigenza di tutelare la salute dei terzi (o della collettività generale). Essi si giustificano, quindi, nell'ambito delle misure indispensabili per assicurare questa tutela e trovano un limite non valicabile nel rispetto della dignità della persona che vi può essere sottoposta». La sentenza afferma inoltre che «Il rispetto della persona esige l'efficace protezione della riservatezza, necessaria anche per contrastare il rischio di emarginazione nella vita lavorativa e di relazione».

Inoltre, nella sentenza n. 258/1994 la Corte Costituzionale, chiamata a giudicare nei giudizi di legittimità costituzionale della l. 27 maggio 1951, n. 165 riguardante la vaccinazione obbligatoria contro l'epatite virale B, riprendendo i principi dell'art. 32 della Cost., riconosce le tre condizioni essenziali che si devono verificare congiuntamente affinché si possa imporre un TSO, il quale deve essere «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», «non incida negativamente sullo stato di salute di colui che vi è assoggettato» ed infine sia «prevista comunque la corresponsione di una "equa indennità" in favore del danneggiato». La Corte in tale pronuncia sottolinea la «doverosità dell'osservanza, in sede di attuazione ed esecuzione del trattamento obbligatorio, di quelle cautele o modalità che lo stato delle conoscenze scientifiche e l'arte prescrivono in relazione alla sua natura». A tal proposito, è da notare che in tale sentenza si invita il legislatore a normare

²⁴ F.S. FLORIO, *La questione vaccinale nel quadro degli assetti costituzionali*, in *Istituzioni del Federalismo*, n. 2, 2017, pp. 401-403.

individuando «gli accertamenti preventivi idonei a prevedere ed a prevenire i possibili rischi di complicanze»²⁵.

Ed ancora, la Corte Costituzionale, chiamata a giudicare nel giudizio di legittimità costituzionale dell'articolo 1, comma 1, della l. 25 febbraio 1992, n. 210, avente per oggetto l'indennizzo a favore dei soggetti danneggiati da complicanze di tipo irreversibile a causa di vaccinazioni obbligatorie, trasfusioni e somministrazione di emoderivati, si è pronunciata con sentenza n. 107/2012, che ha rimarcato il principio di «rilievo costituzionale della salute come interesse della collettività».

3. Disposizioni di legge in virtù di quanto disposto dall'art. 32 della Costituzione.

Come si è avuto modo di esaminare, il trattamento sanitario è ravvisabile nel secondo comma dell'articolo 32 in cui viene stabilito che nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge.

La normativa di riferimento è poi riconducibile alla l. 833/1978 con la quale viene istituito il servizio sanitario²⁶. Nel Capo III, relativamente alle prestazioni e funzioni, gli artt. dal 33 al 35 disciplinano rispettivamente le norme per gli accertamenti ed i trattamenti sanitari volontari e obbligatori, gli accertamenti e trattamenti sanitari volontari e obbligatori per malattia mentale e il procedimento relativo agli accertamenti e trattamenti sanitari obbligatori in condizioni di degenza ospedaliera per malattia mentale e tutela giurisdizionale²⁷.

In particolare, nel secondo comma dell'art. 33 si prevede che «nei casi di cui alla presente legge e in quelli espressamente previsti da leggi dello Stato possono essere disposti dall'autorità sanitaria accertamenti e trattamenti sanitari obbligatori, secondo quanto disposto dall'articolo 32 della Costituzione, nel rispetto della dignità della persona e dei diritti civili e politici, compreso per quanto possibile il diritto alla libera scelta del medico e del luogo di cura».

²⁵ A.A. NEGRONI, *Sul concetto di "Trattamento Sanitario Obbligatorio"*, in *AIC*, n. 4, 2017, pp. 10-13.

²⁶ L. del 23 dicembre 1978, n. 833, pubblicata in *GU Serie Generale* n.360 del 28-12-1978, Supplemento ordinario, in tema di istituzione del servizio sanitario nazionale.

²⁷ Sostanzialmente gli artt. in questione della l. 833/78, hanno recepito integralmente, senza alcuna modifica, quanto era precedentemente previsto dalla l. del 13 maggio 1978, n. 180 riguardante gli accertamenti e trattamenti sanitari volontari e obbligatori, c.d. "*legge Basaglia*" dal nome dello psichiatra tra i più attivi nella lotta per la chiusura dei manicomi ed il superamento del sistema manicomiale definito dalla l. n. 36 del 1904. Colpisce infatti che tale l. 180/78 fu concepita come una nuova disciplina in materia psichiatrica e non sicuramente per la disciplina dei trattamenti sanitari obbligatori. Per un maggiore approfondimento cfr. A.M. VECCHIETTI, *Evoluzione della legislazione psichiatrica italiana dalla legge n. 36 del 1904 alla legge n. 833 del 1978*, in *Rivista Italiana di medicina legale*, 1981, pp. 115 ss.

Per ciò che riguarda invece la materia della prevenzione vaccinale ossia della c.d. vaccinazione obbligatoria, essa è oggi disciplinata dal d.l. 73/2017²⁸, c.d. decreto Lorenzin, e convertito con modifiche nella l. n. 119/2017. Pertanto, al fine di assicurare la tutela della salute pubblica e il mantenimento di adeguate condizioni di sicurezza epidemiologica, è disposta per i minori di età compresa tra zero e sedici anni e per tutti i minori stranieri non accompagnati, la copertura vaccinale e di profilassi in modo obbligatoria e gratuita²⁹, con innalzamento a dieci³⁰ tipologie di vaccini. La legge, inoltre, nel caso di mancata osservanza dell'obbligo³¹ vaccinale, prescrive la convocazione di genitori, tutori o soggetti affidatari, prevedendo, nel caso di ulteriore mancata effettuazione dei vaccini, la comminazione di una sanzione amministrativa pecuniaria³².

Tuttavia, nel nostro ordinamento vige il principio della libera determinazione della persona circa il diritto alla salute garantita dalla Costituzione con gli artt. 2, 13 e 32, dalla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU) con gli artt. 2³³ e 8³⁴ e dall'art. 1 della l. 219/2017³⁵ con il quale si dispone che nessun trattamento sanitario può essere iniziato o proseguito se privo del consenso libero e informato della persona interessata.

Bisogna sottolineare che tale diritto di libertà al trattamento sanitario è stato più volte trattato dalla giurisprudenza. La Corte costituzionale con le sentenze n. 438 del 23 dicembre 2008, n. 253 del 30 luglio 2009, n. 207 del 16 novembre 2018 e n. 242 del 22 novembre 2019 ha sancito che, in tema di sanità, il consenso informato quale diritto fondamentale della persona è la sintesi del diritto all'autodeterminazione e alla salute. A tal proposito anche la Corte di Cassazione in merito al consenso

²⁸ D.l. del 7 giugno 2017 n. 73 e modificato dalla Legge di conversione il 31 luglio 2017, n. 119, recante disposizioni urgenti in materia di prevenzione vaccinale. Pubblicato in G.U. Serie Generale, n. 182 del 05 agosto 2017.

²⁹ Art. 1, co. 1, l. n. 119/2017.

³⁰ Antipoliomielitica, anti-difterica, anti-tetanica, anti-epatite B, anti-pertosse, anti-Haemophilus influenzae tipo b, anti-morbillo, anti-rosolia, anti-parotite, anti-varicella.

³¹ Vincenti in tal senso sosteneva che il termine obbligare è di uso generico e richiama la doverosità di un determinato comportamento, da poter realizzare sia con imposizione diretta e sia attraverso la comminazione di una sanzione amministrativa pecuniaria. D. VINCENZI AMATO, Art. 32, 2° comma, *Op. cit.*, pp. 168-169.

³² Art. 1, co. 4, l. n. 119/2017.

³³ La prima parte del primo comma afferma che il diritto alla vita di ogni persona è protetto dalla legge.

³⁴ L'articolo si riferisce espressamente al diritto al rispetto della vita privata e familiare; al secondo comma si afferma che «non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui».

³⁵ L. n. 219 del 22 dicembre 2017 inerente le norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento. Pubblicato in GU Serie Generale n.12 del 16 gennaio 2018.

informato, con la sentenza n.21748/2007, afferma che «la salute dell'individuo non possa essere oggetto di imposizione autoritativa-coattiva»³⁶.

Come si è avuto già modo precedentemente di analizzare il d.l. n. 73/2017 mira ad ampliare una serie di misure atte a rendere obbligatorio il vaccino. In tale contesto pur non essendoci un carattere di emergenza sul territorio nazionale è stato fatto uso ugualmente dello strumento di normazione del decreto-legge previsto in casi straordinari di necessità e di urgenza dall'art. 77 Cost.. In tal senso, infatti, è utile ricordare che in passato, tutti i vaccini sono stati resi obbligatori, attraverso una legge ordinaria dello Stato: antivaaiolosa (l. n. 5849/1888); antidifterica (l. n. 891/1939); antitetanica (l. n. 292/1963); antipoliomielitica (l. n. 51/1966) e anti epatite virale B, (l. n. 165/1991)³⁷.

L'adozione del decreto-legge è giustificata tramite l'eccezione prevista nell'art. 32 Cost., ossia fatto salvi i limiti imposti per la salvaguardia della salute pubblica e rispetto della persona umana e, inoltre, la riserva di cui allo stesso art. 32 non specifica lo strumento di legge da utilizzare. Il problema della costituzionalità, eventualmente, può essere posto dal punto di vista dei requisiti di straordinaria necessità ed urgenza richiesti dall'art. 77 Cost.

Pertanto, il Governo-legislatore ha fondato l'adozione del d.l. con tre motivazioni: legiferare disposizioni omogenee su tutto il territorio nazionale al fine di garantire i provvedimenti diretti alla prevenzione, al contenimento e alla riduzione dei rischi per la salute pubblica; mantenere un'adeguata condizione di sicurezza epidemiologica ed infine di rispettare gli impegni assunti a livello europeo e internazionale³⁸. Non ha neanche fatto ricorso all'art. 117 d.lgs. n. 112/1998 che permette al Sindaco, in casi eccezionali, in tema di sanità pubblica, di adottare misure straordinarie.

Qualche perplessità sull'operato del legislatore sorge dalla lettura dell'intesa sancita dalla Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano che predispose il "Piano nazionale di prevenzione vaccinale 2017-2019". Il Piano in questione è intervenuto poco dopo la fissazione dei nuovi livelli essenziali di assistenza (LEA.), nei quali erano ricomprese prestazioni ulteriori rispetto a quelle fissate dalla legge ed è stato approvato il 19 gennaio 2017, appena qualche mese prima del decreto-legge (7 giugno 2017) che ha evidenziato la progressiva diminuzione a livello nazionale delle soglie di copertura

³⁶ Cass. civ., Sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748.

³⁷ Per onestà intellettuale bisogna anche menzionare il d.l. n. 334/1981 convertito in l. n. 457/1981 che aboliva ma non introduceva la vaccinazione antivaiole secondo quanto previsto dall'art. 266 del R.D. n. 1265/1934, ricordando inoltre che già la l. n. 323/1977 aveva sospeso l'obbligo.

³⁸ Nel preambolo del decreto-legge in questione vengono riportate le motivazioni allo strumento di necessità ed urgenza.

vaccinale che si è assestato al di sotto dei livelli che garantiscono la protezione dell'intera popolazione, fatta eccezione per il morbillo³⁹. In tale contesto, non veniva segnalata alcuna straordinaria necessità e urgenza tale da giustificare l'obbligatorietà delle profilassi ma comunque le vaccinazioni obbligatorie sono passate da 2 a 12⁴⁰.

Altra criticità che si può articolare in relazione al decreto è la mancata trasposizione nell'art. 1 di quelle motivazioni presenti nel preambolo del decreto-legge, «straordinaria necessità ed urgenza di emanare disposizioni», articolo che giustifica l'introduzione di nuove vaccinazioni obbligatorie semplicemente con la proposizione «ai fini di tutela della salute pubblica e di mantenimento di adeguate condizioni di sicurezza epidemiologica, nonché al rispetto degli obblighi assunti a livello europeo e internazionale».

Altra considerazione da sottolineare è che l'introduzione degli obblighi di vaccinazione, con il fine di mantenere costanti condizioni di sicurezza epidemiologica, in realtà è stata volta ad incrementare il numero dei vaccinati, creando di fatto una certa incongruenza *“fra la motivazione addotta e la misura adottata”*⁴¹.

4. Le misure profilattiche tra obbligatorietà e raccomandazione vaccinale.

Come si è avuto modo di analizzare, al fine di legittimare un trattamento obbligatorio imposto dal legislatore è necessario, oltre che la tutela della salute del singolo individuo sottoposto al trattamento, anche la tutela della salute della collettività. E' in tale contesto che, a partire dalla sentenza n. 27/1998 della Corte Costituzionale, viene intrapresa la strada dell'equiparazione delle vaccinazioni non obbligatorie a quelle obbligatorie, attraverso proprio il riconoscimento del diritto ad un equo ristoro in caso di danno alla salute derivante dalla misura profilattica.

Pertanto, in estrema sintesi, per rendere obbligatorio un trattamento sanitario, la dottrina costituzionalistica ha afferrato che ogni attività di carattere diagnostico o terapeutico volta a prevenire o a curare una determinata malattia deve essere necessariamente prevista da una legge⁴².

³⁹ Art. 1, c. 1, let. i) (Morbillo); art. 1, c. 1, let. L (Rosolia).

⁴⁰ Art. 1, c. 1, dalla let. a) alla n).

⁴¹ F. GUSTAVO, *Risposte di Federico Gustavo Pizzetti*, in A. MORELLI (a cura di), *Forum: Vaccini obbligatori: le questioni aperte*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 2, 2017, pp. 20-21.

⁴² A. SIMONCINI - E. LONGO, *Art. 32*, in R. BIFULCO - A. CELOTTO - M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, Utet, 2006, pp. 666 ss.; D. MORANA, *La salute come diritto costituzionale. Lezioni*, Torino, Giappichelli, 2015, pp. 42 ss; R. D'ALESSIO, *I limiti costituzionali dei trattamenti «sanitari» (a proposito dei Testimoni di Geova)*, in *Dir. e Società*, 1981, pp. 529 ss.; B. PEZZINI, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Dir. e società*, n. 1, 1983, pp. 21 ss.

A tal proposito la sentenza n. 5/2018 della Corte Costituzionale riconosce al legislatore il compito di scegliere le modalità più efficaci per prevenire e contrastare determinate malattie infettive, «potendo egli selezionare talora la tecnica della raccomandazione, talaltra quella dell'obbligo, nonché, nel secondo caso, calibrare variamente le misure, anche sanzionatorie, volte a garantire l'effettività dell'obbligo». In passato la stessa Corte aveva già chiarito che la discrezionalità legislativa «deve essere esercitata alla luce delle diverse condizioni sanitarie ed epidemiologiche, accertate dalle autorità preposte», e anche «delle acquisizioni, sempre in evoluzione, della ricerca medica, che debbono guidare il legislatore nell'esercizio delle sue scelte in materia»⁴³.

A tal proposito, la stessa sentenza, secondo quanto sancito dall'art. 32 della Cost., garantisce la libertà del singolo individuo di non sottoporsi a cure o terapie non scelte o accettate, salvo che ricorra uno «stato di necessità per la salute pubblica» nel rispetto dei «limiti imposti dal rispetto della persona umana» derivante dal fondamentale principio personalista previsto dall'art. 2 della Cost. Pertanto «i principi costituzionali subordinano la legittimità dell'obbligo vaccinale alla compresenza di un interesse sanitario individuale o collettivo non altrimenti tutelabile, in una logica di bilanciamento»⁴⁴.

Continuando, la sentenza 5/2018, richiamando la precedente sentenza n. 169/2017, riafferma che «il diritto alla persona di essere curata efficacemente, secondo i canoni della scienza e dell'arte medica, e di essere rispettata nella propria integrità fisica e psichica [...] deve essere garantito in condizioni di eguaglianza in tutto il paese, attraverso una legislazione generale dello Stato basata sugli indirizzi condivisi della comunità scientifica nazionale e internazionale»⁴⁵.

Pertanto, la Scienza medica, in virtù di un calcolo medico costi-benefici, suggerisce la vaccinazione attraverso lo strumento dell'obbligo giuridico o di una raccomandazione. Ed è in tale contesto che la Scienza medica talvolta si scontra con quella giuridica proprio per l'utilizzo di approcci diversi. Difatti, la legge del 2017, tramutando le precedenti vaccinazioni raccomandate in obbligatorie neutralizza di fatto la distinzione. Sempre la pronuncia n. 5/2018 nel "considerato in diritto" afferma che «nell'orizzonte epistemico della pratica medico-sanitaria la distanza tra raccomandazione e obbligo è assai minore di quelle che separa i due concetti nei rapporti giuridici»⁴⁶.

⁴³ Il principio è stato affermato nelle precedenti sentenze della Corte n. 268/2017, n. 282/2002 e n. 268/2017 e ordinanza n. 262/2004.

⁴⁴ Sentenza della Corte cost. n. 5/2018, par. 1.3.1.

⁴⁵ La precedente sentenza è la n. 169 del 2017 nonché la n. 338/2003 e la n. 282/2002.

⁴⁶ Punto 8.2.4 della sentenza n. 5/2018.

Si può quindi asserire che, mentre per la scienza medita raccomandare e prescrivere sono due facce della stessa medaglia nel senso di doverosità nel raggiungimento di un determinato obiettivo per il legislatore l'approccio della raccomandazione è inteso quale funzione esortativa. Ed è in tale ambito che la scienza medica e il legislatore, pur avendo approcci diversi devono interagire tra di loro per trovare il giusto bilanciamento con il quadro costituzionale. Bisogna osservare che, dal punto di vista tecnico-giuridico per poter garantire il livello di copertura sufficienti su tutto il territorio nazionale, il legislatore può optare a forme di strategia alternativa, con l'unico vincolo di tenere in considerazione il parere tecnico-scientifico della Scienza medica, in modo tale da poter circoscrivere la sfera di competenza del legislatore stesso⁴⁷.

Al di là delle vaccinazioni obbligatorie, previste come tali dal legislatore e di quelle raccomandate, per le quali le autorità pubbliche hanno previsto un intervento incentivato, ne esistono altre tecnicamente possibili che non sono né obbligatorie, in quanto non previste come tali dall'ordinamento, né raccomandate, in quanto non rispettano quegli elementi sintomatici che la Corte Costituzionale nel punto 7 del "considerando in diritto" della sentenza n. 266 del 2017 elenca come necessari per ritenere una vaccinazione raccomandata⁴⁸.

5. La profilassi obbligatoria nel d.l. n. 44/2021.

Come si avuto modo di specificare il d.l. n. 73/2017 è stato approvato in tempo ordinario mentre il d.l. n. 44/2021 recante misure urgenti per il contenimento dell'epidemia da Covid-19, in materia di vaccinazioni anti SARS-CoV-2, di giustizia e di concorsi pubblici⁴⁹ è stato approvato durante lo stato di emergenza, decretato dal Consiglio dei Ministri, in data 31 gennaio 2020, in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili⁵⁰.

⁴⁷ Per un maggiore approfondimento sulla materia delle vaccinazioni obbligatorie cfr: M. PLUTINO, *Le vaccinazioni, una frontiera mobile del concetto di "diritto fondamentale" tra autodeterminazione, dovere di solidarietà ed evidenze scientifiche*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 1, 2017; A.A. NEGRONI, *L'obbligatorietà delle vaccinazioni (decreto-legge n. 73/2017) è questione eminentemente di diritto costituzionale*, in *Forum di Quaderni cost.*, n. 2, 2017; SALAZAR, *La Corte costituzionale immunizza l'obbligatorietà dei vaccini*, in *Quaderni cost.*, n. 2, 2018, pp. 465 ss; A.A. NEGRONI, *Articolo 32 della Costituzione e superamento delle vaccinazioni obbligatorie*, in *Forum di Quaderni cost.*, n. 2, 2020, pp. 774-837.

⁴⁸ M. PLUTINO, *Le vaccinazioni. Lineamenti ricostruttivi di diritto costituzionale su un tema dominato dalle evidenze scientifiche*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto, Special Issue*, n. 2, 2019, p. 561.

⁴⁹ D.l. n. 44 del 1° aprile 2021 e pubblicato in GU n.79 del 1° aprile 2021.

⁵⁰ G. TRENTA, *Riflessioni sui primi provvedimenti adottati dal Governo a contrasto dell'emergenza sanitaria da Covid-19 (Coronavirus)*, in *Nomos*, n. 1, 2020, pp. ss. 1. Per un maggiore approfondimento riguardante il tema delle misure di sorveglianza sanitaria speciale cfr. Camera dei Deputati, *Misure sanitarie per fronteggiare l'emergenza coronavirus*, in *Servizio studi*, 26 marzo 2021.

In particolare l'art. 4 introduce l'obbligo di vaccinazione per la prevenzione dell'infezione da SARS-CoV-2 per gli «esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario che svolgono la loro attività nelle strutture sanitarie, sociosanitarie e socioassistenziali, pubbliche e private, farmacie, parafarmacie e studi professionali». Simultaneamente alla difesa di un interesse sanitario individuale e collettivo, i vaccini sono resi obbligatori e gratuiti per determinate categorie, quale requisito essenziale per l'esercizio dell'attività lavorativa prestata dai soggetti sottoposti a obbligo vaccinale. Tuttavia l'obbligo dei vaccini secondo quanto stabilito dal piano strategico nazionale dei vaccini⁵¹ non è *sine die* bensì di durata limitata al 31 dicembre 2021⁵²; ciò comporta che nel caso in cui la campagna vaccinale non fosse conclusa, problematica da porsi visti i ritardi nell'approvvigionamento dei vaccini, in tale data cesserebbe l'interesse pubblico all'obbligatorietà della somministrazione⁵³.

Il braccio operativo per l'attuazione del piano strategico è affidato alle Regioni e alle Province Autonome. Gli ordini professionali e i datori di lavoro delle categorie da vaccinare obbligatoriamente dovranno inviare, entro cinque giorni dall'entrata in vigore del decreto, l'elenco completo dei nominativi e la residenza degli iscritti o dei propri dipendenti da vaccinare⁵⁴. L'Ente territoriale preposto, entro dieci giorni dalla ricezione degli elenchi, verificato lo stato vaccinale dei nominativi, segnala all'azienda sanitaria locale di residenza i soggetti non risultati ancora vaccinati⁵⁵. L'azienda, quindi, preso atto della mancanza, ne darà immediata comunicazione oltre al soggetto interessato anche al datore di lavoro e all'ordine professionale di appartenenza, provvedendo con apposita determinazione alla 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 Covid-19⁵⁶, sino all'assolvimento dell'obbligo vaccinale o al completamento del piano

⁵¹ La vaccinazione contro il Covid-19 è disciplinata dai commi da 457 a 467 dell'art. 1 della L. 30 dicembre 2020, n. 178 e prevede che l'attuazione del piano sia operata dalle regioni e province autonome. In particolare il comma 457 prevede che, al fine di garantire il più efficace contrasto alla diffusione del Covid-19, il Ministro della salute adotti il piano strategico nazionale dei vaccini per la prevenzione delle infezioni da virus SARS-CoV-2, garantendo la massima copertura su tutto il territorio nazionale. A. MARESCA, *La vaccinazione volontaria anti Covid nel rapporto di lavoro*, in *federalismi.it*, n. 8. 2021, pp. 6-8.

⁵² Art. 4, co. 1, d.l. 44/2021.

⁵³ Art. 4, co. 1, d.l. 44/2021 prevede che l'interesse pubblico sotteso alla statuizione dell'obbligo vaccinale sussiste “*fino alla completa attuazione del piano di cui all'art. 1, comma 457, della Legge 30 dicembre 2020, n. 178*”, piano strategico nazionale dei vaccini, “*e comunque non oltre il 31 dicembre 2021*”.

⁵⁴ Art. 4, co. 3, d.l. 44/2021.

⁵⁵ Art. 4, co. 4, d.l. 44/2021. Continuando lo stesso articolo chiarisce che l'azienda sanitaria locale inviterà l'interessato, entro cinque giorni, a produrre la necessaria documentazione che attesti l'avvenuta vaccinazione (comunque da inviare entro i tre giorni successivi alla somministrazione), o la prenotazione di vaccinazione o in alternativa la documentazione attestante l'insussistenza dell'obbligo vaccinale. In assenza di documentazione valida la stessa azienda sanitaria locale, alla scadenza dei cinque giorni, invita formalmente l'interessato a sottoporsi alla somministrazione del vaccino (co. 5).

⁵⁶ Art. 4, co. 6, d.l. 44/2021.

vaccinale e comunque non oltre il 31 dicembre 2021. Avvenuta la comunicazione il datore di lavoro dovrà, qualora possibile, adibire il lavoratore ad altra mansione, purché ciò non implichi rischi di diffusione del contagio, anche di tipo inferiore con un trattamento economico corrispondente al nuovo incarico. Nel caso di impossibilità ad altra funzione l'interessato viene sospeso senza alcuna retribuzione, altro compenso o emolumento⁵⁷. Nel caso, però, di accertato pericolo per la salute del lavoratore derivante da un'eventuale vaccinazione, *status* attestato dal medico di medicina generale, il datore di lavoro adibisce tale lavoratore a mansioni diverse senza decurtazione della retribuzione.

Il decreto in questione è il risultato di un ragionevole bilanciamento fra l'interesse collettivo alla tutela della salute pubblica e l'interesse dell'individuo a non essere sottoporsi a trattamenti sanitari contro la volontà del singolo soggetto. L'obbligo vaccinale è infatti determinato solo ad alcune categorie di lavoratori che sono esposti alla diffusione del contagio da Covid-19 ed è circoscritto in una fase di tempo determinata (31 dicembre 2021).

Al decreto appena approvato, si possono riscontrare alcune criticità. In primo luogo, come avvenuto per il d.l. n. 73/2017, anche per il d.l. 44/2021 è stato usato un provvedimento provvisorio con forza di legge, che ai sensi dell'art. 77 è previsto esclusivamente in casi straordinari di necessità e di urgenza. Peraltro, essendo il trattamento sanitario obbligatorio sottoposto a riserva di legge, spetterebbe al solo Parlamento legiferare in materia. Non è ben chiaro, quindi, il motivo per il quale è stato usato il decreto-legge e non una legge ordinaria come la materia della sanità pubblica potrebbe richiedere. Tra l'altro il d.l. 44/2021 ha per oggetto "Misure urgenti per il contenimento dell'epidemia da Covid-19, in materia di vaccinazioni anti SARS-CoV-2, di giustizia e di concorsi pubblici" e la vaccinazione obbligatoria, per determinate categorie a rischio contagio, è disciplinata da 12 commi all'interno dell'art. 4, in realtà si pensa che sarebbe stato più opportuno normarla con una legge ordinaria con la corrispondente discussione in aula.

In secondo luogo nel d.l. 44/2021, non è disciplinato il diritto ad un equo indennizzo per danno irreversibile alla salute causato dalla somministrazione di un vaccino, previsto per legge in tutti gli altri casi di imposizione del vaccino e ribadito in più occasioni dalla Corte Costituzionale, ultima in ordine di tempo la sentenza n. 118 del 2020⁵⁸.

In terzo luogo la scelta delle categorie di lavoratori da sottoporre ad obbligo vaccinale avviene sulla base di requisiti soggettivi, in base all'attività lavorativa

⁵⁷ Art. 4, co. 8, d.l. 44/2021.

⁵⁸ Per un maggiore approfondimento sulla sentenza cfr. D. MORANA, *Obblighi e raccomandazioni in tema di vaccinazioni, tra discrezionalità legislativa ed estensione del diritto all'equo indennizzo (in nota a Corte cost., sent. n. 118/2020)*, in *Osservatorio Cost. AIC*, n. 1, 2020, pp. 233-250.

svolta e quindi esercenti professioni sanitarie e operatori di interesse sanitario⁵⁹ e oggettivi, sulla base del luogo di lavoro e quindi lavorare presso strutture sanitarie, socio sanitarie e socio-assistenziali, pubbliche e private, farmacie, parafarmacie e studi professionali, requisiti che devono ricorrere congiuntamente. La norma, inoltre, prevede che l'obbligo vaccinale vada applicato solo per quegli addetti a prestazioni o mansioni "che implicano contatti interpersonali o comportino, in qualsiasi altra forma, il rischio di diffusione del contagio da SARS-CoV". Nell'individuazione di chi sottoporre all'obbligo vaccinale restano però esclusi tutti quei lavoratori che svolgono attività ausiliare alle professioni sanitarie o comunque collegate ad esse ma che non sono iscritti negli albi professionali sanitari e non esercitano professioni sanitarie⁶⁰ pur lavorando nelle strutture come elencate dalla stessa normativa; l'attività lavorativa svolta da tali soggetti però, a ben vedere, comporta gli stessi rischi tanto di contrarre quanto di trasmissione del virus di quelle attività per le quali è previsto l'obbligo vaccinale.

In quarto luogo, l'articolo prende in esame i lavoratori esclusi dall'obbligo di vaccinazione per ragioni di salute nel caso di accertato pericolo per la stessa, in relazione a specifiche condizioni cliniche documentate, attestate dal medico di medicina generale ma non esplicita se tali soggetti possano continuare a prestare la loro attività e con quali modalità e soprattutto i doveri eventuali del datore di lavoro.

L'ultima perplessità che risulta analizzando l'articolo è la mancanza di chiarezza in merito alla questione della *privacy*, in relazione alla possibilità da parte del datore di lavoro di poter richiedere in qualsiasi momento, o anche prima dell'assunzione nel posto di lavoro, il certificato di vaccinazione, in quanto requisito essenziale per lo svolgimento di determinate attività lavorative al fine di poter tutelare la salute pubblica e mantenere adeguate condizioni di sicurezza nell'erogazione delle prestazioni di cura e assistenza⁶¹.

Infine, da segnalare la previsione contenuta nell'art. 3 del decreto in commento il quale prevede la non punibilità degli operatori sanitari nel caso in cui la somministrazione del vaccino da loro praticata abbia causato la morte o le lesioni del soggetto vaccinato; la causa di esclusione della punibilità vige solamente nel caso in cui la vaccinazione sia stata effettuata in maniera "conforme alle indicazioni contenute

⁵⁹ In Italia sono riconosciute 30 professioni sanitarie per l'esercizio delle quali è obbligatoria l'iscrizione agli Ordini professionali: Medici chirurghi e Odontoiatri; Veterinari; Farmacisti; Psicologi; Chimici e Fisici; Biologi; Professioni infermieristiche; Ostetriche; Tecnici sanitari di Radiologia medica e delle Professioni Sanitarie Tecniche, della Riabilitazione e della Prevenzione; a questi si aggiungono gli operatori di interesse sanitario e gli ausiliari delle professioni sanitarie (massofisioterapisti, operatori socio-sanitari, assistenti di studio odontoiatrico, odontotecnici, ottici, massaggiatori capi bagnini di stabilimenti idroterapici, puericultrici).

⁶⁰ Come ad esempio gli addetti alla sicurezza, alla mensa o ai servizi di pulizia

⁶¹ A. PERULLI, *Dibattito istantaneo su vaccini anti-covid e rapporto di lavoro: l'opinione di Adalberto Perulli*, in *Labor*, 25 gennaio 2021, p. 2; P. IERVOLINO, *Vaccinazione e pandemia tra diritto ed etica*, in *Rassegna Dir. Lavoro*, n. 1, 2021, pp. 14-15.

nel provvedimento di autorizzazione all'immissione in commercio emesso dalle competenti autorità e alle circolari pubblicate sul sito istituzionale del Ministero della salute relative alle attività di vaccinazione". Ciò probabilmente al fine di tutelare gli operatori che si trovano a dover inoculare un vaccino di cui non si conoscono gli effetti nel lungo periodo né tutte le controindicazioni possibili visto il nuovo tipo di Coronavirus.

6. Note conclusive.

La salute è un diritto fondamentale dell'individuo e interesse della collettività richiamato dall'art. 32 della Costituzione, collocandosi tra le massime manifestazioni della libertà e della dignità della persona e in un contesto come quello attuale di emergenza epidemiologica, vengono delineati maggiormente i contorni di tale diritto, soprattutto in tema di vaccinazioni⁶².

La necessità di scongiurare un pericolo per la salute della collettività e per la tutela della salute pubblica giustificano la previsione legislativa di un trattamento sanitario, comprimendo alcuni dei diritti fondamentali dell'uomo⁶³.

A tal proposito la giurisprudenza costituzionalistica ha evidenziato, in più occasioni, che per rendere costituzionalmente legittima la norma, l'interesse che garantisce deve necessariamente contemplare simultaneamente la tutela della salute del singolo individuo e quella della collettività, riconoscendo l'equo indennizzo nell'eventualità di un danno alla salute in conseguenza della misura sanitaria obbligatoria adottata (Sentenza n. 307/1990). Tale principio viene poi ribadito da un'altra sentenza della stessa Corte, affermando la compresenza della dimensione individuale e quella collettiva nonché il dovere di solidarietà che lega il singolo alla collettività e viceversa (Sentenza n. 118/1996), specificando, inoltre, che la tutela della salute implica e comprende il dovere dell'individuo di non ledere né porre a rischio con il proprio comportamento la salute altrui (Sentenza n. 218/1994).

Numerose altre sentenze hanno evidenziato l'importanza di tutelare la salute pubblica con la base di partenza riferita al trattamento sanitario, ravvisabile nel secondo comma dell'articolo 32 in cui viene definito che nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. Nel nostro ordinamento è la l. 833/1978 che al secondo comma dell'art. 33, dispone la possibilità da parte dall'autorità sanitaria di accertamenti e trattamenti sanitari obbligatori nel rispetto della dignità della persona e dei diritti civili e politici. La

⁶² P. BENCIOLINI - A. APRILE, *Il diritto alla salute*, in A. MARTIN - R. NACCARATO (a cura di), *Diritto alla salute e coscienza sanitaria*, Padova, Cedam, 1989, pp. 4 ss.

⁶³ A. MORELLI, *Forum: Vaccini obbligatori: le questioni aperte*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 2, 2017, pp. 15 ss.

legge è stata successivamente modificata ed integrata e, ad oggi, la normativa di riferimento sulla prevenzione vaccinale è il d.l. 73/2017. Il decreto in questione mira ad ampliare una serie di misure atte a rendere obbligatori determinati vaccini, ma come si è avuto modo di analizzare lascia molti dubbi sulla modalità in cui è stato legiferato.

Con l'avvio dello stato di emergenza, decretato il 31 gennaio 2020, in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili e con l'arrivo dei vaccini nel mese di gennaio 2021 è stato approvato il d.l. n. 44/2021 recante misure urgenti per il contenimento dell'epidemia da Covid-19, in materia di vaccinazioni anti SARS-CoV-2. Anche in questo caso il decreto presenta alcune perplessità sulla modalità e sul contenuto.

Ciò che caratterizza l'attuale emergenza sanitaria dell'influenza pandemica è stato il verificarsi di una situazione del tutto nuova, inattesa ed improvvisa. Pur considerando ciò, occorre dire che le affermazioni della giurisprudenza Costituzionale appaiono del tutto attuali e in tal caso possono porre la base per una riflessione giuridica verso una legittimità di un obbligo vaccinale anti Covid 19 *erga omnes*.

Parte preponderante della comunità scientifica, infatti, sostiene che il vaccino sia un passaggio del tutto necessario e indispensabile per il contenimento del virus con tutti i benefici sanitari, economici e sociali; nel nostro sistema, però, un'obbligatorietà vaccinale *tout court* sarebbe una sostanziale novità, giacché l'obbligatorietà vaccinale ad oggi riguarda quei soggetti non capaci come i minori e i portatori di *deficit* mentali, non spingendosi il legislatore oltre certi limiti.

Il problema principale è che la duplice valenza del vaccino, salvaguardare la salute del singolo e contemporaneamente tutelare la salute altrui contrasta con la libertà di cura del singolo e la sua autodeterminazione, che suggerisce l'impossibilità di una vaccinazione imposta per legge a persona maggiorenne e capace di intendere e volere.

Forse per questo il legislatore, pur trovandosi di fronte ad una situazione estremamente emergenziale, come quella di una pandemia a livello mondiale, ha previsto sì un obbligo vaccinale ma lo ha circoscritto a soggetti ben determinati e rientranti in specifiche categorie, senza, dunque, estendere tale obbligo all'intera popolazione.

IL RIPARTO DI GIURISDIZIONE IN TEMA DI RESPONSABILITÀ PER I DANNI INGIUSTI CAGIONATI A TERZI DAL PUBBLICO DIPENDENTE*

Luigi Carbone**

ABSTRACT [ITA]: Il contributo analizza la questione del riparto di giurisdizione in tema di responsabilità per i danni ingiusti cagionati a terzi dal pubblico dipendente con specifico riferimento all'azione risarcitoria diretta per lesione di interessi legittimi. In particolare, si dubita della scelta, propugnata dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione e dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, di riconoscere la competenza giurisdizionale in ordine a tale ultima azione in capo al giudice ordinario, impedendone di conseguenza la possibilità di un esercizio congiunto con l'azione di responsabilità nei confronti dell'amministrazione. In tale prospettiva, dopo un tentativo volto a evidenziare le criticità discendenti dall'opzione interpretativa consolidatasi nella giurisprudenza, quale in particolare l'applicazione di regimi sostanziali e processuali differenti, sulla base di una diversa lettura degli artt. 103 e 113 Cost. e di alcune disposizioni del c.p.a., si propone la soluzione favorevole alla giurisdizione amministrativa su queste azioni risarcitorie. Tale diversa interpretazione, che potrebbe trovare conforto anche nella giurisprudenza costituzionale in tema di riparto di giurisdizione, risponderebbe all'esigenza di evitare contrasti fra giudicati, di concentrazione e di coerenza complessiva del sistema di tutela, assumendo rilevanza pure con riferimento all'azione di rivalsa dinnanzi al giudice contabile, in quanto eviterebbe che lo stesso possa trovarsi a dover affrontare e comporre possibili esiti contrastanti del giudice ordinario e amministrativo.

□ Il presente contributo è destinato al volume “*Specialità delle giurisdizioni ed effettività delle tutele*”, a cura di A. GUIDARA, F. RANDAZZO, E. NICOSIA, A. FABBI, G. A. FERRO (di prossima pubblicazione per i tipi di Giappichelli), che raccoglie gli Atti del Convegno dal medesimo titolo, tenutosi a Catania nei giorni 9 e 10 aprile 2021.

** Dottorando di ricerca in Giurisprudenza nell'Università degli Studi di Catania.

ABSTRACT [ENG]: *The paper analyzes the allocation of jurisdiction in terms of liability for damages caused to third parties by public employees, with specific reference to the action for damages based on legitimate interests. In particular, it is questionable the current position of both the United Sections of the Court of Cassation and the Plenary Assembly of the Council of State, to recognize the jurisdiction of the ordinary judge with regard to the last-mentioned action for damages, consequently preventing the possibility for it to be pursued together with the liability action against the Public Administration. After having highlighted critical issues arising from the interpretative option now consolidated in the Italian case law, such as the application of different substantive and procedural regimes, moving from a different interpretation of Articles 103 and 113 of the Constitution and of some c.p.a. provisions, the legitimacy of the administrative jurisdiction over such compensation actions is supported. This interpretative solution - which could also be found reflected in the Italian constitutional case law on jurisdictional allocation - may avoid conflicts among judicial rulings and promote the system's concentration and overall coherence. With specific regard to the recovery action pursued before the Italian Court of Auditors, it would prevent such Court from having to face and compose possible conflicting sentences provided by the ordinary and the administrative judge.*

SOMMARIO: **1.** Il fondamento della responsabilità diretta dei pubblici dipendenti per gli atti compiuti in violazione di interessi legittimi. - **2.** La giurisdizione sull'azione di responsabilità per i danni ingiusti cagionati a terzi dal pubblico dipendente.- **3.** L'orientamento consolidato nella giurisprudenza ordinaria e amministrativa in ordine alla giurisdizione sull'azione risarcitoria diretta per lesione di interessi legittimi. - **4.** L'orientamento minoritario in alcune pronunce delle Sezioni Unite e del Consiglio di Stato rimaste isolate. - **5.** Le criticità discendenti dall'orientamento consolidato e il tentativo di una lettura favorevole alla giurisdizione amministrativa. - **6.** *Segue:* il rilievo dell'art. 28 Cost. e le possibili ricadute sull'azione di rivalsa dinanzi al giudice contabile.

1. Il fondamento della responsabilità diretta dei pubblici dipendenti per gli atti compiuti in violazione di interessi legittimi.

L'art. 28 Cost., nel sancire chiaramente la responsabilità personale e diretta dei pubblici dipendenti, per gli atti compiuti, nell'esercizio delle proprie funzioni, in violazione di diritti, con estensione in tali casi della responsabilità civile allo Stato, pone in primo piano la responsabilità del dipendente, configurandola come sempre diretta allo scopo di rendere più efficaci i freni inibitori contro l'impulso ad abusare del potere e di eccitare così il senso di attenzione dei pubblici funzionari¹.

Ciò trova conferma nel fatto che tale articolo, nel proclamare parimenti la responsabilità dello Stato, lo fa nel presupposto della sussistenza della responsabilità degli agenti pubblici, rappresentando il fondamento costituzionale della responsabilità della Pubblica amministrazione solo nell'ipotesi in cui essa consegua a quella dei propri dipendenti², sicché, fuori dai casi di correlazione, è possibile

¹ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Padova, 1991, p. 670. Come rilevato anche da S. BATTINI, *Responsabilità e responsabilizzazione dei funzionari e dipendenti pubblici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, 1, p. 53 ss., la responsabilità produce come effetto la c.d. responsabilizzazione del funzionario, il quale, a fronte della possibilità di incorrere in responsabilità, sarà più attento ad assicurare l'interesse generale alla legittimità degli atti della Pubblica amministrazione. In tale prospettiva, si rileva la diretta proporzionalità tra responsabilità e responsabilizzazione, in quanto maggiore sarà la responsabilità del funzionario, maggiore sarà anche la sua responsabilizzazione.

² Cfr. E. CASETTA, *L'illecito degli enti pubblici*, Torino, 1953, p. 244, per il quale la locuzione "in tali casi" contenuta all'art. 28 Cost. non può avere altro significato se non quello di limitare la responsabilità degli enti pubblici alle ipotesi in cui vi sia una responsabilità personale del funzionario secondo le leggi civili. In base a tale lettura, l'Autore perviene altresì alla conclusione che la disposizione costituzionale escluda la correttezza della tesi, ancora maggioritaria in dottrina e giurisprudenza, secondo la quale la Costituzione stabilirebbe una duplice responsabilità diretta del soggetto fisico e della persona giuridica. Cfr. anche A. CARIOLA, *La nozione costituzionale di pubblico impiego*, Milano, 1991, p. 220 ss.; F. MERUSI, *La responsabilità dei pubblici dipendenti secondo la Costituzione: l'art. 28 rivisitato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1986, p. 59; D. D'ORSOGNA, *La responsabilità della pubblica amministrazione*, in F. G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2019, p. 465, e F. MERUSI, M. CLARICH, *Commento all'art. 28 Cost.*, in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione. Rapporti civili*, Bologna, 1991, p. 373 ss. Secondo tale ultimo Autore, qualunque sia il significato tecnico che si voglia dare all'espressione "si estende" contenuta all'art. 28 Cost., se di estensione si tratta la responsabilità dello Stato e degli enti pubblici deve essere identica e determinata sulla base della normativa che regola la responsabilità del dipendente diretto responsabile, in quanto il verbo che si estende non può non voler dire che le due responsabilità sono eguali. Il nesso di strumentalità tra la responsabilità dello Stato e quella dei suoi agenti come delineata all'art. 28 Cost. è evidenziato anche da M. BENVENUTI, *Commento all'art. 28 Cost.*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, Torino, 2006, p. 588, per il quale la disposizione relativa allo Stato e agli enti pubblici sarebbe applicabile solo e in quanto sia preliminarmente applicabile quella relativa ai funzionari e ai dipendenti. Anche il giudice costituzionale (C. cost. sent. n. 2 del 1968) ha chiarito che l'art. 28 Cost. ha, da un lato, affermato la responsabilità personale di coloro che agiscono per lo Stato e, dall'altro, riconosciuto che la responsabilità di quest'ultimo si accompagna a quella dei "funzionari" e dei "dipendenti", sicché "là dove è responsabile il "funzionario" o "dipendente", lo sarà negli stessi limiti lo Stato". La Corte costituzionale, nell'escludere la simmetria tra la responsabilità della Pubblica amministrazione e quella dei suoi agenti, cioè a dire se l'amministrazione debba essere responsabile nella stessa misura e negli stessi casi in cui possa esserlo il

rinvenire il fondamento dell'autonoma responsabilità statale e degli enti pubblici nell'art. 113 Cost., quale disposizione posta a garanzia di una più specifica tutela rispetto all'attività della P.A., obiettivamente e impersonalmente intesa³.

In particolare, è proprio nel principio della responsabilità civile diretta degli agenti pubblici che risiede la vera portata innovativa dell'art. 28 Cost., rispondente all'esigenza di alimentare il senso di legalità, cura e diligenza in capo ai soggetti operanti per conto dello Stato e degli enti pubblici⁴.

Un'interpretazione totalizzante e non incompatibile con la disciplina dell'art. 28 Cost. consente, infatti, di evidenziare il rilievo primario della responsabilità del dipendente, anziché il suo dissolversi in quella della Pubblica amministrazione, alla quale comunque la prima si estende, enunciando un principio opposto a quello che è alla base dell'art. 2049 c.c.⁵ e configurando, dunque, secondo un'interpretazione ormai consolidata in dottrina⁶ e nella giurisprudenza⁷, anche costituzionale⁸, una responsabilità diretta di tipo solidale dello Stato e degli enti pubblici⁹.

dipendente, ha però precisato che quando esistono limitazioni alla responsabilità del pubblico dipendente “*niente impedisce alla giurisprudenza di trarlo eventualmente da norme o principi contenuti in leggi ordinarie (se esistono)*”.

³ N. ASSINI, *Responsabilità di diritto pubblico e principi costituzionali*, Milano, 1970, p. 6 ss., per il quale, in particolare, l'art. 113 Cost. fonderebbe una responsabilità impersonale, obiettivizzata, della Pubblica amministrazione, il cui unico scopo sarebbe quello di garantire il cittadino contro gli atti illegittimi dell'amministrazione, indipendentemente dalla ricerca dell'elemento psichico della colpevolezza. Cfr. anche C. ESPOSITO, *La responsabilità dei funzionari e dei pubblici dipendenti secondo la Costituzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1951, I, p. 344 ss., secondo il quale ove sia fatta valere la responsabilità diretta dello Stato e degli enti pubblici prevista dagli artt. 103 e 113 Cost. occorrerà provare solo la illegittimità obiettiva dell'atto di ufficio e il danno materiale o morale che ne è conseguito.

⁴ A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, II, 1984, p. 1131. Cfr. anche Corte cost. 24 febbraio 1992, n. 64.

⁵ F. MERUSI, *La responsabilità dei pubblici dipendenti secondo la Costituzione: l'art. 28 rivisitato*, cit., p. 53; F. MERUSI, M. CLARICH, *Commento all'art. 28 Cost.*, cit., p. 367. Tali Autori rilevano che la possibilità di riconoscere una responsabilità indiretta in capo allo Stato e agli enti pubblici per l'attività dei propri agenti, similmente a quanto stabilito dall'art. 2049 c.c. per la responsabilità dei padroni e dei committenti, è radicalmente esclusa dall'affermazione dell'art. 28 Cost. secondo cui i pubblici dipendenti sono direttamente responsabili. E, infatti, se è certo che l'art. 2049 c.c. serve a spostare la responsabilità del dipendente al padrone o committente, la disposizione costituzionale invece mette in primo piano la responsabilità del pubblico agente, sottolineando che è direttamente responsabile, e solo in secondo piano la responsabilità della Pubblica amministrazione, esprimendo pertanto un principio opposto all'articolo del codice civile.

⁶ A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 1130, nt. 46; M. CLARICH, *Sul modello di responsabilità civile dell'art. 28 Cost. (Spunti da un confronto con le esperienze straniere e con la prassi interpretativa)*, in *Giur. cost.*, 1987, p. 1870; C. ESPOSITO, *La responsabilità dei funzionari e dei pubblici dipendenti secondo la Costituzione*, cit., p. 332 ss.; L. TORCHIA, *La responsabilità*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di Diritto Amministrativo (Diritto Amministrativo Generale)*, Milano, 2000, p. 1454; M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2017, p. 292; V. TENORE, *La responsabilità civile della pubblica amministrazione e dei suoi dipendenti*, in V. TENORE, L. PALAMARA, B. MARZOCCHI BURATTI, *Le cinque responsabilità del dipendente pubblico*, Milano, 2013, p. 12 ss.; C. M. BIANCA, *Diritto civile*, V, *La responsabilità*, Milano, 2012, p. 634; F. GARRI, *La responsabilità civile della pubblica amministrazione*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, Torino, 2000, p. 7 ss.

Tale ultimo aspetto trova spiegazione nel fatto che l'operato degli agenti pubblici nell'esercizio delle loro funzioni è da considerare come operato degli apparati pubblici, in quanto questi ultimi non possono agire se non attraverso i propri dipendenti¹⁰, sicché lo Stato e gli enti pubblici, in virtù del rapporto di immedesimazione organica che lega ad essi i propri agenti, rispondono direttamente, purché l'operato dei medesimi sia posto in essere nell'esercizio delle loro funzioni¹¹.

La responsabilità dello Stato e degli enti pubblici, presupponendo, dunque, la sussistenza di un nesso di occasionalità necessaria con compiti istituzionali, ovvero

⁷ La Cassazione penale con la sent. n. 1386 del 1999 ha chiarito, infatti, che l'art. 28 Cost. è rivolto "essenzialmente al recupero della responsabilità personale dei dipendenti, cui si aggiunge quella solidale della P.A. Quest'ultima risponde per il fatto che le sono direttamente riferibili gli atti dei dipendenti, compiuti - in forza del c.d. rapporto di immedesimazione organica - per il raggiungimento delle finalità istituzionali sue proprie nell'ambito dello svolgimento del servizio demandato". Ciò è stato poi confermato anche dalla Cassazione civile con la sent. n. 9741 del 2005 secondo cui "l'art. 28 Cost., nel sancire che i funzionari e i dipendenti dello Stato sono "direttamente" responsabili degli atti compiuti in violazione di diritti, non postula una antinomia fra responsabilità diretta (e cioè ricollegata a fatto proprio) e responsabilità indiretta (scaturente, cioè, da fatto altrui), volendo, viceversa intendere soltanto che essi rispondono "personalmente" di tali atti (...) senza che ciò elida la responsabilità dell'Amministrazione". Cfr. anche Cass. civ., Sez. un., sent. n. 6667 del 1992; Cass. civ., Sez. un., n. 1963 del 1995; Cass. pen., Sez. III, sent. n. 33562 del 2003; Cass. civ., Sez. un, ord. n. 13659 del 2006; Cass. civ., Sez. III, sent. n. 8306 del 2011; T.A.R. Campania, Salerno, sent. n. 552 del 2013; Cass. civ., Sez. un., ord. n. 6690 del 2020.

⁸ La Corte costituzionale con la sent. n. 64 del 1992 ha, infatti, affermato che l'art. 28 Cost. "ha inteso in primo luogo affermare, a maggior garanzia della legalità dell'azione amministrativa e a miglior tutela dei cittadini, la responsabilità "diretta" dei pubblici dipendenti e della Pubblica Amministrazione per gli atti compiuti in violazione di diritti", demandando la disciplina dei presupposti al legislatore ordinario. Segnatamente, secondo il giudice costituzionale, per il caso in cui vi sia responsabilità diretta del pubblico dipendente, con la locuzione "si estende allo Stato e agli enti pubblici" l'art. 28 Cost. "ha inteso stabilire che in detti casi non può essere esclusa la responsabilità diretta anche della Pubblica Amministrazione".

⁹ Contra E. CASSETTA, *L'illecito degli enti pubblici*, cit., p. 263, il quale, sebbene riconosca la solidarietà dell'obbligo di risarcimento del danno cagionato a terzi in capo allo Stato e agli enti pubblici, ritiene che la responsabilità di quest'ultimi ai sensi dell'art. 28 Cost. non possa non essere che indiretta. Si sostiene, infatti, che la disposizione costituzionale sia analoga all'art. 2049 c.c., condividendone il medesimo principio ispiratore, ovvero quello del rischio, e possedendo la responsabilità dell'amministrazione sancita all'art. 28 Cost. tutti i requisiti di una responsabilità indiretta, cioè a dire oltre al carattere solidale la necessità che l'attuazione della fattispecie da parte degli agenti pubblici avvenga nell'esercizio delle mansioni loro affidate. Così anche E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2020, p. 649 ss., D. D'ORSOGNA, *La responsabilità della pubblica amministrazione*, cit., p. 465, e F. FRACCHIA, *Elemento soggettivo e illecito civile dell'amministrazione pubblica*, Napoli, 2009, *passim*. In particolare, quest'ultimo Autore, ritenendo la tesi della responsabilità diretta erroneamente invocata e criticabile, propone di valorizzare l'applicazione in combinato disposto degli artt. 28 Cost. e 2049 c.c., relativo alla responsabilità per fatto altrui, così da configurare una responsabilità indiretta della Pubblica amministrazione.

¹⁰ Cfr. V. TENORE, *Responsabilità solidale della P.A. per danni arrecati a terzi da propri dipendenti: auspicabile il recupero di una nozione rigorosa di occasionalità necessaria con i fini istituzionali*, in www.lexitalia.it, che sottolinea la necessità che la Pubblica amministrazione agisca tramite propri dipendenti, risultando inopportuna una visione "antropomorfa" dell'amministrazione.

¹¹ Così A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 1118, in critica a E. CASSETTA, *L'illecito degli enti pubblici*, cit., p. 187 ss., il quale invece ritiene indiretta la responsabilità dell'amministrazione sul presupposto che gli enti pubblici non abbiano capacità di agire e che il comportamento degli agenti di essi rimanga proprio degli agenti.

tra attività illecita del dipendente e incombenze attribuite al funzionario¹², va esclusa nei casi in cui il dipendente agisca per finalità del tutto personali ed egoistiche, cioè a dire deliberatamente al di fuori delle proprie incombenze¹³ o in caso di comportamenti integranti gli estremi di illeciti penali dolosi¹⁴. In questi casi si ha, infatti, la c.d. “frattura del rapporto organico”, che non esclude, tuttavia, qualsiasi forma di responsabilità, in quanto la stessa è limitata a quella personale del dipendente che risponde sempre direttamente verso i terzi secondo le regole di diritto comune, ma con cesura della solidarietà dell’amministrazione¹⁵.

In costanza di rapporto di immedesimazione organica, invece, l’art. 28 Cost., nel presupporre un illecito, cioè a dire la lesione recata all’interesse protetto di un amministrato, importandone l’obbligo di risarcimento¹⁶, deve parimenti ritenersi disposizione fondante la responsabilità diretta dei pubblici dipendenti anche a fronte della lesione di interessi legittimi.

È proprio in virtù di un’interpretazione estensiva che si è reputato di dover spezzare una lancia a favore della possibilità che i pubblici agenti possano essere chiamati a risarcire gli interessi legittimi lesi¹⁷, non ritenendosi decisivo l’argomento

¹² Cfr. M. CLARICH, *La responsabilità civile della pubblica amministrazione nel diritto italiano*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1989, p. 1089. Cfr. anche C. M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., p. 634, che opera l’ulteriore precisazione tra atti compiuti dagli organi nell’esercizio delle loro funzioni ed atti compiuti dai dipendenti nell’esercizio delle loro incombenze, entrambi imputati direttamente alla Pubblica amministrazione rispettivamente in forza del rapporto organico e del principio di preposizione in presenza del nesso di occasionalità necessaria.

¹³ M. CLARICH, *La responsabilità civile della pubblica amministrazione*, cit., p. 1089. Cfr. anche C. ESPOSITO, *La responsabilità dei funzionari e dei pubblici dipendenti secondo la Costituzione*, cit., p. 337 ss., per il quale è necessario, affinché possa affermarsi la responsabilità del pubblico agente, che lo stesso abbia commesso un illecito e che la sua posizione di funzionario l’abbia reso possibile, ne sia stata la necessaria occasione, ovvero ne abbia costituito il presupposto di fatto o la concreta *condicio sine qua non*.

¹⁴ A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 1117; A. M. SANDULLI, *Questioni in tema di responsabilità della pubblica Amministrazione per reati colposi dei propri agenti*, in A. M. SANDULLI, *Scritti giuridici, Diritto amministrativo*, III, Napoli, 1990, p. 525 ss.; V. TENORE, *Responsabilità solidale della P.A. per danni arrecati a terzi da propri dipendenti: auspicabile il recupero di una nozione rigorosa di occasionalità necessaria con i fini istituzionali*, cit.; V. TENORE, “Occasionalità necessaria” con i fini istituzionali e responsabilità solidale indiretta della p.a. per danni arrecati a terzi da propri dipendenti, in www.giustiziacivile.com.

¹⁵ Sebbene in dottrina si riscontrino diverse posizioni in ordine alle ipotesi che possono determinare la c.d. “frattura del rapporto organico”, si concorda invece sul fatto che nel caso in cui si spezzi tale rapporto potrà essere fatta valere soltanto una responsabilità diretta dei pubblici agenti come privati cittadini. A tal proposito, cfr. A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., I, p. 307; M. CLARICH, *La responsabilità civile della pubblica amministrazione*, cit., p. 1089; V. TENORE, *Responsabilità solidale della P.A. per danni arrecati a terzi da propri dipendenti: auspicabile il recupero di una nozione rigorosa di occasionalità necessaria con i fini istituzionali*, cit.

¹⁶ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., p. 667.

¹⁷ M. CLARICH, *Sul modello di responsabilità civile dell’art. 28 Cost.*, cit., p. 1873 ss., l’Autore propone una valorizzazione dell’art. 28 Cost. come norma di chiusura del sistema delle garanzie procedurali e processuali attraverso cui sarebbe possibile spezzare una lancia a favore della risarcibilità degli interessi legittimi quale

di carattere letterale ricavabile dall'art. 28 Cost. che fa riferimento solo ai diritti, dovendo tale previsione essere collegata con le altre comprese nel medesimo titolo¹⁸, con cui fa corpo e nelle quali sono considerati come diritti molte situazioni che, alla luce della distinzione degli artt. 103 e 113 Cost., andrebbero catalogate tra gli interessi legittimi¹⁹.

L'interpretazione sistematica del dettato costituzionale deve, pertanto, condurre a ritenere parimenti fondata sull'art. 28 Cost. la responsabilità diretta dei pubblici dipendenti per gli atti compiuti in violazione di interessi legittimi (e quindi già a livello costituzionale e ancor prima della necessaria rilettura del requisito del danno ingiusto di cui all'art. 2043 c.c., è in tale disposizione costituzionale che essa trova dunque fondamento²⁰), poiché, diversamente opinando, la portata di tale disposizione risulterebbe vanificata, finendosi per realizzare una sostanziale immunità dei pubblici agenti rispetto a condotte che, in quanto assunte nell'esercizio di un potere amministrativo, costituiscono il modo tipico di agire dello Stato e degli enti pubblici.

soluzione che troverebbe conforto nel principio estrapolabile dalla Costituzione di tutela piena e completa del cittadino nei confronti dell'attività della Pubblica amministrazione, idonea a consentire di colmare una grave lacuna, impedendo così di considerare il nostro ordinamento più arretrato rispetto ad altre esperienze straniere. Così anche L. MERCATI, *Art. 28 Cost. e riforme amministrative*, in *Dir. pubbl.*, 2001, 2, p. 694 ss.; M. AMICO, *La responsabilità del funzionario per lesione di interessi legittimi*, in *www.overlex.com*; R. GIOVAGNOLI, *La responsabilità del funzionario per lesione di interessi legittimi*, in F. CARINGELLA, M. PROTTO (a cura di), *La responsabilità della pubblica amministrazione*, Bologna, 2005, p. 30; F. GIGLIOTTI, *Lesione di interesse legittimo e responsabilità diretta del pubblico dipendente*, in *Danno e responsabilità*, 2015, 11, p. 1109 ss. *Contra* E. CASETTA, *L'illecito degli enti pubblici*, cit., p. 26 ss., che in forza di un'interpretazione letterale dell'art. 28 Cost. sostiene come la responsabilità dell'agente pubblico verso i terzi non possa comprendere i casi di violazione di interessi legittimi. Cfr. anche G. MIELE, *Risarcibilità dei danni derivanti da ingiusta lesione di interessi legittimi ad opera della pubblica amministrazione*, in *Foro it.*, 1963, p. 23 ss., e N. ASSINI, *Responsabilità di diritto pubblico e principi costituzionali*, cit., p. 83 e p. 150, che, pur ammettendo la responsabilità dell'amministrazione a fronte della lesione di interessi legittimi, negano però che gli agenti pubblici possano essere chiamati, in alcun modo, responsabili all'esterno per tali lesioni, trattandosi di una categoria di interessi ipotizzabili soltanto nei confronti dell'azione della Pubblica amministrazione.

¹⁸ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., p. 673 ss. Dai lavori preparatori emerge, infatti, che nel corso della discussione della Parte I della Costituzione l'Assemblea e la Commissione diedero per pacifico che l'articolo in esame, pur ponendo un principio di responsabilità in via generale, ma sempre nel quadro delle leggi penali, civili e amministrative, sia stato posto nella Costituzione con la volontà di assicurare una garanzia e una tutela particolarmente ai diritti dalla Costituzione stessa riconosciuti. Per un'accurata analisi dei lavori preparatori si vedano F. MERUSI, M. CLARICH, *Commento all'art. 28 Cost.*, cit., p. 356 ss., e F. MERUSI, *La responsabilità dei pubblici dipendenti secondo la Costituzione: l'art. 28 rivisitato*, cit., p. 41 ss.

¹⁹ C. ESPOSITO, *La responsabilità dei funzionari e dei pubblici dipendenti secondo la Costituzione*, cit., p. 347. Cfr. anche G. PALMA, *La ricostruzione concettuale della nozione di "danno ingiusto" nell'ambito dell'azione amministrativa e la sua ripercussione sul rapporto organico del funzionario: un approccio alla problematica*, in *www.federalismi.it*, e M. CLARICH, *La responsabilità civile della pubblica amministrazione*, cit., p. 1100 ss., per il quale, in tale prospettiva, la distinzione tra diritto ed interesse legittimo risulti artificiosa e foriera di gravi sperequazioni.

²⁰ Cfr. L. MERCATI, *Art. 28 Cost. e riforme amministrative*, cit., p. 696.

Tale conclusione è stata recentemente affermata anche dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, per le quali, infatti - secondo un adattamento di tipo evolutivo dell'art. 28 Cost. e in conformità all'attuale contesto giuridico-culturale, incline ad assegnare centralità, non solo ermeneutica, al principio di effettività della tutela scolpito sia a livello costituzionale che dalle fonti sovranazionali - l'espressione "atti compiuti in violazione dei diritti" deve intendersi, in senso estensivo e traslato, come violazione di ogni interesse rilevante per l'ordinamento giuridico e meritevole di tutela, tale, dunque, da fondare la responsabilità del pubblico dipendente anche in riferimento alla lesione di una posizione di interesse legittimo del terzo danneggiato²¹.

In attuazione dell'art. 28 Cost. è stata, del resto, emanata una normativa dettagliata concernente la responsabilità dei pubblici dipendenti per i danni ingiusti provocati a terzi contenuta nel Testo unico sugli impiegati civili dello Stato, approvato con d.P.R. 10 gennaio 1957 n. 3, quale disciplina ancora viva e vitale per tutti i pubblici agenti anche dopo la c.d. privatizzazione del rapporto di pubblico impiego, in forza dell'espressa previsione contenuta all'art. 55, c. 2, d.lgs. n. 165 del 2001, secondo cui resta "ferma la disciplina in materia di responsabilità civile, amministrativa, penale e contabile"²².

La normativa contenuta nel Testo unico degli impiegati civili in tema di responsabilità verso i terzi, la cui matrice deve farsi risalire quindi all'art. 28 Cost., si configura allo stesso tempo quale disciplina speciale rispetto al diritto comune e come disciplina generale valevole per tutti i pubblici agenti, salvo che, in ossequio all'insegnamento del giudice costituzionale e nel rispetto dei limiti dallo stesso individuati, sussistano discipline speciali per particolari categorie di pubblici dipendenti²³.

²¹ Cass. civ., Sez. un., ord. n. 6690 del 2020. Così anche Cons. St. sent. n. 3981 del 2006 che ha escluso come la responsabilità solidale e diretta dei pubblici dipendenti sia limitata ai soli atti compiuti in violazione di diritti, e non anche in caso di lesione di posizioni di interesse legittimo, chiarendo infatti che "il riferimento dell'art. 28 della Costituzione ai soli atti compiuti in violazione di diritti deve essere letto, da un lato, in relazione ad un periodo storico, in cui non era in alcun modo configurabile una responsabilità per danni causati per lesione di interessi legittimi e, dall'altro lato, unitamente al fatto che nella norma costituzionale è comunque contenuto un rinvio alle leggi penali, civili ed amministrative, che consente di adattare il principio alle evoluzioni dell'ordinamento". *Contra* Cons. St., Sez. VI, sent. n. 4153 del 2005, secondo cui ai sensi dell'art. 28 Cost., i dipendenti dello Stato sono direttamente e personalmente responsabili soltanto per gli atti compiuti in violazione di diritti e non anche per la lesione di interessi legittimi.

²² V. TENORE, *La responsabilità civile della pubblica amministrazione e dei suoi dipendenti*, cit., p. 7, nt. 9.

²³ Cfr. Corte cost. 24 febbraio 1992, n. 64, secondo cui "l'affermazione, in linea di principio, della responsabilità dell'agente dello Stato e degli enti pubblici non esclude la possibilità che, nei confronti dell'agente, siano previste regole particolari e differenziate, rispetto ai principi comuni. Dunque, per i pubblici

In particolare, questo testo normativo, da un lato, prevede una regolamentazione speciale della responsabilità del pubblico dipendente rispetto a quella contenuta nel codice civile, e specificatamente all'art. 2043 c.c.; dall'altro, riconosce al danneggiato la possibilità di scegliere liberamente se agire contro il dipendente, ovvero contro l'amministrazione o contro entrambi, consolidando la natura diretta e solidale della relativa responsabilità.

Sebbene il d.P.R. n. 3 del 1957 preveda la personale e diretta responsabilità del pubblico dipendente per gli atti compiuti, nell'esercizio delle proprie funzioni, soltanto in violazione di diritti, conformemente all'adattamento di tipo evolutivo operato con riferimento all'art. 28 Cost., il Consiglio di Stato²⁴ e le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno offerto un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 23 del medesimo Testo unico, secondo cui l'espressione "atti compiuti in violazione dei diritti" contenuta nella disposizione costituzionale, nonché l'analoga espressione "violazione dei diritti dei terzi" adoperata dal citato art. 23 per definire la nozione di "danno ingiusto" richiamata dal precedente art. 22 del d.P.R. del 1957, "è da intendersi - alla luce della successiva evoluzione normativa e giurisprudenziale (a partire, in particolare, dal d.lgs. n. 80 del 1998 e dalla sentenza n. 500 del 1999 delle Sezioni Unite civili) - come violazione di ogni interesse rilevante per l'ordinamento giuridico e meritevole di tutela, tale, dunque, da fondare la responsabilità diretta del pubblico dipendente anche con riferimento alla lesione di una posizione di interesse legittimo del terzo danneggiato"²⁵.

dipendenti il risarcimento del danno ingiusto può essere oggetto di regole generali ovvero di discipline particolari, relative a determinate categorie (più o meno vaste) di pubblici dipendenti".

²⁴ Cons. St. sent. n. 3981 del 2006 che, dopo aver escluso come la responsabilità solidale e diretta dei pubblici dipendenti sia limitata ai soli atti compiuti in violazione di diritti, e non anche in caso di lesione di posizioni di interesse legittimo, ha chiarito che "Il già citato art. 22 del T.U. n. 3/1957 si limita a far riferimento alla responsabilità verso terzi del dipendente per il danno ingiusto cagionato ed è noto come, a partire dalla sentenza n. 500/99 delle sezioni Unite, il concetto di danno ingiusto non sia più limitato ai danni causati alle posizioni di diritto soggettivo, ma include anche quelli derivanti dalla lesione di interessi legittimi. In tal senso deve oggi essere inteso anche il riferimento alla violazione di diritti, contenuto nell'art. 23 del citato T.U., riferito appunto al danno ingiusto e anche a situazioni di ritardo o omissione nel compimento di atti amministrativi (comma II), tipiche della lesione di interessi legittimi". *Contra* Cons. St., Sez. VI, sent. n. 4153 del 2005, secondo cui, invece, "non costituisce causa di danno risarcibile la condotta dell'impiegato che abbia provocato la lesione di un interesse legittimo perché, ai sensi dell'art. 28 cost., i dipendenti dello Stato sono direttamente e personalmente responsabili soltanto per gli atti compiuti in violazione di diritti e non anche per la lesione di interessi legittimi e, a norma dell'art. 23 del T.U. n. 3/1957, per danno ingiusto di cui il pubblico dipendente può essere responsabile deve intendersi solo quello che determina la violazione di diritti".

²⁵ Cass. civ., Sez. un., ord. n. 6690 del 2020. Così anche Cass. civ. sent. n. 16276 del 2015. Il giudice di legittimità ha, infatti, affermato che "Il pubblico impiegato che abbia adottato o concorso a formare, nell'esercizio delle proprie funzioni, atti amministrativi lesivi di interessi legittimi ne risponde nei confronti del terzo danneggiato dal provvedimento, non ostandovi il disposto del D.P.R. n. 3 del 1957, art. 23, il quale, interpretato in modo costituzionalmente orientato, non esclude la responsabilità del pubblico dipendente per lesione di interessi legittimi". Invero, già prima di tali ultimi arresti la Corte di Cassazione (Cass. civ., Sez. III,

2. La giurisdizione sull'azione di responsabilità per i danni ingiusti cagionati a terzi dal pubblico dipendente.

Nonostante i repertori giurisprudenziali dimostrino come i danneggiati preferiscano agire per il risarcimento dei danni principalmente, se non esclusivamente, nei confronti della P.A., quale convenuto maggiormente solvibile, salvo che sussistano nei confronti del pubblico agente ragioni di acrimonia personale particolari²⁶, il riconoscimento della configurabilità di una responsabilità per violazione anche di interessi legittimi, e dunque di una diretta responsabilità del dipendente per qualsiasi danno ingiusto arrecato a terzi con la stessa latitudine riferibile alla P.A., rende in concreto comunque esperibili azioni civili dirette anche nei confronti dei pubblici dipendenti. Ciò pone, conseguentemente, il problema dell'individuazione della relativa giurisdizione, quale questione non meramente teorica, se si considera che le azioni civili dirette nei confronti del dipendente sono

sent. n. 17914 del 2003) aveva implicitamente riconosciuto l'enucleabilità dagli artt. 22 e ss., d.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3, della responsabilità dei pubblici dipendenti anche per atti lesivi di interessi legittimi, superando il più risalente indirizzo delle Sezioni Unite (Cass. civ., Sez. unite, sent. n. 3357 del 1992) secondo cui “*non costituisce causa di danno risarcibile, a norma degli artt. 22 e 23 d.p.r. 10 gennaio 1957 n. 3, la condotta dell'impiegato pubblico che abbia provocato la lesione di un interesse legittimo, vantato dal terzo nei confronti della p.a.*”. Anche in dottrina (F. GIGLIOTTI, *Lesione di interesse legittimo e responsabilità diretta del pubblico dipendente*, cit., p. 1109 ss.) si è guardato con favore all'ultima interpretazione fornita dalla Corte di Cassazione, rilevandosi come appia certamente conforme alla funzione dell'art. 28 Cost. ritenere operante la responsabilità anche nel caso, ormai riconosciuto rilevante sul piano dell'illecito aquiliano, della lesione (non di diritti soggettivi, ma) di interessi legittimi, osservandosi, infatti, che qualsiasi diversa interpretazione creerebbe una ingiustificata disparità di trattamento tra chi ha visto vulnerare dall'amministrazione un proprio diritto e chi ha visto vulnerare un proprio interesse. Si veda anche G. MORBIDELLI, *Della responsabilità contrattuale (e di quella «provvedimentale») dei dirigenti*, in *Dir. amm.*, 1999, 2, p. 251 ss., che, sebbene non escluda la possibilità che il legislatore nell'esercizio della propria discrezionalità possa prevedere e disciplinare una responsabilità diretta dei pubblici dipendenti per violazione di interessi legittimi, ovvero prevedere in tali casi una responsabilità solo in via di regresso, quale soluzione nel bilanciamento dei principi coinvolti costituzionalmente corretta, ma non costituzionalmente obbligatoria, ritiene come l'espressione “violazione di diritti” di cui all'art. 28 Cost. e all'art. 23, d.P.R. n. 3 del 1957 non comprenda i casi di violazione di interessi legittimi, essendo la responsabilità da attività provvedimentale del tutto sconosciuta al Costituente e al T.U. imp. civ. dello Stato e in ordine alla quale debbano pertanto valere regole speciali da raggiungere in via di interpretazione o comunque con l'intervento del legislatore.

²⁶ M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 293. Cfr. anche V. TENORE, “*Occasionalità necessaria*” con i fini istituzionali e responsabilità solidale indiretta della p.a. per danni arrecati a terzi da propri dipendenti, cit., che osserva come l'azione civile diretta nei confronti del dipendente, di regola poco solvibile, è talvolta promossa per ragioni emotive (“fargliela pagare”) o per intimorire future iniziative istituzionali di altri dipendenti, come nel caso emblematico delle intimidatorie azioni risarcitorie intraprese vanamente, senza esito alcuno, dalla Stanleybet nei confronti di singoli finanziari che effettuarono legittime verifiche su loro filiali.

destinate a moltiplicarsi in futuro stante la diffusione di prodotti assicurativi individuali che rendono parimenti solvibile la persona fisica autore del danno²⁷.

A fronte del cagionamento di un danno ingiusto, il pubblico agente è infatti personalmente obbligato a risarcirlo secondo la disciplina prevista dal d.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3, potendo l'azione di risarcimento nei suoi confronti, ai sensi dell'art. 22 del medesimo d.P.R., essere esercitata congiuntamente con l'azione diretta nei confronti dell'amministrazione qualora, in base alle norme e ai principi vigenti dell'ordinamento giuridico, sussista anche la responsabilità dello Stato.

Se per il caso di frattura del rapporto organico non può esitarsi in ordine alla sussistenza della giurisdizione ordinaria sull'azione risarcitoria promossa dal terzo danneggiato, dubbi si avanzano con riferimento all'individuazione del plesso giurisdizionale competente nelle altre ipotesi in considerazione del silenzio serbato su tale profilo dal citato art. 22, nonché degli inconvenienti che da alcune soluzioni in punto di giurisdizione ne possono derivare.

Invero, tentando di circoscrivere la questione, perplessità non dovrebbero sussistere ove l'azione risarcitoria del terzo danneggiato dal dipendente attenga alla lesione di interessi legittimi, ovvero di diritti soggettivi rimessi alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, e sia promossa nei soli confronti della Pubblica amministrazione. In tali casi, in ossequio all'art. 103, c. 1, Cost.²⁸ e in forza degli artt. 7²⁹ e 30³⁰ c.p.a., è competente il giudice amministrativo, con l'ulteriore precisazione

²⁷ V. TENORE, *“Occasionalità necessaria” con i fini istituzionali e responsabilità solidale indiretta della p.a. per danni arrecati a terzi da propri dipendenti*, cit., che, nel valorizzare il riconoscimento della configurabilità di una diretta responsabilità del dipendente per qualsiasi danno ingiusto arrecato a terzi con la stessa latitudine riferibile alla P.A., quale pungolo al senso di legalità, cura e diligenza del pubblico agente sottesi alla solidarietà passiva sancita in via generale all'art. 28 Cost., sottolinea come le azioni risarcitorie dirette nei confronti del pubblico agente siano destinate a moltiplicarsi in futuro a fronte della diffusione di prodotti assicurativi individuali che rendono parimenti solvibile la persona fisica autore del danno, similmente a quanto stia accadendo nei confronti dei liberi professionisti a cui la normativa in taluni casi ha imposto di avere polizze assicurative obbligatorie.

²⁸ In virtù del quale “il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia amministrativa hanno giurisdizione per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi e, in particolari materie indicate dalla legge, anche dei diritti soggettivi”.

²⁹ E, infatti, ai sensi del c. 1 “sono devolute alla giurisdizione amministrativa le controversie, nelle quali si faccia questione di interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, di diritti soggettivi, concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo, riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili anche mediatamente all'esercizio di tale potere, posti in essere da pubbliche amministrazioni. Non sono impugnabili gli atti o provvedimenti emanati dal Governo nell'esercizio del potere politico”, chiarendo ai successivi cc. 4 e 5 che “sono attribuite alla giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo le controversie relative ad atti, provvedimenti o omissioni delle pubbliche amministrazioni, comprese quelle relative al risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi e agli altri diritti patrimoniali consequenziali, pure se introdotte in via autonoma” e che “nelle materie di giurisdizione

che in presenza di una materia demandata alla giurisdizione esclusiva non è sufficiente, affinché si possa affermare la relativa competenza giurisdizionale, la mera attinenza della controversia alla materia considerata, essendo necessario che la medesima origini da atti che siano espressione di potere pubblico³¹.

Specularmente, l'azione risarcitoria per lesione di diritti soggettivi realizzata dal pubblico dipendente, che non sia nemmeno mediatamente riconducibile all'esercizio di un potere amministrativo, appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario, ove

esclusiva, indicate dalla legge e dall'articolo 133, il giudice amministrativo conosce, pure ai fini risarcitori, anche delle controversie nelle quali si faccia questione di diritti soggettivi".

³⁰ L'articolo, infatti, dopo aver chiarito che "l'azione di condanna può essere proposta contestualmente ad altra azione o, nei soli casi di giurisdizione esclusiva e nei casi di cui al presente articolo, anche in via autonoma" dispone che "Può essere chiesta la condanna al risarcimento del danno ingiusto derivante dall'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa o dal mancato esercizio di quella obbligatoria. Nei casi di giurisdizione esclusiva può altresì essere chiesto il risarcimento del danno da lesione di diritti soggettivi".

³¹ La costante giurisprudenza costituzionale (Corte cost. sent. n. 204 del 2004; Corte cost. sent. n. 191 del 2006; Corte cost. sent. n. 179 del 2016), infatti, con riguardo all'art. 103 Cost., laddove esso prevede la giurisdizione esclusiva "in particolari materie indicate dalla legge", identifica i criteri che legittimano tale giurisdizione in riferimento esclusivo alle materie prescelte dal legislatore ed all'esercizio, ancorché in via indiretta o mediata, di un potere pubblico, facendo discendere da ciò "la necessità ai fini della compatibilità costituzionale delle norme di legge devolutive di controversie alla detta giurisdizione, che vi siano coinvolte situazioni giuridiche di diritto soggettivo e di interesse legittimo strettamente connesse; che il legislatore assegni al giudice amministrativo la cognizione non di "blocchi di materie", ma di materie determinate; e che l'amministrazione agisca, in tali ambiti predefiniti, come autorità e cioè attraverso la spendita di poteri amministrativi, che possono essere esercitati sia mediante atti unilaterali e autoritativi, sia mediante moduli consensuali, sia mediante comportamenti, purché questi ultimi siano posti in essere nell'esercizio di un potere pubblico e non consistano, invece, in meri comportamenti materiali avulsi da tale esercizio". In particolare, nella sent. n. 204 del 2004 la Corte costituzionale ha affermato che "il vigente art. 103 Cost., primo comma, non ha conferito al legislatore ordinario una assoluta ed incondizionata discrezionalità nell'attribuzione al giudice amministrativo di materie devolute alla sua giurisdizione esclusiva, ma gli ha conferito il potere di indicare "particolari materie" nelle quali "la tutela nei confronti della pubblica amministrazione" investe "anche" diritti soggettivi: un potere, quindi, del quale può dirsi, al negativo, che non è né assoluto né incondizionato, e del quale, in positivo, va detto che deve considerare la natura delle situazioni soggettive coinvolte, e non fondarsi esclusivamente sul dato, oggettivo, delle materie. Tale necessario collegamento delle "materie" assoggettabili alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo con la natura delle situazioni soggettive - e cioè con il parametro adottato dal Costituente come ordinario discrimine tra le giurisdizioni ordinaria ed amministrativa - è espresso dall'art. 103 Cost. laddove statuisce che quelle materie devono essere "particolari" rispetto a quelle devolute alla giurisdizione generale di legittimità: e cioè devono partecipare della loro medesima natura, che è contrassegnata dalla circostanza che la pubblica amministrazione agisce come autorità nei confronti della quale è accordata tutela al cittadino davanti al giudice amministrativo. Il legislatore ordinario ben può ampliare l'area della giurisdizione esclusiva purché lo faccia con riguardo a materie (in tal senso, particolari) che, in assenza di tale previsione, contemplerebbero pur sempre, in quanto vi opera la pubblica amministrazione-autorità, la giurisdizione generale di legittimità: con il che, da un lato, è escluso che la mera partecipazione della pubblica amministrazione al giudizio sia sufficiente perché si radichi la giurisdizione del giudice amministrativo (il quale davvero assumerebbe le sembianze di giudice "della" pubblica amministrazione: con violazione degli artt. 25 e 102 Cost., secondo comma) e, dall'altro lato, è escluso che sia sufficiente il generico coinvolgimento di un pubblico interesse nella controversia perché questa possa essere devoluta al giudice amministrativo". Cfr. anche Cass. civ., Sez. un., sent. n. 4614 del 2011; Cass. civ., Sez. V, ord. n.4614 e 5926 del 2011.

convenuto sia il solo pubblico dipendente, ovvero la sola Pubblica amministrazione, ma anche nel caso di contestuale evocazione in giudizio di entrambi.

Va osservato che neppure per l'azione risarcitoria diretta per lesione di interessi legittimi proposta nei confronti del pubblico dipendente vi è una espressa indicazione del legislatore per il riparto di giurisdizione. In questo caso, si pongono, tuttavia, maggiori problemi interpretativi, risultando contrapporsi, da un lato, l'esigenza di consentire che una responsabilità solidale possa essere accertata nella stessa sede in cui è chiamata a rispondere l'amministrazione e, dall'altro lato, la circostanza in base alla quale potrebbe assumere rilievo il fatto che si tratti di una domanda tra due soggetti privati, apparentemente estranea all'oggetto della giurisdizione del giudice amministrativo.

3. L'orientamento consolidato nella giurisprudenza ordinaria e amministrativa in ordine alla giurisdizione sull'azione risarcitoria diretta per lesione di interessi legittimi.

Sebbene l'art. 22 del d.P.R. n. 3 del 1957 ammetta l'esperibilità di un'azione risarcitoria congiunta, seppur non individuando il plesso giurisdizionale competente, la possibilità di proposizione di una contestuale domanda nei confronti della Pubblica amministrazione e del dipendente autore dell'illecito ove si tratti di lesioni di interessi legittimi è esclusa da un'ormai consolidata giurisprudenza, com'è testimoniato da recenti interventi delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione³².

³² Cass. civ., Sez. un., ord. n. 6690 del 2020 secondo cui il perimetro della giurisdizione del giudice amministrativo non può estendersi anche alle controversie in cui il potere amministrativo “*venga in discussione in quanto esercitato dai soggetti all'Amministrazione legati da rapporto organico, cioè considerandosi il solo dato che il loro agire si è esplicato formalmente come espressione del potere amministrativo*”. Per le Sezioni Unite, l'art. 103 Cost. non consente, infatti, di ritenere che il giudice amministrativo possa conoscere di controversie in cui non sia parte una P.A. (o un soggetto ad essa equiparato), sicché la pretesa risarcitoria avanzata nei confronti di singole persone fisiche, componenti di un organo collegiale pubblico, cui si imputi l'adozione di provvedimenti illegittimi, va azionata dinanzi al giudice ordinario. Secondo il giudice di legittimità quindi il presupposto della giurisdizione amministrativa alla luce della citata disposizione costituzionale “*è, infatti, che la tutela giurisdizionale coinvolgente le situazioni giuridiche nella giurisdizione di legittimità ed in quella esclusiva debba avere luogo con la partecipazione in posizione attiva o passiva della pubblica amministrazione*” o “*del soggetto che, pur non facendo parte dell'apparato organizzativo di essa, eserciti le attribuzioni dell'Amministrazione, così ponendosi come pubblica amministrazione in senso oggettivo*”. In tale prospettiva, questa previsione costituzionale - che radica la giurisdizione del giudice amministrativo “*nei confronti della pubblica amministrazione*” - trova conferma poi nello stesso codice del processo amministrativo, il cui art. 7, comma 1, riferisce alle “*pubbliche amministrazioni*” (e in base del medesimo art. 7, al comma 2, anche ai soggetti ad esse “*equiparati*”) l'esercizio del potere suscettibile di incidere sulle posizioni di interesse legittimo e (nelle particolari materie) di diritto soggettivo e, quindi, di attivare la cognizione del giudice

Secondo l'indirizzo costante della Suprema Corte, in tali ipotesi sarebbero sempre rispettivamente competenti il giudice amministrativo nel caso di azione diretta nei confronti della Pubblica amministrazione e il giudice ordinario per l'ipotesi di azione diretta nei confronti del pubblico dipendente, escludendosi che la giurisdizione sia derogabile per ragioni di connessione³³. E, infatti, il giudice di legittimità ha costantemente ribadito che, in base agli articoli 103 Cost. e 7 c.p.a., il giudice amministrativo ha giurisdizione solo per le controversie nelle quali sia parte una Pubblica amministrazione o un soggetto ad essa equiparato, con la conseguenza che esula da questa giurisdizione la domanda di risarcimento del danno proposta da un privato contro un altro privato, ancorché connessa con una vicenda provvedimentale, *“non ostando a ciò la proposizione della domanda anche nei confronti dell'ente pubblico sotto il profilo della responsabilità solidale dello stesso, attenendo al merito l'effettiva riferibilità all'ente dei comportamenti dei funzionari”*³⁴.

Anche l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, nell'aderire alla posizione del giudice di legittimità, ha sostenuto una lettura riduttiva della giurisdizione amministrativa, fondandola sul dato testuale degli artt. 103 Cost. e 7 c.p.a., in specie laddove, nell'individuare la giurisdizione del giudice amministrativo sulle controversie nelle quali si faccia questione di interessi legittimi e, in particolari materie, di diritti soggettivi, riferisce tali controversie allo “esercizio o al mancato

amministrativo a tutela di dette situazioni soggettive, sicché il riferimento esplicito e chiaro alle forme dell'esercizio del potere in quanto poste in essere da “pubbliche amministrazioni” evidenzia come *“soggettivamente la controversia esige che una delle parti sia la pubblica amministrazione e l'altra il soggetto che faccia la questione sull'interesse legittimo o sul diritto soggettivo”*. Si è così affermata la giurisdizione del giudice ordinario sull'azione aquiliana, non rivolta contro il soggetto pubblico, titolare del potere disciplinare, bensì proposta contro due soli componenti della commissione disciplinare (presidente e membro dello stesso), sebbene proprio nella veste di funzionari pubblici legati ad essa da rapporto organico e per gli atti e i comportamenti tenuti nell'esercizio di dette funzioni, i quali, avrebbero (in tesi) orientato l'attività dell'intero collegio e, quindi, della commissione stessa, così da realizzare il dedotto “abuso di potere disciplinare”. Così anche Cass. civ., Sez. un., ord. n. 19677 del 2016 che ha affermato che appartiene al giudice ordinario la cognizione della domanda risarcitoria proposta nei confronti non della pubblica amministrazione, ma di funzionari pubblici per atti compiuti nell'esercizio delle loro funzioni. Per un commento a tale sentenza si veda P. CHIARENZA, *Azione risarcitoria nei confronti del solo funzionario in proprio: G.O.*, in www.ildirittoamministrativo.it.

³³ In particolare, le Sezioni Unite con la sent. n. 13659 del 2006 hanno chiarito che l'art. 103 Cost. *“non consente di ritenere che il giudice amministrativo possa conoscere di controversie di cui non sia parte una pubblica amministrazione, o soggetti ad essa equiparati”* e che dunque la *“pretesa risarcitoria avanzata nei confronti del funzionario cui era imputata l'adozione di provvedimento illegittimo (...) va devoluta alla giurisdizione del giudice ordinario in quanto fondata sulla deduzione di un fatto illecito extracontrattuale e intercorrente tra privati, non ostando a ciò la proposizione della domanda anche nei confronti dell'ente pubblico sotto il profilo della responsabilità solidale dello stesso, attenendo al merito l'effettiva riferibilità all'ente dei comportamenti dei funzionari”*. A tal proposito, cfr. anche Cass. civ., Sez. un., ord. n. 4591 del 2006; Cass. civ., Sez. un., sent. n. 5123 del 1994 e Cass. civ., Sez. III, sent. n. 16276 del 2015.

³⁴ Cass. civ., Sez. un., sent. n. 13659 del 2006.

esercizio del potere amministrativo” e le afferma come “riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili anche mediatamente all’esercizio di tale potere, posti in essere da pubbliche amministrazioni”³⁵.

In particolare, tale ultimo inciso è stato valorizzato come limite all’estensione della giurisdizione amministrativa, la quale è pertanto esclusa ove il potere amministrativo “venga in discussione in quanto esercitato dai soggetti all’Amministrazione legati da rapporto organico, cioè considerandosi il solo dato che il loro agire si è esplicito formalmente come espressione del potere amministrativo”³⁶.

Anche in dottrina si è guardato con favore a questa posizione, argomentando che le disposizioni contenute nel codice del processo amministrativo apparirebbero troppo ridondanti per poter fondare la giurisdizione del giudice amministrativo sulla domanda risarcitoria diretta nei confronti dei pubblici dipendenti, dandosi rilievo alla constatazione che il c.p.a. non ha dettato alcuna specifica previsione in tema di giurisdizione relativamente a questa domanda e soprattutto all’art. 103 Cost. che, nell’affermare che il giudice amministrativo ha giurisdizione per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi, confermerebbe come nell’architettura costituzionale quest’ultimo sia giudice soltanto della P.A.³⁷.

4. L’orientamento minoritario in alcune pronunce delle Sezioni Unite e del Consiglio di Stato rimaste isolate.

Invero, l’orientamento maggioritario non è stato condiviso in passato da alcune pronunce delle stesse Sezioni Unite³⁸ e del Consiglio di Stato, secondo cui l’art. 22,

³⁵ Cons. St., Ad. Plen., sent. n. 2 del 2017, che ha affermato come esuli dall’ambito della giurisdizione amministrativa una controversia tra due soggetti privati, avente ad oggetto una diritto soggettivo di contenuto patrimoniale, e in particolare la domanda che la parte privata danneggiata dall’impossibilità di ottenere l’esecuzione in forma specifica del giudicato proponga nei confronti dell’altra parte privata, beneficiaria del provvedimento illegittimo.

³⁶ Cass. civ., Sez. un., ord. n. 6690 del 2020.

³⁷ F. GIGLIOTTI, *Lesione di interesse legittimo e responsabilità diretta del pubblico dipendente*, cit., p. 1124 ss., per il quale, dopo aver evidenziato come il giudice amministrativo sia il giudice naturale della legittimità dell’esercizio del pubblico potere, una domanda indirizzata da un privato verso un privato non potrebbe trovare spazio in sede di giurisdizione amministrativa, neanche se eventualmente proposta congiuntamente a quella indirizzata nei confronti dell’amministrazione.

³⁸ Si segnala un precedente isolato delle Sezioni Unite che con l’ord. n. 10180 del 2004, benché non abbiano affrontato in modo diretto la questione, hanno riconosciuto la giurisdizione del giudice amministrativo sull’intera domanda proposta anche nei confronti del dipendente, evidenziando che la “concentrazione presso il giudice amministrativo - anche nell’ambito della sua giurisdizione di legittimità - del potere di procedere al risarcimento del danno consente di risolvere in un unico giudizio non solo le questioni relative all’annullamento degli atti illegittimi ma anche quelle attinenti al ristoro del pregiudizio da questi determinato, eliminando in tal

d.P.R. n. 3 del 1957, pur non atteggiandosi a disposizione relativa alla giurisdizione, quale attuazione però dell'art. 28 Cost., alludendo alla possibilità di esercizio congiunto, presupporrebbe l'esistenza di un unico giudice competente in ordine alla cognizione della domanda risarcitoria, ovvero il giudice amministrativo in caso di lesione di interessi legittimi³⁹.

In forza di un'interpretazione sostanzialistica, si è quindi evidenziato come la giurisdizione sulle domande proposte nei confronti dei dipendenti debba seguire quella relativa alle domande proposte nei confronti dell'amministrazione, in quanto una diversa soluzione determinerebbe l'effetto di impedire al privato di esercitare un'unica azione per una responsabilità solidale e di avere due giudizi in cui in presenza del medesimo elemento oggettivo dell'illecito si potrebbero avere esiti contrastanti, anche in relazione a profili comuni non attinenti all'elemento soggettivo, che va invece valutato diversamente⁴⁰.

Sebbene questa interpretazione sia stata superata dai consolidati arresti delle Sezioni Unite e dell'Adunanza Plenaria, si deve tuttavia evidenziare come anche la dottrina ad essi aderente non abbia potuto non rilevare il possibile profilarsi di difficoltà a seguito della duplicazione dei giudizi⁴¹.

A seconda che si propenda per una delle diverse soluzioni si porrebbero anche problemi di coerenza per il caso di lesione di diritti soggettivi ricompresi nelle materie di giurisdizione esclusiva, cioè a dire se della domanda congiunta possa conoscere il giudice amministrativo, ovvero se le azioni risarcitorie nei confronti del

modo il pericolo di contrasto fra giudicati ed eliminando quegli inconvenienti propri della doppia giurisdizione (...)".

³⁹ Cons. St., Sez. VI, sent. n. 3981 del 2006 secondo cui ragioni sistematiche impongono di individuare un unico giudice per fattispecie di responsabilità solidale "e non su esigenze sussistenti solo in caso di connessione tra le due domande, dovendosi aderire all'orientamento delle Sezioni Unite della Cassazione, secondo cui la giurisdizione non può essere condizionata da ragioni di connessione, precludendo l'ordinamento che la scelta del giudice possa dipendere dalla strategia processuale della parte che agisce in giudizio; ancor più perché si rimetterebbe alla volontà delle parti il realizzare o meno quella concentrazione di tutela giudiziaria, la cui ratio è alla base della soluzione legislativa, avallata dal giudice delle leggi, che ha attribuito alla giurisdizione amministrativa anche le controversie risarcitorie". In particolare, secondo il giudice amministrativo "sia l'art. 35, comma 1, del D. Lgs. n. 80/1998, sia l'art. 7, comma 3 della legge n. 1034/1971 prevedono che il giudice amministrativo, nell'ambito della giurisdizione sia esclusiva che di legittimità, disponga il (o conosca delle controversie relative al) risarcimento del danno ingiusto, senza limitare tale giurisdizione alle domande proposte nei confronti della sola amministrazione. Deve, quindi, ritenersi che quando il danno richiesto sia diretta conseguenza di una illegittimità provvedimentoale, e non derivi da meri comportamenti dei pubblici dipendenti, la giurisdizione del giudice amministrativo in ordine alle domande risarcitorie proposte nei confronti dell'amministrazione, si estenda anche alle domande proposte nei confronti dei dipendenti".

⁴⁰ Cons. St., Sez. VI, sent. n. 3981 del 2006.

⁴¹ F. GIGLIOTTI, *Lesione di interesse legittimo e responsabilità diretta del pubblico dipendente*, cit., p. 1125.

pubblico dipendente e della Pubblica amministrazione debbano essere rispettivamente esercitate dinnanzi al giudice ordinario e amministrativo.

5. Le criticità discendenti dall'orientamento consolidato e il tentativo di una lettura favorevole alla giurisdizione amministrativa.

Le incertezze in tema di giurisdizione appaiono di non poco momento se si considera poi la possibilità di esiti contrastanti anche a fronte dell'applicazione di regimi sostanziali e processuali differenti.

Si pensi al termine di decadenza per la proposizione dell'azione risarcitoria nei confronti della Pubblica amministrazione e in generale a quanto è disposto dall'art. 30, c. 3, c.p.a.⁴² con l'interrogativo, dunque, se tale disciplina valga anche nei confronti del pubblico dipendente che, secondo l'interpretazione del giudice di legittimità, debba essere convenuto innanzi al giudice ordinario⁴³.

Seguendo l'orientamento consolidato propugnato dalla Corte di Cassazione e dal Consiglio di Stato sarebbe, infatti, possibile che l'azione risarcitoria nei confronti del solo dipendente innanzi al giudice ordinario possa essere esperita anche a termine decadenziale già spirato per l'azione avverso la Pubblica amministrazione.

Senza soffermarsi sulla limitazione decadenziale alle sole controversie relative alla lesione di interessi legittimi⁴⁴, occorre rilevare che il riconoscimento della

⁴² Ai sensi del quale “la domanda di risarcimento per lesione di interessi legittimi è proposta entro il termine di decadenza di centoventi giorni decorrente dal giorno in cui il fatto si è verificato ovvero dalla conoscenza del provvedimento se il danno deriva direttamente da questo. Nel determinare il risarcimento il giudice valuta tutte le circostanze di fatto e il comportamento complessivo delle parti e, comunque, esclude il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti”, precisando al successivo comma che “per il risarcimento dell'eventuale danno che il ricorrente compri di aver subito in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento, il termine di cui al comma 3 non decorre fintanto che perdura l'inadempimento. Il termine di cui al comma 3 inizia comunque a decorrere dopo un anno dalla scadenza del termine per provvedere”.

⁴³ Cfr. F. GIGLIOTTI, *Lesione di interesse legittimo e responsabilità diretta del pubblico dipendente*, cit., p. 1126, nt. 96, che evidenzia come a fronte di “un eventuale consolidamento della ritenuta riferibilità del termine decadenziale di cui all'art. 30, comma 3, c.p.a. solo alla P.A., i casi di “persecuzione” personale del dipendente risulteranno inevitabilmente destinati – in modo anche considerevole – ad aumentare”.

⁴⁴ Cfr. T.A.R. Sicilia, Palermo, ord. n. 1628 del 2011 che, sul presupposto dell'irragionevolezza del termine decadenziale per l'esercizio dell'azione risarcitoria e ritenendo più congrua la previsione di un termine prescrizione, ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'articolo 30, c. 5, c.p.a. E, però, la Corte costituzionale con la sent. n. 280 del 2012 ne ha dichiarato l'inammissibilità. Con la successiva ord. n. 57 del 2015, la Consulta ha poi chiarito che alle azioni risarcitorie proposte anteriormente all'entrata in vigore del codice del processo amministrativo trova applicazione il regime di prescrizione quinquennale di diritto comune e non il termine decadenziale di cui al sopravvenuto art. 30, c. 5, c.p.a. Sul termine decadenziale previsto dall'art.

giurisdizione amministrativa sulla domanda congiunta⁴⁵ consentirebbe invece di estendere il termine anche in favore del pubblico dipendente.

Diversamente, continuandosi a negare la possibilità che il giudice amministrativo conosca anche dell'azione risarcitoria proposta nei confronti del pubblico dipendente e riconoscendosi allo stesso tempo la possibilità che quest'ultimo possa essere chiamato a rispondere dinnanzi al giudice ordinario anche una volta che sia decorso il termine di decadenza previsto dall'art. 30 c.p.a., si finirebbe per creare un sistema nel quale, a fronte della responsabilità del pubblico agente per fatti commessi nell'esercizio delle proprie funzioni, non sussisterebbe una corrispondente responsabilità dell'amministrazione⁴⁶, con gli inevitabili precipitati in punto di rispetto dell'art. 28 Cost., che tra i vincoli da esso discendenti annovera proprio la necessaria previsione, per garantire l'effettività del ristoro, della responsabilità civile dello Stato e degli enti pubblici in tutti i casi e negli stessi limiti della responsabilità dei dipendenti stessi⁴⁷.

30 c.p.a. la Corte costituzionale è tornata a pronunciarsi con la sent. n. 94 del 2017 con cui ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale relativa alla previsione, in entrambe le ipotesi disciplinate dal citato articolo, del termine di decadenza di centoventi giorni per la proponibilità delle domande risarcitorie, sia pure decorrenti da momenti differenti. Per il giudice costituzionale tale termine, infatti, non è in contrasto con l'art. 3 Cost. in quanto rientra nella ampia discrezionalità del legislatore disciplinare gli istituti processuali e ciò vale anche con specifico riferimento alla scelta di un termine decadenziale o prescrizione a seconda delle peculiari esigenze del procedimento, con il solo limite della non manifesta irragionevolezza delle scelte compiute. L'esame condotto dalla Corte costituzionale sulla questione sottoposta non è apparso a F. G. SCOCA, *Sul termine per proporre l'azione risarcitoria autonoma nei confronti dell'amministrazione*, in *Giur. cost.*, 2017, 3, p. 980 ss., particolarmente approfondito, né la soluzione cui essa è giunta è sembrata ineccepibile. In particolare, se in via generale è apparso corretto ritenere che la disciplina della tutela dell'interesse legittimo non debba essere "del tutto analoga" alla disciplina della tutela del diritto soggettivo, una differenza così profonda tra l'una e l'altra, con riguardo ai termini per agire in risarcimento, non è apparso né ragionevole né giustificabile.

⁴⁵ La possibilità che il giudizio amministrativo sia promosso da un soggetto privato contro un altro privato è rilevata da A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2014, p. 180. Secondo l'Autore, infatti, ciò sarebbe conseguenza dell'ampiezza raggiunta dalla giurisdizione esclusiva, precisando che l'assegnazione al giudice amministrativo di vertenze promosse da soggetti privati va valutata con criteri rigorosi di coerenza e ragionevolezza, ammettendosi in casi particolari ove sia tendenzialmente indifferente che il rapporto controverso intercorra con amministrazioni o con privati.

⁴⁶ Cfr. F. GIGLIOTTI, *Lesione di interesse legittimo e responsabilità diretta del pubblico dipendente*, cit., p. 1126, che, sebbene ritenga il termine decadenziale di cui all'art. 30, c. 3, c.p.a. riferibile esclusivamente all'azione di risarcimento proposta nei confronti della P.A. e aderisca all'interpretazione consolidata della giurisprudenza volta ad escludere la giurisdizione amministrativa relativamente all'azione di responsabilità nei confronti del pubblico dipendente, manifesta analoghe perplessità in ordine al rapporto tra la possibilità di far valere la responsabilità del pubblico agente dinnanzi al giudice ordinario anche quando sia decorso tale termine decadenziale e l'art. 28 Cost. nella parte in cui sancisce l'estensione della responsabilità civile dei funzionari e dipendenti allo Stato e agli enti pubblici.

⁴⁷ Corte cost. 24 febbraio 1992, n. 64 e Corte cost. 18 gennaio 1989, n. 18 hanno infatti chiarito che, a norma dell'art. 28 della Costituzione, lo Stato deve rispondere necessariamente ove, secondo la disciplina vigente, debba rispondere il pubblico dipendente. Cfr. anche L. MERCATI, *Art. 28 Cost. e riforme amministrative*, cit., p. 690 ss., secondo la quale in tutti i casi in cui esista la responsabilità diretta del pubblico dipendente deve

Si consideri inoltre quanto sostenuto dall'Adunanza Plenaria che, nell'escludere come l'art. 41, c. 2, ultimo periodo, c.p.a. possa fornire argomenti in favore della giurisdizione amministrativa su una controversia tra due soggetti privati, avente ad oggetto un diritto soggettivo di contenuto patrimoniale, ha chiarito che la citata norma processuale non consente la formale proposizione di una domanda risarcitoria, ma stabilisce solo che la domanda proposta contro l'amministrazione (che, quindi, è individuata come unica legittimata passiva) debba essere notificata, al fine di realizzare la c.d. *denuntiatio litis*, al privato beneficiario dell'atto illegittimo⁴⁸.

E, però, se si afferma che il privato non sia destinatario di una domanda di risarcimento del danno contro di lui diretta, ma solo destinatario della notificazione della domanda proposta contro l'amministrazione, al fine di rendere possibile l'opponibilità del giudicato, e che lo scopo dell'art. 41, c. 2, ultimo periodo, c.p.a. sia *“solo quello di fare in modo che l'eventuale giudicato di condanna tra il privato danneggiato dal provvedimento e l'amministrazione possa essere opposto anche al terzo beneficiario, come “fatto” che accerta l'antigiuridicità, nell'eventuale giudizio di “rivalsa”, quanto*

comunque operare, ai sensi dell'art. 28 Cost., l'estensione alla Pubblica amministrazione, in quanto altrimenti sarebbe costituzionalmente illegittima, e non sottoponibile ad alcuna interpretazione adeguatrice, la norma che escludesse in modo espresso tale estensione. Così pure F. BILANCIA, *Una rimeditazione della responsabilità civile della P.A. e dei dipendenti pubblici alla luce di due recenti decisioni della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1992, p. 1637 ss.

⁴⁸ Cons. St., Ad. Plen., sent. n. 2 del 2017, nel ribadire che nell'ordinamento processuale, salvo deroghe normative espresse, vige il principio generale della inderogabilità della giurisdizione per motivi di connessione, ha escluso che la giurisdizione amministrativa su una controversia tra due soggetti privati, avente ad oggetto un diritto soggettivo di contenuto patrimoniale, possa trovare fondamento negli artt. 41, c. 2, ultimo periodo, e 112, c. 1, c.p.a. in quanto *“norme sul rito, che presuppongono (e non pongono) la giurisdizione, che deve, quindi, desumersi dai criteri generali di riparto e non direttamente da esse”*. Con riguardo all'art. 41, c. 2, ultimo periodo, c.p.a. si è affermato che lo stesso *“non prevede, a rigore (e in senso tecnico), un litisconsorzio necessario nei confronti del privato beneficiario dell'atto illegittimo. Litisconsorzio la cui necessità è del resto esclusa, come è noto, anche nel caso di obbligazioni solidali. Nei confronti di tale soggetto, infatti, la citata norma processuale non consente la formale proposizione di una domanda risarcitoria, ma stabilisce solo che la domanda proposta contro l'amministrazione (che, quindi, è individuata come unica legittimata passiva), gli debba essere notificata, al fine di realizzare la c.d. denuntiatio litis. In base all'art. 41, comma 2, ultimo periodo c.p.a., in altri termini, il privato non è destinatario di una domanda di risarcimento del danno contro di lui diretta, ma solo destinatario della notificazione della domanda proposta contro l'amministrazione, al fine di rendere possibile l'opponibilità del giudicato”*. In tale prospettiva, non sono apparsi parimenti decisivi gli argomenti desumibili dall'art. 112, c. 1, c.p.a., nella parte in cui prevede che l'obbligo di eseguire il giudicato grava non solo sull'amministrazione, ma anche sulle altre parti. A tal proposito, si è osservato che *“la norma è coerente con la constatazione che in moltissimi casi l'esecuzione in forma specifica del giudicato richiede, in particolare se si tratta di attuarne gli effetti restitutori e ripristinatori, oltre all'azione dell'amministrazione, l'ingerenza nella sfera giudica e materiale di soggetti privati, specie nel caso in cui sono stati destinatari di provvedimenti favorevoli poi annullati e devono, per effetto del giudicato, adempiere ad obblighi - a ben guardare meramente consequenziali o riflessi - restitutori e ripristinatori. Escludere in tali casi la giurisdizione amministrativa solo perché vi è il coinvolgimento indiretto (e inevitabile) di soggetti privati vanificherebbe la funzione del giudizio di ottemperanza e, con essa, il valore fondamentale dell'effettività del giudicato (corollario del principio, di rango costituzionale ed Europeo, del diritto di azione in giudizio)”*.

all'illegittimità dell'atto e ai presupposti della condanna risarcitoria subita dall'amministrazione"⁴⁹, non si vede come analoghe esigenze non possano non porsi con riferimento all'ipotesi di domanda di risarcimento proposta nei confronti della P.A. per danni cagionati da propri dipendenti.

Se si esclude, quindi, che il giudice amministrativo possa conoscere delle domande risarcitorie proposte nei confronti dei pubblici agenti, non può non suscitare allora dubbi di costituzionalità l'art. 41, c. 2, ultimo periodo, c.p.a., in considerazione della evidenziata *ratio* ad esso sottesa e dell'impossibilità di estenderne la portata applicativa ai pubblici dipendenti, in quanto lo stesso riferisce la necessità che, in caso di azione di condanna proposta anche in via autonoma, il ricorso debba essere notificato altresì esclusivamente agli eventuali beneficiari dell'atto illegittimo.

Le esigenze di evitare contrasti fra giudicati, di concentrazione e di coerenza complessiva del sistema di tutela di cui si è fatto latore il Consiglio di Stato in quella pronuncia però rimasta isolata⁵⁰, propugnando la soluzione favorevole alla giurisdizione amministrativa⁵¹, potrebbero trovare allora conforto in una diversa lettura delle disposizioni del c.p.a. rispetto a quella proposta dal consolidato orientamento della giurisprudenza ordinaria e amministrativa.

Segnatamente, i commi 4 e 5 dell'art. 7, prevedendo la cognizione del giudice amministrativo, nell'ambito della giurisdizione sia di legittimità sia esclusiva, sulle controversie risarcitorie derivanti dall'attività amministrativa, non escludono tale giurisdizione rispetto alle domande proposte nei confronti dei dipendenti, né la limitano esclusivamente a quelle fatte valere nei confronti della P.A., precisando poi al successivo comma 7 che "il principio di effettività è realizzato attraverso la concentrazione davanti al giudice amministrativo di ogni forma di tutela degli interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, dei diritti soggettivi".

Si potrebbe dare rilievo, altresì, all'art. 30 c.p.a. che al c. 6 chiarisce espressamente che "di ogni domanda di condanna al risarcimento di danni per lesioni di interessi

⁴⁹ Così Cons. St., Ad. Plen., sent. n. 2 del 2017.

⁵⁰ Sent. n. 3981 del 2006.

⁵¹ *Contra* F. GARRI, *La responsabilità civile della pubblica amministrazione*, cit., p. 10, per il quale "quando della responsabilità della pubblica amministrazione conosca il giudice amministrativo non è ipotizzabile che possa essere convenuto innanzi ad esso il dipendente", ipotizzando così o la possibilità di convenire il dipendente dinnanzi al giudice ordinario, ovvero ammettendo soltanto l'azione nei confronti della Pubblica amministrazione e poi l'azione di rivalsa nei confronti del dipendente dinnanzi alla Corte dei conti.

legittimi o, nelle materie di giurisdizione esclusiva, di diritti soggettivi conosce esclusivamente il giudice amministrativo”.

A differenza delle citate disposizioni, qualche dubbio pone invece l’art. 13 c.p.a. che, sebbene non possa considerarsi quale fondante la giurisdizione amministrativa, ma che invece nel presupporla fissa i criteri generali di riparto della competenza, potrebbe tuttavia trovare applicazione una volta riconosciuta, alla luce di altri riferimenti normativi, la competenza giurisdizionale del giudice amministrativo sull’azione risarcitoria diretta per lesione di interessi legittimi proposta nei confronti del pubblico dipendente.

In particolare, l’art. 13, c. 2, c.p.a., nel dettare il criterio del c.d. foro del pubblico impiego, sancisce che “per le controversie riguardanti pubblici dipendenti è inderogabilmente competente il tribunale nella cui circoscrizione territoriale è situata la sede di servizio”, sicché, dal punto di vista strettamente letterale, potrebbe sembrare che tale criterio speciale si applichi ogni volta che una delle parti in causa sia un pubblico dipendente, quali che siano la materia e l’oggetto della controversia⁵², trovando conferma questa lettura anche nel confronto con il successivo art. 135, c. 2, c.p.a. che espressamente si riferisce invece alle “controversie sui rapporti di lavoro dei pubblici dipendenti” dell’Autorità garante per la concorrenza ed il mercato e dell’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, per escluderle dalla competenza funzionale inderogabile del T.A.R. Lazio⁵³.

Tale interpretazione, non limitando l’art. 13, c. 2, c.p.a. a previsione operante soltanto all’interno del rapporto di servizio tra dipendente e P.A.⁵⁴, consentirebbe di

⁵² *Contra* Cons. St., Ad. Plen., ord. n. 37 del 2012, che esclude come l’art. 13, c. 2, c.p.a. possa essere interpretata alla lettera, sostenendo che “di fatto però è sempre stato pacifico che la disposizione si riferisca specificamente (e restrittivamente) alle controversie in materia di pubblico impiego, ossia a quelle tra l’impiegato e l’amministrazione (intesa quale datore di lavoro) e abbiano per oggetto pretese (diritti o interessi) inerenti al rapporto di lavoro. Il tutto, s’intende, a condizione che si tratti di rapporto lavorativo conservato alla giurisdizione del giudice amministrativo dopo la riforma del d.lgs. n. 80/1998”.

⁵³ L’art. 135 c.p.a. nel mantenere ferma invece la competenza funzionale inderogabile del T.A.R. Lazio si riferisce altresì espressamente alle controversie relative al rapporto di lavoro del personale del DIS, dell’AISI e dell’AISE, offrendo un ulteriore elemento a supporto dell’interpretazione letterale del criterio di cui all’art. 13, c. 2, c.p.a. Il codice del processo amministrativo sembrerebbe, infatti, utilizzare diverse locuzioni a cui parrebbe possibile attribuire diversi significati, cioè a dire mentre all’art. 135 si utilizza espressamente il riferimento alle controversie sui rapporti di lavoro dei pubblici dipendenti, quale previsione sicuramente operante soltanto all’interno del rapporto di servizio tra dipendente e P.A., all’art. 13, c. 2, c.p.a. sembrerebbe che il codice, riferendosi invece genericamente alle “controversie riguardanti pubblici dipendenti”, sposi un criterio più ampio applicabile ogni volta che una delle parti in causa sia un pubblico dipendente, quali che siano la materia e l’oggetto della controversia.

⁵⁴ *Contra* F. GIGLIOTTI, *Lesione di interesse legittimo e responsabilità diretta del pubblico dipendente*, cit., p. 1124, nt. 84, che sostiene come l’art. 13, c. 2, c.p.a. non possa considerarsi rilevante ai fini dell’affermazione della giurisdizione amministrativa sull’azione risarcitoria diretta per lesione di interessi legittimi proposta nei

individuare il giudice amministrativo competente ogniqualvolta fosse esperita un'azione di risarcimento del danno nei confronti del pubblico dipendente, anche legato all'amministrazione da rapporto di lavoro privatizzato, a fronte del generico riferimento operato dal medesimo articolo alle "controversie riguardanti pubblici dipendenti" e considerato che il d.lgs. n. 165 del 2001, da un lato, all'art. 63 devolve alla giurisdizione del giudice ordinario, in funzione del giudice del lavoro, soltanto le controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni e, dall'altro, con l'art. 55 richiama espressamente la disciplina sulla responsabilità previgente alla "depubblicizzazione" del rapporto di lavoro con la P.A., tenendo ancora in vita gli artt. 22 ss., d.P.R.10 gennaio 1957, n. 3.

Così, una lettura estensiva di questi referenti normativi contenuti nel c.p.a. ben potrebbe indurre ad affermare che, quando il danno richiesto sia diretta conseguenza di un'attività amministrativa illegittima, cioè a dire espressione di potere pubblico, e non derivi da meri comportamenti dei pubblici dipendenti, la giurisdizione del giudice amministrativo in merito alle domande risarcitorie proposte nei confronti della P.A. sulla base della solidarietà passiva si estenda, anche per ragioni di ordine sistematico e per esigenza di concentrazione, pure alle domande proposte nei confronti dei dipendenti⁵⁵.

6. Segue: il rilievo dell'art. 28 Cost. e le possibili ricadute sull'azione di rivalsa dinnanzi al giudice contabile.

Si consideri poi che l'art. 28 Cost., nell'affermare la responsabilità di coloro che fanno concretamente volere ed agire gli organi pubblici, ha "personalizzato" l'amministrazione, rompendo lo schema che nascondeva gli agenti pubblici dietro l'organo e preferendo una visione realistica dei rapporti tra cittadini e istituzioni,

confronti del pubblico dipendente, in quanto ritenuta disposizione operante all'interno del rapporto di servizio tra dipendente e P.A., sicché la stessa non potrebbe assumere alcun rilievo con riguardo a una controversia tra un soggetto privato e un dipendente, non potendosi trarre nessun argomento dalla circostanza che la controversia riguardi (sia pure in questa sua qualità) anche un "pubblico dipendente".

⁵⁵ Così anche L. MERCATI, *Responsabilità amministrativa e principio di efficienza*, Torino, 2002, p. 130 ss., per la quale, al fine di prevenire la duplicazione dei giudizi di risarcimento per il danno derivante da un medesimo provvedimento, sarebbe opportuno, sul piano del diritto positivo, rivalutare l'art. 22, d.P.R.10 gennaio 1957, n. 3, in quanto dalla possibilità in esso prevista di esercizio congiunto delle due azioni, avverso il dipendente e l'amministrazione, discenderebbe che, nei casi in cui le responsabilità di questi soggetti coesistono, l'azione nei confronti del singolo funzionario potrebbe essere proposta dinnanzi al giudice amministrativo, qualora la responsabilità dell'amministrazione sia connessa ad un provvedimento, oppure di fronte al giudice ordinario quando l'amministrazione sia responsabile per meri comportamenti materiali.

secondo un disegno costituzionale (artt. 5, 97, 117, 118 Cost.) che vuole l'amministrazione il più possibile vicina ai cittadini⁵⁶.

La ragione dell'elevazione a rango di principio costituzionale della responsabilità dei pubblici dipendenti deve rinvenirsi proprio nel fatto di partecipare all'esercizio del potere pubblico⁵⁷, che giustifica dando senso alla previsione di una responsabilità giuridica come quella indicata nell'art. 28 Cost. e diversa da quella posta a carico dei soggetti dell'ordinamento generale⁵⁸.

Tale diversità si coglie proprio nell'art. 28 Cost. che, nel valorizzare il ruolo e la responsabilità degli agenti pubblici, disegna un'amministrazione in cui assume rilievo preminente l'aspetto personale della stessa e instaura pertanto una relazione personale e diretta tra burocrazia e cittadini, in quanto questi ultimi, una volta immesimati in un ufficio pubblico mutano la propria posizione ed esercitano funzioni dirette persino a incidere autoritativamente nella sfera individuale dei privati⁵⁹.

L'art. 28 Cost. fu, infatti, voluto proprio per instaurare un rapporto tra i pubblici funzionari come tali e i cittadini al fine di sollecitare il senso di responsabilità dei primi verso i secondi, come è richiesto in ogni ordinamento democratico che mette prima gli uomini degli apparati⁶⁰.

⁵⁶ A. CARIOLA, *La nozione costituzionale di pubblico impiego*, cit., p. 227 ss.

⁵⁷ G. PASTORI, *La burocrazia*, Padova, 1967, p. 349 ss., per il quale rispetto ad ogni specie di responsabilità della burocrazia vi sarebbe sempre il medesimo presupposto sostanziale, costituito dal potere di partecipazione, da intendersi come partecipazione all'esercizio delle potestà pubbliche, anche se possono essere diverse le posizioni giuridiche che si contrappongono a quelle di partecipazione nella disciplina della responsabilità. L'art. 28 Cost., dunque, sancirebbe in tema di responsabilità una disciplina già contenuta implicitamente nel testo costituzionale, coordinando la qualificazione delle attività burocratiche con le esigenze di tutela dei diritti soggettivi. Cfr. anche L. ARCIDIACONO, *L'organizzazione amministrativa nel disegno costituzionale e nella giurisprudenza della Corte*, in *Pol. dir.*, 1983, p. 465, ove l'affermazione della responsabilità del personale amministrativo è ricollegata alla partecipazione all'esercizio di funzioni pubbliche in maniera indipendente. È stato pure osservato da A. CORPACI, *L'esperienza dell'Italia*, in D. SORACE (a cura di), *La responsabilità pubblica nell'esperienza giuridica europea*, Bologna, 1994, p. 474 ss., che la configurazione della responsabilità diretta prevista dall'art. 28 Cost. implichi una considerazione dell'agente come soggetto inserito ma non assorbito nell'organizzazione amministrativa, chiamato a rispondere del suo personale operato. In particolare, la circostanza che tale responsabilità sia rapportata alla violazione di diritti, la iscrive nell'ordinamento dei diritti e dei doveri dei cittadini e non già nell'ordinamento del potere esecutivo e della pubblica amministrazione, evidenziandone ulteriormente il rilievo esterno alla sfera dell'organizzazione amministrativa.

⁵⁸ A. CARIOLA, *La nozione costituzionale di pubblico impiego*, cit., p. 79.

⁵⁹ A. CARIOLA, *La nozione costituzionale di pubblico impiego*, cit., p. 78 ss. Si osserva, infatti, che l'ammissione all'ufficio pubblico muta la qualità di potere di partecipazione esercitato, poiché esso non è più quello strumentale per contribuire a determinare la vita politica e controllarne lo svolgimento spettante ad ogni cittadino, ma un potere pubblico.

⁶⁰ G. ZAGREBELSKY, *La responsabilità del magistrato nell'attuale ordinamento. Prospettive di riforma*, in *Giur. cost.*, 1982, p. 788.

A fronte di questo processo di superamento della spersonalizzazione del rapporto tra cittadino e P.A. operato dal testo costituzionale, potrebbe allora sostenersi una lettura sostanziale e realistica del riferimento contenuto all'art. 103 Cost. alla Pubblica amministrazione, che necessariamente agisce tramite i propri dipendenti, propugnandosi di conseguenza che il giudice amministrativo possa conoscere anche delle azioni risarcitorie per lesione di interessi legittimi proposte nei confronti dei pubblici agenti, ovvero possa conoscere anche di controversie relative a condotte poste in essere da questi ultimi e che, in quanto assunte nell'esercizio di un potere amministrativo, costituiscono il modo tipico di agire degli apparati pubblici⁶¹.

Del resto, lo stesso giudice costituzionale in sede di interpretazione degli artt. 103 e 113 Cost. ha chiarito che, sebbene queste previsioni siano formulate con riferimento alla tutela riconosciuta al privato nelle diverse giurisdizioni, *“da ciò non deriva affatto che tali giurisdizioni siano esclusivamente attivabili dallo stesso privato, né che la giustizia amministrativa non possa essere attivata dalla pubblica amministrazione; tanto più ove si consideri che essa storicamente e istituzionalmente è finalizzata non solo alla tutela degli interessi legittimi (ed in caso di giurisdizione esclusiva degli stessi diritti), ma anche alla tutela dell'interesse pubblico, così come definito dalla legge”*⁶².

⁶¹ In tale prospettiva, una analoga lettura sostanziale potrebbe sostenersi anche relativamente al riferimento contenuto all'art. 7 c.p.a. alle Pubbliche amministrazioni, allorché il medesimo articolo, nel dare attuazione all'art. 103 Cost., al c.1 dispone che sono devolute “le controversie, nelle quali si faccia questione di interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, di diritti soggettivi, concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo, riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili anche mediamente all'esercizio di tale potere, posti in essere da pubbliche amministrazioni”. In ragione del rapporto organico i comportamenti posti in essere dai pubblici dipendenti nell'esercizio, ovvero nel mancato esercizio, del potere amministrativo devono infatti considerarsi come posti in essere non da soggetti privati ma dalla stessa Pubblica amministrazione di appartenenza e pertanto di questi non potrebbe non conoscerne il giudice amministrativo. Ciò trova spiegazione nel fatto che l'operato degli agenti pubblici nell'esercizio delle loro funzioni è da considerare come operato degli apparati pubblici, in quanto quest'ultimi non possono agire se non attraverso i propri dipendenti. Il pubblico dipendente può allora essere considerato come privato soltanto nell'ipotesi di c.d. frattura del rapporto organico, in questo caso infatti a fronte di un danno dallo stesso cagionato sulla relativa azione risarcitoria sussisterà la giurisdizione del giudice ordinario e non potrà farsi applicazione degli artt. 22ss., d.P.R.10 gennaio 1957, n. 3, dovendosi invece applicare le regole del codice civile con cesura della solidarietà dell'amministrazione. *Contra* F. GIGLIOTTI, *Lesione di interesse legittimo e responsabilità diretta del pubblico dipendente*, cit., p. 1124, nt. 88, che, sebbene rilevi come gli artt. 28 e 103 Cost. siano stati dettati in un momento storico nel quale non era minimamente ipotizzata la possibilità, connessa alla violazione di interessi legittimi, di una pretesa risarcitoria diretta verso il pubblico dipendente e che conseguentemente le previsioni costituzionali non avrebbero potuto avere un contenuto diverso, osserva nondimeno come l'intera architettura costituzionale evidenzii che il giudice amministrativo sia giudice soltanto della P.A., ancorché quest'ultima in determinati casi come quelli di cui all'art. 113, c. 1, Cost., possa essere assoggettata al giudice ordinario, mentre una controversia tra privati, in quella prospettiva, non avrebbe potuto svolgersi che davanti la giurisdizione ordinaria.

⁶² C. cost. sent. n.179 del 2016.

Sebbene in quell'occasione la Corte costituzionale riconobbe la legittimazione attiva dell'amministrazione per convenire la parte privata dinnanzi al giudice amministrativo, tuttavia le ragioni poste a fondamento di tale decisione - cioè a dire l'esigenza di scongiurare effetti disarmonici e irragionevoli, il rilievo che il nostro ordinamento non conosca materie "a giurisdizione frazionata" in funzione della differente soggettività dei contendenti, nonché elementari ragioni di coerenza, di parità di trattamento e di concentrazione delle tutele - ben possono valere per sostenere la sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo non soltanto sulle azioni risarcitorie proposte nei confronti dell'amministrazione, ma anche su quelle proposte nei confronti del pubblico dipendente ogniqualevolta si lamenti la lesione di interessi legittimi, ovvero, nei casi di giurisdizione esclusiva, di diritti soggettivi.

Diversamente opinando, si riconoscerebbe la possibilità che la giurisdizione ordinaria conosca delle azioni risarcitorie proposte nei confronti di pubblici dipendenti riguardanti la lesione di interessi legittimi in assenza di una espressa disposizione attributiva della relativa giurisdizione, in quanto essendo il giudice amministrativo il giudice ordinario della tutela degli interessi legittimi anche ove si volesse sostenere la tesi favorevole all'ammissibilità di una giurisdizione esclusiva del giudice ordinario occorrerebbe comunque una *interpositio legislatoris*⁶³ che nella

⁶³ Secondo, infatti, la definizione di R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo. Parte generale e speciale*, Roma, 2019, p. 1951, per giurisdizione esclusiva del giudice ordinario deve intendersi la possibilità per tale giudice di conoscere, in determinate materie stabilite dalla legge, tanto di posizioni di diritto soggettivo quanto di posizioni di interesse legittimo, "specularmente" rispetto all'analoga figura di giurisdizione esclusiva che l'art. 103 Cost. consente al legislatore di riconoscere in favore del giudice amministrativo in particolari materie. Invero, sulla configurabilità di una giurisdizione esclusiva del giudice ordinario estesa anche alla cognizione di situazioni soggettive di interesse legittimo e alla relativa coerenza costituzionale, a fronte dell'assenza nel testo costituzionale di una disposizione speculare all'art. 103 Cost. che conceda *expressis verbis* al legislatore la possibilità di attribuire in particolari materie al giudice ordinario la tutela degli interessi legittimi, si contrappongono due posizioni. Secondo il tradizionale indirizzo della dottrina (cfr. C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., p. 871) nel sistema delineato dalla Costituzione non vi sarebbe spazio per tale configurabilità, rilevandosi come le disposizioni costituzionali abbiano operato nel senso di concentrare ogni specie di tutela di interessi legittimi in capo al giudice amministrativo, in ogni caso sottraendola all'autorità giudiziaria ordinaria a favore della quale non vi sarebbe una disposizione speculare all'art. 103 Cost. Questo indirizzo tradizionale è stato seguito anche dalla Corte costituzionale (Corte cost. sent. n. 100 del 1979) secondo cui "la pretesa che spetti ad un giudice ordinario tutelare posizioni di interesse legittimo, sebbene argomentata in base al principio costituzionale di eguaglianza, è infatti smentita dai chiari disposti dell'art. 113 primo comma e - principalmente - dell'art. 103 Cost., primo comma". In tale direzione si colloca anche la posizione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (Cons. St., Ad. Plen., ord. n. 1 del 2000) secondo cui "l'art. 103 Cost., coordinato con l'art. 113, 1° comma, riserva alla esclusiva giurisdizione amministrativa le controversie riguardanti gli interessi legittimi (...) nelle quali va definita la legittimità degli atti costituenti espressione di un potere pubblico e vanno verificate quali siano le conseguenze del suo illegittimo esercizio", con la sola possibilità, rimessa alla scelta del legislatore ordinario, di una cognizione del giudice amministrativo estesa anche a posizioni di diritto soggettivo. Per differente impostazione, si è evidenziato da A. M. SANDULLI,

specie però mancherebbe, dovendosi quindi ricorrere agli ordinari criteri di riparto sanciti all'art. 103 Cost.

L'individuazione del giudice dotato di giurisdizione su tali azioni risarcitorie non può che avvenire infatti alla luce dell'ordinario criterio della natura giuridica della posizione soggettiva a cui l'art. 103 Cost. ha dato copertura costituzionale, sia perché l'art. 22, d.P.R.10 gennaio 1957, n. 3, non può certo considerarsi norma attributiva della giurisdizione, sia per scongiurare una *interpretatio abrogans* della medesima disposizione che riconosce espressamente la possibilità che l'azione di risarcimento nei confronti del pubblico dipendente possa essere esercitata anche congiuntamente con l'azione diretta nei confronti dell'amministrazione.

Nel caso di azione di responsabilità proposta nei confronti del pubblico dipendente, in assenza di disposizioni attributive della giurisdizione, la questione di giurisdizione sulle stesse dovrà quindi risolversi secondo le regole generali sul

Manuale di diritto amministrativo, cit., p. 1143, come l'art. 103 Cost. preveda la conservazione, ma non la riserva assoluta, alla giurisdizione del Consiglio di Stato delle controversie relative agli interessi legittimi, ritenendo di conseguenza configurabili casi, previamente individuati dal legislatore, nei quali ai giudici ordinari possa essere attribuita una giurisdizione piena sul rapporto giuridico e sull'atto amministrativo e un esempio sarebbe rappresentato dalla devoluzione operata dal legislatore al giudice ordinario della tutela del cittadino nei confronti dei provvedimenti amministrativi con cui siano state applicate sanzioni amministrative pecuniarie. Anche le Sezioni Unite della Corte di Cassazione (Cass. civ., Sez. un., sent. n. 7388 del 2007) nell'interpretare l'art. 103 Cost. hanno sostenuto come tale previsione costituzionale non contenga una riserva assoluta di giurisdizione in favore del giudice amministrativo per la tutela degli interessi legittimi, potendo il legislatore attribuire la relativa tutela ad altri giudici. In tale direzione si colloca anche I. ZINGALES, *Pubblica amministrazione e limiti della giurisdizione tra principi costituzionali e strumenti processuali*, Milano, 2007, p. 85 ss., che ha osservato come, non essendo rinvenibile in Costituzione alcuna disposizione che espressamente vieti al legislatore di devolvere alla cognizione del giudice ordinario controversie involgenti interessi legittimi e non sussistendo relativamente al giudice ordinario una disposizione analoga all'art. 103 Cost. che ne circoscriva lo spazio di intervento, in virtù dell'art. 102 Cost., che devolve ai magistrati ordinari la "funzione giurisdizionale", la competenza dei tribunali civili potrebbe espandersi anche alle situazioni di interesse legittimo, sempre che vi sia una volontà di legge in tal senso orientata. Ciò troverebbe ulteriore conferma nell'art. 113, c. 3, Cost. che in tutta la sua rilevante portata, facendo generico riferimento agli "atti della pubblica amministrazione" senza operare distinzioni tra gli stessi, permetterebbe al legislatore di attribuire alla giurisdizione ordinaria il potere di annullare anche provvedimenti connotati da elementi di discrezionalità e dunque attribuirgli la tutela giurisdizionale anche degli interessi legittimi. In sede di interpretazione degli artt. 113 e 103 Cost. è stato rilevato infatti da G. BERTI, *Commento agli art. 113 e 103, 1 e 2 comma, Cost.*, in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione. La Magistratura*, Bologna, 1991, p. 86 ss., come l'art. 113 Cost. definisca l'ambito giurisdizionale amministrativo dal punto di vista esclusivamente oggettivo, sicché, sebbene sia vero che gli atti della pubblica amministrazione costituiscano il bersaglio della tutela dei diritti e degli interessi legittimi, parimenti tale tutela possa essere impartita indifferentemente, a discrezione del legislatore, dal giudice ordinario o dal giudice amministrativo, apparendo di secondaria importanza "agli occhi del costituente" che gli atti posti in essere in violazione di diritti o di interessi siano annullati dall'uno o dall'altro dell'ordine dei giudici. Per questo secondo orientamento quindi il sistema sancito nella Costituzione, fondato sui binomi "diritto soggettivo-giudice ordinario" e "interesse legittimo-giudice amministrativo", opererebbe in mancanza di una diversa indicazione legislativa, potendo il legislatore orientare diversamente tale sistema e modellare discrezionalmente le aree già assegnate all'una o all'altra giurisdizione, risultando di conseguenza accertata la presenza nel nostro ordinamento di due diversi ordini di giudici, che possono ugualmente giudicare sulle stesse controversie e conoscere, dunque, delle stesse norme.

riparto di giurisdizione, incentrate sul criterio del *petitum* sostanziale, cioè a dire sulla individuazione della posizione giuridica soggettiva oggetto della tutela richiesta, sicché spetterà al giudice amministrativo la giurisdizione ogniqualvolta nelle controversie venga in rilievo l'esercizio, ovvero il mancato esercizio, del potere amministrativo da parte di un organo della P.A. necessariamente impersonificato⁶⁴.

A favore di tale soluzione non depone soltanto il c.p.a., che espressamente riserva alla cognizione del giudice amministrativo ogni forma di tutela degli interessi legittimi e ogni domanda di risarcimento del danno per lesione degli stessi, ma soprattutto la previsione costituzionale che ne rappresenta il relativo fondamento, cioè a dire l'art. 103 Cost. nell'interpretazione fornita dal giudice costituzionale che ha escluso come per il solo fatto che la domanda proposta dal cittadino abbia a oggetto esclusivo il risarcimento del danno la giurisdizione competente al giudice ordinario⁶⁵.

Secondo la Corte costituzionale, infatti, il potere riconosciuto al giudice amministrativo di disporre, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto non costituisce sotto alcun profilo una nuova "materia" attribuita alla giurisdizione amministrativa, bensì uno strumento di tutela ulteriore, rispetto a quello classico demolitorio (e/o conformativo), da utilizzare per rendere giustizia al cittadino nei confronti della Pubblica amministrazione e attuativo degli artt. 24 e 111 Cost. in quanto rispondente all'esigenza che la tutela giurisdizionale sia effettiva e sia resa in tempi ragionevoli, nonché di concentrare

⁶⁴ S. CALDARELLI, *La giurisdizione sull'azione di responsabilità nei confronti dei funzionari pubblici*, in *Giur. it.*, 2020, 10, p. 2231 ss., che propone un'interpretazione in chiave prospettica ed evolutiva delle regole costituzionali in materia di riparto di giurisdizione favorevole alla giurisdizione amministrativa sulle azioni risarcitorie per lesione di interessi legittimi proposte nei confronti dei pubblici dipendenti secondo una logica coerente all'ampliamento delle tecniche di tutela giurisdizionale senza che possa darsi rilievo alla circostanza solo formale che sia evocata in giudizio non la P.A. bensì i soggetti dell'organo collegiale o la singola persona fisica (organo individuale) mediante i quali opera in concreto l'amministrazione, allorché si contesti non un mero comportamento ma il cattivo esercizio del potere amministrativo da parte dell'organo. Un simile approdo non costituirebbe peraltro una rottura nel nostro ordinamento, se solo si pensa che già storicamente il nostro sistema giurisdizionale ha conosciuto ipotesi di estensione della giurisdizione amministrativa nei confronti di soggetti formalmente privati, come nel caso del riconoscimento della giurisdizione amministrativa sulle procedure ad evidenza pubblica bandite da un'amministrazione aggiudicatrice avente la veste formale di persona giuridica privata. In tale prospettiva, criticandosi dunque la consolidata tesi propugnata dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, si osserva, infatti, come diversamente la sussistenza della giurisdizione ordinaria nel caso di azione di responsabilità intentata nei confronti del pubblico funzionario, per il solo elemento formale che la pubblica amministrazione non sia evocata in giudizio, ma sia viceversa evocata la persona fisica funzionario in proprio, potrebbe essere fonte di una serie di aporie.

⁶⁵ Corte cost. sent. n. 191 del 2006.

davanti ad un unico giudice l'intera tutela del cittadino avverso le modalità di esercizio della funzione pubblica⁶⁶.

Il giudice costituzionale, senza *“prendere posizione sul tema della natura della situazione soggettiva sottesa alla pretesa risarcitoria, ovvero sulla natura (di norma secondaria, id est sanzionatoria di condotte aliunde vietate, oppure primaria) dell’art. 2043 cod. civ.”*, ha poi chiarito che, nel caso di proposizione di una domanda risarcitoria, ai fini del riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo, occorrerà aversi riguardo al fatto, dedotto a fondamento della domanda, che si assume causativo del danno ingiusto, dovendosi di conseguenza riconoscere la giurisdizione amministrativa quando la P.A. abbia in concreto esercitato, anche mediatamente, il potere che la legge le attribuisce per la cura dell'interesse pubblico⁶⁷.

In tale prospettiva, la concentrazione delle azioni risarcitorie per lesione di interessi legittimi proposte nei confronti sia dell'amministrazione che del pubblico dipendente dinnanzi al giudice amministrativo, onde evitare iniziative defatiganti al privato e per ragioni di economia processuale, risulterebbe conforme anche all'orientamento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione che esclude la possibilità di derogare alle regole di riparto della giurisdizione, quale espressione del principio del *“giudice naturale” ex art. 25 Cost.*, per ragioni di connessione⁶⁸, essendo

⁶⁶ Corte cost. sent. n. 204 del 2004 e Corte cost. sent. n. 191 del 2006 che hanno evidenziato come l'attribuzione alla giurisdizione del giudice amministrativo della tutela risarcitoria con la medesima ampiezza, e cioè sia per equivalente sia in forma specifica, che davanti al giudice ordinario, appare non soltanto conforme alla piena dignità di giudice riconosciuta dalla Costituzione al giudice amministrativo, ma anche, e soprattutto, essa affonda le sue radici nella previsione dell'art. 24 Cost. il quale, garantendo alle situazioni soggettive devolute alla giurisdizione amministrativa piena ed effettiva tutela, implica che il giudice sia munito di adeguati poteri, e quindi anche il potere di risarcire, sia per equivalente sia in forma specifica, il danno sofferto per l'illegittimo esercizio della funzione. In sede di interpretazione dell'art. 103 Cost. si è evidenziato da A. POLICE, *Commento all'art. 103, 1 e 2 co., Cost.*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, III, Torino, 2006, p. 1996, come dalla sent. n. 204 del 2004 del giudice costituzionale risulti chiaro che l'esercizio dell'azione di risarcimento del danno dinnanzi al giudice amministrativo non costituisca violazione di tale disposizione costituzionale, ma al contrario sia strumento per incrinare ed arricchire la tutela dell'interesse legittimo ai sensi dell'art. 24 Cost.

⁶⁷ Corte cost. sent. n. 191 del 2006 secondo cui ai fini del riparto di giurisdizione, è irrilevante la circostanza che la pretesa risarcitoria abbia o non abbia, intrinseca natura di diritto soggettivo: avendo la legge, a questi fini, inequivocabilmente privilegiato la considerazione della situazione soggettiva incisa dall'illegittimo esercizio della funzione amministrativa.

⁶⁸ Cass. civ., Sez. un., sent. n. 9185 del 2012 secondo cui *“la connessione non costituisce valido strumento per derogare alle regole sulla giurisdizione. Fermo restando il principio generale dell'inderogabilità della giurisdizione per motivi di connessione, essendo il criterio di riparto fondato sulla separazione imposta dall'art. 103 Cost., comma 1, che rimette al giudice amministrativo la giurisdizione per la tutela nei confronti della P.A. degli interessi legittimi e, solo per le particolari materie indicate dalla legge, dei diritti soggettivi (v. S.u. 28.12.07 n. 27169, S.u. 20.04.07 n. 9358, S.u. 13.06.06 n. 13659, S.u. 15.05.03 n. 7621), nel caso di domande e cause tra di loro connesse soggette a diverse giurisdizioni la via da seguire è in via di principio quella di*

il giudice amministrativo giudice naturale della legittimità dell'esercizio della funzione pubblica⁶⁹.

Che non possa assumere rilievo discriminante la direzione formale della domanda risarcitoria lo si ricava non soltanto dagli artt. 100 e 103 Cost., che come chiarito dal giudice costituzionale consegnano un'immagine del giudice amministrativo non quale giudice dell'amministrazione, cioè del soggetto, bensì quale giudice a tutela della giustizia nell'amministrazione, cioè della funzione⁷⁰, ma anche da una lettura sistematica di queste previsioni costituzionali con gli artt. 28 e 97 Cost.

Si è osservato, infatti, come l'idea che ci si rivolga a giudici diversi per lo stesso fatto e che la solidarietà civilistica disposta dall'art. 28 Cost. tra dipendente e P.A. non si traduca in obbligo di connessione e di riunione non appaia soddisfare quell'esigenza di razionalizzazione che è condizione del buon andamento, che l'art. 97 Cost. prescrive per ogni organizzazione pubblica, ivi compresa l'amministrazione della giustizia⁷¹.

Questo per evidenziare come le criticità che si è tentato di far emergere in ordine alla questione dell'individuazione del giudice dotato di giurisdizione, e che in particolare discendono principalmente dall'orientamento consolidatosi nella giurisprudenza della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato, nonostante l'esiguità dei casi in cui la domanda risarcitoria sia proposta nei confronti del dipendente, ben potrebbero assumere rilevanza anche con riferimento all'azione di rivalsa dinnanzi al giudice contabile, il quale potrebbe trovarsi a dover affrontare e comporre possibili esiti contrastanti del giudice ordinario e amministrativo.

E, infatti, la normativa contenuta nel d.P.R. n. 3 del 1957 si segnala, altresì, per l'espressa previsione all'art. 22, secondo la quale l'amministrazione, qualora abbia

attribuire ciascuna delle cause contraddistinte da diversità di petitum al giudice che ha il potere di conoscerne, secondo una valutazione da effettuarsi sulla base della domanda".

⁶⁹ Come chiarito dal giudice costituzionale (Corte cost. sent. n. 204 del 2004), infatti, la Costituzione ha attribuito al giudice ordinario il ruolo di giudice naturale dei diritti soggettivi tra privati e Pubblica amministrazione, mentre ha riconosciuto al giudice amministrativo piena dignità di giudice ordinario per la tutela, nei confronti dell'amministrazione, degli interessi legittimi, conferendo alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo un carattere residuale che può giustificare eccezioni ma non stravolgimenti rispetto alla tendenziale generalità ed illimitatezza delle attribuzioni del giudice ordinario.

⁷⁰ Corte cost. sent. n. 204 del 2004 e Corte cost. sent. n. 191 del 2006 secondo cui anche la giurisdizione esclusiva presuppone che la P.A. agisca come autorità in quanto diversamente si attribuirebbero alla giurisdizione amministrativa controversie "nelle quali sia parte - e per ciò solo che essa è parte - la pubblica amministrazione, e cioè fa del giudice amministrativo il giudice dell'amministrazione piuttosto che l'organo di garanzia della giustizia nell'amministrazione (art. 100 Cost.)".

⁷¹ A. CARIOLA, *I chiaroscuri della responsabilità dei funzionari pubblici. Talune implicazioni di Corte Costituzionale n. 204 del 2004 e di Cass., S.U., n. 13659 del 2006*, in www.giustizia-amministrativa.it.

provveduto al risarcimento del danno causato al terzo da un proprio dipendente, si rivalga nei confronti dell'autore dell'illecito sul presupposto della violazione degli obblighi di servizio su di esso incombenti e secondo la disciplina indicata dal medesimo Testo unico degli impiegati civili.

A tale stregua, il riconoscimento della configurabilità di una responsabilità per violazione anche di interessi legittimi, non soltanto in capo alla Pubblica amministrazione ma anche ai propri agenti, non comporta solo un ampliamento della sfera del danno risarcibile, bensì pure la progressiva possibile estensione della giurisprudenza contabile in sede di rivalsa per i danni patrimoniali indiretti patiti dall'amministrazione a fronte di illeciti cagionati a terzi dai suoi dipendenti⁷².

In tale prospettiva, le criticità discendenti dall'orientamento consolidato che si è tentato di evidenziare sono suscettibili quindi di influenzare il giudizio di rivalsa che lo stesso d.P.R. demanda, ai sensi dell'art. 19, alla competenza giurisdizionale della Corte dei conti.

Queste criticità sono destinate ulteriormente ad aumentare allorché, negandosi l'indirizzo favorevole all'esclusività dell'azione di rivalsa dinnanzi al giudice contabile, si segua il diverso orientamento per il quale invece, valorizzando l'autonomia e l'indipendenza della giurisdizione contabile⁷³, sarebbe possibile un "doppio binario" civile e erariale⁷⁴, ovvero due iniziative indipendenti e autonome,

⁷² Ai sensi degli artt. 22 ss., d.P.R. n. 3 del 1957, il cui fondamento deve farsi risalire all'art. 28 Cost., ogni pubblico dipendente può essere infatti chiamato a rispondere a titolo di rivalsa dinnanzi alla Corte dei conti del danno provocato a terzi e per il quale la Pubblica amministrazione sia stata condannata al risarcimento, ovvero per il quale sia addivenuta a un accordo transattivo con i terzi danneggiati. Ai fini dell'esperibilità dell'azione di rivalsa è quindi necessaria la sussistenza di un danno erariale indiretto che però potrà configurarsi solo a fronte del passaggio in giudicato della sentenza di condanna e del pagamento certo e definitivo dell'importo risarcitorio. Sui presupposti e i limiti del danno erariale indiretto si veda V. TENORE, *Il danno erariale c.d. indiretto è configurabile ed azionabile solo dopo il previo giudicato risarcitorio che condanni la P.A.*, in www.giustamm.it.

⁷³ Cfr. Cass. Sez. un., sent. n. 11 del 2012 secondo cui "giurisdizione penale e civile, da un lato, e giurisdizione contabile dall'altro sono reciprocamente indipendenti nei loro profili istituzionali, anche quando investono un medesimo fatto materiale, e l'eventuale interferenza che può determinarsi tra tali giudizi pone esclusivamente un problema di proponibilità dell'azione di responsabilità davanti alla Corte dei conti, senza dar luogo a questione di giurisdizione (ex multis Cass., sez. Un., nn. 25495/2009, 28048/2008, 6581/2006, 20343/2005, 22277/2004)".

⁷⁴ Cfr. Cass. Sez. un., ord. n. 8634 del 2020 che ha, infatti, affermato come "l'azione di responsabilità per danno erariale e quella di responsabilità civile promossa dalle singole amministrazioni interessate davanti al giudice ordinario restano reciprocamente indipendenti, anche quando investano i medesimi fatti materiali, essendo la prima volta alla tutela dell'interesse pubblico generale, al buon andamento della P.A. e al corretto impiego delle risorse, con funzione prevalentemente sanzionatoria, e la seconda, invece, al pieno ristoro del danno, con funzione riparatoria ed integralmente compensativa, a protezione dell'interesse particolare della amministrazione attrice; ne deriva che le eventuali interferenze tra i due giudizi integrano una questione non di giurisdizione ma di proponibilità dell'azione di responsabilità innanzi al giudice contabile, sempre che non sia contestata dinanzi a quest'ultimo la configurabilità stessa, in astratto, di un danno erariale, in relazione ai

fino a che non intervenga una sentenza definitiva comportante l'integrale recupero dell'importo contestato⁷⁵.

Sebbene appaia più corretto ritenere riservata alla giurisdizione contabile l'azione di rivalsa per i danni erariali indiretti a fronte non soltanto degli artt. 18, 19 e 22, d.P.R. n. 3 del 1957, che demandano espressamente al giudice contabile la competenza giurisdizionale su tale azione, ma anche in considerazione dell'art. 1, c. 1, d.lgs. n. 174 del 2016⁷⁶ che, in ossequio all'art. 103 Cost., attribuisce *ex lege* alla Corte dei conti la generale giurisdizione sulla responsabilità amministrativa per danno all'erario, ove si dovesse seguire l'orientamento favorevole al "doppio binario", stante la natura risarcitoria della responsabilità amministrativo-contabile, si deve ritenere in ogni caso che, a fronte di un'azione erariale, dovrà riconoscersi in sede contabile al recupero eventualmente ottenuto dalla P.A. un'efficacia decurtante o escludente la responsabilità erariale del dipendente pubblico⁷⁷.

presupposti normativamente previsti per il sorgere della responsabilità amministrativa contestata dal P.G. contabile, nel qual caso si configura una questione di giurisdizione risolvibile dalle Sezioni Unite, essendo posta in discussione la "potestas iudicandi" del giudice contabile, la cui definizione è rimessa alla discrezionalità del legislatore ordinario, non essendo la Corte dei conti "il giudice naturale della tutela degli interessi pubblici e della tutela da danni pubblici" (Corte Cost., nn. 355/2010, 46/2008, 641/1987) (v., ex multis, Cass., sez. un., ord., 19/02/2019, n. 4883; Cass., ord., 20/12/2018, n. 32929; Cass., sez. un., 28/12/2017, n. 31107; Cass., sez. un., 28/11/2013, n. 26582; Cass., sez. un., ord., 4/01/2012, n. 11; Cass., sez. un., ord., 21/10/2005, n. 20343)". Secondo il giudice di legittimità pertanto, qualora si tratti dell'accertamento di un fatto reato da parte del giudice penale, la Pubblica amministrazione, anche laddove non abbia esercitato l'azione civile nel processo penale, ben può agire in sede civile, per le restituzioni e per il risarcimento del danno, senza che siffatta azione sia ad essa preclusa. Per una critica alla possibilità di un "doppio binario" si veda invece C. conti, sez. Lombardia, sent. n. 94 del 2019.

⁷⁵ C. conti, sez. Emilia-Romagna, sent. n. 292 del 2018.

⁷⁶ In virtù del quale "La Corte dei conti ha giurisdizione nei giudizi di conto, di responsabilità amministrativa per danno all'erario e negli altri giudizi in materia di contabilità pubblica".

⁷⁷ Sul raccordo tra azione civile e contabile, sulle differenze tra tali azioni, sull'indirizzo favorevole all'esclusività dell'azione dinanzi alla Corte dei conti, nonché sulle diversità dei regimi sostanziali e processuali tra illecito civile ed amministrativo-contabile si rinvia a V. TENORE, *La responsabilità amministrativo-contabile: profili sostanziali*, in V. TENORE (a cura di), *La nuova Corte dei Conti: responsabilità, pensioni, controlli*, Milano, 2018, p. 41 ss.

IL DIRITTO, LA FRATELLANZA UMANA E L'ECOLOGIA INTEGRALE

Brevi note a partire dal pensiero di Giorgio La Pira

Luigi Colella

ABSTRACT [ITA]: L'attività politica e l'impegno istituzionale di Giorgio La Pira sono sempre stati orientati alla tutela integrale della persona umana. Nei suoi interventi all'Assemblea costituente italiana e nei suoi scritti e interventi come professore, sindaco e diplomatico, La Pira ha contribuito ad affermare i principi della personalità, della sussidiarietà e della fraternità umana, nonché della più moderna sostenibilità in chiave ecologica. Nel suo pensiero filosofico e giuridico, La Pira ha anticipato i fondamenti dell'ecologia integrale individuati da Papa Francesco nella Sua Enciclica sulla cura della Casa comune e sull'ambiente, giunta al suo sesto anniversario. Allo stesso tempo il giurista cattolico ha anticipato i "pilastri" contenuti nella recente sulla "fratellanza umana e sull'amicizia sociale", sperando in una pace mondiale tra i popoli e le religioni. In questa cornice La Pira può essere definito come un vero e proprio "Architetto del bene comune" e come un "precursore dell'ecologia integrale": pioniere di un nuovo stile di vita che implica il dovere di realizzare, nello stesso tempo, un'ecologia sociale, un'ecologia economica, un'ecologia culturale e un'ecologia ambientale. Così la Pira rappresenta un "modello profetico" per gli uomini politici del nostro tempo, impegnati a garantire la transizione ecologica mondiale e un nuovo umanesimo integrale.

ABSTRACT [ENG]: *The political activity and institutional commitment of Giorgio La Pira have always been oriented to the integral protection of the human person. In his speeches to the Italian Constituent Assembly and in his writings and interventions (as professor, mayor and diplomat), La Pira has contributed to affirming the principles of personality, subsidiarity and human fraternity, as well as the most modern ecological sustainability. In his philosophical and juridical thought, La Pira anticipated the foundations of integral ecology identified by Pope Francis in his Encyclical on the Care of the Common Home for the environment. At the same time, the catholic jurist anticipated the "pillars" contained in Pope Francis' recent Encyclical on "human brotherhood and social friendship", hoping for world peace between peoples and religions. In this context, La Pira can be defined as a real "Architect of the common good" and as a "precursor of integral ecology": of a new lifestyle that implies the duty to achieve, at the same time, a social ecology, an economic ecology, a cultural ecology and an environmental ecology. La Pira represents a "prophetic model" for the politicians of our time, committed to guaranteeing the global ecological transition and a new integral humanism.*

SOMMARIO: 1. Introduzione. - **2.** Il diritto e la crisi ecologica: l'attualità dell'insegnamento di Giorgio La Pira. - **3.** La Pira e la Costituzione: una "casa fondata sulla roccia". - **4.** Il valore della "persona" e la fratellanza umana. - **5.** La "città" e la casa comune: un patrimonio del mondo. - **6.** Giorgio La Pira e la tutela dell'ambiente. Un "precursore" dell'ecologia integrale.

1. Introduzione.

In un "tempo" di particolare crisi ecologica a livello globale, la rilettura di alcuni scritti di Giorgio La Pira (nell'anno in cui si celebra il sesto anniversario¹ dell'Enciclica "Laudato Si'" di Papa Francesco sulla cura della "Casa Comune") ci spinge ad una riflessione attenta su quella che possiamo definire come la "vocazione ecologica" di Giorgio La Pira, già conosciuto e studiato come giurista cattolico, "padre costituente", "architetto"² della tutela integrale della persona umana e come costruttore di "ponti" verso il futuro³.

Come si ricorderà, il professore siciliano, giurista illuminato aderente all'Azione cattolica, è stato il più illustre ispiratore dell'articolo 2 della Costituzione sino ad essere celebrato come il precursore della tutela della persona umana e dei diritti sociali, auspicando, sin dalla sua prima stagione politica, l'edificazione di un sistema integrale dei diritti della persona.

Nella sua relazione introduttiva del 9 settembre 1946 - in seno alla Prima sottocommissione (di cui era membro) - ebbe modo di precisare che «*la libertà è*

¹ Dal 16 al 25 maggio 2021 si è celebrata la settimana "Laudato Si'" a conclusioni di un anno speciale di celebrazioni ed eventi che fanno parte di una campagna globale in occasione del 6° anniversario dell'Enciclica di Papa Francesco sulla cura della Casa comune. Come si ricorderà il 24 maggio 2015 fu pubblicata la *Laudato Si*, l'enciclica scritta da Papa Francesco e diventata una vera e propria pietra miliare, con l'obiettivo di attirare l'attenzione del mondo sullo stato di precarietà sempre maggiore in cui versa la nostra casa comune; si veda per un approfondimento il sito <https://www.vaticannews.va/it/vaticano/news/2021-05/settimana-laudato-si-anno-anniversario-speciale-enciclica-papa.html> (ultimo accesso 22 maggio 2021).

² P. GROSSI, *Le architetture di Giorgio La Pira*, articolo reperibile su <https://www.unifimagazine.it/wp-content/uploads/2019/06/Grossi-su-La-Pira.pdf> (ultimo accesso 18 maggio 2021); in questo autorevole scritto Giorgio La Pira, viene definito un "forgiatore di architetture", giurista e Costituente, architetto dello Stato democratico, uomo politico illuminato ed esempio per le future generazioni. Si veda sul punto anche G. LA PIRA, *Premesse della politica e architettura di uno stato democratico*, Libreria Editrice Vaticana, 2004.

³ G. LA PIRA, *Abbatere muri, costruire ponti. Lettere a Paolo VI*, San Paolo edizioni, 2015. In questa opera si sottolinea come La Pira abbia sempre avuto lo sguardo diretto al futuro, anche se il mondo di domani non sarebbe stato più il suo. Il professore cercava sempre di leggere la "storia del futuro" cogliendo i segni dei tempi, per usare un'espressione divenuta popolare con il Concilio Vaticano II. Era un vero "scrutatore" dei segni dei tempi. Era quella che lui stesso chiamava, con un'espressione felice, la storiografia del profondo.

ordinata per natura e deve servire per elezione al bene supremo e personale di ciascuno ed a quello comune, solidale e fraterno di tutti. La libertà è, perciò, fondamento di responsabilità».

Non è un caso che nei suoi diversi contributi, La Pira abbia anticipato il concetto di “bene comune”, il quale - sebbene non abbia trovato spazio nel dettato costituzionale - è stato però al centro dei discorsi e degli interventi del c.d. “domenicano alla Costituente”⁴, uomo politico ispirato da sempre dall’insegnamento francescano vocato alla carità, al servizio per i poveri, alla fratellanza umana e alla cura del Creato.

Nella convinzione che la vita umana è dono intangibile di Dio creatore, in molti suoi scritti, come in molte sue audaci iniziative politiche, ha posto l’accento sulla custodia delle città e dell’ambiente urbano, come patrimonio di valori, di ricchezza materiale e spirituale per le future generazioni, curando con amore le piazze, i giardini, le strade e le scuole.

Da uomo politico e pensatore cattolico è stato ricordato più volte come colui che ha inteso far iniziare la Costituzione con un riferimento a Dio, proposta questa che lui stesso ritirò per non minare la serenità del compromesso costituzionale e per salvaguardare il fine ultimo della Costituzione repubblicana: la tutela della persona umana. Tuttavia, insieme ai suoi amici “costituenti” della democrazia cristiana (Dossetti, Moro, Lazzati, e Fanfani)⁵ fu un autentico testimone della “solidarietà” umana ed economica, impegnato a privilegiare sempre l’opzione per i poveri⁶ e per le fasce più deboli della comunità.

Da Sottosegretario al Lavoro e da Sindaco, ha posto l’accento sulla necessità di proteggere e tutelare il *lavoro* inteso come “fondamento”⁷ della Repubblica; durante il dibattito nell’Assemblea costituente - nella seduta del 18 ottobre 1946 - lo stesso La Pira faceva notare che alla pari di una “casa” in cui i muri maestri poggiano sulle fondazioni, la struttura sociale della democrazia italiana poggia sul fondamento del

⁴ G. ALFANO, *Giorgio La Pira. Un Domenicano alla Costituente*, Solfanelli, Chieti, 2016. T. BOSCO, *Giorgio La Pira. La grinta di un cristiano*, ElleDiCi, Torino, 2005. P.A. CARNEMOLLA, *Un cristiano siciliano*, Sciascia, Caltanissetta-Roma, 1999. Per una visione più ampia del pensiero cristiano si veda anche G. CAMPANINI, *Cristianesimo e democrazia: studi sul pensiero politico cattolico del '900*, Brescia, 1980.

⁵ Si veda N. ANTONETTI - U. DE SIERVO - F. MALGERI (a cura di), *I cattolici democratici e la Costituzione*, Ricerca dell'Istituto Luigi Sturzo, 3 voll., Bologna 1998.

⁶ P. PALAGI, *Giorgio La Pira. Politica e opzione per i poveri*, Edizioni Dehoniane, Bologna 1996.

⁷ Cfr. il dibattito dell’Assemblea costituente in cui l’On.le La Pira faceva notare ai presenti nella seduta del 18 ottobre 1946 che il lavoro doveva essere inteso come “fondamento”; La Pira ricordava che alla pari di una “casa” in cui i muri maestri poggiano sulle fondazioni, così la struttura sociale della democrazia italiana poggia sul fondamento del lavoro, sul punto vedi http://legislature.camera.it/_dati/Costituente/Lavori/I_Sottocommissione/sed026/sed026nc.pdf.

lavoro. Ancora oggi, al tempo della globalizzazione, bisogna fare tesoro di questi insegnamenti e difendere il lavoro come “fondamento” della struttura sociale della democrazia.

In questa cornice, è evidente che ritornano frequenti, nei discorsi e negli scritti di Giorgio La Pira, le parole come “persona”, “casa” e “bene comune”, e nello stesso tempo risuona forte l’eco dei valori come libertà, uguaglianza, solidarietà e fraternità. Questi sono soltanto alcuni aspetti che delineano la personalità di un testimone dell’ecologia integrale, così come definita oggi da Papa Francesco nella sua Enciclica sulla difesa del Creato e dell’ambiente. Non è un caso che La Pira, nei *Principi*, abbia scritto che tutti gli esseri sono dunque ordinati ad una unità e proseguendo abbia precisato che «*il fine a cui tende intrinsecamente ogni essere è ordinato ad armonizzarsi col fine a cui tendono tutti gli altri; e tutti questi fini, particolare e universale, sono sospesi ed ordinati ad un fine supremo nel quale trovano la loro causa prima e la loro ultima perfezione: Dio*» (cfr. *Principi*).

In questo quadro si inserisce il messaggio epocale dell’Enciclica “*Laudato Si*” che segna l’inizio di una rivoluzione ecologica voluta fortemente dalla Chiesa cattolica - sull’insegnamento di San Francesco d’Assisi⁸ - destinata a produrre effetti sul piano non solo religioso, ma anche politico e giuridico⁹ a livello internazionale.

In questo straordinario documento Papa Bergoglio ricorda che quando si parla di “ambiente” si fa riferimento alla relazione tra la natura e la società che la abita: pertanto non è possibile considerare la natura come qualcosa di separato da noi o come una mera cornice della nostra vita.

Il pensiero di La Pira, con i suoi tratti filosofici, giuridici, economici, sociali ed ambientali, si ritrova, dunque, nell’ecologia integrale e nella proposta dell’Enciclica *Laudato Si* (Cap. 4) secondo cui le dimensioni “umane e sociali” sono inscindibilmente legate con la questione ambientale.

Sulla base di queste premesse, partendo da alcuni assi portanti del pensiero costituente di Giorgio La Pira si è inteso ricercare l’attualità di quei *Principi* lapirianiche sembrano oggi consolidare, anche dal punto di vista giuridico, la proposta dell’*ecologia integrale* come nuova risposta alla crisi ecologica mondiale.

⁸ Come si ricorderà Papa Giovanni Paolo II, nel 1979, ha proclamato San Francesco patrono dell’ecologia. Sul punto si veda J. J. BOERSEMA, *Why is Francis of Assisi the patron saint of ecologists?*, in *Science & Christian Belief*, 14, 1, 2020), p. 51.

⁹ PAPA FRANCESCO, *Laudato Si*. *Enciclica sulla cura della casa comune*, con introduzione di CARLO PETRINI, (Edizioni San Paolo 2015).

2. Il diritto e la crisi ecologica: l'attualità dell'insegnamento di Giorgio La Pira.

Il giurista e filosofo Giorgio La Pira, in occasione della seduta dell'11 marzo 1947 - durante la discussione generale del progetto della Costituzione in Assemblea Costituente - ebbe modo (richiamando anche il "sommo poeta" Dante Alighieri) di definire il diritto *come* «*realis et personalis hominem proportio*». Il riferimento è sicuramente al *Libro II della Monarchia* dell'Alighieri che rievoca una delle più belle definizioni del diritto e che precisa: «*ius est reali et personalis hominis ad hominem proportio, quae servata hominum servat societatem, et corrupta corrumpit*»(II, V). Come si ricorderà, sul piano metodologico, La Pira e Dante hanno avuto come comune maestro, il grande S. Tommaso d'Aquino, il quale ha ispirato la formazione del giurista e del poeta, due personalità di alto profilo morale e culturale che hanno ricercato nel corso della loro esistenza l'equilibrio e l'armonia nel rapporto uomo e Dio¹⁰.

Come ha fatto ben notare qualcuno¹¹ «la persona è la condizione imprescindibile» quindi principio (principale-iniziale) per procedere dall'ideare il diritto, all'istituirlo attraverso la codificazione del diritto positivo. In questa cornice, secondo il giurista La Pira, il diritto è inteso come *strumento* per regolare in maniera organica e ordinata la convivenza di tutti, per costruire una città e una comunità internazionale costituite di rapporti solidali, conformemente allo statuto trascendente e sociale della persona umana.

Anche secondo Dante, fra gli strumenti idonei a mantenere e ricercare l'equilibrio, la coerenza, l'armonia e la continuità che è fra Dio e le creature, sta proprio il diritto; è il diritto che deve mantenere l'equilibrio (*aequitas*) e garantire la giustizia (*virtus*)¹².

¹⁰ Giorgio La Pira nella sua opera i *Principi*, afferma che "C'è nel creato armonia, ordine, finalità; c'è dunque una mente creatrice che ha posto quest'armonia, quest'ordine, questa finalità". Questo pensiero secondo La Pira è diffusissimo nei Padri, ovvero nei classici greci e latini, come S. agostino, S. Ireneo, Lattanzio, S. Atanasio.

¹¹ Sul punto si veda C. PALUMBO, *Persona, libertà e giustizia*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, 2/2018, p. 1.

¹² Su Dante e la giustizia si vedano tra i contributi di maggiore interesse, A.K. CASSELL, *Dante's Fearful Art of Justice*, Toronto-Buffalo, University of Toronto Press, 1984; A.H. GILBERT, *Dante's Conception of Justice*, Durham (NC), Duke University Press, 1925; G. MAZZOTTA, *Metaphor and Justice*, in *Dante's Vision and the Circle of Knowledge*, Princeton (NJ), Princeton University Press, 1993, pp. 75-95. Sul rapporto tra Dante e il diritto si vedano anche C. DI FONZO, *Dante tra diritto, letteratura e politica*, in «Forum Italicum», 41, 1 (2007), pp. 5-22; S. FERRARA, *Tra pena giuridica e diritto morale: l'esilio di Dante nelle Epistole*, in «L'Alighieri», 40 (2012), pp. 45-65; S. GROSSVOGEL, *Justinian's Jus and Justificatio in Paradiso 6.10-27*, in «Modern Language Notes», 127 (2012), supplemento, pp. 130-137.

In tal senso, come afferma anche Papa Francesco, la natura offre il volto concreto all'opera di Dio e per tale ragione già un secolo prima di Dante si era giunti teologicamente e canonicamente a identificare la legge della natura con quella dettata da Dio: *Ius naturale id est quod in Lege et evangelio continetur* (*Decretum Gratiani*, D. I); *Nihil aliud est aequitas quam Deus*.

La definizione del diritto come norma di equilibrio, in un momento storico e politico molto complesso per il costituzionalismo contemporaneo, è molto attuale e può essere considerato anche alla base della giustizia costituzionale, di quella giustizia chiamata a bilanciare ragionevolmente diritti fondamentali in estremo conflitto. Non è un caso che autorevoli giuristi siano concordi nel ritenere l'esercizio della giustizia costituzionale come una questione di proporzione nella garanzia di tutti gli interessi da proteggere (Cartabia). Come insegna Dante Alighieri¹³ (e sull'esempio vivo di La Pira) «la giustizia è una proporzione reale e personale tra uomo e uomo, che se è osservata sostiene (conserva) la società, se non è osservata la porta alla rovina»¹⁴.

Una idea di giustizia e del diritto che sia fondata sull'equilibrio e sulla proporzionalità ci consente di evitare la supremazia dei diritti c.d. "tiranni" secondo l'insegnamento recente della Corte costituzionale¹⁵, secondo cui «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 della Corte Costituzionale 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.

Le istanze di tutela dei nuovi diritti nello stato cosmopolita e multiculturale¹⁶ e i problemi legati alla gestione dell'emergenza da Covid-19, in un contesto di grave

¹³ J. STEINBERG, *Dante e i confini del diritto*, Viella 2016.

¹⁴ M. CARTABIA, *La Consulta ai tempi della crisi*, reperibile su <https://www.ilsole24ore.com/art/la-consulta-tempi-crisi-ACuHU41> (ultimo accesso 18 maggio 2021).

¹⁵ *Cfr. la Sentenza Corte costituzionale n. 58 del 23 marzo 2018*, si veda il testo reperibile in [https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2018&numero=58#:~:text=Essa%20%C3%A8%20stata%20adottata%20al.finalit%C3%A0%20di%20giustizia%C2%BB%20\(art.](https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2018&numero=58#:~:text=Essa%20%C3%A8%20stata%20adottata%20al.finalit%C3%A0%20di%20giustizia%C2%BB%20(art.)

¹⁶ Si veda H. P. GLENN, *The Cosmopolitan State*, OUP, 2013; cfr. anche D. AMIRANTE, *Lo Stato multiculturale. Contributo alla teoria dello Stato dalla prospettiva dell'Unione Indiana*, BUP, 2015.

*pandemia costituzionale*¹⁷(I.A. Nicotra), fanno riemergere la necessità di un ragionevole bilanciamento dei diritti in conflitto, ricercando la soluzione nel concetto stesso di *proporzione* di cui il giurista cattolico La Pira fu, in un'epoca di grande complessità e turbamento, un autorevole portavoce nell'Assemblea costituente.

In questa cornice, e in tempo di crisi ambientale e sanitaria da Covid-19, il diritto - inteso come norma di equilibrio, ragionevolezza e proporzionalità - deve orientare il comportamento umano per vincere le condizioni di crisi sociale ed ambientale.

Non è un caso che nell'Enciclica "Laudato Si'" Papa Francesco - già nel 2015 - abbia riconosciuto al diritto il ruolo fondamentale di "*moderatore effettivo*" che deve stabilire le *regole* per le *condotte consentite* alla luce del *bene comune*. Questa riflessione richiama l'attuale dibattito giuridico sul rapporto tra *diritti inviolabili* della persona umana e i *doveri ambientali* contenuti nei testi costituzionali, sia quelli risalenti che quelli contemporanei (si veda Ecuador, Bolivia, ma da ultimo Cuba e altri) ispirati da una visione ecologica più profonda¹⁸. I doveri ambientali ricavati nell'art. 2 della Costituzione italiana - di cui la Pira è stato autentico "architetto" - sono concepiti come *oneri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale* che vedono proprio nella moderna definizione di *sviluppo sostenibile* la più alta espressione della solidarietà ambientale tra le generazioni¹⁹.

Sono proprio i doveri che delimitano lo spazio dei diritti, proponendo la loro difesa e promozione, come un *impegno* da assumere al servizio del bene comune²⁰.

¹⁷ I. A. NICOTRA, *Pandemia costituzionale*, Editoriale scientifica, 2021. Sul tema dell'attuale bilanciamento costituzionale di taluni diritti in conflitto in tempi di emergenza sanitaria, si veda T.E. FROSINI, *Il lascito della pandemia costituzionale (a proposito di un recente libro)*, in *federalismi.it* - Paper, 21 aprile 2021, p. 2. In generale sul bilanciamento degli interessi costituzionali si veda R. BIN, *Diritti e argomenti: il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1992. Si veda anche A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, Giuffrè, 2001.

¹⁸ Si pensi ai testi costituzionali dei paesi dell'America Latina, come Ecuador, Bolivia, Venezuela e da ultimo Cuba (2019) e nei contesti andini in cui è percepibile una visione ecologica più matura. Per un approfondimento C. SILVA PORTERO, *¿Qué es el buen vivir?*, in R. ÁVILA SANTAMARIA ed.), *La constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008, 116-119; J. ESTERMANN, «*Vivir Bien*» como utopía política. *La concepción andina del «vivir bien» (suma qamaña/allin kawsay) y su aplicación en el socialismo democrático en Bolivia*, reperibile in http://csh.xoc.uam.mx/produccioneconomica/Colo_quio_nuevoparadigma/archivosNuevoParadigma/Estermann_Vivir%20bien.doc. Sul rapporto tra ambiente e Costituzione cfr. D. AMIRANTE, *L'ambiente preso sul serio. Il percorso accidentato del costituzionalismo ambientale*, in *Rivista DPCE*, fascicolo speciale, maggio 2019. Sull'esperienza della nuova Costituzione cubana e la tutela dell'ambiente si veda V. PEPE, *Il diritto ambientale a Cuba tra principi costituzionali e nuove sfide ecologiche globali*, in *rivista DPCE online*, 1/2020, p. 769-788.

¹⁹ Vedi V. PEPE, *Fareambiente. Teorie e modelli giuridici di sviluppo sostenibile*, Franco Angeli, 2009; L. GAETANI, *Lo sviluppo sostenibile nella dottrina sociale della Chiesa*, reperibile su www.lauragaetini.com.

²⁰ Secondo la Dottrina sociale della chiesa il **principio del bene comune** è inteso come l'insieme di quelle condizioni della vita sociale che permettono, sia alle collettività sia ai singoli membri, di raggiungere la propria

Dunque, nel pensiero di La Pira va ricercata l'affermazione di una visione *olistica* della tutela ambientale e il riconoscimento di un diritto-dovere all'ecologia integrale inteso come contenitore di nuovi diritti e doveri ecologici, quali per esempio il nuovo diritto al clima, il diritto all'acqua di tutti i popoli, il dovere di riduzione del debito ecologico, il dovere di conservare la biodiversità naturale e culturale, il diritto-dovere di tutelare le generazioni future, il diritto-dovere alla pace, alla fratellanza e alla solidarietà tra le Nazioni, i popoli e le religioni.

3. La Pira e la Costituzione: una "casa fondata sulla roccia".

Rievocare e ripercorrere, seppur in minima parte, il pensiero "costituente" del grande Giorgio La Pira non è un'opera affatto semplice. In questo scritto, pertanto, si è voluto porre l'accento sulla metafora del giurista "architetto" che ha sempre cercato e pensato la Costituzione come una "casa fondata sulla roccia". La metafora della Costituzione come "Casa comune"²¹ degli italiani rappresenta l'idea di costruire un comune nucleo di *principi e valori* condivisi di (e da) una comunità, nei quali tutti si devono riconoscere e in cui devono trovare rifugio in tempo di crisi.

La dottrina che si è a lungo occupata di indagare e approfondire il contributo di Giorgio La Pira alla formulazione della Carta costituzionale del 1948, ha sottolineato la straordinaria capacità e l'equilibrio del giurista (del cattolico e del professore) che meglio di altri «seppe esporre il suo pensiero, anche quando sapeva che non era condiviso dagli altri»²².

Quale membro della Prima sottocommissione, alla ricerca dei diritti fondamentali e delle libertà della persona umana, Giorgio La Pira ha avuto il grande merito di porre al centro di ogni discussione il fine della Costituzione che deve essere la persona umana, l'uomo». Il fine di questa dichiarazione, ricordava La Pira «è di affermare che lo Stato deve riconoscere e tutelare questi diritti imprescrittibili della persona: non l'uomo per lo Stato, ma lo Stato per l'uomo».

In questa direzione bisognava edificare una Costituzione che non fosse in crisi e che avesse una solidità intrinseca: superare la "crisi" significava ricercare

perfezione più pienamente e più celermente. Sul punto si veda anche G. GRASSO, *L'ambiente come dovere pubblico "globale": qualche conferma nella giurisprudenza del Giudice delle leggi?*, 2006.

²¹ U. DE SIERVO, Introduzione a G. La Pira, *La casa comune. Una Costituzione per l'uomo*, a cura di U. DE SIERVO, Firenze 1979, 1996, pp. 7-77.

²² G. ALFANO, *Giorgio La Pira. Un domenicano alla Costituzione*, Solfanelli, 2016, p. 9.

rispondenza fra la struttura giuridica e la struttura sociale, realizzare la “proporzione” tra l’assetto giuridico e l’assetto sociale ed umano. Una crisi costituzionale è appunto, secondo il pensiero lapiriano, una sproporzione fra l’assetto giuridico e l’assetto sociale e quindi tra i rapporti di diritto positivo e i rapporti di “diritto umano”, cioè di diritto naturale.

Per comprendere bene questa “proporzione” La Pira ebbe modo di precisare che in ogni Costituzione sono presenti i tre elementi strutturali di un edificio: *una base, i muri e la volta*. In altri termini la base teoretica, la concezione sociale, l’assetto giuridico. Bisogna - secondo la Pira - che ci sia proporzione tra i tre elementi: occorre che l’assetto giuridico sia proporzionato a quello sociale e che quello sociale abbia una base teoretica salda. Superare la crisi costituzionale dello Stato fascista significava, secondo La Pira, ricercare la base teoretica nella persona umana. Pertanto la base teoretica, ricordava La Pira, non poteva essere né statalista, né individualista, ma “pluralista”, cioè doveva riconoscere la famiglia, la chiesa, la comunità dei lavoratori, la comunità internazionale, ovvero l’insieme delle strutture dell’uomo.

Per poter costruire “la casa sulla roccia”, dunque, occorreva (ed occorre oggi) rendere solida la base su cui poggiano i *muri*, i quali sorreggono la *volta*. Rafforzare “la base” significava, in altri termini, definire un sistema integrale organico dei diritti della persona e dei diritti degli enti sociali – compresi quelli economici – in cui la persona si espande. In tal modo sarà data una fisionomia della struttura sociale e giuridica della Costituzione.

Per poter giungere a tanto, il cattolico La Pira suggeriva - durante la seduta della Prima Sottocommissione del 26 luglio 1946 - di riferirsi un poco al tipo di Costituzione sovietica, la quale va dal piano economico a quello culturale, fissando un sistema integrale di attività che comincia dalla base, dalla vita fisica, per giungere alla vita familiare, economica, amministrativa, politica, culturale e religiosa. Nello stesso tempo l’esponente cattolico poneva l’attenzione anche sulla Costituzione di Weimar del 1919 (modello di Costituzione sociale), mentre bisognava differenziarsi dal progetto francese che riecheggava il modello di Costituzione dell’89.

Non è un caso allora se nella seduta dell’11 marzo 1947, La Pira concluse il suo discorso con quello che può essere considerato il testamento della «*bella parabola costituzionale che è la parabola dell’Evangelo relativa al costruttore che costruì sopra la pietra e venne la tempesta e la casa non crollò*». Secondo il giurista cattolico - considerato come il precursore della tutela integrale della persona umana - «*questa è la nostra*

preoccupazione: di scavare questa pietra, di costruire questi muri maestri, di costruire questa volta e di fare in modo che vi sia una casa umana, fatta per fratelli, per uomini che cooperano per uno stesso fine, che è lo sviluppo della personalità umana sino ai vertici della sua vita religiosa. È per questo che ci assista la benedizione di Dio e della vergine Immacolata!». In questa cornice, nell'attuale momento storico e politico, contrassegnato dalle sfide della globalizzazione, del multiculturalismo e della crisi ecologica globale, l'insegnamento di La Pira costituisce una premessa necessaria per un nuovo umanesimo integrale, nella consapevolezza che i diritti della persona umana non sono integralmente tutelati se non sono tutelati anche i diritti della comunità nelle quali la persona si espande²³. Per questo la struttura della Costituzione deve essere conforme alla struttura reale del corpo sociale, in modo che la Costituzione sia intesa come lo "specchio" della realtà sociale.

Questa immagine della Costituzione repubblicana, intesa come "casa fondata sulla roccia", ci aiuta a ritrovare i valori fondamentali necessari ad affrontare, in una società globale e multiculturale, la crisi dello stato contemporaneo segnato da nuove emergenze sociali, culturali e ambientali che chiedono risposte concrete e non più rinviabili a difesa della persona umana (unico vero fine dello Stato).

4. Il valore della "persona" e la fratellanza umana.

Oggi, come al tempo in cui è nata la Costituzione, l'uomo è al centro della crisi. Questa consapevolezza ci impone di partire da quello che il giurista cattolico e padre costituente definiva come il *valore della persona umana*²⁴. Lo stesso La Pira afferma che "ogni libertà è fondamento di responsabilità" e su questa premessa costruisce la sua idea di democrazia costituzionale.

La persona umana va inserita nel suo contesto sociale, nella comunità in cui si manifesta la sua personalità (art. 2 Costituzione). Richiamando San Tommaso, La Pira concepisce la comunità come tanti cerchi concentrici, ovvero la famiglia, il comune, la nazione e l'umanità intera. Si tratta di concepire la comunità come ordine unico, nel senso di pensare che ciascun uomo ha una certa relazione con tutti gli altri, tanto da costituire con essi un unico corpo sociale.

²³ Cfr. Resoconto sommario della seduta della Prima sottocommissione di martedì 30 luglio 1946.

²⁴ Per una visione complessiva del tema si veda G. LA PIRA, *Il valore della persona umana*, Firenze, 2009.

Tuttavia questo *unico ordine sociale* è anche un *ordine graduato* che unisce gli ordini inferiori, nel senso che è costituito da ordini minori (vere e proprie membrature: come la famiglia, i gruppi sociali parafamiliari, città, provincia, Stato, federazione di Stati) che, seppur autonomi, sono subordinati a quelli superiori e questi all'ordine totale. Questo ordine totale (unico, graduato e gerarchico) è infine solidale, nel senso che i singoli uomini devono essere considerati come membri del corpo sociale e come tali «il bene od il male di ciascuno diventa necessariamente bene o male di tutti». Così La Pira, richiamando il mondo umano (e il mondo delle nazioni di G.B. Vico), costituisce un mondo “armonicamente ordinato” in cui il bene di ciascuno è bene di tutti ed il bene di tutti si distribuisce proporzionalmente a ciascuno. Il fine della società è allora costituito dal *bonum commune*, ovvero dal *bene comune* del corpo sociale, cioè «nella creazione di condizioni esterne di vita che permettono la libera espansione della persona umana»²⁵. In questo quadro e in una società oggi sempre più liquida e globale, la persona umana (e la sua libertà) deve manifestarsi attraverso il diritto-dovere del lavoro, inteso quest'ultimo come “fondamento” della democrazia²⁶. Giorgio La Pira, infatti, durante il dibattito dell'Assemblea costituente nella seduta del 18 ottobre 1946, faceva notare che alla pari di una “casa” in cui i muri maestri poggiano sulle fondazioni, la struttura sociale della democrazia italiana poggia sul fondamento del lavoro. Non è un caso che, da sottosegretario al Ministero del lavoro e della previdenza sociale nel governo presieduto da De Gasperi (1948-1950), La Pira pose al centro dell'economia la tutela del lavoro e la lotta alla dilagante disoccupazione²⁷.

Ancora oggi, al tempo della globalizzazione, bisogna fare tesoro di questi insegnamenti e difendere il *lavoro* come “fondamento” della struttura sociale della democrazia. La necessità di difendere il Lavoro (come ricorda l'Enciclica *Laudato Si'*,

²⁵ Sul punto cfr. ID., *Il valore della persona umana*, con Introduzione di Vittorio Possenti, Edizioni Polistampa, 2009, p. 126-127.

²⁶ Si veda il dibattito dell'Assemblea costituente in cui l'On.le La Pira faceva notare ai presenti nella seduta del 18 ottobre 1946 che il lavoro doveva essere inteso come “fondamento”; La Pira ricordava che alla pari di una “casa” in cui i muri maestri poggiano sulle fondazioni, la struttura sociale della democrazia italiana poggia sul fondamento del lavoro, sul punto si vedano in particolare gli atti reperibili su http://legislature.camera.it/_dati/Costituente/Lavori/I_Sottocommissione/sed026/sed026nc.pdf.

²⁷ Si pensi al suo impegno nella vicenda della fonderia del Pignone che, grazie al contributo di La Pira, divenne una questione nazionale su cui misurare il ruolo dello Stato nel processo economico del Paese e sui rapporti da stabilirsi tra capitale privato e capitale pubblico.

p. 120)²⁸ è fondamentale in una democrazia costruita sul vincolo della solidarietà economica e sociale (tutti siamo chiamati a partecipare al progresso economico e sociale del paese attraverso il lavoro e alla funzione sociale della proprietà); per questo il lavoro come il pane è sacro, riconsegna dignità e libertà alla persona umana, nel segno del sacrificio, della partecipazione e della costruzione di una comunità legata dal vincolo della solidarietà.

Accanto al valore costituzionale della *solidarietà*, La Pira si è fatto anche portavoce del sentimento della “fraternità umana”, considerata come il collante naturale della società in un tempo di crisi dei diritti. Se è vero che il concetto di fraternità non ha trovato ospitalità - in modo chiaro ed espresso - come principio giuridico²⁹ nella Carta costituzionale del 1948, è anche vero che in diverse occasioni il cattolico La Pira ha richiamato, durante i dibattiti dell’Assemblea costituente e non solo³⁰, l’importanza della fraternità come elemento necessario per la costruzione della nuova democrazia.

Sul piano comparativo assume particolare significato l’esperienza indiana, dove il riferimento al valore della fraternità si ricava direttamente nel Preambolo della Costituzione; il testo costituzionale indiano, infatti, considera la fraternità, accanto all’uguaglianza, come una condizione (o meglio un presupposto) per costruire la democrazia. In questa direzione La Corte Suprema indiana ha considerato il principio di fraternità come “strumento”³¹ necessario per assicurare una società multiculturale e favorire l’uguaglianza sociale voluta dai padri Costituenti³². Tale assunto trova conferma nell’ultimo discorso di Ambedkar in Assemblea costituente, tenuto il 25 novembre 1949, secondo cui «senza fraternità, la libertà distruggerebbe l’uguaglianza e l’uguaglianza distruggerebbe la libertà. Se in una democrazia, la libertà non distrugge l’uguaglianza e l’uguaglianza non distrugge la libertà, è perché, sulla base di entrambi, esiste la fraternità. La fraternità è, quindi, la radice della

²⁸ Nell’Enciclica si legge “siamo chiamati al lavoro fin dalla nostra creazione”. In questa cornice il Pontefice ricorda che “il lavoro è una necessità, è parte del senso della vita su questa terra, via di maturazione, di sviluppo umano e di realizzazione personale”.

²⁹ Sul punto si rinvia a tale proposito a F. PIZZOLATO, *Fraternità (principio di)*, voce in *Digesto delle discipline pubblicistiche*. F. PIZZOLATO, *Il principio costituzionale di fraternità. Itinerario di ricerca a partire dalla Costituzione italiana*, Città Nuova, Roma, 2012, p. 8

³⁰ La Pira immagina una fraternità anche tra città, sul punto G. LA PIRA, *Le città sono vive*, La Scuola, Brescia 2005.

³¹ Cfr. il caso giurisprudenziale *S. R. Bommai v. Union of India* ([1994] 2 SCR 644: AIR 1994 SC 1918: (1994)3 SCC1).

³² Sul concetto di uguaglianza come principio fondamentale della Costituzione indiana cfr. D. AMIRANTE, *Eguaglianza e diversità nel costituzionalismo democratico dell’Unione Indiana*, in *Revista General de Derecho Público Comparado* 20 (2017), p. 6-7.

democrazia»³³. Facendo tesoro dell'esperienza indiana, La Pira fu anche un attento ammiratore di Gandhi e del suo progetto di costruire un mondo nuovo (senza violenza), liberato da ogni oppressione e pacificamente unito. Il riferimento lapiriano alla fraternità come valore costituzionale assume anche oggi un nuovo significato alla luce dell'ecologia integrale e della fratellanza universale³⁴. Non è un caso che sia possibile ricercare alcune consonanze di visione tra Giorgio La Pira e il pensiero sotteso nell'ultima Enciclica "Fratelli Tutti" di Papa Francesco. In una recente pubblicazione³⁵, dedicata proprio all'impegno politico di Giorgio La Pira, si è già posto l'accento sulla relazione e la sintonia tra gli scritti di La Pira e il testo dell'Enciclica dedicata alla fratellanza umana e all'amicizia sociale.³⁶ In questo documento, infatti, troviamo alcuni capoversi molto vicini alla sensibilità di Giorgio La Pira. Scrive il Papa: «L'affermazione che come esseri umani siamo tutti fratelli e sorelle, se non è solo un'astrazione ma prende carne e diventa concreta, ci pone una serie di sfide che ci smuovono, ci obbligano ad assumere nuove prospettive e a sviluppare nuove risposte». Nello stesso tempo nell'Enciclica "Laudato Si'", sulla Cura della casa comune, lo stesso Pontefice - nel 2015 - già richiamava la fraternità come presupposto per la costruzione di un nuovo umanesimo integrale e come fondamento della giustizia e della pace mondiale. Il termine "fratello" che, come afferma parte della dottrina - è un legame proprio dell'istituzione familiare³⁷, in La Pira - che si è formato nel segno di Maritain e Mounier - assume sicuramente anche un connotato pubblicistico rivolto a tutta la famiglia umana, come collante per superare le diversità, assicurare

³³ Per un approfondimento sul valore della fratellanza come radice della democrazia in India sia consentito un rinvio a L. COLELLA, *La libertà religiosa tra globalizzazione e nuovi nazionalismi. Brevi note comparative su Usa e India*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 4, 2020, p. 968.

³⁴ Per una lettura del concetto di fratellanza secondo la dottrina sociale della Chiesa cattolica si veda G. CIMBALO, *La Chiesa di Francesco verso la costruzione della fraternità: un nuovo costituzionalismo per la chiesa di Roma*, in *Revista General de Derecho Público Comparado*, n. 20, 2017, p. 1-19. In questo studio, l'autore sottolinea che il ricorso alla nozione di fraternità viene utilizzato anche come strumento di sviluppo economico e della società civile.

³⁵ A. CORTESI, M.P. GIOVANNONI, P.D. GIOVANNONI, *Giorgio La Pira. Vangelo e impegno politico*, Nerbini, 2021, p. 295 e ss.

³⁶ Come si ricorderà il concetto della fratellanza umana è stato anticipato nel *Documento sulla Fratellanza umana per la pace mondiale e la convivenza comune*, firmato da Sua Santità Papa Francesco e il Grande Imam di Al-Azhar Ahmad Al Tayyeb ad Abu Dhabi, il 4 febbraio 2019.

³⁷ Tale genesi del concetto politico di fraternità è chiaramente affermata da W. SCHIEDER: "Die Begriffsgeschichte von 'Brüderlichkeit' beginnt mit der analogen Anwendung des Bruderbegriffs auf Gemeinschaften außerhalb der familiären Bindung", voce *Brüderlichkeit, Bruderschaft, Brüderschaft, Verbrüderung, Bruderliebe*, in O. BRUNNER, W. CONZE, R. KOSELLECK (a cura di), *Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland*, Klett-Cotta, Stuttgart 1972-1992, Bd. 1 A-D, p. 552. La fraternità, pertanto, è anzitutto una condizione, quella dell'essere fratelli o come fratelli (cfr., F. PIZZOLATO, *Il principio costituzionale di fraternità. Itinerario di ricerca a partire dalla Costituzione italiana*, Città Nuova, Roma 2012, p. 8).

l'uguaglianza e ricercare l'*unicum* sociale. Dal punto di vista costituzionale, dunque, «la fraternità riporta le differenze nell'alveo di un'eguale dignità, perché le rende alleate per il bene comune»³⁸. Anche per Papa Francesco - come afferma Antonio Spadaro - la fratellanza non è solamente un'emozione o un sentimento o un'idea (per quanto nobile), ma *un dato di fatto*. In altri termini «può essere il frutto della nascita degli stessi genitori o del riconoscimento di una comune figliolanza divina o della medesima umanità»³⁹. La fratellanza, ancora molto ignorata⁴⁰, si presenta come un principio e un messaggio dal forte valore politico, unica vera alternativa alla “soluzione apocalittica” in cui l'umanità si è imbattuta. Scrive Papa Francesco: «mentre la solidarietà è il principio di pianificazione sociale che permette ai diseguali di diventare uguali, la fraternità è quello che consente agli uguali di essere persone diverse. La fraternità consente a persone che sono uguali nella loro essenza, dignità, libertà, e nei loro diritti fondamentali, di partecipare diversamente al bene comune secondo la loro capacità, il loro piano di vita, la loro vocazione, il loro lavoro o il loro carisma di servizio»⁴¹. In questa cornice, il pensiero di Giorgio La Pira, a nostro avviso, ha anticipato il valore della fratellanza che è necessaria per la conversione ecologica riproposta nell'Enciclica *Laudato Si'* in cui si richiama fortemente la “interconnessione” di tutta la realtà creata, ponendo il problema di recuperare la relazione tra persona e ambiente, persona e prossimo, persona e Dio. Oggi più che mai non possiamo restare inerti di fronte alle sfide dell'umanità ed è necessario “ascoltare nello stesso tempo il grido dei bisognosi e quello del creato”⁴². In questa prospettiva, pace, giustizia e salvaguardia del creato sono *tre* questioni del tutto interconnesse, che non si potranno separare in modo da essere trattate singolarmente, a pena di ricadere nuovamente nel riduzionismo, nell'individualismo

³⁸ F. PIZZOLATO - P. COSTA, *Principio di fraternità e modernità giuridica*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2013, p.13-14.

³⁹ A. SPADARO, *Introduzione*, in Francesco, *Fratelli Tutti. Sulla fraternità e l'amicizia sociale*, Marsilio, 2020, p.10.

⁴⁰ Purtroppo, ancora oggi, la fratellanza umana, che richiama alla memoria la *fraternité* della rivoluzione francese, rappresenta un concetto ignorato, sino a diventare, come ha affermato una parte della dottrina, piuttosto “scomodo”.cfr. E. ALVAREZ CONDE, L. PEGORARO, *La “Revista General de derecho publico comparado” compie dieci anni*, in *Revista General de Derecho Público Comparado*, 20, 2017, 1-3. Secondo questo pensiero «quando un concetto forgiato dalle dottrine politiche occidentali diventa scomodo – come “fraternità” – semplicemente lo si ignora, si fa finta che non esista. Lo stesso accade per “no taxation without representation”, un vero pilastro del nostro costituzionalismo, sacrificato all'oblio sull'altare della cittadinanza, della sovranità, della sicurezza (e proprio per ciò l'ultimo articolo del fascicolo è dedicato a esso)».

⁴¹ PAPA FRANCESCO, *Messaggio all'prof.ssa Margaret Archer*, Presidente della Pontificia Accademia delle Scienze Sociali, 24 aprile 2017.

⁴² Cfr. PAPA FRANCESCO, *Messaggio del Santo Padre Francesco per la Giornata Mondiale della Pace*, “La cultura della cura come percorso di Pace”, 1 gennaio 2021.

e nell'eccesso di antropocentrismo che ha rappresentato la vera causa della crisi ecologica mondiale.

In questo scenario - come emerge anche negli scritti di Giorgio La Pira - il diritto da un lato e le religioni⁴³ dall'altro, possono contribuire alla costruzione della pace mondiale e del disarmo nucleare, alla tutela del creato e a ridurre le distanze tra dimensione globale e locale per assicurare la tutela delle diversità e l'incontro tra culture. Con una visione lungimirante e pionieristica, Giorgio La Pira aveva già compreso, utilizzando le parole di Papa Francesco, che il futuro non poteva essere "monocromatico" perché siamo fatti, come dimostra oggi il dialogo tra un credente e un agnostico, «della stessa carne»⁴⁴.

5. La "città" e la casa comune: un patrimonio del mondo.

In un momento storico e politico complesso, in una società divisa tra il locale e il globale, rileggere il discorso di Giorgio La Pira sull'importanza della città come vivaio della dignità della persona umana ci aiuta a riscoprire il valore profetico dell'insegnamento del "Sindaco Santo". Questi rivolgendosi ai fiorentini pronunciava queste parole: «Amatela questa città, come parte integrante, per così dire della vostra personalità. Voi siete piantati in essa: in essa saranno piantate le generazioni future che avranno da voi radice: è un patrimonio prezioso che voi siete tenuti a tramandare intatto, anzi migliorato e accresciuto, alle generazioni che verranno. Ogni città racchiude in sé una vocazione ed un mistero: voi lo sapete, ognuna di esse è da Dio custodita con un angelo custode, come avviene per ciascuna persona umana. Ognuna

⁴³ Sul contributo delle religioni alla tutela dell'ambiente cfr. M. R. PICCINNI, *La tutela dell'ambiente nel diritto delle religioni*, Aracne, 2015; si veda anche R. GILBERT, *Environmental humanities and theologies. Ecoculture, literature and the Bible*, Routledge, 2018. Per un approfondimento sul contributo dell'Enciclica *Laudato Si'* di Papa Francesco e la tutela dell'ambiente, si veda J. KUREETHADAM, *The Ten Green Commandments of Laudato Si'*, Liturgical Press, 2019; L. A. SILECCHIA, "Social Love" as a Vision for Environmental Law: *Laudato Si'* and the Rule of Law, in *Liberty University Law Review*, 2016, 10, p. 5; C. D. DRUMMOND, *A New Anthropology? Laudato Si' and the Question of Interconnectedness*, in R. MCKIM (ed.) *Laudato Si' and the Environment: Pope Francis' Green Encyclical*, Routledge, 2020. P. FERRARA, *Sustainable International Relations. Pope Francis' Encyclical Laudato Si' and the Planetary Implications of "Integral Ecology"*, in *Religions*, 2019, 10, p. 466; E. O'NEILL, *The Pope and the Environment: Towards an integral ecology?*, in *Environmental Politics*, 2016, 25, p. 749.

⁴⁴ Sul punto si veda il volume di R. CRISTIANO - R. D'AMBROSIO, *Siamo tutti della stessa carne. Dialogo su Fratelli tutti tra un cattolico e un agnostico*, Castelvecchi, 2020, in cui emerge a chiare lettere l'importanza del dialogo come strada per avvicinare le posizioni anche più lontane. La capacità di ascolto e di dialogo - in questo tempo di particolare complessità - è necessaria, come sostiene anche Papa Francesco, affinché si possa affermare la buona politica al servizio del bene comune.

di esse è nel tempo una immagine lontana ma vera della città eterna. Amatela, quindi, come si ama la casa comunedestinata a noi ed ai nostri figli. Custoditene le piazze, i giardini, le strade, le scuole; curatene con amore, sempre infiorandoli e illuminandoli, i tabernacoli della Madonna, che saranno in essa custoditi; fate che il volto di questa vostra città sia sempre sereno e pulito. Fate, soprattutto, di essa lo strumento efficace della vostra vita associata; sentitevi, attraverso di essa, membri di una stessa famiglia: non vi siano tra voi divisioni essenziali che turbino la pace e l'amicizia, ma la pace, l'amicizia, la cristiana fraternità fioriscano in questa città vostra come fiorisce l'ulivo a primavera!». Ripartire da questo insegnamento ci aiuta a rivalutare la centralità della città intesa come "grande casa per una grande famiglia" e luogo dello sviluppo della persona umana, ambiente da custodire e valorizzare per le generazioni presenti e future. Una sorta di baricentro della vita quotidiana in cui si edificano le relazioni naturali tra uomo e ambiente, quelle solidali tra uomo e prossimo, quelle mistiche, fondate sulla fede e sul rapporto tra uomo e Dio. Le città devono ritornare ad essere consapevoli di rappresentare il patrimonio del mondo, perché in esse si incorporano tutta la storia e tutta la civiltà dei popoli: un patrimonio che le generazioni passate hanno costruito e trasmesso a quelle presenti – di secolo in secolo, di generazione in generazione – affinché fosse accresciuto e ritrasmesso alle generazioni future.

Dal punto di vista architettonico, la città, come riteneva La Pira, doveva - e deve - assumere la forma di una "stella", avendo un polo centrale e che presenti più "quartieri satellite": in altri termini bisogna costruire non periferie ma "una città nella città" (rivolgendosi all'Isolotto) edificate in maniera armonica dove ogni quartiere sia ben collegato al centro. Questa è la condizione necessaria affinché la città possa assolvere alla sua funzione primaria, ovvero quella di essere luogo dove si realizza il bene della persona, via della pace da realizzarsi tramite l'armonia delle città. Nella città, vi sono alcune categorie di beni, collettivi e di uso comune, la cui utilizzazione non può dipendere dai meccanismi del mercato e va difesa all'insegna della sussidiarietà verticale e orizzontale. Partendo da queste considerazioni La Pira consacra il diritto di tutti ad avere una casa "poiché solo essa permette la nascita e il crescere della famiglia, il luogo dove nell'intimità si può vivere nel concreto anche la dimensione religiosa" (Da Santis).

Ancora una volta il giurista e politico La Pira si serve del metodo comparativo (così come ha fatto per scrivere la Costituzione e i suoi valori) per ricercare la metafisica della città, il suo "fine" e la sua vocazione universale. Tutto ciò che è

oggetto dell'osservazione, anche fuori dai confini nazionali, viene da lui indirizzato verso il fine ultimo dell'armonia e della pace: così le città insieme, sono intese come "un unico grandioso organismo. Ciascuna per tutte e tutte per ciascuno"⁴⁵.

Lui stesso volse lo sguardo a tutte le incomparabili città d'Europa - «*tessute di cattedrali e di monumenti di valore inestimabile, vere rifrazioni di eternità nel tempo, di divino nell'umano*» - e alle altre città del mondo, riconoscendo in esse la ricchezza delle nazioni essendo essenziali strutture della civiltà umana, nelle quali trovano espressione i valori storici e creativi dell'uomo (che sono gli stessi valori storici e creativi di Dio). Tale insuperabile ricchezza non poteva e non doveva scomparire a causa di una guerra nucleare e gli Stati non avevano - e non hanno - il diritto di annientare per nessuna ragione questo patrimonio che costituisce la continuità del genere umano e che appartiene al futuro.

Rivolgendosi al Principe ereditario a Marrakesch in Marocco, La Pira, in chiave comparata, aveva già notato come tutte queste nostre città vengono da una matrice unica e questa matrice comune è rappresentata dalla città di Gerusalemme: città matrice comune di tutte le città medievali, cristiane e arabe, in cui è possibile ricercare il passato, radice per l'avvenire.

A La Pira si deve l'intuizione della "cultura della città", concepita come misura e segno del cammino di costruzione e di perfezionamento che va dalla persona, allo stato e alla comunità sopranazionale. In questa ottica, le città come ambiente urbano e simbolo spirituale dell'identità, della dimensione umana e religiosa, devono ricercare il loro passato comune su cui costruire insieme il futuro e collaborare all'unità del mondo, all'unità delle nazioni. Esse devono unirsi per unire le nazioni, per unire il mondo secondo un rinnovato sentimento di fratellanza e amicizia sociale (Enciclica *Fratelli Tutti*); bisogna ripartire dalla città, come bene comune, come patrimonio del mondo, come germe di fraternità universale⁴⁶.

⁴⁵ M. P. GIOVANNONI - P. D. GIOVANNONI, (a cura di), *Le città non vogliono morire*, Polistampa, 2015, p. 124.

⁴⁶ L. DE SANTIS, *Unire le città per unire le nazioni. L'idea e la funzione della città in Giorgio La Pira*, Cantagalli, 2020.

6. Giorgio La Pira e la tutela dell'ambiente. Un "precursore" dell'ecologia integrale.

Il tempo che stiamo vivendo è un "tempo di transizione", oltre il quale vi è, senza altra possibilità, la "conversione ecologica" oppure la "catastrofe"⁴⁷. Come è noto, l'era dell'Antropocene⁴⁸ è stata accompagnata da un aumento esponenziale della popolazione, abbinato alla rapidità dei progressi tecnologici e al potenziamento della capacità umana di trasformare l'ambiente, a cui si collegano fenomeni come la riduzione delle foreste e l'espansione delle terre coltivate, la perdita di biodiversità, l'aumento dell'inquinamento, lo sfruttamento delle risorse minerarie, la perdita di integrità degli ecosistemi, l'emergenza e il cambiamento climatico⁴⁹.

In questa cornice, l'Enciclica "Laudato Si'" ha costituito il primo documento rivoluzionario (rivolto a credenti e non credenti) che ha posto in evidenza, su scala mondiale, i cambiamenti dell'umanità e del pianeta negli ultimi decenni, osservandone le cause e le complessità non solo dal punto di vista strettamente religioso, ma anche politico e sociale⁵⁰. Nel descrivere questa fase della storia dell'uomo sulla terra, Papa Francesco ha utilizzato il termine *rapidizzazione* (dallo spagnolo *rapidacion*) per sottolineare l'accelerazione dei processi che hanno portato al degrado ambientale prodotto dalle aggressioni minacciose dell'uomo alla natura e causate da un eccesso di antropocentrismo⁵¹.

In questo quadro, l'esegesi di alcuni scritti di La Pira sembrano confermare come il giurista cattolico abbia anticipato la *ratio* sottesa al concetto giuridico e politico di sviluppo sostenibile e rappresentato un fautore dell'ecologia integrale grazie ad una costante simbiosi tra fede e tutela ambientale⁵².

⁴⁷ D. AMIRANTE, *Aspettando la catastrofe. L'emergenza climatica fra storia della scienza e filosofia*, in G. LIMONE (a cura di), *Il pudore delle cose, la responsabilità delle azioni, L'era di Antigone*. Quaderno di Scienze filosofiche, sociali e politiche, Franco Angeli, Milano, 2019, pp. 143-151. G. CAPOGRASSI, *Il diritto dopo la catastrofe*, in *Rivista Jus*, 1/2019, Vita e Pensiero.

⁴⁸ P. CRUTZEN, *Benvenuti nell'Antropocene. L'uomo ha cambiato il clima, la Terra entra in una nuova era*, Mondadori 2005; si veda sul punto anche N. CASTREE, *The Anthropocene and Geography I: The back story*, in *Geography Compass*, 2014, 8, 7, p. 436.

⁴⁹ L. COLELLA, *L'emergenza climatica e il "Diritto ambientale del cambiamento"*, in V. PEPE - L. COLELLA (a cura di), *Saggi di diritto ambientale italiano e comparato. "Prospettive di cambiamento"*, Salerno, Edizioni Palazzo Vargas, 2019, p. 131-170.

⁵⁰ Sul punto cfr. L. COLELLA, *Ecologia integrale e "diritto ambientale del cambiamento". L'attualità dell'Enciclica "Laudato si'" (cinque anni dopo)*, in *Quaderni amministrativi*, 3, 2020, p. 82-100.

⁵¹ Sul punto si veda L. COLELLA, *Ambiente, religione e diritto al "tempo del Creato": prime note comparative tra i fondamenti ecologici della chiesa cattolica e del sikhismo indiano*, in *AmbienteDiritto.it*, 4/2019, p. 13.

⁵² Sui rapporti tra ecologia e ambiente si veda in particolare D. EDWARDS, *L'ecologia al centro della fede. Il cambiamento del cuore che conduce a un nuovo modo di vivere sulla terra*, EMP, Padova, 2008, e alla *lectio*

Se è vero che ai fini della tutela costituzionale dell'ambiente determinante sia stato il contributo del costituente Concetto Marchesi, considerato insieme ad Aldo Moro il padre dell'art. 9 della Costituzione⁵³, a nostro avviso il pensiero di Giorgio La Pira è stato altrettanto decisivo nel porre al centro del dibattito nell'Assemblea costituente i fondamenti di una tutela "integrale" della persona umana, quella che Papa Francesco ha definito come nuova "ecologia integrale", secondo cui il valore della persona non può più prescindere dalla tutela del Creato e dalle risorse ambientali.

Nell'attuale momento storico, in cui si discute di una riforma costituzionale⁵⁴ che intende inserire lo sviluppo sostenibile e una più ampia tutela dell'ambiente in Costituzione, doveroso è il rinvio al pensiero di La Pira⁵⁵ secondo cui lo sviluppo della persona umana implica il riconoscimento non solo dei *diritti di libertà* del singolo, ma anche dei *diritti sociali*, come il diritto ad una vita salubre e il diritto all'ambiente inteso in senso più ampio, come sviluppo equilibrato e sostenibile, rispettoso del Creato e delle risorse naturali. Secondo la visione cattolica - di cui La Pira è interprete - ai diritti devono affiancarsi i doveri «*inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale*» intesi come espressione della solidarietà tra le generazioni e della sostenibilità ambientale (art. 2 della Costituzione italiana). Sono proprio i doveri che delimitano lo spazio dei diritti, proponendo la loro difesa e promozione, come un impegno da assumere a servizio del bene comune.

magistralis di J. MOLTMANN, *Il futuro ecologico della teologia moderna*, in *Il Regno – Documenti*, 21/2012, p. 692-698. Cfr. K. GOLSER, *Religioni ed ecologia. La responsabilità verso il creato nelle grandi religioni*, EDB, Bologna, 1995.

⁵³ Come è noto il dibattito in Assemblea costituente portò alla definitiva stesura dell'articolo 9 dalla nostra Costituzione che attribuisce alla Repubblica la promozione dello sviluppo della cultura e della tutela del patrimonio storico e artistico. Il dibattito vide il coinvolgimento di autorevoli interpreti e fu guidato, in qualità di relatori, da due uomini appartenenti a schieramenti politici contrapposti, ovvero Concetto Marchesi e Aldo Moro, padri nobili dell'intero periodo costituente, e considerati principali artefici dell'articolo 9 della Costituzione.

⁵⁴ Nella seduta del 23 marzo 2021 la Commissione Affari Costituzionali del Senato ha svolto il dibattito su due proposte di legge di alcuni senatori ed adottato il testo unificato dei disegni di legge n° 83, 212, 1203, 1532, 1627, 1632, 938. La Commissione Affari Costituzionali del Senato ha adottato come testo base quello proposto dalla relatrice Maiorino (M5S) e difeso da De Petris (LeU), Bressa (Autonomie), Ferrazzi (Pd) e Perilli (M5S). *Il testo recita*: Modifiche agli articoli 9, 41 e 117 della Costituzione in materia di tutela dell'ambiente. *Art. 1. 1. All'articolo 9 della Costituzione è aggiunto, in fine, il seguente comma: «Tutela l'ambiente e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni; protegge la biodiversità e gli animali».* *Art. 2. 1. All'articolo 41 della Costituzione sono apportate le seguenti modificazioni: a) al secondo comma, dopo la parola: «danno» sono inserite le seguenti: «alla salute, all'ambiente,»; b) al terzo comma sono aggiunte, in fine, le seguenti parole: «e ambientali».* *Art. 3. All'articolo 117, secondo comma, della Costituzione, la lettera s) è sostituita dalla seguente: «s) tutela dell'ambiente, degli ecosistemi e degli animali; tutela dei beni culturali».*

⁵⁵ Si veda N. GIORDANO, *Giorgio La Pira e la Costituzione. Relazioni e interventi nell'Assemblea Costituente*, Libreria Editrice Vaticana, 2016.

La testimonianza preziosa di Giorgio La Pira si configura, dunque, come “esemplare” e “profetica”, in quanto il tema dell’ecologia inteso come stile di vita, ma anche come fine sociale della persona umana e della Stato, risulta essere stato una costante del suo *modus operandi* di uomo, di giurista, di politico e di diplomatico. Il valore della persona umana, la sua preoccupazione verso i poveri e il lavoro, l’attenzione alla promozione della «città come parte integrante della personalità umana», sono solo alcuni aspetti della profonda dimensione ecologica integrale che ha caratterizzato la formazione e l’attività del Sindaco di Firenze. L’importanza dei simboli del Creato, ed in particolare del valore fortemente umano delle risorse naturali, si ricava pure nel contenuto del discorso di Giorgio La Pira pronunciato in occasione della seduta di chiusura della Conferenza Internazionale della Gioventù per la pace e il disarmo, tenutasi a Firenze nel febbraio del 1964. In quella occasione La Pira, rivolgendosi ai giovani, affermava: «Quando tornerete nelle vostre città e presso i vostri popoli, tutti vi domanderanno: - Cosa avete fatto a Firenze? Quale messaggio ci recate da Firenze? Voi potete rispondere così: - A Firenze, noi giovani, in rappresentanza di tutti i giovani della terra, abbiamo deciso di camminare lungo la strada nuova della nuova storia del mondo “lungo la strada di Isaia”: la strada cioè del disarmo e della pace; la strada della conversione delle armi in aratri, dei missili in astronavi; la strada dell’unità fraterna, senza discriminazione alcuna, di tutte le genti!

E cosa avete veduto?

Abbiamo veduto il fiume della pace con le sue rive fiorite. Lungo queste rive abbiamo visto in fiore gli alberi che vi sono piantati: abbiamo visto in fiore l’ulivo, simbolo della pace universale di tutte le genti; la vite, simbolo dell’unità, a tutti i livelli, di tutti i popoli della terra; il grano simbolo della nutrizione per i popoli di tutti i continenti; il giglio, simbolo della bellezza artistica e della fioritura scientifica e culturale di tutte le nazioni; la quercia di Abramo, simbolo della libertà religiosa e civica e della adorazione creativa dei popoli del Mediterraneo (della triplice famiglia di Abramo: ebrei, cristiani, musulmani) e di tutto il pianeta».

In questo discorso si può cogliere il valore etico, culturale, sociale e perciò ambientalista del ministero lapiriano e di quell’impegno politico e civile orientato all’ecologia integrale e alla sostenibilità ambientale. In queste parole il Sindaco professore anticipa il vasto e articolato dibattito “sulla qualità urbana” (dormiente), sulla salvaguardia del patrimonio storico, paesaggistico ed ambientale, prefigurando la tutela attiva dell’ambiente e dei beni culturali (materiali ed immateriali) e di tutte

quei beni che fanno da *ambitus* per lo sviluppo della persona umana come fine ultimo dello Stato. In questo discorso vi è anche il riferimento al bene comune, alla fratellanza umana e al dialogo interreligioso, come pure la tutela dei bisogni dei poveri, il divario tra Nord e Sud del mondo, il debito ecologico e l'equità intergenerazionale e non da ultimo la giustizia, il disarmo nucleare, la pace e l'unità delle Nazioni del mondo.

L'interesse "pionieristico" di La Pira per la tutela dell'ambiente e per le risorse naturali del Creato appare a chiare lettere anche per aver ispirato Gianfranco Merli⁵⁶ (fondatore del Movimento azzurro) e per aver condiviso con lui la "vocazione ecologica" necessaria ad affrontare i problemi dell'inquinamento ambientale e delle risorse naturali. Questa dimensione olistica e integrale della tutela ambientale, che lo ha portato ad essere già definito come *l'ambientalista dei Sì*⁵⁷, emerge nello studio del fenomeno relativo all'inquinamento delle acque, di cui è totalmente permeata la stesura della L. n. 319/1976 sulle acque, scritta e proposta dallo stesso Merli.

È questa l'eredità più grande che ha lasciato nel settore della tutela ambientale il giurista cattolico, che possiamo definire come uno dei precursori⁵⁸ dell'ecologia integrale, ovvero l'iniziatore di un nuovo modo di concepire la relazione tra "persona e ambiente", e che trova oggi consacrazione nell'Enciclica "Laudato Si'" sulla cura della Casa Comune.

In questa prospettiva se da un lato nell'Era dell'Antropocene c'è fortemente bisogno di realizzare la transizione ecologica, dall'altro questo processo non può assolutamente prescindere da quella *conversione umana* fondata sull'amore per il Creatore, di un «*Amore che muove il Sole e le altre Stelle*» (Dante Alighieri). Un "amore" per il Creato che il giurista cattolico La Pira già applicava e incarnava alla vita politica e alla società civile in vista di assicurare i valori della giustizia, della solidarietà e della pace mondiale.

In Assemblea costituente, Giorgio La Pira, nel fare suo il pensiero e le parole del filosofo Gianbattista Vico «*le cose fuori del loro stato naturale né vi si adagiano, né vi*

⁵⁶ C. MONACA, *Prefazione*, in G. DORMIENTE, *Giorgio La Pira. Ambientalista dei Sì*, Libreria Editrice Vaticana, 2011, p. 5.

⁵⁷ G. DORMIENTE, *Giorgio La Pira. Ambientalista dei Sì*, Libreria Editrice Vaticana, 2011. In questo volume l'autore ricostruisce, anche attraverso scritti e linguaggi autentici, la vocazione umana ed ecologica di Giorgio La Pira.

⁵⁸ Vedi P. MADDALENA, *Postfazione* in G. ALFANO (a cura di) *Giorgio La Pira. Un domenicano alla Costituente*, Solfanelli, 2016, p. 148.

durano»⁵⁹, sottolineava l'importanza del perseguimento del *bene comune* come dovere sociale del cristianesimo, ma anche come impegno costituzionale.

In questa prospettiva la testimonianza di Giorgio La Pira fa del giurista cattolico un vero e proprio “Architetto del bene comune e dell'ecologia integrale”, rappresentando un modello profetico per gli uomini politici del nostro tempo, impegnati a garantire la transizione ecologica mondiale in un tempo di forte emergenza sanitaria. Assumono, così, un forte significato etico ed istituzionale le dichiarazioni dell'attuale Premier italiano Mario Draghi, che citando Papa Francesco nel giorno del suo insediamento, ha ricordato che «...*le tragedie naturali sono la risposta della terra al nostro maltrattamento*» (in *La Scienza Nuova*). Sull'insegnamento della dottrina sociale della Chiesa, di cui La Pira era testimone autentico e laborioso, «*in questo momento critico in cui tutte le cupidigie scatenate par che ricaccino l'umanità nella selva oscura della barbarie*»⁶⁰, è necessario recuperare i principi guida che hanno ispirato le Costituzioni sociali del dopoguerra, ovvero la *personalità*⁶¹, la *solidarietà*, la *sussidiarietà*⁶²e, da ultimo (in chiave ecologica), la *sostenibilità*.

Si tratta di “principi” genetici propri della transizione ecologica e che Giorgio La Pira ha incarnato e consegnato, attraverso il testamento costituzionale, alle future generazioni: un necessario ritorno ai “principi” come “stelle fisse” che orientano la nostra navigazione storica⁶³. Facendo tesoro di questi insegnamenti, sarà necessario che l'umanità riconosca come imprescindibili e non più rinviabili le motivazioni e le finalità del nuovo approccio dell'*ecologia integrale* che implica il dovere di realizzare, nello stesso tempo, un'ecologia sociale, un'ecologia economica, un'ecologia culturale e un'ecologia ambientale.

In questo tempo dedicato alla transizione ecologica e alla “rivoluzione verde” - ed in un contesto di crisi sanitaria globale legata alla pandemia da Covid19 - la vocazione ecologica della persona umana richiede di incarnare fraternamente

⁵⁹ G. VICO, *La Scienza Nuova*, BUR, 1977. Per un approfondimento sul pensiero di G.B. Vico sia consentito un rinvio a V. PEPE, *Giambattista Vico e la comparazione giuridica*, Napoli, ESI, 2020, in cui l'autore pone l'accento sul contributo di Vico in seno all'Assemblea costituente.

⁶⁰ Cfr. P. MARRUCCHESI, *Umanesimo eterno*, in G. LA PIRA, *Principi. Tutti gli interventi di La Pira, sulla rivista da lui animata e diretta nel 1939/40*, Libreria Editrice Vaticana, 2000.

⁶¹ G. LA PIRA, *Il valore della persona umana*, Edizioni Polistampa, 2009.

⁶² V. PEPE, *Il principio di sussidiarietà e la chiesa cattolica*, in V. PEPE - L. COLELLA (a cura di), *Saggi di diritto pubblico italiano e comparato*, Edizioni Palazzo Vargas, 2019, p. 84.

⁶³ Si veda sul punto G. LA PIRA, *Nota introduttiva*, in *Principi*, Libreria Editrice Vaticana, ristampa del 2000, p.VIII. Per Giorgio La Pira i *Principi* sono “punti fermi”, “stelle fisse”, “bussole orientatrici” che devono come una bussola guidare la nave dell'uomo e della storia “*in questa età atomica (ove la realtà cosmica e storica è sottoposta a trasformazioni sempre più profonde ed imprevedute)*”.

l'impegno profetico del padre costituente Giorgio La Pira, all'insegna di una nuova *spes contra spem*⁶⁴.

⁶⁴ Il riferimento è a Paolo di Tarso (*Lettera ai Romani*, 4,18), in cui l'apostolo si esprime con riferimento all'atteggiamento dell'incrollabile fede di Abramo: «... *qui contra spem in spem credit, ut fieret pater multarum gentium, secundum quod dictum est: " Sic erit semen tuum "*. *Multarum gentium, secundum quod dictum est: " Sic erit semen tuum "*.» e a cui Giorgio La Pira si è ispirato per superare le difficoltà della realtà quotidiana del suo tempo. Si veda M. AGOSTINO, *Spes contra spem II. Relazioni, contributi e interventi del 2° convegno nazionale dei Circoli Giorgio La Pira*, Firenze, 2-3 Ottobre 2015, Polistampa, 2016.

DAL *DISPUTE BOARD* AL COLLEGIO CONSULTIVO TECNICO

Profili comparatistici, diacronici e critici della semplificazione "all'italiana"

Claudio Costanzi

ABSTRACT [ITA]: L'innesto nell'ordinamento italiano del modello anglosassone delle *disputes boards* attraverso la previsione del Collegio Consultivo Tecnico, oggetto di tre diversi interventi normativi in appena quattro anni, rappresenta un primo passo verso il superamento dell'ottica conflittuale tra committenza e appaltatore, in favore di un approccio *business oriented* alla realizzazione dell'opera pubblica. Tuttavia, nell'attuale configurazione, le lacune che permangono rischiano di inficiare in buona parte gli indubbi vantaggi che tale istituto potrebbe imprimere nel prevenire o comunque risolvere il contenzioso. Ancora distante dal modello cui dichiaratamente si ispira, il Collegio Consultivo Tecnico andrà nuovamente riformato e rafforzato, ma non prima di aver assistito, finalmente, alle sue prime applicazioni.

ABSTRACT [ENG]: *The introduction of the Anglo-Saxon model of disputes boards into the Italian legal system through the provision of the Technical Advisory Board (i.e. "Collegio Consultivo Tecnico"), which has been the subject of three different legislative provisions in just four years, represents a first step towards overcoming the conflictual perspective between client and contractor, in favor of a business-oriented approach to the realization of public works. However, in its current configuration, the remaining gaps could largely invalidate the undoubted advantages that this institution could provide in preventing or, in any case, resolving disputes. Still far from the model from which it is inspired, the Technical Advisory Board will have to be reformed and strengthened again, but not before having witnessed, finally, its first applications.*

SOMMARIO: **1.** Premessa. Il Collegio Consultivo tecnico e l'araba fenice della semplificazione. - **2.** I *disputes boards* nell'esperienza internazionale. Le *ICC Dispute Board Rules*. - **3.** *Segue:* il difficile innesto nell'ordinamento italiano di forme di arbitrato irrituale. - **4.** Cenni alla disciplina del Collegio. Ambito di applicazione, termini di costituzione e composizione. - **5.** La funzione anfibia del Collegio "Consultivo" Tecnico. Alcuni spunti critici. - **6.** Il rapporto con gli altri strumenti codicistici di risoluzione dei conflitti. Conclusioni *de jure condendo*.

1. Premessa. Il Collegio Consultivo tecnico e l'araba fenice della semplificazione.

In un ordinamento come quello italiano, tradizionalmente scettico nei confronti degli strumenti di risoluzione stragiudiziale delle liti, specie per contese tra privati e la Pubblica Amministrazione, non stupisce che l'introduzione del Collegio Consultivo tecnico nel diritto degli appalti pubblici abbia seguito un percorso irregolare, a tratti carsico. Sospinto dall'animo riformatore che ha dato abbrivio, almeno negli intenti, al nuovo Codice dei contratti pubblici (D. Lgs. 50/2016), con quasi completa abrogazione del precedente (D. Lgs. 163/2006), l'istituto del Collegio Consultivo Tecnico ha fatto la sua prima – fugace – apparizione con l'introduzione dell'art. 207 del D. Lgs. 50/2016¹.

Nel dare attuazione al criterio della «razionalizzazione dei metodi di risoluzione delle controversie alternativi al rimedio giurisdizionale, anche in materia di esecuzione del contratto»², richiesto dalla Legge delega n. 11/2016, il nuovo Codice aveva originariamente previsto un «Collegio Consultivo Tecnico con funzioni di assistenza» (abbreviabile anche "CCT"), ad attivazione facoltativa e dichiaratamente

¹ Il quale, rubricato "Collegio Consultivo Tecnico", prevedeva che: «al fine di prevenire controversie relative all'esecuzione del contratto le parti possono convenire che prima dell'avvio dell'esecuzione, o comunque non oltre novanta giorni da tale data, sia costituito un Collegio Consultivo Tecnico con funzioni di assistenza per la rapida risoluzione delle dispute di ogni natura suscettibili di insorgere nel corso dell'esecuzione del contratto stesso. 2 Il Collegio Consultivo Tecnico è formato da tre membri dotati di esperienza e qualificazione professionale adeguata alla tipologia dell'opera. I componenti del Collegio possono essere scelti dalle parti di comune accordo, ovvero le parti possono concordare che ciascuna di esse nomini un componente e che il terzo componente sia scelto dai due componenti di nomina di parte; in ogni caso, tutti i componenti devono essere approvati dalle parti. Il componente nominato dalla stazione appaltante è preferibilmente scelto all'interno della struttura di cui all'articolo 31, comma 9, ove istituita. Le parti concordano il compenso del terzo componente nei limiti stabiliti con il decreto di cui all'articolo 209, comma 16. 3. Il Collegio Consultivo Tecnico si intende costituito al momento di sottoscrizione dell'accordo da parte dei componenti designati e delle parti contrattuali. All'atto della costituzione è fornita al Collegio consultivo copia dell'intera documentazione inerente al contratto. 4. Nel caso in cui insorgano controversie, il Collegio consultivo può procedere all'ascolto informale delle parti per favorire la rapida risoluzione delle controversie eventualmente insorte. Può altresì convocare le parti per consentire l'esposizione in contraddittorio delle rispettive ragioni. 5. Ad esito della propria attività il Collegio consultivo formula in forma scritta una proposta di soluzione della controversia dando sintetico atto della motivazione. La proposta del Collegio non vincola le parti. 6. Se le parti accettano la soluzione offerta dal Collegio consultivo, l'atto contenente la proposta viene sottoscritto dai contraenti alla presenza di almeno due componenti del Collegio e costituisce prova dell'accordo sul suo contenuto. L'accordo sottoscritto vale come transazione. 7. Nel caso in cui la controversia non sia composta mediante la procedura di cui ai commi precedenti, i componenti del Collegio consultivo non possono essere chiamati quali testimoni nell'eventuale giudizio civile che abbia ad oggetto la controversia medesima. 8. Il Collegio Consultivo Tecnico è sciolto al termine dell'esecuzione del contratto o in data anteriore su accordo delle parti».

² Art. 1, comma 1, let. aaa), L. 11/2016.

finalizzato a prevenire «controversie di ogni natura suscettibili di insorgere nel corso dell'esecuzione del contratto stesso controversie relative all'esecuzione del contratto»³. Già dalla scelta della collocazione dell'istituto, nella Parte VI, Titolo I, capo II del D. Lgs. 50/2016, rubricato "Rimedi alternativi alla tutela giurisdizionale", tra l'accordo bonario (art. 205 per i lavori, art. 206 per i servizi e forniture) e la transazione (art. 208), si intuisce l'intenzione del Legislatore di attribuire al Collegio previsto all'art. 207 una funzione non meramente consultiva, ma pienamente risolutiva delle liti insorte, attribuendo all'istituto pari dignità rispetto agli altri rimedi ripresi dal previgente Codice. Ed infatti, ai commi 5 e 6 era previsto che, «ad esito della propria attività, il Collegio Consultivo formula in forma scritta una proposta di soluzione della controversia dando sintetico atto della motivazione. La proposta del Collegio non vincola le parti. Se le parti accettano la soluzione offerta dal Collegio Consultivo, l'atto contenente la proposta viene sottoscritto dai contraenti alla presenza di almeno due componenti del Collegio e costituisce prova dell'accordo sul suo contenuto. L'accordo sottoscritto vale come transazione».

Senonché, il Consiglio di Stato, chiamato a pronunciarsi in sede consultiva sul testo del nuovo codice, ha espresso parere negativo all'introduzione del Collegio, rilevando che «il presupposto della norma non risulta espresso in modo chiaro, non essendo agevolmente definibili i casi di dispute (espressione atecnica) che si prevede possano nascere. La norma, in particolare, non chiarisce se il ricorso al Collegio Consultivo costituisca un sistema alternativo all'accordo bonario e come i due istituti si rapportino tra loro». Il Consiglio di Stato ha, inoltre, rilevato un possibile vizio di costituzionalità del D. Lgs. 50/2016, nella misura in cui «la previsione [che istituisce il Collegio] pone problemi di compatibilità con il criterio dei delega di cui alla lett. aaa), art. 1 [...] L. 11/2016»⁴. Analoghe critiche sono state mosse dell'Autorità nazionale Anticorruzione, audita nella persona del proprio presidente alla Camera dei Deputati⁵.

A seguito delle critiche che hanno investito il Collegio sin dalla sua fase gestazionale, il Decreto c.d. "correttivo" (D. Lgs. 56/2017) ha abrogato, ad appena un anno dalla sua entrata in vigore, l'art. 207 e, con esso, il primo, apprezzabile tentativo

³ Art. 207, comma 1, D. Lgs. 50/2016.

⁴ Consiglio di Stato, parere n. 855/2016).

⁵ Audizione del 17 marzo 2016, nel corso della quale il Presidente Cantone aveva espresso numerose perplessità in ordine alla possibile trasformazione del Collegio in arbitrato irrituale.

di esportare nella contrattualistica pubblica le forme di *dispute board* anglosassone ed americana.

Il tradizionale atteggiamento *claim oriented* delle committenze pubbliche e degli operatori economici, unitamente al crescente contenzioso generato dall'innesto, a tratti lacunoso, del nuovo Codice, ha ben presto fatto riemergere la necessità di affiancare agli strumenti tradizionali altri strumenti per la prevenzione e la celere risoluzione delle liti. L'attenzione è, quindi, ricaduta nuovamente su un organismo con funzioni quantomeno consultive, ancorché non dotato dei poteri di risolvere irritualmente le liti. Adottando un approccio graduale, il Legislatore del Decreto-Legge c.d. "sblocca cantieri" (D.L. 32/2019), convertito nella L. 55/2019, ha di fatto riesumato il Collegio Consultivo Tecnico originariamente previsto, concependolo quale meccanismo opzionale di assistenza altamente qualificata alle parti, con l'ambizione di prevenire le "controversie"⁶. Relegato nel regime opzionale, il Collegio Consultivo Tecnico introdotto nel 2019 non ha generato l'attesa riduzione del carico del contenzioso civile in materia di appalti pubblici, né ha fatto registrare altri significativi benefici. Privato dei poteri tipici e delle garanzie di imparzialità dei *dispute boards*, il Collegio ha nuovamente attirato forti critiche, invero espressamente rivolte non tanto al tentativo di incrementare gli strumenti di ADR a disposizione delle parti, quanto più, ancora una volta, alla difficoltà di collocare un istituto frettolosamente disciplinato nell'ordinamento pubblicistico, in assenza di chiare

⁶ Si segnala l'abbandono da parte del Legislatore del termine "dispute", già tacciato di eccessiva a-tecnicità dal Consiglio di Stato, in favore di "controversia". In particolare, ai sensi dell'art. 1, commi da 11 a 13, D. L. n. 32/2019, convertito in Legge n. 55/2019: "11. Fino alla data di entrata in vigore del regolamento di cui all'articolo 216, comma 27-octies, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, al fine di prevenire controversie relative all'esecuzione del contratto le parti possono convenire che prima dell'avvio dell'esecuzione, o comunque non oltre novanta giorni da tale data, sia costituito un Collegio Consultivo Tecnico con funzioni di assistenza per la rapida risoluzione delle controversie di ogni natura suscettibili di insorgere nel corso dell'esecuzione del contratto stesso. 12. Il Collegio Consultivo Tecnico è formato da tre membri dotati di esperienza e qualificazione professionale adeguata alla tipologia dell'opera. I componenti del Collegio possono essere scelti dalle parti di comune accordo, ovvero le parti possono concordare che ciascuna di esse nomini un componente e che il terzo componente sia scelto dai due componenti di nomina di parte; in ogni caso, tutti i componenti devono essere approvati dalle parti. Il Collegio Consultivo Tecnico si intende costituito al momento della sottoscrizione dell'accordo da parte dei componenti designati e delle parti contrattuali. All'atto della costituzione è fornita al Collegio consultivo copia dell'intera documentazione inerente al contratto. 13. Nel caso in cui insorgano controversie, il Collegio consultivo può procedere all'ascolto informale delle parti per favorire la rapida risoluzione delle controversie eventualmente insorte. Può altresì convocare le parti per consentire l'esposizione in contraddittorio delle rispettive ragioni. L'eventuale accordo delle parti che accolga la proposta di soluzione indicata dal Collegio consultivo non ha natura transattiva, salva diversa volontà delle parti stesse». 14. Il Collegio Consultivo Tecnico è sciolto al termine dell'esecuzione del contratto o in data anteriore su accordo delle parti"

norme di coordinamento⁷. In questo contesto, ad appena un anno dalla sua reintroduzione, sull'istituto è caduta nuovamente la scure dell'integrale abrogazione, giunta con il Decreto-Legge c.d. "semplificazioni" (D.L. 76/2020), convertito in L. 120/2020. La consapevolezza dell'impossibilità di abrogare anche le ragioni che spinsero il Legislatore del 2016 e del 2019 ad introdurre un nuovo strumento per la prevenzione delle controversie ha, tuttavia, indotto a introdurre *ex novo* una disciplina del Collegio. Rinviando al prosieguo per la trattazione dei principali connotati del Collegio Consultivo Tecnico attualmente in vigore, ci si limita sin da ora a rilevare che, ancora una volta, l'innesto dell'istituto è avvenuto nella logica emergenziale, anche connessa alla pandemia da Covid-19 e alla conseguente contrazione dell'economia nazionale. L'apparente assenza di una visione organica ha relegato tale strumento entro una logica temporanea, emergenziale, rendendolo quasi del tutto avulso dal sistema dei rimedi extragiudiziali già inseriti nel *corpus* normativo. Nella sua attuale (terza) versione in poco meno di quattro anni, il Collegio ha assunto i connotati di organismo obbligatorio per l'esecuzione di tutti i contratti pubblici aventi ad oggetto lavori di importo superiore alla soglia di rilevanza comunitaria di cui all'art. 35 del D. Lgs. 50/2016, con potere di pronunciare determinazioni vincolanti. Si è già detto che il D.L. n. 76/2020 trae la sua *raison d'être* dall'emergenza generata da Covid-19, sicché non stupisce che l'istituto del Collegio Consultivo Tecnico da esso introdotto sia configurato come temporaneo, con una scadenza relativamente ravvicinata attualmente fissata al 31 dicembre 2021⁸, salve future proroghe.

A giudicare dalla rapidità tipica della decretazione d'urgenza con la quale, nelle sue molteplici ed estemporanee apparizioni, il Collegio Consultivo Tecnico è stato regolato⁹, l'interesse del Legislatore per la deflazione dei ricorsi giurisdizionali in tema di esecuzione di contratti pubblici sembra volto più ad inseguire la chimera della "semplificazione", che non a fornire alle parti di un istituto compiutamente normato ed in grado di funzionare. Ed infatti, non stupisce che il Consiglio Superiore

⁷ Cfr. G. G. FRANCO, *Il "dispute board" e l'ordinamento arbitrale italiano. Test di compatibilità*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, 2/2019, 539 ss.

⁸ Originariamente, la scadenza era prevista per il 31 luglio 2021, poi estesa al 31 dicembre 2021 in sede di conversione del D.L. n. 76/2020.

⁹ Sembra inevitabile rilevare che, eccezion fatta per l'istituto introdotto dall'art. 207 D. Lgs. 50/2016 e per la sua abrogazione con D. Lgs. 56/2017, il Collegio Consultivo Tecnico è stato reinserito con due decreti-legge (D.L. 32/2019 e D.L. 76/2020), entrambi ispirati, nella logica di necessità e urgenza di cui all'art. 77 Cost, alla esigenza di risolvere annose e, forse, ormai consolidate inefficienze del settore degli appalti pubblici.

dei Lavori Pubblici abbia dovuto formulare a fine 2020 le “Linee Guida per l’omogenea applicazione da parte delle stazioni appaltanti delle funzioni del Collegio Consultivo Tecnico di cui agli articoli 5 e 6 del D. L. 16 luglio 2020 n. 76, convertito in Legge 11 settembre 2020, n. 120”, volte ad intercettare i vantaggi e interpretare la *voluntas legis*, colmando le (molte) lacune, in favore di committenze pubbliche ed operatori¹⁰. Peraltro, anche in questo caso le Linee Guida hanno manifestato i tradizionali limiti della *soft law*, posto che non mancano vistose incongruenze quelle emanate nel medesimo periodo dall’Istituto per l’innovazione e la trasparenza degli appalti e la compatibilità ambientale (ITACA), organo tecnico istituito dalla Conferenza delle Regioni e delle Province Autonome¹¹. Generate con lo stesso intento chiarificatore, le Linee Guida si sono stratificate e in parte inevitabilmente contraddette, con conseguente auspicabilità di un intervento organico del Legislatore per offrire un’univoca e più dettagliata disciplina del Collegio ovvero per determinare i principi cui l’ANAC possa ispirarsi nella produzione di proprie Linee Guida.

2. I disputes boards nell’esperienza internazionale. Le ICC Dispute Board Rules.

In appena quattro anni, il Collegio Consultivo Tecnico ha assunto almeno tre configurazioni¹², le ultime due delle quali sono rimaste sostanzialmente inattuata, tra cui è certamente possibile individuare quale comune denominatore la finalità: scongiurare situazioni di stallo nell’esecuzione di contratti pubblici, ridurre il contenzioso giudiziario e, potenzialmente, prevenire i conflitti. Si tratta, a ben guardare, degli stessi obiettivi che hanno indotto da tempo molti ordinamenti a dare

¹⁰ Le Linee Guida sono accessibili al seguente link:

https://www.lavoripubblici.it/documenti2021/lvpb1/Linee_guida_Collegio_Consultivo_Tecnico.pdf.

Peraltro, non si può non rilevare che le Linee Guida sono state emanate direttamente dal Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici e non già dall’Autorità Nazionale Anticorruzione, per la quale il Consiglio, ai sensi del comma 5 dell’art. 2 del d.P.R. n. 204/2006 recante (“Regolamento di riordino del Consiglio superiore dei lavori pubblici”) «svolge attività di consulenza [...] per le questioni di ordine tecnico e per ogni altra questione per la quale l’Autorità ritiene di richiedere il parere del Consiglio superiore».

¹¹ Realizzate dal Gruppo di Lavoro in materia di contratti pubblici del medesimo Istituto, rubricate “Prime indicazioni per la nomina dei componenti e del presidente del Collegio Consultivo Tecnico, ex art.6 del D.L. 76/2020, convertito nella Legge n.126/20, recante ‘misure urgenti per la semplificazione e l’innovazione digitale’», pubblicate in data 30 dicembre 2020 ed accessibili al seguente link:

<http://www.itaca.org/documenti/news/Prime%20indicazioni%20ITACA%20Collegio%20Consultivo.pdf>

¹² D’ora innanzi, salvo diversamente indicato, con l’espressione Collegio Consultivo Tecnico o “CCT” ci si riferirà all’ultima delle tre configurazioni, risultanti dal

ampio spazio e piena dignità alle tecniche di *alternative dispute resolutions* e, in particolare, ai *dispute boards*, ampiamente diffusi per gestire e risolvere in modo efficiente il contenzioso nell'ambito dell'esecuzione dei contratti internazionali di durata. Ebbene, l'ambizione di trasporre, per il tramite del Collegio Consultivo Tecnico, anche nell'ordinamento pubblico italiano, i *disputes boards*, espressamente citato come elemento di confronto e ispirazione nella relazione di accompagnamento al D.L. n. 76/2020¹³, impone un preliminare e, forse, ingeneroso confronto tra tali istituti, sulla base del quale tracciare una sintetica disamina *de jure condito e condendo*.

Il contratto di appalto, sia pubblico sia privato, è un negozio giuridico complesso, ad esecuzione spesso molto prolungata nel tempo, particolarmente esposto a fattori esogeni in parte imprevedibili in grado di incidere sulla regolare esecuzione o persino sulla stessa realizzabilità dell'opera richiesta. In sostanza, vuoi per ragioni strutturali, vuoi per contingenze fattuali, il contratto di appalto è frequentemente foriero di contenziosi tecnici e giuridici. A ciò, si aggiungano, quantomeno nell'ambito degli appalti di lavori, servizi o forniture in cui il committente sia lo Stato o altro ente pubblico italiano, i ribassi eccessivamente arditi degli operatori desiderosi di restare sul mercato e le croniche inefficienze della Pubblica Amministrazione, tra cui emblematico è il noto fenomeno della c.d. "paura dalla firma" o "burocrazia difensiva"¹⁴. La «miscela esplosiva» che ne deriva costituisce il fertile terreno per contenziosi di varia natura¹⁵, anticipati dall'iscrizione di riserve dell'appaltatore in contabilità, in grado di minare sin dai primi stati di avanzamento dei lavori lo spirito collaborativo tra le parti, tanto più se si considera che gli strumenti tradizionalmente posti per la loro soluzione stragiudiziale non impediscono che, a fine lavori, l'Autorità Giudiziaria sia comunque adita dalle parti, con sostanziale vanificazione di ogni intento deflattivo. In tale quadro poco edificante, invero non dissimile da quello che si riscontra in molti altri ordinamenti europei continentali, la prevenzione del contenzioso, prima che questo possa

¹³ Relazione al D.L. n. 76/2020 operato dal Servizio Studi del Senato e della Camera, *sub art. 6*, spec. 58 ss., accessibile al link <https://documenti.camera.it/Leg18/Dossier/Pdf/D20076.Pdf>.

¹⁴ Cfr., *ex multis*, S. BATTINI – F. DECAROLIS, *L'amministrazione si difende*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, n. 1, 2019, 293 ss. Per un approccio penalistico, anche in relazione alla recente riforma del reato di abuso di ufficio di cui all'art. 323 c.p., v. A. SESSA, *Spazio libero dall'illecito ed efficienza dell'azione amministrativa pubblica: le ragioni della politica criminale*, in *Ind. pen.*, 2020, 501 ss.

¹⁵ Così M. PADOVAN, *In merito al Collegio Consultivo Tecnico, alcuni spunti comparatistici*, in *Riv. trim. appalti*, 2017, 6.

impattare negativamente sulla regolare ultimazione delle opere, sembra essere una scelta obbligata.

Nell'ambito degli strumenti adoperati dalla contrattualistica internazionale, è ormai costante la previsione di collegi di esperti in campo giuridico e tecnico, indipendenti dalle parti e con funzioni differenti a seconda del modello impiegato, noti genericamente come *disputes boards*¹⁶. Essi sono solitamente costituiti al momento della conclusione del contratto da membri di indiscussa professionalità e indipendenza, per assistere le parti, mediante l'emissione di pareri – vincolanti o meno, a seconda dei modelli applicati – durante tutta la fase di esecuzione e collaudo delle opere. Non può sottacersi che, nel contesto internazionale, specie di *common law*, l'affermarsi di simili strumenti è resa agevole dalla diffusione di contratti standardizzati in tema di appalto, predisposti dalla Federazione Internazionale dei Consulenti Tecnici (FIDIC), dalla Camera Internazionale del Commercio (ICC) e dalla *Institution of Civil Engineers* (fautrice dei c.d. *NEC, New Engineering and Constructin Contract*), di sempre più diffusa applicazione. Tra i vantaggi dell'adozione di simili standard, oltre a registrarsi una progressiva riduzione dei costi transattivi e del contenzioso nell'interpretazione del regolamento contrattuale, vi è senz'altro la previsione di comitati variamente denominati e regolati, accomunati dalla funzione preventiva e risolutiva delle controversie. Senza entrare nel merito delle diverse clausole standardizzate internazionalmente utilizzate, basti rilevare che, quantomeno le *Dispute Board Rules* predisposte dall'ICC¹⁷ hanno previsto tre diversi modelli di ADR. Il *Dispute Review Board (DRB)*¹⁸, è un Collegio tecnico-consultivo con funzioni

¹⁶ Cfr., *ex multis*, M. NUNZIATA, *Il dispute board nei contratti di appalto internazionali. Prospettive di prevenzione e di risoluzione delle controversie*, Torino, 2021. Nella letteratura internazionale, v. D. LY – P. GÉLINAS (eds.), *Dispute Prevention and Settlement through Expert Determination and Dispute Boards* (2017); .C. CHERN, *Dispute Boards: Practice and Procedure*, London, 2015; P. H. J. CHAPMAN, *Dispute boards on major infrastructure projects*, in *Management, Procurement and Law*; 2009, 7 ss.; G. OWEN – B. TOTTERDILL, *Dispute Boards: Procedures and Practice*, London, 2007; C. VACCA, *L'arbitrato negli appalti pubblici, privati, internazionali*, Milano, 2007, 232 ss.; N. G. BUNNI, *The FIDIC Forms of Contract*, Oxford, 2005; C. CHERN, *The Law of Construction Disputes*, London, 2010.

¹⁷ Accessibili al link: <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/dispute-boards/rules/>. Per un commento organico, v., su tutti, C. S. Dorgan, *The ICC's new dispute board rules*, in *The International Contruction Law Review*, 22, 2015, 142 ss.

¹⁸ Non previsto, per esempio, dal FIDIC. Esso è regolato dall'art. 4 delle *ICC Disputes Board rules*, ove è previsto che «*DRBs may assist the Parties in avoiding Disagreements, in resolving them through informal assistance, and by issuing Conclusions with respect to Disputes upon formal referral. In formal referrals, DRBs render Recommendations with respect to Disputes. 2. Upon receipt of a Recommendation, the Parties may comply with it voluntarily but are not required to do so. 3. The Parties agree that if no Party has given a written notice to the other Party and the DRB expressing its dissatisfaction with a Recommendation within 30 days of receiving it, the Recommendation shall become final and binding on the Parties. The Parties shall comply without delay with a Recommendation that has become final and binding and agree not to contest that*

di mero supporto delle parti («*assist the Parties in avoiding Disagreements, in resolving them through informal assistance*»), chiamato ad assumere su richiesta pareri e raccomandazioni (genericamente “*Recommendations*”) relative a controversie tra le parti, in grado di divenire vincolanti solo in assenza di contestazioni (“*dissatisfaction*”) delle parti entro un termine perentorio di 30 giorni dalla notifica del parere o raccomandazione. In presenza di contestazioni, la questione è rimessa ad un arbitrato o, ove non previsto contrattualmente, alla autorità giudiziaria competente.

Diversamente, il *Dispute Adjudication Board* (DAB), disciplinato all’art. 5 delle ICC *Dispute Board Rules*¹⁹ svolge funzione di assistenza delle parti nella prevenzione e risoluzione delle controversie che gli siano formalmente demandate, assumendo decisioni immediatamente vincolanti per le parti (“*Decisions*”). Alle parti non è consentito omettere l’applicazione delle decisioni, a meno di manifestare la propria insoddisfazione motivata per iscritto entro il termine perentorio di 30 giorni, per

Recommendation unless such agreement is prohibited by applicable law. 4. If any Party fails to comply with a Recommendation when required to do so pursuant to this Article 4, the other Party may refer the failure itself, without having to refer it to the DRB first, either to arbitration, if the Parties have so agreed, or, if not, to any court of competent jurisdiction. A Party that has failed to comply with a Recommendation, when required to do so, shall not raise any issue as to the merits of the Recommendation as a defence to its failure to comply without delay with the Recommendation. 5. Any Party that is dissatisfied with a Recommendation shall, within 30 days of receiving it, give written notice expressing its dissatisfaction to the other Party and the DRB. Such notice may specify the reasons for the Party’s dissatisfaction, in the absence of which the DRB may request the Party to provide the DRB and the other Party with brief reasons for its dissatisfaction. 6. If any Party gives such a written notice expressing its dissatisfaction with a Recommendation, or if the DRB does not render its Recommendation within the time limit prescribed in Article 22, or if the DRB is disbanded pursuant to the Rules before a Recommendation regarding a Dispute has been rendered, the Dispute in question shall be finally settled by arbitration, if the parties have so agreed, or, if not, by any court of competent jurisdiction».

¹⁹ Ai sensi del quale: «*1. DABs may assist the Parties in avoiding Disagreements, in resolving them through informal assistance, and by issuing Conclusions with respect to Disputes upon formal referral. In formal referrals, DABs render Decisions with respect to Disputes. 2. A Decision is binding on the Parties upon its receipt. The Parties shall comply with it without delay, notwithstanding any expression of dissatisfaction pursuant to this Article 5. 3. The Parties agree that if no Party has given written notice to the other Party and the DAB expressing its dissatisfaction with the Decision within 30 days of receiving it, the Decision shall remain binding and shall become final. The Parties agree not to contest a Decision that has become final, unless such agreement is prohibited by applicable law. 4. If any Party fails to comply with a Decision rendered pursuant to this Article 5, whether it be binding or both final and binding, the other Party may refer the failure itself, without having to refer it to the DAB first, either to arbitration, if the Parties have so agreed, or, if not, to any court of competent jurisdiction. A Party that has failed to comply with a Decision shall not raise any issue as to the merits of the Decision as a defence to its failure to comply without delay with the Decision. 5. Any Party that is dissatisfied with a Decision shall, within 30 days of receiving it, give written notice expressing its dissatisfaction to the other Party and the DAB. Such notice may specify the reasons for the Party’s dissatisfaction, in the absence of which the DAB may request the Party to provide the DAB and the other Party with brief reasons for its dissatisfaction. 6. If any Party gives such written notice expressing its dissatisfaction with a Decision, or if the DAB does not render its Decision within the time limit prescribed in Article 22, or if the DAB is disbanded pursuant to the Rules before a Decision regarding a Dispute has been rendered, the Dispute in question shall be finally settled by arbitration, if the Parties have so agreed, or, if not, by any court of competent jurisdiction. Until the Dispute is finally settled by arbitration or otherwise, or unless the arbitral tribunal or the court decides otherwise, the Parties remain bound to comply with any Decision rendered within the prescribed time limit».*

effetto della quale la decisione non è privata di vincolatività e la risoluzione delle controversie in origine formalmente deferita al DRB è rimessa alla decisione di un arbitrato, se previsto dal contratto, ovvero della competente autorità giudiziaria («*the Dispute in question shall be finally settled by arbitration, if the Parties have so agreed, or, if not, by any court of competent jurisdiction*»). Ne deriva un'immediata vincolatività delle decisioni, la cui efficacia si consolida solo a seguito dell'inutile decorso del termine per presentare obiezioni per rimettere la decisione ad un altro organo. Si parla, in tal senso, di efficacia "*interim binding*", espressione di una logica "*pay now and argue later*", in grado di risolvere le controversie in via provvisoria e scongiurare il più possibile ritardi e stasi della fase esecutiva per quanto riguarda le contese dell'appaltatore, ovvero la sospensione di pagamenti o l'applicazione di penali, per quanto pertiene le contese della committenza.

A livello intermedio è posto, infine, il *Combined Dispute Board* (CDB), previsto unicamente dall'art. 6 delle norme ICC²⁰ e non contemplato dalle norme FIDIC, chiamato a dirimere le questioni attraverso il ricorso a "*Recommendations*" vincolanti solo una volta decorso il termine per le contestazioni (su modello delle DRB) ovvero, solo su richiesta di una delle parti e in assenza di manifesta contrarietà dell'altra, attraverso "*Decisions*", immediatamente vincolanti (su modello del DAB), con analogia impugnabilità della decisione in presenza di "*dissatisfaction*". In ogni caso, l'art. 1 delle norme ICC chiarisce che le *disputes boards*, comunque configurate, «non sono collegi arbitrali e le loro conclusioni non sono applicabili come i lodi arbitrali. Al contrario, le Parti accettano contrattualmente di essere vincolate dalle Conclusioni a certe condizioni specifiche»²¹, esposte nelle restanti norme. Chiamato ad operare in assoluta imparzialità²², il *board* previsto dalle norme ICC è composto generalmente da tre membri, due dei quali nominati congiuntamente da entrambe le parti, con esclusione di membri in rappresentanza dell'una o dell'altra e formale assunzione di un impegno vincolante a evitare e comunicare qualsivoglia conflitto di interesse. Il presidente è, invece, nominato di comune accordo dai due membri precedentemente

²⁰ Il cui primo comma sintetizza così: «*CDBs may assist the Parties in avoiding Disagreements, in resolving them through informal assistance, and by issuing Conclusions with respect to Disputes upon formal referral. In formal referrals, CDBs render Recommendations with respect to Disputes pursuant to Article 4, but may render Decisions pursuant to Article 5, as provided in paragraphs 2 and 3 of this Article 6*».

²¹ Art. 1.2, ICC *Dispute Board Rules*, T.d.A.

²² A tal fine, l'art. 8.1 delle norme ICC chiarisce che «*Every DB Member must be and remain impartial and independent of the Parties*».

nominati. Coerentemente, le spese sostenute per gli emolumenti dei membri e per la loro attività sono equamente divisi tra le parti (art. 28 ss.).

Significativi sono gli ampi e autonomi poteri attribuiti al *board* ai sensi dell'art. 15 delle norme ICC, tra cui si segnala il potere di effettuare sopralluoghi, richiedere documenti alle parti – a fronte di un espresso dovere di cooperazione a carico delle stesse (art. 11) – assumere ogni necessaria decisione cautelare, incaricare esperti e, con una rilevante clausola di chiusura, adottare ogni misura necessaria per il pieno raggiungimento della propria funzione. Così strutturato, il *dispute board* è in grado di assolvere in modo imparziale al proprio “triplice servizio”, come viene definito dalle norme ICC, consistente nel prevenire d’ufficio disaccordi anche solo potenziali tra le parti²³, adottare ogni iniziativa volta a tal fine (art. 16), fornire assistenza tecnica in via informale, d’ufficio o su richiesta, nella risoluzione delle controversie già insorte (art. 17) e infine adottare entro 90 giorni le proprie “conclusioni” in forma di raccomandazione o decisione, secondo le funzioni tipiche del DRB, DAB e CDB, in relazione a quanto espressamente allo stesso deferito dalle parti (art. 18 ss.).

La capacità di *dispute avoidance* o, quantomeno, *dispute minimizer*, escludendo o limitando il ricorso ad arbitrati o giudizi ordinari, dimostrata dai *boards*, comunque strutturati o denominati, è indiscussa, ed è stata recentemente stimata tra il 72 e l’86% dalla *Dispute Resolution Board Foundation*²⁴. Il successo di tale strumento è senz’altro da attribuirsi all’approccio fortemente *business* e *project oriented* dei suoi membri, in quanto imparziali e interessati unicamente alla realizzazione ottimale dell’opera, alla riservatezza e velocità della decisione, alla grande flessibilità dei modelli a disposizione delle parti, in grado di adattarsi a ciascuna realtà, oltre alla natura a tratti anfibia del *board*, in grado di intercettare potenziali controversie, per fare dapprima da mediatore (“*proactive role*”) e, poi, da organo decisorio per dirimere le controversie che non è stato possibile prevenire (“*responsive role*”). Visti i vantaggi, non stupisce che negli ordinamenti di *common law* il loro impiego sia diffuso a tutte le commesse, pubbliche e private, anche in forza della loro lunga tradizione ed esperienza in tema applicazione delle tecniche ADR alle controversie relative alle pubbliche amministrazioni.

²³ Si tratta della c.d. “*Informal assistance with disagreement*”, su cui v. C. VACCÀ, *L'arbitrato negli appalti pubblici, privati, internazionali*, cit., 236 s.

²⁴ Cfr. M. NUNZIATA, *Il dispute board nei contratti di appalto internazionali*, cit., 48.

3. *Segue*: il difficile innesto nell'ordinamento italiano di forme di arbitrato irrituale.

Al netto dell'efficacia deflattiva dimostrata dai *disputes boards* nella quasi totale degiurisdizionalizzazione del contenzioso civile in materia di appalti, il loro trapianto nell'ordinamento italiano e, più in generale, negli ordinamenti di *civil law* può non risultare sempre agevole e immediato. Il diverso e, a tratti, diametralmente opposto approccio agli strumenti di *alternative dispute resolutions* dei diversi formanti (legislativo, giurisprudenziale e dottrinario) dell'ordinamento italiano, saldamente ancorato al diritto civile e al ricorso all'autorità giudiziaria, ostacola culturalmente il ricorso a tali strumenti non solo nella regolazione delle controversie connesse all'esercizio dell'attività amministrativa, ma anche di quelle connesse all'esercizio di diritti e potestà riconducibili al diritto privato, quali quelle conseguenti all'esecuzione di un contratto pubblico già regolarmente aggiudicato.

Per certi versi, il risultato del pur apprezzabile tentativo di aderire ai meccanismi internazionalmente previsti per la risoluzione delle controversie insorte nell'esecuzione di appalti internazionali per la disciplina del Collegio Consultivo Tecnico è testimone di tale difficoltà. Prima di entrare nel merito di quanto previsto dagli artt. 5 e 6 del D.L. n. 76/2020, giova rammentare lo «sconcertante andirivieni»²⁵ che ha riguardato, sin dalla prima sua previsione nella L. 2248/1865, allegato F), lo strumento dell'arbitrato nel settore degli appalti pubblici²⁶. Ora imposto, ora vietato, l'arbitrato nel settore delle opere pubbliche ha quasi sempre trovato un'accoglienza diffusamente diffidente, anche in ragione dei non negabili rischi di «abusi e distorsioni nell'applicazione pratica dell'istituto»²⁷. Ciononostante, come noto, tra gli strumenti previsti dal Codice dei contratti per la risoluzione delle controversie figura senz'altro l'istituto dell'arbitrato, disciplinato agli artt. 209-210 D. Lgs. n. 50/2016, in forza del quale «le controversie su diritti soggettivi, derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi, forniture, concorsi di progettazione e di idee, comprese quelle conseguenti al mancato raggiungimento dell'accordo bonario di cui agli articoli 205 e 206 possono essere deferite ad arbitri», i quali operano,

²⁵ Così E. FAZZALARI, *Una vicenda singolare: l'arbitrato in materia di opere pubbliche*, in *Riv. arb.*, 1998, 816.

²⁶ Per un quadro complessivo, v., *ex multis*, E. ODORISIO, *Arbitrato rituale e "lavori pubblici"*, Milano, 2011.

²⁷ G. VERDE, *Arbitrato e pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 1996, 216. Cfr. anche ID, *Arbitrato e pubblica amministrazione*, in *Riv. Arb.*, 2001, 414 ss.

coerentemente con quanto previsto dall'art. 12 c.p.a.²⁸, facendo applicazione delle norme previste in materia di arbitrato rituale di diritto. In ogni caso, perché possa procedersi con la devoluzione di questioni a collegi arbitrali nell'ambito di contratti pubblici, occorre che tale possibilità sia non solo prevista dal bando, ma anche previamente autorizzata dall'Amministrazione stessa, dovendosi, in caso contrario, ritenere nulla la clausola compromissoria ai sensi dell'art. 1, comma 19, L. n. 190/2012. L'arbitrato così delineato presenta, quindi, una "doppia specialità"²⁹, tanto in relazione alla disciplina prevista dal codice di rito civile, quanto in relazione alla disciplina prevista dall'art. 12 c.p.a. per gli arbitrati cui si sottoponga la Pubblica Amministrazione³⁰, in parte da imputarsi anche alla necessità di consentire a quest'ultima di valutare attentamente di caso in caso quando prevedere la clausola compromissoria nei contratti pubblici, in base ad una oculata ponderazione dei benefici, con i costi dell'arbitrato, anche in termini di rischi corruttivi³¹.

Più in generale, la compromettibilità in arbitri di controversie riguardanti diritti soggettivi devoluti alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo è generalmente ammessa, a patto che l'arbitrato si svolga nelle forme dell'arbitrato rituale, in forza della chiara indicazione data dall'art. 12 c.p.a. Come è stato autorevolmente rilevato, il dettato dell'art. 12 c.p.a., pur non essendo «tra i più felici», «intenderebbe chiarire [...] che deve trattarsi necessariamente di arbitrato "rituale" e di diritto, senza alcuno spazio per l'*arbitrato irrituale* e per il parametro di giudizio dell'*equità*». L'esclusione dell'arbitrato irrituale può dirsi consolidato nella giurisprudenza della Suprema Corte, che sul tema si è in più occasioni chiaramente

²⁸ Ai sensi del quale: «Le controversie concernenti diritti soggettivi devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo possono essere risolte mediante arbitrato rituale di diritto ai sensi degli articoli 806 e seguenti del codice di procedura civile».

²⁹ V. *amplius* G. MISSENERI, *L'esclusione dell'arbitrato in materia di appalti pubblici dal codice del processo amministrativo*, in *Urb. e appalti*, 2012, 398 ss.

³⁰ Resta inteso che la devoluzione all'arbitrato risultante dagli artt. 209-210 D. Lgs. 50/2016 è limitata alle sole questioni riguardanti diritti soggettivi insorte nell'ambito e a seguito della fase di esecuzione del contratto, mentre non tale istituto non trova applicazione, in favore dell'arbitrato di cui all'art. 12 c.p.a., per tutte le questioni non riguardanti o non derivanti dalla fase di esecuzione, quali, per esempio, i conflitti in tema di responsabilità precontrattuale, salva, in ogni caso, l'impossibilità di far ricorso all'arbitrato per la tutela di interessi legittimi, devoluti alla giurisdizione del Giudice Amministrativo. Per una tesi contraria, estensiva della possibilità di far ricorso all'arbitrato anche in materia di interessi legittimi, v. F. LUBRANO, *Arbitrato e pubblica amministrazione*, in *Studi Punzi*, Torino, 2008, II, 492.81 e F. G. COCA, *La capacità della pubblica Amministrazione di compromettere in arbitri*, in AA. VV., *Arbitrato e pubblica amministrazione*, a cura di G. ALPA, Torino, 1999, spec. 106.

³¹ V. sul punto Ord. Corte Cost., n. 58 del 20 febbraio 2019, dep. 20 marzo 2019, la quale ha ritenuto non manifestamente irragionevole «la scelta discrezionale del Legislatore di subordinare a una prevendita e motivata autorizzazione amministrativa il deferimento ad arbitri delle controversie derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, concorsi di progettazione e di idee».

pronunciata a Sezioni Unite³². Ciò, indipendentemente dalla formulazione dell'art. 12 c.p.a. e dalla necessità o meno di far applicazione del principio dell'*ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*, giacché «é l'arbitrato irrituale in sé a non essere compatibile con la natura degli interessi rappresentati dalla pubblica amministrazione»³³. Molte le ragioni prese in rassegna dalla giurisprudenza amministrativa assolutamente prevalente: si pensi alle scarse garanzie offerte per la parte pubblica dall'arbitrato libero di cui all'art. 808-ter c.p.c., nell'ambito del quale il rapporto controverso è deferito al Collegio arbitrale in forza unicamente di una dichiarazione di volontà delle parti. In questi termini, la base giuridica del lodo è di tipo esclusivamente negoziale, talché l'Amministrazione verrebbe «a trovarsi vincolata al rispetto di una decisione definita sulla base di criteri che non necessariamente sono stati preventivamente definiti, e ciò contrasterebbe con i principi che regolano l'agire della P.A., in forza dei quali non è consentito delegare a terzi estranei la formazione della volontà negoziale della P.A.»³⁴. Ne deriva una sostanziale sottrazione degli arbitri dal controllo tipicamente previsto l'esercizio del potere amministrativo, pur potendo, con la loro decisione, vincolare quest'ultimo.

Peraltro, la devoluzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo denota un'indefettibilità dell'esercizio del potere pubblico in specifiche materie, che mal si concilia con la mancanza di efficaci garanzie trasparenza, imparzialità e di pubblicità nella scelta degli arbitri e nell'adozione delle relative determinazioni³⁵. Né

³² V. Cass. Civ., SS.UU. sentenze n. 8987 del 16 aprile 2009, n. 9952 del 29 aprile 2009, n. 28043 del 25 novembre 2008, n. 25508 del 30 novembre 2006.

³³ T.A.R. Piemonte, Sez. I, 23 maggio 2013, n. 659.

³⁴ M. Lipari, *L'arbitrato e la giurisdizione amministrativa: certezze acquisite e questioni aperte*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2019. V. anche la citata T.A.R. Piemonte, Sez. I, 23 maggio 2013, n. 659, ove si legge: «è stato in particolare osservato che la ragione per cui non sarebbe ammissibile il ricorso all'arbitrato irrituale da parte di una pubblica amministrazione riposerebbe sulla constatazione che il potere decisionale devoluto all'arbitro irrituale nonché la stessa vincolatività del lodo avrebbe in tal caso una base unicamente negoziale: l'amministrazione verrebbe quindi a trovarsi vincolata al rispetto di una decisione definita sulla base di criteri che non necessariamente sono stati preventivamente definiti, e ciò contrasterebbe con i principi che regolano l'agire della pubblica amministrazione, in forza dei quali non è consentito delegare a terzi estranei la formazione della volontà negoziale della pubblica amministrazione. Tale posizione, da taluni messa in dubbio all'indomani dalla entrata in vigore della L. 241/90 e della acclarata possibilità per la pubblica amministrazione di agire *jure privatorum* e su un piano paritetico rispetto ai privati, è stata però mantenuta ferma (si veda al proposito Cass. Civ. SS.UU. n. 8987/09 cit.) sul presupposto che la natura pubblica degli interessi tutelati dalla pubblica amministrazione osta a che essa possa equipararsi *in toto* ad un privato ma, soprattutto, osta a che la cura di tali interessi possa essere affidata a meccanismi non preventivamente definiti ed a soggetti terzi individuati in mancanza di qualsiasi procedimento predeterminato e senza adeguate garanzie di trasparenza e pubblicità; né può trascurarsi il silenzio mantenuto dal legislatore sulla possibilità per le pubbliche amministrazioni di ricorrere all'arbitrato irrituale».

³⁵ Cfr., *ex multis*, T.A.R. Molise, Sez. I, 16 dicembre 2010, n. 1552.

la possibilità di ricorrere ad arbitrati liberi è stata ammessa dalla giurisprudenza nelle vertenze attinenti diritti soggetti devoluti alla giurisdizione ordinaria, in cui la Pubblica Amministrazione operi sostanzialmente *jure privatorum*, senza che venga in diretto rilievo l'esercizio del potere pubblico. Nonostante persuasive tesi dottrinarie possibiliste³⁶, l'orientamento prevalente della giurisprudenza di legittimità e di merito amministrativo continua a negare *tout court* la compromettibilità in arbitrati irrituali di qualsivoglia controversia involgente l'Amministrazione³⁷. Valorizzando il fatto che la «P.A., nel suo operare negoziale, si trovi su un piano paritetico a quello dei privati [...] non significa che vi sia una piena ed assoluta equiparazione della sua posizione a quella del privato, in quanto l'Amministrazione è comunque portatrice di un interesse pubblico [che], anche se incanalato nell'alveo di strumenti di tipo privatistico, è destinato a conformare il comportamento del contraente pubblico secondo regole e principi - particolarmente in tema di pubblicità e di trasparenza - che per il privato non hanno invece ragion d'essere», la Cassazione ha escluso che il ricorso all'arbitrato irrituale possa dirsi compatibile con tali prerogative indefettibili dell'Amministrazione³⁸. Il ricorso a tali forme libere di arbitrato sembra quindi inevitabilmente precluso, almeno per la giurisprudenza maggioritaria, per dirimere vertenze proprie della fase di esecuzione di appalti pubblici.

In tale rigido contesto, l'apparizione intermittente del Collegio ha, per certi versi, costituito un elemento di novità. Non v'è dubbio che, dalla lettura dall'art. 6 comma 3 D.L. n. 76/2020, l'impianto del Collegio sia di tipo sostanzialmente arbitrale (lodo-contratto). Ciò che massimamente sorprende è che la norma abbia previsto che le sue determinazioni abbiano «la natura del lodo contrattuale previsto dall'articolo 808-ter del codice di procedura civile, salva diversa e motivata volontà espressamente manifestata in forma scritta dalle parti stesse». Non può certamente passare inosservata l'apertura all'arbitrato irrituale nelle questioni inerenti la Pubblica Amministrazione, quantomeno nel settore degli appalti pubblici. In discontinuità

³⁶ Si rinvia sul tema a M. LIPARI, *L'arbitrato e la giurisdizione amministrativa*, cit., per il quale «si potrebbe ritenere che non sussista un divieto assoluto, ma solo un limite di carattere procedimentale: l'amministrazione dovrebbe adeguatamente motivare le ragioni giustificative del ricorso all'arbitrato irrituale, in luogo del contenzioso giurisdizionale o dell'arbitrato rituale».

³⁷ V. Cass., Sez. I, 19 settembre 2013, n. 21468. Similmente, nella giurisprudenza amministrativa, T.A.R. Molise, Sez. I, 16 dicembre 2010, n. 1552.

³⁸ Cass., Sez. II, 7 maggio 2013, n. 10599, la quale aggiunge che, «nel caso in cui alla P.A. fosse consentito il ricorso all'arbitrato irrituale, il componimento della vertenza verrebbe ad essere affidato a soggetti (gli arbitri irrituali) individuati, nell'ambito di una pur legittima logica negoziale, in difetto di qualsiasi procedimento legalmente determinato e, perciò, senza adeguate garanzie di trasparenza e pubblicità della scelta».

rispetto al costante orientamento in tema di divieto di arbitrato irrituale per la pubblica amministrazione, tanto nelle questioni devolute al giudice amministrativo, quanto nelle questioni devolute al giudice ordinario, una previsione come quella contenuta all'art. 6 comma 3 desta qualche perplessità. Così come attualmente disciplinato, e come si dirà, il Collegio non sembra in grado di neutralizzare i rischi sottesi all'arbitrato irrituale, sempre richiamati dalla giurisprudenza. Del pari, la previsione del D.L. "Semplificazioni" non sembra dotata di un respiro sufficientemente ampio per ritenere superato il consolidato divieto di arbitrato irrituale per l'Amministrazione. Al più, può ritenersi che la qualificazione del Collegio Consultivo Tecnico quale organo arbitrale irrituale, con l'attribuzione al medesimo una peculiare disciplina di funzionamento, porti ad attribuire ad esso una "triplice specialità", riscontrabile rispetto l'arbitrato di cui all'art. 12 c.p.a., l'arbitrato di cui agli artt. 209-210 D. Lgs. n. 50/2016 e l'arbitrato di cui agli artt. 806 ss. c.p.c.

Altrettanto sorprendente è l'obbligatorietà del Collegio Consultivo Tecnico, ancorché operante fino al 31 dicembre 2021, e limitato ai soli contratti c.d. "sopra-soglia". Tale obbligatorietà non sembra conciliarsi con il divieto di arbitrato obbligatorio, costantemente riconosciuto dalla giurisprudenza costituzionale e dalla dottrina prevalente, giacché, pur essendo ammesso in linea generale dallo stesso art. 12 c.p.a. (e dall'art. 209 D. Lgs. n. 50/2016 per il settore dei lavori pubblici) il deferimento ad arbitri di cause inerenti diritti soggettivi della Pubblica Amministrazione, ciò deve essere espressione di una libera e comune volontà delle parti e non di una imposizione di Legge³⁹. Peraltro, a tale obiezione può risponderci solo in parte richiamando la facoltà, riconosciuta alle parti dal terzo comma dell'art. 6, di manifestare espressamente e per iscritto una "diversa e motivata" volontà di non attribuire alle determinazioni del Collegio valenza di lodo-contratto. Alle parti è, quindi, attribuito il potere di privare di vincolatività le decisioni collegiali, relegandole a mere proposte o *dicta* arbitrali, con forte compromissione dell'obiettivo deflattivo⁴⁰. Se tale opzione sembra trasformare l'obbligatorietà dell'arbitrato irrituale in una soluzione prevista *by default*, ma derogabile dalle parti, con salvezza della

³⁹ Cfr. F. CAMPIONE, *Il c.d. decreto semplificazioni e la figura del Collegio Consultivo Tecnico: fugaci spunti critici*, in *Judicium*, 2020, 4 s.

⁴⁰ Del pari, dal tenore della norma, non sembra potersi escludere che le parti intendano attribuire al Collegio il potere di pronunciarsi in via rituale, secondo il modello dell'arbitrato rituale di diritto, con adozione di un lodo-sentenza, impugnabile nelle forme previste dagli artt. 806 ss. c.p.c. Per un cenno ai rapporti tra Collegio Consultivo Tecnico e strumenti di risoluzione stragiudiziale dei conflitti già previsti dal D. Lgs. 50/2016, v. *infra* §6.

costituzionalità della previsione, non può certo negarsi che il Legislatore «abbia voluto predisporre un vero e proprio meccanismo eteronomo / arbitrale – ancorché, per così dire, speciale – di composizione delle liti»⁴¹, afferendo al modello dell'arbitrato irrituale. Nondimeno, il rimedio rappresentato dal Collegio presenta già di per sé una natura meramente contrattuale. Anzitutto, al Collegio Consultivo Tecnico manca l'*imperium* tipico di un collegio arbitrale e, secondariamente, alle sue decisioni manca, anche quando le parti abbiano voluto attribuire funzione vincolante, dell'idoneità ad acquisire valore di *res iudicata*. Ed infatti, nel caso di mancato rispetto di quanto statuito dal Collegio, non è configurabile alcuna diretta azione in sede esecutiva, potendosi unicamente configurare un'ordinaria azione di esatto adempimento, in cui non è possibile per il giudice del merito esimersi del tutto da una valutazione complessiva del rapporto contrattuale, con parziale sacrificio dell'autorità – si è detto meramente negoziale – della statuizione del Collegio.

Già *prima facie*, quindi, il Collegio, così come disciplinato dal D.L. n. 76/2020 presenta peculiarità di difficile raccordo con gli istituti e i principi ormai costanti, quantomeno nei formanti dottrinari e giurisprudenziali, in materia di compromettibilità in arbitri irrituali di controversie riguardanti la Pubblica Amministrazione. Sicché, a contesto immutato, non stupisce che l'innesto del Collegio Consultivo Tecnico si sia rivelato piuttosto rigido e "innaturale".

4. Cenni alla disciplina del Collegio. Ambito di applicazione, termini di costituzione e composizione.

Sembra ora utile prendere in celere rassegna il contenuto dell'art. 6 del D.L. n. 76/2020 in tema di Collegio Consultivo Tecnico.

In primo luogo, nell'istituire il Collegio, il D.L. n. 76/2020 si è limitato a disporre la costituzione obbligatoria, fino al 31 dicembre 2021, nell'ambito di contratti di lavori, anche già sottoscritti o in corso di esecuzione, diretti alla realizzazione di "opere" pubbliche di importo pari o superiore alle soglie di cui all'art. 35 del D. Lgs. 50/2016 (art. 6 comma 1). Da una lettura della norma in combinato disposto con la nozione di "opera" di cui all'art. 3, comma 1, lett. pp) del D. Lgs 50/16, risulta chiara la limitazione ai soli appalti di lavori superiori alle soglie comunitarie, con esclusione

⁴¹ F. CAMPIONE, *Il c.d. decreto semplificazioni e la figura del Collegio Consultivo Tecnico: fugaci spunti critici*, cit.

dei contratti di appalto di servizi e forniture. A ciò, si aggiunge la facoltà riconosciuta alle parti di provvedere alla costituzione del Collegio anche nel caso di contratti di appalto diversi, quali i contratti sottosoglia. Come prevedibile, è presto sorto il dubbio in merito all'obbligatorietà della sua costituzione nell'ambito di contratti di appalto diversi (art. 6 comma 4).

Con riferimento all'ambito di applicazione, alla cursoria disciplina del "Semplificazioni" si sono aggiunte, come detto, le Linee Guida emanate a fine 2020 dal Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici e dall'Istituto per l'innovazione e la trasparenza degli appalti e la compatibilità ambientale, le quali sono pervenute a conclusioni diverse. Mentre le Linee Guida emanate dal Consiglio Superiore concludono per l'applicabilità ad ogni contratto di appalto di lavori superiore alle soglie comunitarie anche se affidati in vigore del D. Lgs. n. 163/2006⁴², le Linee Guida emanate da ITACA concludono per la non applicabilità dell'obbligatorietà del Collegio per i contratti non disciplinati dal D. Lgs. n. 50/2016⁴³. Al netto di tale incertezza *ratione temporis*, rimane da chiarire se il Collegio debba essere obbligatoriamente costituito anche in relazione ad accordi quadro di lavori – e la soluzione sembrerebbe affermativa – e ai contratti di appalto "misto" lavori-servizi-forniture, in relazione ai quali sembra potersi suggerire di avere riguardo, ai fini della verifica del raggiungimento delle soglie di cui all'art. 35 D. Lgs. 50/2016, alla sola componente di servizi. Così come rimane da chiarire se debba provvedersi alla costituzione laddove un contratto originariamente sottosoglia, superi quest'ultima per effetto di varianti contrattuali, quesito a cui le Linee Guida del Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici danno risposta affermativa⁴⁴.

Con riferimento al momento della costituzione del Collegio (art. 6, comma 1 D.L. n. 76/2020), è previsto che essa debba avvenire prima dell'inizio dell'esecuzione e comunque non oltre 10 giorni da tale data. Per i contratti già in corso di esecuzione

⁴² In particolare, al punto 1.3.1, si legge che «La costituzione del CCT è obbligatoria – fino al 31 dicembre 2021 – nel caso di contratti pubblici che prevedono la realizzazione di lavori di importo superiore alla soglia comunitaria, anche se già in corso e se affidati sulla base di norme previgenti rispetto al D. Lgs. 50/2016».

⁴³ «Dalla lettura sistematica dell'intero testo normativo in esame, sembrerebbe quindi emergere che la nomina del Collegio Consultivo Tecnico sia applicabile ai soli contratti affidati in vigore del D. Lgs. 50/16 in quanto il richiamo alle soglie di cui all'art 35 del D. Lgs 50/16 prima, e le modifiche all'art 107 del codice poi, richiamate nel D.L. semplificazioni fanno riferimento a due indicazioni normative puntuali, presenti nel nuovo codice dei contratti pubblici (D. Lgs. 50/2016) e non disciplinate nella precedente legislazione in materia di appalti pubblici (D. Lgs 163/2006)» (pag. 3).

⁴⁴ La risposta è indirettamente contenuta al punto 2.1.2 delle "Linee Guida per l'omogenea applicazione da parte delle stazioni appaltanti delle funzioni del Collegio Consultivo Tecnico di cui agli articoli 5 e 6 del D. L. 16 luglio 2020 n. 76, convertito in Legge 11 settembre 2020, n. 120.

alla data di entrata in vigore del decreto, è assegnato un termine per la costituzione del Collegio pari a 30 giorni dalla medesima data. Il comma 6 prevede, inoltre, il suo scioglimento al termine di esecuzione del contratto ovvero, in ogni momento, dopo il 31 dicembre 2021. Come previsto dal comma 2, il Collegio «si intende costituito al momento della designazione del terzo o del quinto componente».

Con riferimento alla composizione, il comma 2 precisa che il Collegio può essere composto, a scelta della Stazione Appaltante, da tre o cinque membri, dotati di esperienza e qualificazione professionale adeguata alla tipologia dell'opera, tra ingegneri, architetti, giuristi ed economisti con comprovata esperienza., scelti dalle parti di comune accordo, ovvero – e in questo si registra una significativa differenza con i *dispute boards* – nominati uno (o due) per ciascuna parte, con individuazione congiunta da parte dei membri individuati dalle parti di un presidente terzo. Le Linee Guida, e in particolare quelle del Consiglio Superiore, hanno ampiamente sviluppato i requisiti professionali e di esperienza già richiesti dall'art. 6 comma 2 D.L. n. 76/2020 per i membri del Collegio⁴⁵. Ciò che, invece, non sembra preso in debita considerazione è la necessità di definire criteri oggettivi e concorrenziali per condurre alla scelta dei membri, per lo meno di quelli di nomina pubblica. In particolare, la formulazione della norma non sembra escludere che la nomina possa avvenire mediante conferimento diretto dell'incarico professionale (anche in ragione degli importi verosimilmente riconosciuti), a ulteriore detrimento non solo della concorrenza, ma anche – e soprattutto – della imparzialità, che sembra invece essere uno degli elementi di forza del *dispute board*. La terzietà è ulteriormente compromessa dalla previsione del comma secondo in forza della quale «nel caso in cui le parti non trovino un accordo sulla nomina del presidente entro il termine indicato al comma 1, questo è designato entro i successivi cinque giorni dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti per le opere di interesse nazionale, dalle regioni, dalle province autonome di Trento e Bolzano o dalle città metropolitane per le opere di rispettivo interesse». Come è stato notato⁴⁶, appare piuttosto singolare che la nomina di una figura terza (potenzialmente l'unica, giusta la possibilità per le parti di nominare il proprio membro in alternativa alla nomina congiunta, che non garantisce comunque imparzialità) sia rimessa al Ministero delle infrastrutture o agli enti locali, cui molte committenze potrebbero gerarchicamente riferirsi, e non già al

⁴⁵ *Ibidem*, punto 2.4. Per le Linee Guida ITACA, v. pp. 7 ss.

⁴⁶ V., per esempio, il commento di S. VALAGUZZA, in <https://www.studiovalaguzza.it/Collegio-consultivo-tecnico-rischia-il-flop-urgenza-restyling-in-sede-di-conversione/>.

Presidente del tribunale o della Camera arbitrale competente per territorio. Una simile previsione sembra minare ulteriormente la già scarsa imparzialità e indipendenza del Collegio, rendendolo ontologicamente diverso in via definitiva dai *dispute board*⁴⁷.

5. La funzione anfibia del Collegio "Consultivo" Tecnico. Alcuni spunti critici.

Così composto e costituito, al Collegio è espressamente affidato il compito di prestare «assistenza per la rapida risoluzione delle controversie o delle dispute tecniche di ogni natura suscettibili di insorgere nel corso dell'esecuzione del contratto stesso» (art. 6, comma 1 D.L. n. 76/2020), oltre ai compiti previsti dall'art. 5, su cui si tornerà *infra*. Concentrando l'attenzione sulla funzione risolutiva dei conflitti, desta qualche perplessità la procedura scarsamente garantistica tracciata dal Legislatore per consentire al Collegio di pervenire alla risoluzione delle controversie mediante l'emissione di un lodo-contratto ai sensi dell'art. 808-ter c.p.c. Nel già descritto contesto di scarse garanzie offerte all'amministrazione dalla devoluzione di questioni ad un Collegio chiamato ad esperire, di fatto, un arbitrato irrituale⁴⁸, non può certo contestarsi che l'arbitrato, ancorché libero, debba assicurare il rispetto del principio costituzionale del contraddittorio. Ed infatti, tra le limitate possibilità di impugnazione dinnanzi al giudice civile del lodo-contratto, vi è proprio la mancata osservanza del principio del contraddittorio (art. 808-ter, comma 3 c.p.c.). Sembra, quindi, infelice la formulazione dell'art. 6, comma 3 D.L. n. 76/2006 nella parte in cui prevede che il Collegio «può procedere ad audizioni informali delle parti per favorire, nella risoluzione delle controversie o delle dispute tecniche eventualmente insorte, la scelta della migliore soluzione per la celere esecuzione dell'opera a regola d'arte», aggiungendo che il «Collegio può altresì convocare le parti per consentire l'esposizione in contraddittorio delle rispettive ragioni». Vista l'applicabilità dell'art. 808-ter c.p.c. non v'è invero possibilità alcuna che il Collegio assuma la propria decisione senza assicurare il pieno rispetto del contraddittorio⁴⁹, dovendosi escludere

⁴⁷ Composti da membri di indiscussa professionalità e imparzialità rispetto alle parti, quest'ultima non limitata (peraltro con scarsa efficacia) al solo presidente come accade nel caso del Collegio Consultivo Tecnico. V. *supra*, §2.

⁴⁸ V. *supra*, §3.

⁴⁹ In questi termini, anche i punti 4.2 e 4.3 delle Linee Guida del Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici.

qualsivoglia decisione *per tabulas*, pena l'agevole annullamento del lodo e un ulteriore rischio di vanificazione dell'intento deflattivo. Sembra evidente che la formulazione attuale del primo e del secondo periodo del terzo comma dell'art. 6 non tenga in debita considerazione la natura che sempre il medesimo comma attribuisce espressamente alla decisione del Collegio. Deve ritenersi, infatti, che il richiamo all'art. 808-ter c.p.c. non valga solo a qualificare la determinazione quale lodo e il Collegio quale arbitrato irrituale, ma anche ad estendere la disciplina ivi prescritta in termini di impugnazione. Sicché, eccezion fatta per le ipotesi di Collegio privato per volontà delle parti del potere di pronunciare lodi contrattualmente vincolanti, la pronuncia deve ritenersi impugnabile secondo le regole previste dall'art. 808-ter c.p.c., dinnanzi al giudice di primo grado secondo le ordinarie regole di riparto. Esso potrà, quindi, disporre l'annullamento nelle ipotesi in cui la convenzione sia invalida, gli arbitri abbiano pronunciato su conclusioni che esorbitano dai propri limiti e la relativa eccezione è stata sollevata nel procedimento arbitrale; gli arbitri non siano stati nominati con le forme e nei modi stabiliti dal D.L. n. 76/2020; il lodo sia stato pronunciato da chi non poteva essere nominato arbitro a norma del D.L. e dell'articolo 812 c.p.c.; gli arbitri non si siano attenuti alle regole imposte dalla Legge e dalle parti come condizione di validità del lodo; non sia stato osservato nel procedimento arbitrale il principio del contraddittorio.

Il rischio del mancato rispetto del contraddittorio induce, in ogni caso, ad un'altra riflessione. Il termine di 15 giorni dalla formulazione del quesito, concesso al Collegio per assumere la propria decisione e rafforzato da una delle più efficaci sanzioni giuridiche (*i.e.* la decurtazione dell'onorario dei membri in proporzione ai giorni di ritardo⁵⁰) appare particolarmente compresso e potenzialmente limitante. La motivazione, che deve evidentemente assistere la determinazione, deve essere depositata contestualmente e comunque non oltre i successivi 15 giorni. Nei casi in cui sia richiesta una particolare istruttoria, la determinazione può essere assunta entro 20 gironi dal deferimento del quesito. Orbene, posto che il contraddittorio non può dirsi soddisfatto dal mero deposito del quesito (che, peraltro, può essere presentato anche solo da una delle parti), né dall'obbligo di depositare tutta la documentazione contrattuale all'atto della costituzione. Il termine ristretto tradisce, nemmeno troppo velatamente, l'intento di accelerare il proverbiale ritardo

⁵⁰ Sul punto il comma 7 dell'art. 6 dispone che «In caso di ritardo nell'assunzione delle determinazioni è prevista una decurtazione del compenso stabilito in base al primo periodo da un decimo a un terzo, per ogni ritardo», senza apparente possibilità di deroga, specie se si considera che si tratta, almeno per metà, di risorse pubbliche.

nell'assunzione di determinazioni da parte delle Committenze pubbliche e della giustizia ordinaria, ma mal si confà alla possibile – e verosimile – complessità dei quesiti posti dalle parti. Se si considera che dalle determine del Collegio potrebbero derivare maggiori oneri a carico della Committenza, una maggiore flessibilità nella durata del procedimento avrebbe escluso il rischio di decisioni affrettate.

Peraltro, una volta espletata una procedura di confronto tra le parti, come si è detto solo apparentemente facoltativa, al Collegio è richiesto di assumere la propria determinazione a maggioranza. Criterio decisorio certamente snello, ma anch'esso poco adatto alla natura dei quesiti che normalmente emergono nel corso dell'esecuzione dei lavori, ai quali ben difficilmente può risponderci in termini binari (adatti ad un voto a maggioranza ad appena 15 giorni dall'apertura del giudizio). Basti pensare alle ipotesi di richieste di maggiori riconoscimenti economici o di proroghe contrattuali, in cui il voto a maggioranza appare di difficile applicazione. In ogni caso, la scelta della possibilità di voto a maggioranza, se da un lato è obbligata per evitare stalli, dall'altro, unitamente alla scelta di consentire membri di parte, in quanto nominati direttamente da committente e appaltatore, rischia di trasformare il Collegio in un tavolo di concertazione tra le parti, sotto la supervisione di un presidente terzo, il cui voto assume rilievo determinante. Qualcosa certamente di molto diverso dall'autorevolezza di un *dispute board* indipendente di cui si è dato conto *supra*⁵¹.

Di assoluto rilievo è anche la previsione di cui al comma 3 dell'art. 6, la quale valorizza il mancato rispetto della determinazione del Collegio quale presunzione *iuris tantum* di inadempimento *grave* ai doveri contrattuali. La qualificazione *ex lege* dell'inadempimento come "grave" consente di accedere agli strumenti messi a disposizione delle parti, specie della parte pubblica, dal codice degli appalti, tra cui la risoluzione *ex art. 108 comma 3 D. Lgs. 50/2016*⁵². Andrebbe, invero, chiarito che, qualora le parti non intendano far applicazione dell'art. 808-ter c.p.c., il mancato

⁵¹ V. §2.

⁵² Ove è previsto che «il direttore dei lavori o il responsabile dell'esecuzione del contratto, se nominato, quando accerta un grave inadempimento alle obbligazioni contrattuali da parte dell'appaltatore, tale da comprometterne la buona riuscita delle prestazioni, invia al responsabile del procedimento una relazione particolareggiata, corredata dei documenti necessari, indicando la stima dei lavori eseguiti regolarmente, il cui importo può essere riconosciuto all'appaltatore. Egli formula, altresì, la contestazione degli addebiti all'appaltatore, assegnando un termine non inferiore a quindici giorni per la presentazione delle proprie controdeduzioni al responsabile del procedimento. Acquisite e valutate negativamente le predette controdeduzioni, ovvero scaduto il termine senza che l'appaltatore abbia risposto, la stazione appaltante su proposta del responsabile del procedimento dichiara risolto il contratto». Deve ritenersi che la gravità espressa nel comma 3 dell'art. 6 possa essere valorizzata anche a questi fini.

rispetto del parere del Collegio non determini tale presunzione, in quanto, diversamente opinando, si finirebbe per attribuire efficacia sostanzialmente vincolante ad ogni determina del Collegio, ritrasformando l'art. 6 in un obbligo di arbitrato non compatibile con i principi costituzionali. Né può omettersi un accenno all'equivoco richiamo alla responsabilità erariale. La norma prevede, infatti, che il mancato rispetto della determina del Collegio sia valutata ai fini della responsabilità erariale del soggetto agente. Trattasi, nella migliore delle ipotesi, di una previsione ridondante, posto che l'obbligo del rispetto del lodo deriva dal richiamo stesso all'art. 808-ter c.p.c. e il mancato adempimento degli obblighi da esso derivanti, potendo far sorgere una responsabilità da inadempimento in capo all'Amministrazione, è di per sé foriera di responsabilità erariale. Piuttosto, il richiamo alla responsabilità erariale sembra necessario a fare da sponda alla seconda disposizione, contenuta sempre nel terzo comma dell'art. 6, in forza della quale «l'osservanza delle determinazioni del Collegio Consultivo Tecnico è causa di esclusione della responsabilità del soggetto agente per danno erariale, salvo il dolo». Dinnanzi a tale previsione, sembrano echeggiare le costanti parole pronunciate dalla giurisprudenza di legittimità per negare la legittimità del ricorso all'arbitrato irrituale per attività esercitate anche *iure privatorum* dalla Pubblica Amministrazione.

A ciò si aggiunga che, per come è attualmente disciplinato il Collegio, ciascuna parte può presentare un proprio quesito, senza necessità che la controparte concordi sulla sua formulazione. Il rischio che la base negoziale e non legale che legittima l'arbitrato irrituale divenga vincolo e canone dell'azione amministrativa non sembra superato dalla previsione dell'obbligo di istituire il Collegio, con funzioni analoghe a quelle di cui all'art. 808-ter c.p.c. Di fatti, si assiste alla devoluzione non solo di controversie al Collegio, ma anche del potere di disporre di conseguenza (indirettamente) delle risorse pubbliche, oltre ai poteri di cui all'art. 5, senza pericolo di responsabilità erariale dell'agente contabile. Sicché, laddove il membro nominato dalla Pubblica Amministrazione dovesse esprimere il proprio voto contrario in seno al Collegio in merito ad un riconoscimento di maggiori oneri da parte dell'appaltatore, finendo in minoranza, la determina porrebbe il Responsabile del procedimento dinnanzi ad un sostanziale dilemma: non rispettare la determina, negando i maggiori oneri, integrando un inadempimento della Amministrazione e una responsabilità erariale in ordine alle conseguenze, ovvero devolvere risorse pubbliche in esecuzione di un lodo, con la sicurezza di non poter essere chiamato a

rendere conto alla magistratura contabile. Ma il vero dilemma sembra porsi, invero, all'interprete, chiamato a stabilire se e a quali condizioni il Collegio, così come disciplinato, possa dettare i canoni di correttezza erariale e decidere a maggioranza. Si è ben consapevoli del fatto che la norma cerchi di scongiurare il rischio che la spada di Damocle della giustizia contabile possa inficiare l'efficacia dei lodi del Collegio e che un criterio di maggioranza non sia evitabile, ma un esonero preventivo (e totale) di responsabilità erariale non appare necessario se è indiscussa la natura vincolante *ex lege* ed *ex contractu* delle determine del Collegio. Come è stato efficacemente osservato in relazione a tale esonero, «la responsabilità erariale non si può accendere e spegnere per promuovere l'applicazione di un istituto, se non la si vuole travisare»⁵³.

Non va, infine, tralasciato che, sebbene il Collegio sia disciplinato organicamente solo all'art. 6 del D.L. n. 76/2020, l'art. 5 del medesimo D.L. prevede che lo stesso sia deputato all'assunzione di significative determinazioni in sede di esecuzione del contratto, che trascendono dalla mera funzione di risoluzione dei conflitti. Ivi, in particolare, trovano disciplina le ipotesi di sospensione dei lavori, con una deroga alle previsioni di cui all'art. 107 D. Lgs. 50/2016 ed un elenco delle ipotesi in cui la sospensione è ammessa per il tempo strettamente necessario⁵⁴. Ebbene, all'art. 5 è previsto che il Collegio di cui all'articolo successivo determini *ex se* la sospensione dei lavori laddove accerti gravi ragioni di ordine pubblico e salute pubblica, anche in relazione alla pandemia da Covid-19 (lett. b), gravi ragioni di ordine tecnico (lett. c) ovvero gravi ragioni di pubblico interesse (lett. d). Al Collegio è inoltre richiesto di esprimere il proprio parere per le ipotesi di risoluzione del contratto, interpello del secondo classificato ovvero affidamento ad altro operatore mediante nuova procedura, ogni qualvolta l'appaltatore non possa ultimare per qualsiasi ragione le

⁵³ S. VALAGUZZA, in <https://www.studiovalaguzza.it/Collegio-consultivo-tecnico-rischia-il-flop-urqe-restyling-in-sede-di-conversione/>, cit.

⁵⁴ Trattasi, in particolare, delle ipotesi individuate al comma 1 dell'art. 5, D.L. n. 76/2020: «Fino al 31 dicembre 2021, in deroga all'articolo 107 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, la sospensione, volontaria o coattiva, dell'esecuzione di lavori diretti alla realizzazione delle opere pubbliche di importo pari o superiore alle soglie di cui all'articolo 35 del medesimo decreto legislativo, anche se già iniziati, può avvenire, esclusivamente, per il tempo strettamente necessario al loro superamento, per le seguenti ragioni: a) cause previste da disposizioni di legge penale, dal codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, nonché da vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione europea; b) gravi ragioni di ordine pubblico, salute pubblica o dei soggetti coinvolti nella realizzazione delle opere, ivi incluse le misure adottate per contrastare l'emergenza sanitaria globale da COVID-19; c) gravi ragioni di ordine tecnico, idonee a incidere sulla realizzazione a regola d'arte dell'opera, in relazione alle modalità di superamento delle quali non vi è accordo tra le parti; d) gravi ragioni di pubblico interesse».

lavorazioni (v. quarto comma dell'art. 5). Non può non rilevarsi che il Legislatore del "Semplificazioni" abbia voluto attribuire al Collegio, da un lato, il compito di prevenire e risolvere le controversie emettendo lodi-contratto vincolanti o raccomandazioni non vincolanti (art. 6), dall'altro il singolare potere di disporre direttamente la sospensione dei lavori mediante determinazioni funzionali (art. 5, comma 1, lett. b) e d)). Nel farlo, peraltro, i membri del Collegio non potrebbero essere chiamati a rispondere nemmeno alla giustizia contabile in ragione delle proprie determinazioni, in assenza di chiari principi su cui informare queste ultime.

La natura anfibia che ne emerge rende, anche sotto questo profilo, il Collegio immaginato dal "Semplificazioni" un *unicum* nel quadro internazionale dei *board* per la risoluzione delle vertenze. A dispetto del nome, infatti, esso non sembra un organo propriamente ed esclusivamente consultivo, ma invero un organo decisorio e risolutivo, in grado di cumulare alle competenze tipiche dei collegi arbitrali irrituali, funzioni proprie dell'amministrazione, come il potere di sospendere *ex se* le lavorazioni per comprovate ragioni di ordine pubblico o pubblico interesse.

6. Il rapporto con gli altri strumenti codicistici di risoluzione dei conflitti. Conclusioni *de jure condendo*.

Dinnanzi alle peculiarità che il Collegio Consultivo Tecnico ha assunto nel nostro ordinamento rispetto al lontano modello del *disputes board*, il rischio di rigetto del sistema degli strumenti di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di esecuzione di contratti pubblici non sembra trascurabile. Si è detto che alla funzione risolutiva delle controversie tra appaltatore e committenza il Collegio somma una funzione preventiva la quale, a voler tener fede agli obiettivi del Legislatore, dovrebbe avere un peso preponderante nell'economia dell'istituto. Ciò attribuisce al Collegio un'operatività più ampia rispetto a quella di qualunque altro strumento attualmente previsto nel *corpus* codicistico (arbitrato, transazione, accordo bonario, pareri di precontenzioso). Se si prende ad esempio il caso dell'accordo bonario, il limite quantitativo dell'importo delle riserve dell'appaltatore idonee a far attivare l'istituto (complessivamente tra il 5 e il 15% dell'importo del contratto originario), non è riproposto per il deferimento di questioni al Collegio Consultivo Tecnico. Peraltro, al Collegio, visiti anche i ristretti tempi per la risposta al quesito di cui si è dato conto, può essere deferita una singola questione, con esclusione, almeno in

apparenza, di una valutazione complessiva sull'equilibrio sinallagmatico della commessa assai meglio presidiato dal *disputes boards* operante di *default*. Ed infatti, la competenza limitata alle singole questioni devolute dalla parte più diligente o interessata, unitamente alla natura transitoria dell'istituto di cui all'art. 6 D.L. n. 76/2020, consentono di escludere che la sua introduzione abbia invero ristretto il perimetro e l'operatività degli strumenti di risoluzione preesistenti. Al contrario, in quel *corpus* il Collegio è inserito *ab externo* a testimonianza della consapevolezza del Legislatore che i tradizionali strumenti – e, *a fortiori* – il tradizionale approccio *claim oriented* delle parti del contratto pubblico – si rivelino inadeguati al perseguimento dell'interesse collettivo, improntato non tanto alla celere risoluzione delle controversie, ma alla loro prevenzione.

Pur nel silenzio del dettato normativo, deve concludersi per l'assoluta alternatività tra il deferimento delle questioni al Collegio e gli altri rimedi tradizionali, non potendo fare l'uno da strumento di revisione dell'altro. Ciò vale in particolar modo per le ipotesi di riserve dell'appaltatore sottoposte ad accordo bonario. Una volta formulata la proposta di accordo bonario, in alcun modo il Collegio potrà essere chiamato a esprimere sul medesimo un proprio parere, anche se non sembra potersi escludere il contrario, vale a dire che il Collegio esprima un parere non vincolante su una o più riserve dell'appaltatore, poi devolute in secondo momento in sede di accordo bonario. Tale previsione appare particolarmente rilevante nelle ipotesi di attivazione del Collegio nell'ambito di contratti di appalto già in corso di esecuzione, nei quali è ben possibile che siano emerse questioni già oggetto di accordo bonario accettato dalle parti; in tal caso, ogni statuizione del Collegio è reclusa, onde non compromettere la definitività della statuizione. Di converso, non sembra potersi escludere *tout court* che le questioni oggetto di accordo bonario su cui le parti non abbiano prestato il proprio consenso possano essere deferite al Collegio, prima di devolverle all'Autorità Giudiziaria ordinaria.

D'altronde, la dialettica tra strumenti tradizionali e Collegio è mantenuta in vita anche dal permanere dell'obbligo per l'appaltatore di iscrivere riserve nei termini e modi previsti dal D. Lg. 50/2016 e dal d.P.R. 207/2010. Proprio la coesistenza tra di essi, di cui si è detto, giustifica l'esclusione di deroghe alla disciplina generale delle riserve, per le quali deve ritenersi che continuino a valere le cause tradizionali di decadenza. Traendo le logiche conseguenze, in tanto una questione potrà essere deferita al Collegio dall'appaltatore in quanto lo stesso possa farla giuridicamente

valere in ragione della sua tempestiva rappresentazione sul registro di contabilità e sugli altri atti idonei a riceverla. In altri termini, le ragioni contingenti di finanza pubblica sottese alla disciplina delle riserve non possono ritenersi – specie nel silenzio del Legislatore – superate per effetto dell'introduzione del Collegio tra gli strumenti di ADR a disposizione delle parti.

Concludendo, all'istituto del Collegio Consultivo Tecnico disciplinato dal D.L. n. 76/2020 va riconosciuto il pregio di aver portato nel nostro ordinamento l'idea di un *board* in grado di assistere le parti per tutta la durata del contratto⁵⁵, prevenire o, quantomeno, risolvere le controversie. A mancare, però, sembra essere il compendio di indipendenza, autorevolezza e poteri tipicamente attribuiti ai *dispute borads*. Relegato ad un'inedita base negoziale-irrituale, nonostante l'obbligatorietà *ex lege* della sua istituzione, e ben lungi dal costituire un vero e proprio organo arbitrale, il Collegio non ha saputo ancora imporsi con una capillare costituzione. Complici le molte incertezze del dettato normativo, solo di recente colmate dalle Linee Guida del Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici, non senza incertezze derivanti dal confronto con le Linee Guida ITACA, l'istituto è rimasto quasi ovunque disapplicato ancora agli albori del 2021. Molte committenze pubbliche primarie, ignorando l'obbligatorietà della costituzione e le conseguenze in termini di responsabilità erariale minacciate dalla stessa norma, non hanno ancora provveduto a dare avvio alla costituzione del Collegio, la cui scadenza (31 dicembre 2021) continua inesorabilmente ad avvicinarsi. Il rischio è che, salvo eccezioni, il Collegio rimanga relegato – per la terza volta – nell'ombra della sperimentazione normativa, ispirata dalla logica della decretazione d'urgenza e della necessità impellente di “semplificare” un sistema ispirato ad un Codice degli Appalti che è ancora troppo spesso la primaria causa del contenzioso.

⁵⁵ Significativa in tal senso è la possibilità di costituire il Collegio anche in una fase antecedente rispetto all'inizio dell'esecuzione del contratto, prevista all'art. 6, comma 5 D.L. 76/2020, in cui possono emergere questioni di ampio spettro, spesso trasversali, in cui la funzione preventiva dell'istituto potrebbe emergere in modo più significativo. In particolare, ivi è previsto che «Le stazioni appaltanti, tramite il loro responsabile unico del procedimento, possono costituire un Collegio Consultivo Tecnico formato da tre componenti per risolvere problematiche tecniche o giuridiche di ogni natura suscettibili di insorgere anche nella fase antecedente alla esecuzione del contratto, ivi comprese le determinazioni delle caratteristiche delle opere e le altre clausole e condizioni del bando o dell'invito, nonché la verifica del possesso dei requisiti di partecipazione, e dei criteri di selezione e di aggiudicazione. In tale caso due componenti sono nominati dalla stazione appaltante e il terzo componente è nominato dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti per le opere di interesse nazionale, dalle regioni, dalle province autonome di Trento e Bolzano o dalle città metropolitane per le opere di interesse locale. Ferma l'eventuale necessità di sostituzione di uno dei componenti designati dalla stazione appaltante con uno di nomina privata, le funzioni di componente del Collegio Consultivo Tecnico nominato ai sensi del presente comma non sono incompatibili con quelle di componente del Collegio nominato ai sensi del comma 1».

Se è vero che non è certo pensabile che un nuovo istituto di prevenzione e risoluzione delle controversie possa *ex se* apportare le correzioni necessarie alle molte criticità del Codice, la reale capacità del Collegio di favorire la corretta e tempestiva ultimazione delle opere dovrà essere valutata non appena lo stesso troverà una sufficiente diffusione. Pur tuttavia, la limitata capacità di trasporre nell'ordinamento italiano i *disputes boards* internazionali lascia presagire che il Collegio non sia destinato a produrre risultati concreti nel breve periodo. Le ragioni dell'alta conflittualità tra le parti di un appalto pubblico sono solo in parte connaturali alla complessità del rapporto, essendo in buona parte imputabili a ragioni culturali e carenze strutturali della pubblica amministrazione, nonché ai ribassi eccessivi praticati dagli operatori per sopravvivere alla concorrenza. Dinanzi a tali criticità, il Collegio sembra non disporre di adeguati strumenti per prevenire il contenzioso. Sicché, non sembra improbabile che la chimera della semplificazione normativa tornerà ad abbattersi nel prossimo futuro sull'istituto, dovendosi però auspicare che, questa volta, alla *pars destruens* corrisponda una *pars construens* realmente in grado di applicare direttamente e senza storture anche nel nostro ordinamento i decantati principi sottesi ai contratti standard internazionali, con i relativi efficienti strumenti di risoluzione delle liti (DRB, DAB e CDB), eventualmente facendo ricorso alla virtuosa disciplina offerta dalla Camera Arbitrale di Milano⁵⁶. A servire sembra essere, quindi, una complessiva ridefinizione in ottica collaborativa del rapporto tra committenza e appaltatore, per la quale il Collegio può svolgere, se dotato dei necessari strumenti di imparzialità e autorevolezza, – unitamente ad un ripensamento dei fondamentali del regolamento contrattuale – un ruolo di straordinario catalizzatore.

⁵⁶ Con riferimento al DRB, v., per es. www.camera-arbitrale.it/it/dispute-resolution-board/index.php?id=522.

IL DIRITTO AL CIBO ADEGUATO. UN DIRITTO UMANO PRESUPPOSTO O CONSEGUENZIALE?

Riflessioni a margine di un diritto dalle molteplici sfumature

Camilla Della Giustina*

La teoria degli alimenti è di grande importanza etica e politica. I cibi si trasformano in sangue, il sangue in cuore e cervello; in materia di pensieri e sentimenti. L'alimento umano è il fondamento della cultura e del sentimento. Se volete far migliorare il popolo, in luogo di declamazioni contro il peccato, dategli un'alimentazione migliore. L'uomo è ciò che mangia.

(L. Feuerbach, *Pensieri sulla morte e sull'immortalità*, Editori Riuniti, Roma, 1997).

ABSTRACT [ITA]: Con il presente contributo si è deciso di analizzare il diritto al cibo quale diritto umano e diritto fondamentale. Per perseguire detto obiettivo si è deciso di analizzare la collocazione dogmatica nello stesso all'interno della Costituzione italiana per poi indirizzare lo studio nei confronti della giurisprudenza costituzionale e comparata. L'aspetto che si è cercato di evidenziare concerne proprio la particolarità di questo diritto il quale risulta essere estremamente poliedrico e di difficile concreta attuazione.

ABSTRACT [ENG]: *With this contribution it was decided to analyze the right to food as a human right and fundamental right. In order to pursue this objective, it was decided to analyse the dogmatic position in the same within the Italian Constitution and then to direct the study towards the constitutional and comparative jurisprudence. I have tried to highlight is precisely the particularity of this right, which is extremely multifaceted and difficult to implement in practice.*

* Cultrice della materia per il settore scientifico-disciplinare IUS- 08 (Diritto Costituzionale), Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Padova (sede di Tv) e cultrice della materia per l'insegnamento di Diritto costituzionale italiano e comparato e dottrina dello Stato presso la Libera Accademia degli Studi di Bellinzona (Svizzera, UNIB – Centro Studi Superiore INDEF- Istituto di Neuroscienze Dinamiche «Erich Fromm»).

SOMMARIO: **1.** Introduzione. - **2.** Il diritto al cibo nella Costituzione italiana. - **3.** La giurisprudenza costituzionale concernente il diritto ad un'alimentazione adeguata. - **4.** L'approccio giurisprudenziale comunitario e comparato; - **5.** Il diritto al cibo e la libertà religiosa: cenni. - **6.** Diritto al cibo, diritto all'ambiente e tradizioni. - **7.** Il diritto al cibo come diritto umano. - **8.** Conclusioni: la sovranità alimentare quale preconditione per garantire il diritto al cibo.

1. Introduzione.

La preghiera cristiana «*a peste, fame et bello libera nos domine*» tipica dell'età premoderna si è trasformata, attualmente, in «tumulti alimentari¹» preordinati a spingere i governi ad adottare misure di intervento sul mercato, sul fronte dei prezzi e sulla movimentazione transfrontaliera delle derrate per fronteggiare il malessere della popolazione.

Il cibo è un elemento naturale/materiale ma, allo stesso tempo, è *res non naturalis* poiché risultato e rappresentazione di «processi culturali che coinvolgono la domesticazione, la trasformazione, la reinterpretazione di ciò che è presente in natura²». Il cibo è anche cultura perché si produce, si prepara e si consuma: l'uomo, infatti, non utilizza meramente quanto è nella sua disponibilità ma arriva a definire il proprio cibo attraverso la selezione di piante da coltivare, prediligendo o sostituendo l'attività di produzione a quella di predazione. A questo si deve aggiungere che nel cibo vi è anche una dimensione socio-culturale poiché non tutto ciò che viene considerato come commestibile è socialmente, culturalmente e psicologicamente accettabile³.

Emerge con chiarezza come il diritto al cibo sia estremamente complesso alla cui base si rinviene quello che è stato definito come «il dilemma del carnivoro⁴»: è stato

¹ L. COLOMBO, *La (ri)volta del cibo*, in *Rivista di diritto alimentare*, n. 2/2010, p.3.

² M. DI GIACINTO, *Per una storia dei rapporti tra tensione di alimentazione e diversità culturali*, in *Studi sulla formazione*, 2012, p. 179.

³ M. PIERRI, *Diritto al cibo, diversità alimentare e agrobiodiversità: quali strumenti di tutela? Osservazioni su alcune esperienze significative tra diritto internazionale e sovranità nazionale*, in *Rivista Quadrimestrale di diritto dell'ambiente*, n. 2/2016, pp. 35-71.

⁴ P. ROZIN, *The Selection of Foods by Rats, Humans, and Other Animals Chapter*, in *Advances in the Study of Behavior*, 1976.

osservato come gli animali non onnivori non possiedano alcuna incertezza su che cosa mangiare dato che le loro preferenze sono determinate da un punto di vista genetico e il loro sistema digestivo è capace di assorbire tutto ciò di cui un organismo ha bisogno. A contrario gli onnivori, tra cui rientra l'uomo, devono dedicare molto tempo nel selezionare gli alimenti da ingerire senza correre alcun rischio.

Il diritto al cibo può essere definito come un diritto umano fondamentale che ha trovato un proprio spazio applicativo nella cultura dei diritti umani a partire dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948⁵ e che attualmente risulta essere riconosciuto da numerose fonti internazionali di *soft law*⁶ oltre ad essere garantito, in modo diretto o indiretto, da diverse Carte costituzionali⁷.

2. Il diritto al cibo nella Costituzione italiana.

Il primo approccio al diritto al cibo⁸ quale diritto fondamentale dell'essere umano appartiene a Stefano Rodotà il quale nel saggio "Il diritto al cibo" evidenziava come l'adeguatezza alimentare⁹ dovesse essere interpretata quale parametro necessario per superare l'impostazione essenziale e minimalistica di quella che è stata definita come libertà dalla fame. Alla base di questa impostazione vi è l'idea che il cibo sia un nutrimento essenziale non solamente per il corpo ma per la stessa dignità umana.

⁵ J. ZIEGLER, *Le droit à l'alimentation, Mille et une nuits*, 2003.

⁶ È stato definito come il diritto di ogni essere umano «ad avere un accesso regolare, permanente, libero, sia direttamente sia tramite acquisti monetari, a cibo quantitativamente e qualitativamente adeguato e sufficiente, corrispondente alle tradizioni culturali della popolazione di cui fa parte il consumatore e in grado di assicurare una vita psichica e fisica, individuale e collettiva, priva di angoscia, soddisfacente e degna». J. ZIEGLER, *Dalla parte dei deboli. Il diritto all'alimentazione*, Milano, Tropea, 2004, p. 49.

⁷ M. BOTTIGLIERI, *Il diritto ad un cibo adeguato: profili comparati di tutela costituzionale e questioni di giustiziabilità*, in P. MACCHIA (a cura di) *La persona e l'alimentazione: profili clinici, giuridici, culturali ed etico-religiosi* - Asti, 30.11.2012 - (Collana "Diritto e Ambiente" dell'Univ. di Pavia diretta dal Prof. G. Cordini), Aracne, Roma 2014.

⁸ Si precisa sin da subito che il diritto al cibo riconosciuto a livello internazionale non è il diritto «to be feed» ma il diritto a vivere in modo dignitoso potendo soddisfare i propri bisogni. Fact Sheet No. 34, FAO <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet34en.pdf>

⁹ Questa nozione si differenzia dal concetto di *food security* e sovranità alimentare: il primo allude alla possibilità di accedere, sia da un punto di vista fisico che economico, al cibo che possa soddisfare le esigenze dietetiche degli individui e le loro preferenze alimentari. Si fonda su: disponibilità del cibo, accessibilità al cibo e infine uso del cibo. La sovranità alimentare allude alla possibilità per gli individui di autodeterminarsi per quanto attiene all'accesso al cibo e la possibilità di determinare, tramite le loro scelte, il livello di produzione nazionale e di esportazioni. P. PINSTRUP ANDERSEN, *Food security: definition and measurement*, in *Food Security*, vol. 1/2009, pp. 5-7.

Solamente nel momento in cui quest'ultima viene rispettata è possibile definire il diritto al cibo come un «obiettivo di valore costituzionale¹⁰».

Il diritto al cibo, infatti, non coincide solamente con il diritto ad alimentarsi ma deve essere interpretato quale «accesso regolare, permanente, libero - sia direttamente sia tramite acquisti monetari - a cibo quantitativamente e qualitativamente adeguato¹¹ e sufficiente, corrispondente alle tradizioni culturali della popolazione di cui fa parte il consumatore e in grado di assicurare una vita psichica e fisica, individuale e collettiva, priva di angoscia, soddisfacente e degna¹²». Emerge come in questo diritto si rinvenga non solamente il diritto alla vita¹³ inteso come diritto alla sopravvivenza ma una congiunzione completa nell'interpretare l'esistenza come soddisfacimento dei bisogni dell'uomo sia in termini quantitativi che qualitativi¹⁴.

Volendo individuare i parametri costituzionali riferibili al diritto al cibo si deve precisare come il richiamo all'esistenza libera e dignitosa sia ricavabile solamente dall'art. 36 Cost. ed è riferito al diritto del lavoratore ad una retribuzione proporzionata sia alla quantità che alla qualità del suo lavoro nonché sufficiente a garantire a sé e alla sua famiglia un'esistenza libera e dignitosa¹⁵. Altri parametri che forniscono una copertura definibile come indiretta a questo diritto si rinvencono negli artt. 1, 2, 3, 4 e 41 Cost¹⁶.

¹⁰ S. RODOTÀ, *Il diritto al cibo*, Fondazione Corriere della Sera, Milano, 2014.

¹¹ Per quanto concerne l'aspetto dell'adeguatezza il Commento Generale al paragrafo 13 adottato del 1999 dal Comitato di controllo del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali precisa che «*accessibility encompasses both economic and physical accessibility. Economic accessibility implies that personal or household financial costs associated with the acquisition of food for an adequate diet should be at a level such that the attainment and satisfaction of other basic needs are not threatened or compromised [...]. Socially vulnerable groups such as landless persons and other particularly impoverished segments of the population may need attention through special programmes. Physical accessibility implies that adequate food must be accessible to everyone, including physically vulnerable individuals, such as infants and young children, elderly people, the physically disabled, the terminally ill and persons with persistent medical problems, victims of natural disasters etc.*». UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), *General Comment No. 12: The Right to Adequate Food (Art. 11)*, 12.5.1999, § 13.

¹² J. ZIEGLER, *Dalla parte dei deboli. Il diritto all'alimentazione*, Tropea Editore, Milano, 2004, p. 49.

¹³ S. AGOSTA, *Tra disegni compiuti e tasselli ancora mancanti: mosaici giurisprudenziali (sopranazionali ed interni) a proposito della decisione di diventare genitori e procreare (ovvero di non farlo)*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, n.1/2019, p. 39.

¹⁴ L. FERRAJOLI, *Principia juris. Teoria del diritto e della democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2007, p. 404.

¹⁵ J. LUTHER, *Ragionevolezza e dignità umana*, in A. CERRI (a cura di), *La ragionevolezza nella ricerca scientifica ed il suo ruolo specifico nel sapere giuridico*, Quaderno monografico - *Rivista Nova Juris Interpretatio*, Tomo II, Roma, 2007; M. RUOTOLO, *Appunti sulla dignità umana*, in A. CELOTTO, M. RUOTOLO (a cura di), *Scritti in onore di Franco Modugno*, Editoria Scientifica, Napoli, 2011, p. 3123-3126.

¹⁶ M. BOTTIGLIERI, *La protezione del Diritto al cibo adeguato nella Costituzione italiana*, in www.forumcostituzionale.it, 2016. M. BOTTIGLIERI, F. PIZZOLATO, *Diritto al cibo: politiche, non riforme*

Il diritto al cibo, quindi, viene configurato come un dovere attinente alla solidarietà orizzontale tra cittadini nonché in quella della partecipazione dello Stato per quanto attiene alla solidarietà verticale¹⁷: esso si aggancia anche all'art. 114 Cost. nella parte in cui detta disposizione costituzionale consente agli enti territoriali l'autoregolazione e l'autodeterminazione della disciplina delle attività e dei servizi che consentono di tutelare le diverse dimensioni locali di accesso al cibo ai cittadini e ai residenti delle stesse¹⁸. Ulteriore disposizione del Titolo V della Costituzione è l'art. 117 nella parte in cui impone al legislatore di rispettare i vincoli derivanti dagli obblighi internazionali nonché nella lettera m) del secondo comma dello stesso articolo la quale fornisce il fondamento al diritto alle prestazioni imprescindibili dirette ad alleviare situazioni di estremo bisogno alimentare¹⁹.

Controversa è la possibile riconduzione del diritto al cibo nell'accezione di bene vitale alla previsione dell'art. 32 Cost. ossia del diritto alla salute funzionale e preliminare all'esercizio degli altri diritti oltre che fondamentale per la vita stessa²⁰. In questo senso il diritto al cibo non sarebbe solamente diretto a garantire la mera sopravvivenza ma la stessa dignità umana²¹ oltre che il libero sviluppo della persona umana²². Parte della dottrina riconduce il diritto di accesso al cibo adeguato nell'alveo del diritto alla salute in quanto una alimentazione scorretta determina, in primo luogo, un problema di salute dato che aumenta il rischio di ammalarsi di obesità per coloro i quali non possono permettersi un cibo adeguato²³.

costituzionali, in AA. VV., *Nutrire il pianeta: per un paradigma di sviluppo inclusivo e sostenibile*, n.1/2015, pp. 40-59.

¹⁷ A. PIROZZOLI, *Il diritto di accesso al cibo: una misura della dignità dell'uomo*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2019, pp. 491-506-

¹⁸ M. BOTTIGLIERI, *L'autonomia alimentare delle Regioni*, in *Diritti regionali. Rivista di diritto delle autonomie territoriali*, n.1/2017, pp. 10-15.

¹⁹ M. FASCIGLIONE, *La tutela del diritto all'alimentazione in situazioni di crisi economico-finanziaria: alcune riflessioni*, in *DUDI*, 2014, p. 429.

²⁰ L. CARLASSARE, *Diritti di prestazione e vincoli di bilancio*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2015, p. 152.

Qualora il cibo non dovesse essere considerato quale bene vitale ma comune si può far riferimento a quanto osservato rispetto a tali beni, ossia «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». S. RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, Il Mulino, Bologna, 3^a ed., 2013, p. 479

²¹ Essa deve essere interpretata quale base e sostanza di tutti i diritti fondamentali, un principio-valore; ai sensi dell'art. 1 n.3 del Trattato di Lisbona l'Unione Europea è fondata «valore del rispetto della dignità umana» tipica di una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia e dalla solidarietà. P. D'ONOFRIO, *Libertà di cura ed autodeterminazione*, Cedam, Padova, 2015, p. 4.

²² A. ALGOSTINO, *I diritti fondamentali alla prova: migranti e beni vitali*, Relazione di Sintesi presentata al Convegno annuale "Cos'è un diritto fondamentale?" Cassino, 10-11.6.2016.

²³ A. CIERVO, *Il diritto al cibo. Presupposti normativi e precedenti costituzionali di un nuovo diritto fondamentale*, in *ParoleChiave*, fasc. 2/2017, p. 56.

Altra parte della dottrina ha descritto il rapporto intercorrente tra il diritto al cibo e alla salute come «facce della stessa medaglia, essenze costitutive del diritto al cibo «adeguato» che, al contempo, diventano modalità di tutela del diritto sociale *de quo*²⁴». La definizione fornita dall'OMS di diritto alla salute, cioè, «uno stato di completo benessere fisico, mentale e sociale e non la mera assenza di malattia o infermità» consentirebbe di collegare il diritto al cibo adeguato al diritto alla salute. Nell'ipotesi in cui questa interpretazione venisse confermata essa potrebbe rappresentare lo strumento idoneo per imporre ai decisori pubblici la predisposizione e adozione di strumenti giuridici idonei a garantire il pieno soddisfacimento di un'alimentazione sana e sicura per tutti.

Nella Costituzione italiana il diritto al cibo possiede natura implicita poiché elemento alla base dei principi di dignità, di eguaglianza e di solidarietà²⁵.

Quando l'attenzione viene spostata sul concetto di diritto al cibo adeguato ci si confronta con diversi approcci.

Un primo approccio definibile come economico²⁶ interpreta l'accesso al cibo adeguato come diritto prestazionale rispetto al quale ogni soggetto può reclamare il proprio diritto a ricevere la nutrizione minima a livello di assistenza ma sussiste anche l'aspetto della libertà economica connessa al commercio di prodotti alimentari i quali vengono intesi come merce di scambio²⁷.

²⁴ L. GIACOMELLI, *Diritto al cibo e solidarietà. Politiche e pratiche di recupero delle eccedenze alimentari*, *RivistaAIC – Osservatorio costituzionale*, fasc. 1/2018, p.9.

H. ELVER, *Right to food, Interim report of the Special Rapporteur on the right to food*, UN General Assembly, A/72/188, 3.8.2016.

²⁵ A. RINELLA, H. OKORONKO, *Sovranità alimentare e diritto al cibo*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*,

n.1/2015, pp. 108-109.

Se si pensa alla Dichiarazione Universale dell'ONU del 1948 viene riconosciuto il diritto ad ogni soggetto a un «livello di vita sufficiente a garantire la salute e il benessere proprio e della propria famiglia, con particolare riguardo all'alimentazione, al vestiario, all'abitazione, alle cure mediche e ai servizi sociali necessari» (art. 25 co.1).

Si deve richiamare altresì il Patto internazionale sui diritti economici sociali e culturali del 1966 e, precisamente, l'art. 11 par. 1 il quale enuncia «il diritto di ogni individuo ad un livello di vita adeguato per sé e la propria famiglia» riferendosi ad un «diritto fondamentale alla libertà dalla fame».

²⁶ La problematica principale deriva dal fatto che un sistema produttivo fondato esclusivamente sul consumismo e su una serie di bisogni indotti ha prodotto quale conseguenza principale quella della produzione standard e di massa del cibo. Questa trasformazione alimentare ha determinato il passaggio da una produzione privata connessa all'autoconsumo e alla sussistenza familiare ad una di tipo industriale e massificata. A. CIERVO, *Il diritto al cibo. Presupposti normativi e precedenti costituzionali di un nuovo diritto fondamentale*, op., cit. pp. 53-67.

²⁷ M. PIERRI, *Diritto al cibo, diversità alimentare e agrobiodiversità: quali strumenti di tutela? Osservazioni su alcune esperienze significative tra diritto internazionale e sovranità nazionale*, in *Rivista Quadrimestrale di Diritto dell'Ambiente*, n.2/2016, pp. 33-71.

Un secondo approccio di natura politica²⁸ precisa come la quantità e la qualità del cibo siano legate sia alla condizione economica sia a quella politica tipica di ogni Paese: in questo ambito è necessario predisporre e attuare politiche di ridimensionamento per quanto attiene allo spreco alimentare e, allo stesso, tempo, assicurare l'accesso al cibo necessario alla sopravvivenza.

Infine ulteriore profilo concerne l'aspetto sociale e culturale²⁹ poiché il cibo può essere definito quantitativamente e qualitativamente adeguato se corrisponde alle tradizioni culturali della popolazione alla quale appartiene il consumatore³⁰.

Nonostante la problematica della fame e della malnutrizione siano sempre state presenti «la valenza *erga omnes* del diritto al cibo giacché diritto umano è una novità piuttosto recente³¹» ed oggetto non solamente di interventi normativi ma anche di azioni socio-economiche e ambientali.

In altri termini il diritto al cibo allude alla possibilità di accedere ad una dieta definibile come sufficientemente sana, nutriente, accettabile sotto un profilo culturale e religioso e idonea a non inficiare altri bisogni primari e non negare il diritto alla sopravvivenza al fine di non ledere il concetto di dignità umana³². Quest'ultima nonostante orienti l'interpretazione del principio lavorista integra altresì l'elemento chiave attorno al quale costruire il sistema di tutela costituzionale del diritto al cibo. Il lavoro, in base ai lavori dell'Assemblea costituente, era stato concepito come la modalità principale per rendere effettivo l'accesso al cibo³³: il lavoro, infatti, consente di accedere alla produzione del cibo sia direttamente (si pensi al lavoro della terra) sia indirettamente ossia mediante il reddito da lavoro tramite il quale è possibile procedere ad acquisti monetarizzati.

Se fino a questo momento si è trattato di diritto si rammenta che al cibo è sicuramente connesso un dovere scindibile a sua volta declinabile tra dovere pubblico e solidale

²⁸ Parte della dottrina sostiene che il diritto al cibo attenga solamente ad un aspetto politico poiché la fame non è determinata e causata dall'insufficienza delle risorse disponibili ma dell'inefficienza dei sistemi di produzione, di distribuzione e di commercializzazione del cibo.

²⁹ L. FEUERBACH, *Il mistero del sacrificio o l'uomo è ciò che mangia*, Bollati Boringhieri, Brescia 2015.

³⁰ M. BOTTIGLIERI, *Diritto al cibo adeguato e libertà religiosa nella Costituzione italiana*, in *Orientamenti sociali sardi*, n.1/2015, pp. 33-39.

³¹ F. ALICINO, *Il diritto al cibo. Definizione normativa e giustiziabilità*, in *RivistaAIC*, n.3/2016, p. 5.

³² M. BOTTIGLIERI, *La protezione del diritto al cibo adeguato nella Costituzione italiana*, in *Forumdiquadernicostituzionali*, 2.3.2016.

³³ M. BOTTIGLIERI, *Il diritto al cibo adeguato. Tutela internazionale, costituzionale e locale di un diritto fondamentale "nuovo"*, in *Polis working papers*, n. 222/2015, pp. 217-232.

Per quanto attiene al primo il soggetto che deve adempiere questo dovere è lo Stato il quale è destinatario di doveri generali e specifici³⁴ imposti da Trattati internazionali e possono essere declinati in: dovere di rispettare il cibo, dovere di proteggere il diritto al cibo nonché di rendere effettivo e soddisfare pienamente detto diritto. Quest'ultimo risulta essere condizionato da un punto di vista finanziario rispetto al quale le Convenzioni internazionali postulano l'adempimento nei limiti delle risorse disponibili mentre, la Costituzione italiana richiama il principio di equilibrio di bilancio. A questo si deve aggiungere che la nostra Costituzione impone nel garantire i diritti sociali e civili il rispetto dei «livelli essenziali delle prestazioni» (art. 117 co.3 lett. m); di conseguenza anche per il diritto al cibo il bilanciamento tra detto diritto implicito e il riferimento esplicito all'equilibrio finanziario dovrebbe essere attivato solamente per quanto attiene al *surplus* del contenuto minimo dei livelli essenziali delle prestazioni³⁵.

Per quanto attiene alla solidarietà i riferimenti sono all'art. 2 e all'art. 3 co.2 Cost. rispettivamente sul piano orizzontale e verticale³⁶.

In conclusione si può sostenere come non necessaria la costituzionalizzazione del diritto al cibo³⁷ adeguato in quanto lo stesso risulta essere richiamato, seppur implicitamente³⁸, dalle differenti disposizioni appena citate. Il diritto al cibo, infatti,

³⁴ C. GOLAY, *Droit à l'alimentation et accès à la justice*, Bruxelles, 2011, pp. 81-112.

³⁵ M. FASCIGLIONE, *La tutela del diritto all'alimentazione in situazioni di crisi economico-finanziaria: alcune riflessioni*, in *Diritti umani e diritti internazionali*, n. 2/2014, pp. 429-449.

³⁶ F. PIZZOLATO, *Il principio costituzionale di fraternità*, Città Nuova, Milano, p. 124.

³⁷ Le ragioni sottostanti alla mancata costituzionalizzazione da parte dei Padri costituenti relativa ad alcuni diritti, come ad esempio, quello al cibo adeguato può essere fondata su diverse motivazioni. Un primo riguarderebbe la non meritevolezza di tutelare determinate situazioni giuridiche soggettive, un secondo potrebbe essere fondato sul ritenere non necessaria una codificazione costituzionale valutando come sufficiente la legislazione ordinaria. A questi due si può aggiungere la considerazione secondo cui al tempo dei lavori dell'Assemblea costituente non si immaginava la possibilità di mettere in discussione la sussistenza dei beni vitali al punto da non rivenire traccia della discussione diretta a far inserire in modo esplicito ed espresso il diritto al cibo. Il motivo di questa scelta risiede nel fatto che la concezione alla base fu quella di interpretare il cibo quale presupposto fondamentale sia per la tutela della vita che per la dignità dell'uomo oltre che per la tutela degli altri diritti sanciti dalla stessa Costituzione. Si tratta di un diritto, quindi, suscettibile di affermarsi tramite il lavoro e la possibilità di esercitare il lavoro sulla terra. N. OCCHIOCUPO, *Liberazione e promozione umana nella Costituzione. Unità di valori nella pluralità di posizioni*, Giuffrè, Milano, 1984, p.28.

³⁸ Altre costituzioni contengono una tutela esplicita attinente al diritto di ogni persona di ricevere una «alimentazione nutriente, sufficiente e di qualità». Il riferimento è alla Costituzione messicana a seguito della riforma introdotta nel 2011 (art. 4 co.3), a quella sudafricana del 1997 (artt. 27 e 28), la Costituzione austriaca, invece, contiene il riferimento al controllo sui generi alimentari (art. 10, n.12). L. CHIEFFI, *Scelte alimentari e diritti della persona: tra autodeterminazione del consumatore e sicurezza sulla qualità del cibo*, in *Diritto Pubblico Europeo Rassegna Online*, fasc. 1/2015, pp. 231-249. P. DE STEFANI, *Diritti umani di terza generazione*, in *Aggiornamenti Sociali*, vol. 1/2009, pp. 11-23

risulta essere formalmente vigente e precettivo nell'ordinamento giuridico italiano³⁹ ma lo stesso non viene attuato concretamente quale condizione e presupposto per l'esercizio degli altri diritti fondamentali della persona, ossia, come un'articolazione dello *ius existentiae*⁴⁰. Di conseguenza l'intervento degli enti pubblici diviene una condizione necessaria a garantire l'effettività di questo diritto e il dovere sociale di solidarietà dovrebbe essere interpretato come un corollario giuridico⁴¹.

Adottando questa interpretazione la garanzia del diritto al cibo entra nel concetto di «costituzionalismo dei bisogni» cioè nella necessità di riconoscere quei diritti che «coprono tutto l'arco della vita – la nascita, l'esistenza, la morte – e anzi si spingono al prima e al dopo»: si tratta di una garanzia giuridica intimamente collegata alla costituzionalizzazione della dignità della persona⁴².

Nonostante le diverse Convenzioni internazionali⁴³ e i richiami impliciti⁴⁴ presenti nella Costituzione italiana il diritto ad una alimentazione adeguata è stato attuato come un diritto di seconda generazione⁴⁵ strettamente dipendente, quindi, nella sua attuazione dalla disponibilità delle risorse nonché dall'adozione di adeguate politiche promozionali⁴⁶.

³⁹ O. DE SCHUTTER, *The transformative potential of the right to food*, in <http://www.ohchr.org/en/Issues/Food/Pages/FoodIndex.aspx>, pp. 24-25.

⁴⁰ Con tale espressione si fa riferimento al diritto sociale a vedersi garantiti da parte dello Stato quei beni fondamentali che non possono essere negati ad un individuo durante la sua vita. L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. II, *Teoria della democrazia*, Laterza, Roma-Bari 2012, pp. 599-607.

⁴¹ L. KNUTH, M. VIDAR, *Constitutional and legal protection of the right to food around the world*, FAO, Roma, 2011.

⁴² S. RODOTÀ, *Il nuovo "habeas corpus": la persona costituzionalizzata e la sua autodeterminazione*, in aa.vv., *Trattato di biodiritto*, I, Giuffrè, Milano, 2010, p. 192.

⁴³ Convenzione sulla eliminazione di ogni forma di discriminazione della donna del 1980 (art. 12); Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza del 1981 (articoli 24 e 27); Convenzione sui diritti delle persone con disabilità del 2006 (art. 28).

⁴⁴ Il diritto al cibo «troverebbe, infatti, una forma di garanzia indiretta – ancorché un po' forzata -: a) nelle disposizioni ai sensi delle quali l'iniziativa economica privata può essere indirizzata e coordinata dalla legge per fini sociali (art. 41 Cost.); b) nella previsione che limita la proprietà privata "allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti" (art. 42 Cost.); c) nelle disposizioni di cui agli artt. 43 e 44 Cost., che consentono allo Stato di intervenire con dinamiche redistributive al fine di perseguire "l'utilità generale"; d) nella disposizione che favorisce l'accesso al risparmio al fine di conseguire "la proprietà diretta coltivatrice" (Art. 47 Cost.)». M. BOTTIGLIERI, F. PIZZOLATO, *Diritto al cibo: politiche, non riforme costituzionali*, in *Nutrire il pianeta: per un paradigma di sviluppo inclusivo e sostenibile*, n.1/2015, pp. 40-41.

⁴⁵ Il diritto al cibo è stato definito come «nuovo diritto sociale». S. SCAGLIARINI, *Diritti sociali nuovi e diritti sociali in fieri nella giurisprudenza costituzionale*, in *Dibattito aperto sul diritto e la giustizia costituzionale*, Gruppo di Pisa, 3.9.2012, pp. 1-9

In relazione alla qualificazione di un diritto come di seconda o di terza generazione è bene precisare che «quando si parla (...) di diritti di una o dell'altra "generazione", non sono i "diritti" ad essere classificati, ma l'evento storico del loro riconoscimento giuridico, della loro inclusione tra i "diritti di cittadinanza"». R. BIN, *Diritti e fraintendimenti*, in *Scritti in onore di G. Berti*, Jovene, Napoli, 2005.

⁴⁶ F. BESTAGNO, *I diritti economici, sociali e culturali. Promozione e tutela della comunità internazionale*, Vita e Pensiero, Milano, 2009. A. LIGUSTRO, *Diritto al cibo e sovranità alimentare nella prospettiva*

Nel momento in cui ci si confronta con un diritto sociale fluido e avente natura polimorfa, quale il diritto al cibo adeguato, è «importante rilevare come esso possa (e sia) implementato anche con modalità che esulano degli schemi tradizionali della giustiziabilità, grazie ad un processo di tutela che non solo interessa tutti i livelli di governo, ma che viene dal basso, coinvolgendo nel profondo anche la società civile secondo un modello di solidarietà sociale che l'art. 2 della nostra Carta Fondamentale tutela, e attuando quella sussidiarietà orizzontale che la Costituzione riconosce e garantisce all'art 118, comma 2⁴⁷.»

Un esempio comparatistico di regolamentazione del diritto al cibo si rinviene nella legislazione francese la quale, prima con la *loid'orientation agricolen*. 99-574 del 2005 e successivamente con la *loi de modernisation agricole* del 2010, ha dato inizio ad un processo legislativo diretto a coniugare tre aspetti: ambiente, agricoltura e alimentazione al fine di perseguire tre obiettivi, garantire la sovranità⁴⁸ alimentare della Francia, promuovere le scelte alimentari sane e rispettose dell'ambiente nonché ridurre la disuguaglianza nell'accesso alla qualità e al cibo sostenibile.

In altri termini la politica alimentare frutto di questa innovazione legislativa è diretta a promuovere scelte alimentari indirizzate a preservare sia la salute dei cittadini sia l'ambiente. Emerge quindi come l'alimentazione debba essere considerata un fattore di riduzione delle disuguaglianze sociali per consentire a tutti i cittadini l'accesso ad una dieta definibile come sana, sicura e sostenibile.

La legge francese di cui si tratta nel momento in cui coniuga agricoltura e alimentazione di qualità cerca di conferire una dignità giuridica non solamente al cibo ma al concetto di alimentazione sana e di qualità sulla scorta della considerazione secondo cui sussiste un legame indissolubile tra ambiente salubre, agricoltura di qualità e alimentazione sana e sostenibile⁴⁹.

dell'Organizzazione Mondiale del Commercio, in *Diritto pubblico, comparato ed europeo*, numero speciale/2019, pp. 393-420.

⁴⁷ C. DRIGO, *Il diritto al cibo adeguato: fra strumenti normativi vaghi e difficile giustiziabilità, quale ruolo per gli enti territoriali?* In *Federalismi.it*, n.3/2016, p. 23.

⁴⁸ Il fine è quello di assicurare sia la conservazione sia la promozione della capacità di produzione agricola che aveva subito un processo di indebolimento negli ultimi anni.

«La *sovranità alimentare* è un concetto nuovo in virtù del quale i popoli definiscono il loro cibo e le loro modalità di produzione alimentare (agricoltura e la pesca, per esempio), determinando quanto vogliono essere autonomi e proteggere la loro produzione alimentare interna, al fine di regolare il commercio e raggiungere gli obiettivi dello sviluppo sostenibile». Emendamento n. 2522 (art. L. 230-5-4).

⁴⁹ V. PEPE, *Pensare il Futuro. Dare vita a un nuovo modello di ambientalismo*, Cairo, Milano, 2018, pp. 161.167.

L'aspetto originale della «*loi alimentation*» francese concerne l'aver gettato le fondamenta per procedere al pieno riconoscimento di «*droit à l'alimentation*» nel quale confluiscono i rapporti tra ambiente, agricoltura e alimentazione; di conseguenza è stato sostenuto che questa riforma sarebbe idonea a rappresentare una premessa per un riconoscimento implicito di «un diritto al cibo sano e sostenibile come valore costituzionale⁵⁰» nonché ecologicamente orientato e diretto a salvaguardare la dignità umana e la salute dei cittadini⁵¹.

3. La giurisprudenza costituzionale concernente il diritto ad un'alimentazione adeguata.

Una prima pronuncia della Corte costituzionale riferita alle esigenze alimentari del soggetto attiene ad una questione di legittimità costituzionale dell'art. unico del D.P.R. 14.7.1960 n. 1032 nella parte in cui rendeva obbligatorio *erga omnes* l'art. 30 del contratto collettivo nazionale di lavoro del 24.7.1959. La Corte ha ritenuto illegittima costituzionalmente questa disposizione, rapportata all'art. 76 della Costituzione, nella parte in cui riconosceva giustificabile il ritardo con cui il datore di lavoro aveva provveduto al pagamento dei salari sostenendo che questi «soprattutto nei riguardi di semplici operai hanno precipuo carattere alimentare e perciò devono essere corrisposti entro breve tempo dalla prestazione del lavoro (precisamente entro quindici giorni dalla scadenza, a norma del contratto collettivo nazionale di lavoro esteso *erga omnes* con il d.P.R. n. 1032 del 1960)⁵²».

Successivamente in una successiva pronuncia la Consulta evidenziava come l'obbligazione alimentare possieda quale fondamento la «tutela dei beni essenziali della vita e della dignità dell'uomo. Tutela dovuta, per ragioni di solidarietà, ai soggetti della comunità familiare, i quali si trovino in istato di bisogno⁵³».

Durante la conferenza stampa tenutasi successivamente alla sentenza n. 240/1994 il Presidente della Corte costituzionale (Francesco Paolo Casavola) precisò che il primo

⁵⁰ A. MORRONE, *Ipotesi per un diritto costituzionale all'alimentazione*, in G. CERRINA FERONI-T.E.FROSINI-L.MEZZETTI-P.PETRILLO (a cura di), *Ambiente, Energia, Alimentazione. Modelli giuridici comparati per lo sviluppo sostenibile*, vol. I, tomo II, Fondazione CESIFIN, 2016.

⁵¹ L. COLELLA, *La «loi agriculture et alimentation» nel modello francese: il primo passo per l'affermazione del «diritto al cibo sano e sostenibile» come valore costituzionale*, in *Diritto e Giurisprudenza agraria alimentare e dell'ambiente*, n.6/2018, pp. 1-9.

⁵² Corte cost. sent. n. 54/1967.

⁵³ Corte cost., sent. n. 37/1985.

dei diritti dei cittadini è quello di «togliersi la fame» in quanto ritenuto punto di partenza per una vita libera e dignitosa⁵⁴.

In un momento successivo la stessa Corte costituzionale perviene alla definizione di un «diritto a conseguire le prestazioni imprescindibili per alleviare situazioni di estremo bisogno, in particolare alimentare» al quale si aggiunge «il dovere dello Stato di stabilirne le caratteristiche qualitative e quantitative, nel caso in cui la mancanza di una tale previsione possa pregiudicarlo⁵⁵».

In questa occasione la Consulta si era dovuta pronunciare sul ricorso proposto da alcune Regioni contrarie all'istituzione del «fondo speciale destinato al soddisfacimento delle esigenze prioritariamente di natura alimentare e successivamente anche energetiche e sanitarie dei cittadini meno abbienti⁵⁶». La normativa in questione riconosceva una carta acquisti solamente a quei cittadini italiani che versavano in condizione di disagio economico al fine di acquistare determinati beni e servizi essenziali a carico dello Stato. Per il Giudice delle Leggi la normativa trovava copertura negli artt. 2, 3 co.2, 38 e 117 co.2 lett. m) della Costituzione.

In altri termini con la pronuncia n. 10/2010 «il diritto sociale a garanzia delle prestazioni imprescindibili connesse al minimo vitale da parte dello Stato viene ancora letto in una doppia dimensione – come diritto alla garanzia di una specifica prestazione essenziale di natura civile, da un lato, e come adempimento di un dovere sociale, dall'altro –, un ruolo importante nel rendere effettiva questa particolare tipologia di prestazioni resta comunque in capo agli enti locali, in special modo alle Regioni⁵⁷».

La Corte, infatti, nonostante non abbia negato che l'intervento fosse inerente alle politiche sociali ha ritenuto come corretta l'allocazione delle competenze in capo allo Stato in quanto necessaria per soddisfare le esigenze ex art. 117 co.2 lett. m) Cost. quale «competenza trasversale» e, di conseguenza, idonea a restringere l'autonomia

⁵⁴ F.P. CASAVOLA, *Conferenza stampa* del 15 giugno 1994.

⁵⁵ Corte cost., 15.1.2010, n. 10.

A questa si aggiungano le note di A. ANZON DEMMIG, *Potestà legislativa regionale residuale e livelli essenziali delle prestazioni*, in *Giurisprudenza costituzionale* fasc. 1/2010, pp. 155-164, E. LONGO, *I diritti sociali al tempo della crisi. La Consulta salva la social card e ne ricava un nuovo titolo di competenza statale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, fasc. 1/2010, pp. 164-182.; F. SAIITTO, *Quando l'esigenza di tutela della dignità fonda, nell'emergenza economica, la competenza statale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n.1/2010, p. 182 - 195.

⁵⁶ Si trattava della l. n. 6.9.2008, n. 113.

⁵⁷ A. CIERVO, *Il diritto al cibo. Presupposti normativi e precedenti costituzionali di un nuovo diritto fondamentale*, op., cit., p. 66.

legislativa regionale⁵⁸. Nel sostenere la propria decisione la Consulta ha ritenuto legittimo l'intervento statale in quanto «necessario allo scopo di assicurare effettivamente la tutela di soggetti i quali, in condizioni di estremo bisogno, vantino un diritto fondamentale che, in quanto strettamente inerente alla tutela del nucleo irrinunciabile della dignità della persona umana, (...) deve potere essere garantito su tutto il territorio nazionale in modo uniforme, appropriato e tempestivo, mediante una regolamentazione coerente e congrua rispetto a tale scopo (sentenze n. 166 del 2008 e n. 94 del 2007, in riferimento al caso della determinazione dei livelli minimali di fabbisogno abitativo, a tutela di categorie particolarmente svantaggiate)». E il diritto fondamentale la cui tutela può consentire deroghe al riparto di competenze legislative Stato-Regioni è un particolare diritto sociale desunto dai «principi fondamentali degli artt. 2 e 3, comma 2 Cost., dell'art. 38 Cost. e dall'art 117, comma 2 Cost.»: «il diritto a conseguire le prestazioni imprescindibili per alleviare situazioni di estremo bisogno – in particolare, alimentare».

L'interpretazione fornita all'art. 38 Cost., ancorata al principio solidaristico e di uguaglianza, risulta essere innovativa per tre aspetti. In primo luogo per quanto attiene ai destinatari di questa tutela essa ricomprende non solo coloro che sono inabili al lavoro ma anche tutti coloro i quali che, a prescindere dallo *status* costituzionale specificatamente previsto, si trovino in condizioni di estrema indigenza. In secondo luogo altra parte della dottrina ha interpretato questa decisione della Corte come il riconoscimento di un diritto fondamentale a “togliersi la fame”. Infine altri hanno sostenuto come la decisione in questione determini «un ampliamento dal punto di vista soggettivo di un già consacrato diritto all'assistenza, la cui effettività non può prescindere dal sostegno a chiunque versi in una condizione di estremo bisogno nell'accesso ad un bene così essenziale come il cibo⁵⁹.

Successivamente nel 2018 la Corte⁶⁰ è intervenuta nuovamente sul concetto di cibo dichiarando l'illegittimità costituzionale del divieto per i detenuti sottoposti al regime del 41-*bis* di cuocere cibi in quanto contrastante con gli artt. 3 e 27 Cost. Il divieto posto al vaglio del Giudice delle Leggi era diretto a inibire ai detenuti sottoposti al regime dell'art. 41-*bis* ord. penit. di cucinare cibi essendo ammesso solamente la possibilità di riscaldare liquidi e cibi già cotti e per la preparazione di

⁵⁸ C. DRIGO, *Il diritto al cibo adeguato: fra strumenti normativi vaghi e difficile giustiziabilità, quale ruolo per gli enti territoriali?*, *op.cit.*

⁵⁹ C. TRIPODINA, *Il diritto a un'esistenza libera e dignitosa. Sui fondamenti costituzionali del reddito di cittadinanza*, Giappichelli, Torino, 2013p.129.

⁶⁰ Corte cost. n. 186/2018.

bevande⁶¹. Si precisa che gli altri detenuti, per tali intendendo quelli non sottoposti al regime del 41-*bis*, possono ricevere dall'esterno sia acquistare al sopravvitto generi alimentari di uso comune anche richiedono cottura, possono inoltre utilizzare fornelli personali per la preparazione di cibi di facile e rapido approntamento⁶².

La declaratoria di illegittimità costituzionale avverso la disposizione oggetto di esame risulta essere fondata sulla sostenuta incongruità della restrizione rapportata alle finalità di prevenzione del regime differenziato e per questo ritenuta contrastante con gli artt. 3 e 27 Cost: per la Corte, infatti, «il divieto di cottura dei cibi, in quanto previsto in via generale ed astratta in riferimento ai detenuti soggetti al regime carcerario di cui all'art. 41-*bis* ordin. penit., è privo di ragionevole giustificazione. In quanto incongruo e inutile alla luce degli obbiettivi cui tendono le misure restrittive autorizzate dalla disposizione in questione, esso si pone in contrasto con gli artt. 3 e 27 Cost., configurandosi come un'ingiustificata deroga all'ordinario regime carcerario, dotato di valenza meramente e ulteriormente afflittiva».

4. L'approccio giurisprudenziale comunitario e comparato.

La giurisprudenza elaborata a livello sovranazionale e comparato risulta essere maggiormente copiosa rispetto a quella riferibile alla Corte costituzionale italiana.

A livello comparatistico si richiama una pronuncia del Tribunale costituzionale tedesco⁶³ il quale interpretando in combinato disposto il concetto di Stato sociale e di dignità umana è pervenuto a definire il diritto ai beni essenziali comprendenti il diritto all'alimentazione, all'abbigliamento e all'alloggio partendo dalla valutazione degli aiuti concessi ai bambini bisogni e necessari per garantire loro esigenze nutrizionali.

A questa conclusione è pervenuto il Giudice tedesco⁶⁴ sulla scorta di un'interpretazione estensiva del diritto alla vita o a non subire trattamenti degradanti:

⁶¹ Il magistrato di sorveglianza aveva sollevato la questione di legittimità costituzionale evidenziando il contrasto con l'art. 3 Cost., con l'art. 27 Cost. ed infine con l'art. 32 Cost.

⁶² G. ALBERTI, *Per la Corte costituzionale è illegittimo il divieto di cottura dei cibi imposti ai detenuti al 41-*bis**, *Diritto Penale Contemporaneo*, 26.10.2018.

⁶³ *BVerfGE*, 9.2.2010, Hartz IV, RDSS, 2010, *BVerfGE* 1, 97 [104 s.], 19.12.1951, *Hinterbliebenenrente* I, 40.

⁶⁴ Per completezza si segnala come la stessa pronuncia della Corte costituzionale tedesca concernente i sussidi di disoccupazione e di minimo vitale e riguardante il riconoscimento della sussistenza di un diritto fondamentale alla garanzia di un minimo esistenziale il quale, a sua volta, affonda le proprie radici nel principio della dignità umana ai sensi dell'art. 1.1 GG. In tale occasione la Corte ha sostenuto che «non è il diritto costituzionale che di per sé identifica quale sia il bisogno effettivo ma è il legislatore che, una volta conferita la natura di posizione

si tratta di un'interpretazione condivisa anche da alcuni orientamenti giurisprudenziali del Botswana⁶⁵, delle Isole Fiji⁶⁶ e del Lesotho⁶⁷. Ulteriore condivisione interpretativa si rinviene in una pronuncia della Corte Suprema Indiana la quale ha sostenuto come il diritto alla vita e alla libertà personale sancite dall'art. 21 Cost. debbano essere interpretate come inclusive del diritto a possedere beni necessari per vivere un'esistenza libera e dignitosa ricomprendendo quindi l'alimentazione adeguata⁶⁸, i vestiti nonché una abitazione decente⁶⁹.

La medesima argomentazione viene ripresa con riferimento all'art. 12 del Protocollo di San Salvador⁷⁰: la Corte⁷¹ è arrivata a sostenere che il diritto convenzionale alla vita deve essere interpretato quale diritto ad un'esistenza dignitosa la quale, a sua volta, postula che dinnanzi a situazioni di estremo disagio è compito dello Stato adempiere gli obblighi posti in capo allo stesso. Nell'ipotesi in cui lo Stato dovesse risultare inadempiente in relazione alla distribuzione di alimenti e non dovesse soddisfare questo bisogno nei confronti delle popolazioni indigene la Corte non si limiterebbe a rilevare la violazione ma provvederebbe ad adottare sentenze ed ordinanze per monitorare il comportamento delle autorità pubbliche fino a quando la stessa Corte non consideri ripristinata la legalità convenzionale.

giuridica soggettiva alla dignità, deve perimetrarne i confini, senza però giungere a nullificare la posizione giuridica stessa». B. VIMERCATI, *Il diritto ai beni vitali*, in *Rivista Gruppo di Pisa – Dibattito aperto sul Diritto e la Giustizia Costituzionale*, n. 2/2016, p. 15.

⁶⁵ *Sesana and Others v Attorney-General* (2006) AHRLR 183 (BwHC 2006).

⁶⁶ *Rarasea v. The State, Criminal appeal No. HAA0027.2000 of 12 May 2000*.

⁶⁷ *Khathang Tema Baitsokoli and Another v Maseru City Council and Others* (2004) AHRLR 195 (LeCA2004).

⁶⁸ Si precisa che nella Costituzione indiana il diritto all'alimentazione sebbene sia previsto dalla Carta fondamentale non è suscettibile di controllo giurisdizionale in quanto contenuto nella Parte IV della Carta costituzionale e appartiene ai principi direttivi della politica statale. La peculiarità di questi principi è data dalla non diretta giustiziabilità poiché gli stessi non sono precetti *erga omnes* e vincolanti per tutti i soggetti dell'ordinamento ma integrano disposizioni dirette a orientare l'attività del legislatore e del governo federale e nazionale escludendo l'intervento del giudice. M. DICOSOLA, *La Costituzione economica: i principi direttivi della politica statale*, in D. AMIRANTE, C. DECARO, EVA PFÖSTL (a cura di), *La Costituzione indiana. Profili introduttivi*, Giappichelli, Torino 2013, pp. 297-310.

⁶⁹ *Supreme Court of India, Shantistar Builders v. Narayan Khimalal Totame, Civil Appeal No. 2598/1989*, (1990) 1 SCC 520.

Medesimo concetto si rinviene in una pronuncia della Corte Internazionale di Giustizia la quale a proposito della creazione della «barriera di separazione israeliana», ha dichiarato la violazione dell'art. 11 PIDESC determinata dall'aver posto in essere degli ostacoli nei confronti dei cittadini palestinesi l'esercizio di un diritto a un equo e dignitoso standard di vita inclusivo di un vestiario ed alloggio adeguati. *International Court of Justice, Legal Consequences of the Construction of a Wall in the occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004, p. 136.

⁷⁰ *Inter American Court of Human Rights, Villagrán Morales et al. case (the "street children" case)*, 19 novembre 1999, n. 63/1999.

⁷¹ *Inter American Court of Human Rights, Case of the Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay (Merits, Reparations and Costs)*, 17.6.2005.

Ulteriore decisione da richiamare è quella adottata nei confronti dell'etnia degli Ogoni dalla Commissione africana dei diritti dell'uomo e dei popoli⁷² la quale ha condannato la Nigeria per inosservanza del diritto all'alimentazione sulla scorta della definizione ricavata dal General Comment n. 12⁷³.

Se questa è la posizione delle Corti da un punto di vista di diritto comparato per quanto attiene alla giurisprudenza della CEDU emerge come la stessa non annoveri il diritto ad un'alimentazione adeguata tra i diritti sociali poiché lo stesso riceverebbe protezione tramite i principi inderogabili e i diritti fondamentali di immediata e diretta esigibilità. Ad esempio il diritto all'alimentazione adeguata risulta essere tutelato dal diritto alla vita (art. 2 CEDU) tramite il quale viene tutelato il diritto ad una pensione sufficiente da ritenere premessa necessaria al fine di garantire un'esistenza libera e dignitosa alle persone anziane⁷⁴. Ulteriore esempio è dato dall'art. 3 CEDU in base al quale negare il cibo adeguato ad una persona in stato di detenzione viene considerato quale trattamento inumano o degradante vietato dalla Convenzione;⁷⁵ si tratta di un divieto che si realizza anche qualora non venisse riconosciuto al detenuto di religione islamica la possibilità di alimentarsi alla luce dei propri orientamenti e precetti religiosi⁷⁶. Infine si ricorda che le problematiche inerenti al diritto al cibo siano state interpretate come intimamente connesse con il diritto alla vita privata e familiare ai sensi dell'art. 8 CEDU⁷⁷.

5. Il diritto al cibo e la libertà religiosa: cenni.

L'alimentazione possiede una valenza non solamente sul piano fisiologico ma anche su quello sociale e giuspolitico al punto da far sì che la disciplina della produzione, della distribuzione e del consumo di alimenti⁷⁸ sia un aspetto decisivo

⁷² La Commissione africana sui diritti dell'uomo e dei popoli è un organo quasi giudiziario che è stato istituito dalla Carta africana dei diritti umani. G. PASCALE, *La Corte africana dei diritti dell'uomo e dei popoli interviene nell'ambito dell'affare libico. Il principio di complementarità per la prima volta applicato nei rapporti fra Corte e Commissione africana*, in *Diritti Comparati. Comparare i diritti fondamentali in Europa*, 30.1.2012.

⁷³ *Social and Economic Rights Action Center (SERAC), and Center for Economic and Social Rights (CESR)/Nigeria*, 13 October 2001, 155/96:

⁷⁴ Corte CEDU, *Butan and Dragomir v Romania*, 14.2.2008.

⁷⁵ Corte CEDU, *Valašinas v. Lithuania*, 24.10.2001; Corte CEDU, *Kudla v. Poland*, 26.10.2000.

⁷⁶ Corte CEDU, *Jakóbski v. Poland*, 7.12. 2010; Corte CEDU, *Gagiu v. Romania*, 24.2.2009.

⁷⁷ Corte CEDU, *Butan and Dragomir v Romania*, 14.2.2008.

⁷⁸ Vedasi sul punto A. FERRARI, *Cibo, diritto, religione. Problemi di libertà religiosa in una società plurale*, in *Stato, Chiesa e pluralismo confessionale*, n.15/2016.

per unire le persone e quindi per definire una comunità⁷⁹. Queste regole sono state determinate da elementi naturali, geografici, economici ma anche condizionate da aspetti culturali come, ad esempio, le prescrizioni provenienti dalle diverse religioni⁸⁰.

Il diritto fondamentale al cibo adeguato, quindi, è accompagnato da un altro diritto fondamentale ossia quello della libertà religiosa dalla cui unione deriva il rispetto della libertà religiosa anche in ambito alimentare⁸¹. Si richiama, a tal proposito, il d.p.r. 13 maggio 2005, *Approvazione del documento programmatico relativo alla politica dell'immigrazione e degli stranieri nel territorio dello Stato per il triennio 2004-2006* il cui allegato, al n. 2.18, pone delle precisazioni in relazione alle religioni per le quali lo Stato italiano non ha stipulato apposite convenzioni stabilendo che «ai musulmani è garantito il diritto al vitto e il diritto di consumare i pasti dopo il tramonto nel periodo del Ramadan» e precisando successivamente che l'ordinamento penitenziario italiano «consente a tutti i detenuti la libertà di professare, di praticare e di istruirsi nella propria fede religiosa» e che a questo diritto corrisponde «un dovere dell'Amministrazione di predisporre gli strumenti per renderne operativo l'esercizio».

Il diritto ad alimentarsi in base ai dettami della propria fede integra un esercizio del diritto di libertà religiosa tutelato dall'art. 19 della Costituzione italiana e definito dalla dottrina come «libertà religiosa alimentare⁸²». Il diritto al cibo rientra quindi tra le tutele apprestate ai diritti di libertà⁸³ per due motivi essenzialmente: in primo luogo perché concerne la soddisfazione di un bisogno primario e, in secondo luogo, perché concerne l'esercizio delle libertà giuridiche predisposte per garantire il diritto della persona di essere sé stessa. In altri termini «lescelte alimentari si traducono

⁷⁹ Il codice alimentare musulmano, ad esempio, è strettamente connesso con quello sociale: il riferimento va alla *zakāt* oggetto della quale possono essere solamente gli alimenti derivanti dalla lavorazione dei campi necessari per il nutrimento dell'uomo; considerazioni analoghe valgono per il *Ramaḍān*: durante lo stesso l'obbligo di digiuno prevede tassative eccezioni come a confermare il carattere strumentale e funzionale di questa disciplina nella quale converge sia le necessità di autocontrollo sia di prudenza nel rapporto con il cibo. L. ASCANIO, *Le regole alimentari nel diritto musulmano*, in A. CHIZZONITI, M. TALLACCHINI (a cura di), *Cibo e religione: diritto e diritti*, Quaderni del dipartimento di scienze giuridiche, Libellula, 2010, pp. 63-86. M. HASHIM KAMALI, *The Middle Path of Moderation in Islam: The Qur'ānic Principle of Wasaṭiyyah*, Oxford University Press, Oxford 2015, pp. 167-89.

⁸⁰ F. ALICINIO, *Cibo e religione nell'età dei diritti e della diversità culturale*, in *ParoleChiave*, fasc. 2/2017, pp. 173-186.

⁸¹ A. G. CHIZZONITI (a cura di), *Cibo, religione e diritto. Nutrimento per il corpo e per l'anima*, Libellula, Lecce, 2015, p. 254.

⁸² M. SALANI, *A tavola con le religioni*, Dehoniane, Bologna, 2007. V. DI IESO, *Taoismo in uno sguardo* VozzaEditore, Caserta, 2012. G. BONI, A. ZANOTTI, *Sangue e diritto nella Chiesa. Contributo ad una lettura dell'Occidente cristiano*, Il Mulino, Bologna, 2009.

⁸³ A. FUCCILLO, *Il cibo degli dei. Diritto, religioni, mercati alimentari*, Giappichelli, Torino, 2016.

perciò in scelte di libertà dettate dal proprio modo di essere e di vivere, nel pieno rispetto dell'orientamento religioso di ciascuno⁸⁴».

6. Diritto al cibo, diritto all'ambiente e tradizioni.

Il diritto al cibo, o meglio il diritto all'alimentazione, è una materia che non può essere considerata aliena al diritto dell'ambiente nonostante il primo sia oggetto privilegiato di studi di altre discipline giuridiche, come, ad esempio, il diritto agrario. Il *trait d'union* che si realizza tra diritto al cibo e diritto all'ambiente si intravede nel momento in cui il secondo viene interpretato non quale elemento considerato atomisticamente ma quale aspetto capace di condizionare il sistema delle relazioni e quindi alludendo all'ambiente in senso giuridico⁸⁵.

Il cibo diviene quindi l'elemento che congiunge la vita interpretata in modo individuale, ossia la necessità per il singolo di alimentarsi per raggiungere o mantenere il proprio stato di salute, alla vita in senso sociale, a quella in senso ecologico⁸⁶.

Dall'intreccio di queste sfumature emerge quindi che la diversità alimentare diviene un valore suscettibile di assumere rilevanza giuridica rapportato al livello del binomio sistema-ambiente. A tal proposito si richiama quanto sostenuto dalla FAO nel 2004, ossia, che «l'agricoltura moderna ha incoraggiato molti agricoltori a utilizzare specie uniformi di piante o animali ad alto rendimento, ma quando i produttori alimentari abbandonano la diversità, possono scomparire varietà e specie, con le rispettive caratteristiche genetiche. Questa rapida diminuzione della diversità genetica preoccupa [...] nell'ultimo secolo sono scomparsi tre quarti delle diversità genetiche delle colture agricole. Inoltre, su 6.300 varietà animali, 1.350 sono in pericolo di estinzione o sono già estinte⁸⁷» ed evidenziando che non appena i paesi abbandonano la produzione di cibi locali tradizionali si assiste ad una riduzione della varietà degli alimenti.

⁸⁴ A. VALLETTA, *Il diritto al cibo religiosamente orientato in tempo di pandemia*, in *Stato, Chiesa e pluralismo confessionale*, n. 13/2020, p. 111.

⁸⁵ M. MONTEDURO, *Diritto dell'ambiente e diversità alimentare*, in *Rivista Quadrimestrale di Diritto dell'Ambiente*, n. 1/2015, pp. 88-131.

⁸⁶ V. PEPE, *La tutela dell'ambiente e la biodiversità culturale*, in *Riv. giur. ambiente*, 2007, pp. 33 ss.L. MAFFI – E. WOODLEY, *Biocultural diversity conservation: a global sourcebook*, Earthscan, 2010, pp. 5-6.

⁸⁷ FAO, *Biodiversità: la nostra alimentazione ne dipende*, Roma, 2004.

Il problema, in altri termini, nasce dal fatto che globalizzazione ed omogeneizzazione hanno sostituito le culture alimentari locali: le coltivazioni ad alto rendimento nonché l'agricoltura monocultura ha assunto il posto della biodiversità. Quello che emerge è che i metodi agricoli di carattere industriale hanno prodotto quale risultato finale quello non solo di danneggiare le zone agroecologiche ma anche attinente all'insorgenza di patologie croniche legate alla dieta e forme di malnutrizione. È stato dimostrato che le culture tradizionali e locali «contengono tesori di conoscenza provenienti da culture e da modelli di vita in ecosistemi locali che si sono evoluti per un lungo tempo» ed ha evidenziato «le dimensioni di natura e cultura che definiscono un sistema alimentare», da proteggere contro il rischio della loro distruzione⁸⁸.

La diversità alimentare risulta essere la sintesi tra la diversità dei territori di origine e le relative comunità eredi e custodi del cibo tipico di quei territori: l'elemento chiave è rappresentato dal fatto che quelli che possono essere definiti come «patrimoni alimentari⁸⁹» sono connessi in modo specifico solamente a un determinato terreno inteso come porzione di spazio materiale dotato di peculiari caratteristiche fisico-chimiche, climatiche e agronomiche ma anche come luogo di insediamento di una determinata comunità in un arco di tempo lungo⁹⁰.

Questa connessione viene espressa anche mediante la circostanza che i diversi territori vantano un diritto ad auto-rappresentare le loro «identità alimentari⁹¹» non solamente tramite i loro prodotti tipici ma anche mediante i propri modelli di cultura alimentare. Si tratta di una dimensione non priva di riflessi giuridici: richiamando la Costituzione italiana essa può trovare aggancio nel principio autonomistico (artt. 5 e 114) ed in quello di differenziazione (art. 118 Cost.) a cui si deve aggiungere il «diritto all'identità culturale regionale⁹²» e il «diritto allo sviluppo di patrimoni alimentari locali⁹³».

⁸⁸ H.V. KUHNLEIN, B. ERASMUS, D. SPIGELSKI (eds.), *Indigenous Peoples' food systems: the many dimensions of culture, diversity and environment for nutrition and health*, Food and Agriculture Organization of the United Nations, Centre for Indigenous Peoples' Nutrition and Environment, Rome, 2009, p. 3

⁸⁹ J. BESSIÈRE, L. TIBÈRE, *Editorial: Patrimoines alimentaires*, in *Anthropology of food*, n. 8/2011.

⁹⁰ G. STRAMBI, *I prodotti tradizionali e la politica di qualità dell'Unione Europea*, in *Rivista di Diritto Alimentare*, n. 1/2010, p. 13.

⁹¹ W. TORTORELLA, F. TRACLÒ, *Governo del territorio e identità alimentari: un patrimonio della tradizione, un valore del futuro*, Cittalia Fondazione Anci ricerche, Roma, 2008.

⁹² I. RUGGIU, *Identità culturale*, in A. MORELLI, L. TRUCCO (a cura di), *Diritti e autonomie territoriali*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 490.

⁹³ L. CONTE, *Autonomie territoriali e cultura*, in A. MORELLI, L. TRUCCO (a cura di), *Diritti e autonomie territoriali*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 461.

7. Il diritto al cibo come diritto umano.

Partendo dalla considerazione secondo cui il diritto al cibo può essere fatto rientrare nei beni vitali e primari⁹⁴ è possibile condurre l'analisi anche in una prospettiva storico-filosofica al fine di evidenziarne l'importanza.

Il primo riferimento storico si rinviene nell'antica Grecia all'interno della quale l'importanza dei beni vitali era stata collegata alla nascita della *polis* poiché quest'ultima doveva essere ritenuta una struttura capace di rispondere all'esigenza imprescindibile dell'uomo concernente la soddisfazione dei propri bisogni. Platone ne *La Repubblica* indica una graduatoria dei bisogni e dei beni fondamentali articolandoli in base alla loro importanza rapportata alla sussistenza minima degli individui⁹⁵.

La medesima idea si rinviene nella Dichiarazione dei diritti dell'uomo e dei cittadini frutto dei moti della Rivoluzione francese alla base della quale vi era l'ideale condiviso di ri-costruire un ordine sociale ritenuto "più giusto" e diretto a offrire «la sussistenza ai cittadini disgraziati, sia procurando loro del lavoro, sia assicurando i mezzi di esistenza a chi non è in grado di lavorare⁹⁶». È stato osservato come a partire dalla Dichiarazione dei diritti l'aspetto innovativo concerne l'emersione di una nuova prospettiva diretta ad interpretare i principi della libertà e dell'uguaglianza anche sotto un profilo sostanziale e non solo meramente formale. Questo cambiamento

⁹⁴ Essi sono stati definiti come «quelle cose che si suppone un individuo razionale voglia qualsiasi altra cosa egli voglia. Indipendentemente dai particolari dei piani di vita razionali di un individuo, si assume che vi sono diverse cose che un individuo preferirebbe avere in più invece che in meno. Con più di questi beni, generalmente gli uomini possono garantirsi un maggior successo nel realizzare le proprie intenzioni e nel raggiungere i propri fini, quali che essi siano. I beni sociali primari, raggruppati per ampie categorie, sono diritti e libertà, opportunità e poteri, reddito e ricchezza (Un bene primario molto importante è [anche] la coscienza del proprio valore [...]). In generale sembra evidente che questi si adattano alla definizione di bene primario. Essi sono beni sociali per via della loro connessione con la struttura fondamentale; libertà e poteri sono definiti dalle regole delle istituzioni maggiori, e anche la distribuzione del reddito e della ricchezza è regolata da queste ultime». J. RAWLS, *A theory of justice*, Harvard University Press, 1971, trad. it. U. SANTINI, *Una teoria della giustizia*, Feltrinelli, Milano, pp. 90-91.

⁹⁵ «Ora il primo e principale dei nostri bisogni è la provvista di cibo per l'esistenza e la vita. Il secondo è l'abitazione e il terzo è l'abbigliamento e cose simili». PLATONE, *Repubblica*, II, 369 d. L.M. BASSANI, A. MINGARDI, *Dalla polis allo Stato: introduzione alla storia del pensiero politico*, Giappichelli, Milano, 2015. Ulteriore distinzione provvede a scindere tra bisogni naturali per tali intendendo quei bisogni che sono «una conseguenza della nostra conformazione: noi siamo conformati in modo da aver bisogno di nutrimento o da non poter vivere senza alimenti» e artificiali, ossia «una conseguenza delle nostre abitudini». E. B. DE CONDILLAC, *Il commercio e il governo considerati l'uno relativamente all'altro*, 1816.

⁹⁶ Art. 21 della Costituzione francese del 1793.

consente di rivendicare il «diritto ad avere la propria parte nella distribuzione dei beni economici e morali della comunità⁹⁷».

Attualmente si può sostenere come il consenso sia diffuso⁹⁸ per quanto attiene all'idea che i diritti umani debbano essere interpretati al fine da includere non solamente i «diritti negativi» ma anche i diritti che implicano l'accesso a risorse indispensabili per la vita umana, ossia i «diritti positivi» sulla scorta della considerazione secondo cui essi tutelano i diritti umani vitali i quali, a loro volta, risultano essere il presupposto per l'esercizio delle libertà.

In altri termini «i bisogni fondamentali, dunque, devono essere intesi con riferimento a questa idea di vita umana decente. Sono le condizioni che devono essere soddisfatte affinché una persona abbia una vita decente date le condizioni ambientali che si trova ad affrontare⁹⁹». I bisogni fondamentali possiedono una tipologia di urgenza morale che si cerca di rinvenire e di giustificare ricorrendo al concetto di diritti umani. Questi ultimi possiedono quale peculiarità quella di imporre agli altri il dovere di giustizia di adempierli e che richiedono di prendere in considerazione non solamente l'interesse del titolare del diritto ma anche di coloro i quali il cui comportamento risulterebbe essere limitato dall'esistenza del diritto.

A causa di questa problematica le teorie inerenti alla concettualizzazione dei diritti umani tendono a ritenere i requisiti della personalità e praticabilità come elementi indefettibili dell'esistenza stessa dei diritti umani. È stato sostenuto che l'esistenza di un diritto umano «deve dipendere, in una certa misura, dal fatto che si tratti o meno di una pretesa effettiva e socialmente realizzabile¹⁰⁰»: se i diritti umani si dovessero fondare solamente sulla personalità il contenuto degli stessi potrebbe espandersi in maniera indefinita. Il correttivo viene fornito dalla praticabilità poiché essa assicura che le pretese dei diritti non siano eccedenti rispetto a quanto è possibile realizzare in una società particolare e in un particolare stadio dello sviluppo della stessa.

Il diritto all'alimentazione adeguata può essere qualificato come diritto umano anche per un'altra ragione che si rinviene dallo scopo che i diritti umani perseguono, ossia, non solamente orientare il comportamento di coloro i quali sono a stretto

⁹⁷ G. DE RUGGIERO, *Storia del liberalismo europeo*, Laterza, Roma-Bari, p. 67. F. SORRENTINO, *Eguaglianza*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 3.

⁹⁸ Nonostante sia diffuso non è universale poiché parte della dottrina qualifica come veri diritti solamente le libertà che implicano l'astensione da parte degli altri.

⁹⁹ D. MILLER, *Diritti umani, bisogni fondamentali e scarsità*, in *Ragion Pratica*, fasc. 2/2007, p. 438.

J. NICKEL, *Poverty and Rights*, in *Philosophical Quarterly*, n.55/2005, pp. 385-402.

¹⁰⁰ J. GRIFFIN, *First Steps in an Account of Human Rights*, in *European Journal of Philosophy*, n.9/2001, p. 315.

contatto con le persone i cui bisogni umani non sono soddisfatti ma anche per stabilire e guidare l'azione dei governi e delle organizzazioni internazionali. Di conseguenza la scarsità di una risorsa può integrare una violazione dei diritti umani a condizione che la stessa possa essere prevenuta dall'azione umana. In altri termini «un governo, cioè, infrange i diritti umani non solo quando non riesce ad assicurare che il cibo sia distribuito correttamente durante una carestia, ma anche quando non riesce ad adottare le misure idonee per impedire innanzitutto che la carestia si verifichi, accumulando, per esempio, le derrate alimentari essenziali. Per questo abbiamo bisogno di una concezione dei diritti umani che *non* sia sensibile alla quantità di risorse disponibili in una società in un dato momento, ma sia fondata direttamente sui bisogni umani intesi come requisiti di una vita minimamente decente¹⁰¹».

Rapportato all'esempio del diritto al cibo questo postula, *in primis*, il dovere di non togliere il cibo alla persona affamata e solo successivamente diversi doveri come accertarsi che le condizioni che conducono alla fame non si realizzino¹⁰². Spesso ci si riferisce alla scarsità delle risorse nel momento in cui si affronta la problematica dei diritti umani rapportata al diritto al cibo, all'acqua, alle cure mediche senza precisare come si tratti di una scarsità contingente poiché derivante da una combinazione di fattori naturali ed umani e, nonostante la scarsità possa essere molto difficile da superare nel breve periodo, l'obiettivo dei diritti è tarato sul lungo periodo e coinvolge organismi internazionali.

Definire il diritto al cibo come un diritto umano produce quale conseguenza quella di definire precisamente gli obblighi che incombono sugli Stati, la disponibilità e l'accessibilità di adeguati rimedi per rendere effettiva la giustiziabilità sul piano internazionale. A tal fine il Comitato per i diritti umani potrebbe esplicitare in maniera più chiara la definizione di diritto al cibo e, contemporaneamente, avviare un'attività diretta a tutelare in maniera effettiva il diritto al cibo¹⁰³. La tutela è stata ritenuta doverosa poiché «il diritto ad un cibo adeguato, pertanto, diviene giuridicamente «fonte costituzionale» di *dignità umana* che come tale impegna *in primis* tutte le istituzioni pubbliche a garantirlo nella sua concreta accessibilità. Esso

¹⁰¹ D. MILLER, *Diritti umani, bisogni fondamentali e scarsità*, op., cit. p. 445.

¹⁰² O. O'NEILL, *The Dark Side of Human Rights*, in *International Affairs*, n.81/2005, pp. 427-439.

¹⁰³ S. NEGRI, *La sicurezza alimentare tra sfide globali e diritti emergenti*, in *Iura & Legal System*, n.16/2015, pp. 220-228.

cioè è un bene sì «capitale», ma in quanto fondamentale alla vita prima ancora che all'economia¹⁰⁴».

In molti ordinamenti giuridici sono le stesse Costituzioni a riconoscere in modo diretto e a fornire gli strumenti per azionare il diritto al cibo dinnanzi a Corti di rango costituzionale¹⁰⁵ sulla scorta della considerazione secondo cui il diritto al cibo deve essere soggetto al controllo giurisdizionale¹⁰⁶. Questa problematica si pone con particolare veemenza negli ordinamenti giuridici, come quello italiano, privi di riferimenti costituzionali espliciti, caratterizzati dalla discrezionalità interpretativa dei giudici custodi e dotati di maggiore autonomia per quanto attiene alla protezione del diritto di cui si tratta.

È stato osservato che sono proprio i giudici nazionali a integrare «la via più efficace alla attuazione dei diritti umani in quanto ess(i) sono compost(i) da giudici indipendenti rispetto agli esecutivi; operano secondo un procedimento percepito come legittimo dai cittadini e dalle vittime di violazioni dei diritti umani; per la loro familiarità con il contesto nel quale operano, sono in grado di offrire quelle soluzioni giurisprudenziali che risultano politicamente più accettabili e giuridicamente più efficaci rispetto all'intervento di corti di rango internazionale¹⁰⁷».

In conclusione nel momento in cui ci si appropria al diritto al cibo come diritto umano non ci si confronta con un diritto definibile come “nuovo¹⁰⁸” ma con una nuova consapevolezza legata all'esistenza di un diritto inviolabile, consolidato ed intimamente correlato al diritto alla vita e all'integrità fisica. La difficoltà nel trovare una collocazione dogmatica a questo diritto deriva dalla suo essere complesso poiché esso contiene: un diritto umano fondamentale e strumentale al godimento di altri diritti, un diritto culturale e un diritto economico.

¹⁰⁴ A. GUSMAI, *L'accessibilità economica al «cibo adeguato» attraverso i servizi pubblici locali: rilievi preliminari*, in *Dirittifondamentali.it*, fasc. 1/2015, p. 8.

¹⁰⁵ M. PIERRI, *Diritto al cibo, diversità alimentare e agrobiodiversità: quali strumenti di tutela? Osservazioni su alcune esperienze significative tra diritto internazionale e sovranità nazionale*, in *Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente*, n.2/2016, pp. 34-46.

¹⁰⁶ S. ROSINI, *Il diritto al cibo tra accesso e giustiziabilità: il contributo dell'Italia sul tema nei principali sistemi multilaterali*, in M. DE CASTRIS, (a cura di) *Cibo e società. Una relazione da esplorare*, RomaTrePress, Roma, 2018, p. 137.

¹⁰⁷ A. RINELLA, H. OKORONKO, *Sovranità alimentare e diritto al cibo*, in *Dir. pub. comp. eur*, 2015, p. 107.

¹⁰⁸ S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Editori Laterza, Roma-Bari, 2012, p. 199.

8. Conclusioni: la sovranità alimentare quale preconditione per garantire il diritto al cibo.

La possibile soluzione nella distribuzione di una risorsa scarsa e che al tempo stesso integra un diritto umano è stata rinvenuta nell'attuazione della sovranità alimentare¹⁰⁹: tramite essa si cerca di esaltare il carattere poliedrico del diritto al cibo sottolineando il legame sussistente tra il valore culturale della terra, il funzionamento dello stato sociale, la lotta contro la povertà ed infine il contrasto alla fame e alla malnutrizione.

Il concetto di sovranità alimentare evidenzia l'ambito "spaziale" del diritto al cibo la cui effettività soggiace agli orientamenti della rete internazionale dei soggetti che governano l'economia: a titolo esemplificativo *World Trade Organization (WTO)* e *l'International Monetary Found (IMF)* nonché la *World Bank*¹¹⁰. Questa dimensione internazionale, a causa delle conseguenze proprie della globalizzazione, sta subendo una progressiva estensione al punto da poter divenire una minaccia anche per gli Stati Occidentali. Per questo motivo la *food sovereignty* è diretta non solamente a ridurre la povertà nelle aree rurali ma anche a ridimensionare le problematiche connesse alla fame¹¹¹.

Uno dei principali pilastri della sovranità alimentare è dato dal trattare il cibo come un bene particolare alla luce delle funzioni che lo stesso assolve¹¹²: il merito¹¹³ di

¹⁰⁹ Una possibile definizione risulta essere la seguente: «in quei paesi in cui gli Stati non sono in grado di sostenere l'attività dei piccoli agricoltori locali e di difenderli dall'aggressione degli operatori internazionali, [...] il governo del cibo sfugge alla sovranità nazionale e alla logica dei sistemi democratici. L'idea della sovranità alimentare rappresenta il tentativo di proporre una linea politica e normativa alternativa al sistema dominante». A. RINELLA, H. OKORONKO, *Sovranità alimentare e diritto al cibo, op., cit.*, p. 90.

È stato definito altresì come concetto filosofico per indicare le origini del concetto di sovranità alimentare e quindi alludendo al movimento del 1966 nato dai contadini messicani di Via Campesina. V. TLAXCALA *Declaration of the Via Campesina*, Tlaxcala, Mexico, 18-21 aprile 1996, in www.virtualsask.com/via/lavia.deceng.html.

¹¹⁰ L'aspetto problematico concerne la mercificazione del cibo promossa da dette organizzazioni internazionali a cui si deve aggiungere la progressiva liberalizzazione dei brevetti per quanto attiene a settori che qualche decennio fa non erano considerati come mercificabili, come le piante da semi. In questo modo le colture locali che inizialmente erano prerogativa delle popolazioni locali e di gruppi di indigeni sono state oggetto di una spoliatura ad opera delle multinazionali. U. MATTEI, L. NADER, *Il saccheggio. Regime di legalità e trasformazioni globali*, Bruno Mondadori, Milano-Torino 2010, pp. 89-95.

¹¹¹ R. PRASAD CHAPAGAI, *Review of the legislative framework and jurisprudence concerning the right to adequate food in Nepal*, FAO, Rome 2014, pp. 6-13.

Si evidenzia che spesso coloro che sostengono la sovranità alimentare coincidono con coloro i quali difendono le istanze delle popolazioni più povere.

¹¹² G. GEREFFI, M. CHRISTIAN, *The Impacts of Wal-Mart: The Rise and Consequences of the World's Dominant Retailer*, in *Annual Review of Sociology*, vol. 35, n.1/2009, pp. 573-591.

¹¹³ Sussistono anche degli aspetti problematici tra cui il rischio che le rivendicazioni dei sostenitori della sovranità alimentare possano trasformarsi in una politica dai connotati sovranisti determinando quale

questo approccio si rinviene proprio nel definire il cibo come «fondamentale diritto umano dal quale scaturiscono, anche in virtù dei trattati internazionali sui diritti umani, una serie di obblighi a carico degli Stati¹¹⁴».

Volendo schematizzare gli aspetti che connotano i movimenti che promuovono la sovranità alimentare emergono le seguenti priorità: riportare al centro del sistema il diritto al cibo, contrastare l'affermazione secondo cui per assicurare il nutrimento della popolazione mondiale si deve garantire la *food security* mediante un sistema di mercato in cui solamente una minoranza dei popoli vi partecipa, ricercare soluzioni democratiche per la *food security* idonee a garantire la dignità dell'uomo, la tutela della salute umana e dell'ambiente¹¹⁵.

Una prima enucleazione giuridica del concetto di sovranità alimentare si rinviene nelle Costituzioni dell'America Latina e precisamente in quella dell'Ecuador e della Bolivia nelle quali viene riconosciuta la sovranità alimentare intesa come principio costituzionale in senso stretto¹¹⁶.

Partendo dalla prima l'art. 281 co.1 postula che «la sovranità alimentare è un obiettivo strategico e rappresenta un'obbligazione per lo Stato affinché garantisca che le persone, le comunità, i popoli e le nazioni raggiungano una permanente autosufficienza nell'accesso ad un cibo sano e culturalmente appropriato¹¹⁷», il comma successivo contiene un elenco di obiettivi appartenenti alla competenza dello Stato locale e delle autonomie come: il rafforzamento, la diversificazione e l'introduzione di tecnologie ecologiche nella produzione agroalimentare, il promovimento delle politiche redistributive della terra, la garanzia che gli animali destinati all'alimentazione umana siano allevati in un ambiente sano, il divieto di pratiche monopolistiche e speculative sui prodotti alimentari nonché il divieto di consumo di alimenti che possano mettere a rischio il benessere fisico dei cittadini.

L'art. 407 della Costituzione boliviana riconosce espressamente la sovranità alimentare quale principio fondamentale declinando, di conseguenza, le diverse

conseguenza un atteggiamento di chiusura nei confronti della globalizzazione al punto da sostenere un protezionismo alimentare. J. BOVE, F. DUFOUR, *Il mondo non è in vendita. Agricoltori contro la globalizzazione alimentare*, Feltrinelli, Milano 2000, pp. 169-82.

¹¹⁴ A. RINELLA, H. OKORONKO, *Sovranità alimentare e diritto al cibo*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n.1/2015, pp. 108-109.

¹¹⁵ P. MCMICHAEL, *Historicizing Food Sovereignty: a Food Regime Perspective*, paper in *Food Sovereignty: a Critical Dialogue*, International Conference Yale University, September 2013.

¹¹⁶ G. ROLLA, *L'evoluzione del costituzionalismo in America latina e l'originalità delle esperienze di giustizia costituzionale*, in <http://ojs.uniurb.it/index.php/studi-A/article/download/109/101>.

¹¹⁷ S. BALDIN, *La rifondazione di Ecuador e Bolivia e l'emersione costituzionale della tradizione meticcica*, in www.forumcostituzionale.it, 3.10.2013

tipologie di interventi pubblici in detto settore quali: la definizione a livello legislativo di meccanismi di produzione agricola, la promozione sia della commercializzazione sia del consumo, l'incentivazione di progetti ecosostenibili nel rispetto del suolo e delle caratteristiche idriche e geologiche dei territori. A questo si aggiunga la predisposizione di una "banca dei semi nazionale" diretta a controllare sia l'ingresso che l'uscita dal territorio statale delle risorse biologiche e genetiche del paese il tutto con l'obiettivo di tutelare i settori produttivi rurali e maggiormente poveri¹¹⁸.

In conclusione sebbene la costituzionalizzazione del diritto al cibo e/o della sovranità alimentare possono rappresentare un aspetto importante poiché lo Stato si troverebbe a dover attuare e dar seguito agli impegni e obblighi assunti¹¹⁹, essa non sarebbe idonea a rendere effettivo questo diritto. All'atto di costituzionalizzazione devono far seguito delle politiche specifiche dirette all'adempimento degli obblighi discendenti dalla codificazione del diritto di accesso al cibo adeguato.

¹¹⁸ A. CIERVO, *Il diritto al cibo. Presupposti normativi e precedenti costituzionali di un nuovo diritto fondamentale*, op., ult., cit.

¹¹⁹ A questo si deve aggiungere che includere la sovranità nella propria Carta costituzionale significa anche tutelare il diritto di accesso alle risorse necessarie a produrre il proprio cibo, il diritto di governare e conservare le proprie culture e tradizioni alimentari.

SEQUESTRO PREVENTIVO FINALIZZATO ALLA CONFISCA DI SOMME DI DENARO COSTITUENTI “PROFITTO DEL REATO”:UNA *VEXATA QUAESTIO* SOTTOPOSTA A UN NUOVO VAGLIO DELLE SEZIONI UNITE

Luigi Capriello*

ABSTRACT [ITA]: Con l’ordinanza di rimessione in commento, la Corte di cassazione è tornata ad analizzare il tema della natura della confisca – e conseguentemente del sequestro preventivo ad essa finalizzato – delle somme di denaro costituenti prezzo o profitto del reato. La questione, già oggetto di numerose pronunce delle Sezioni unite, è stata nuovamente sottoposta al vaglio di queste ultime sul presupposto che i principi sanciti in materia dai precedenti arresti giurisprudenziali (in particolare dalla sentenza Lucci), lungi dall’eliminare le criticità applicative rilevate in ordine alle misure ablatorie anzidette, necessitano di essere ulteriormente definiti nella loro portata applicativa, in una prospettiva di conformità ai principi convenzionali e costituzionali rilevanti in materia.

ABSTRACT [ENG]: *With the referral order, the Court of Cassation has returned to analyze the topic of the nature of the confiscation – and consequently of the preventive seizure aimed at it – of the sums of money constituting the price or profit of the crime. The issue, which has already been the subject of numerous judgments by the united Sections, was subjected again to scrutiny by the latter on the assumption that the principles sanctioned on the topic by the previous jurisprudential analysis (in particular by the Lucci judgment), far from eliminating the application criticalities found in regarding the aforementioned ablation measures, need to be further defined in their scope of application, in a perspective of compliance with the relevant conventional and constitutional principles.*

* Avvocato e Dottorando di ricerca in diritto penale, Università degli Studi “Mediterranea” di Reggio Calabria.

SOMMARIO: **1.** Premessa. - **2.** Origine e fondamento del sequestro preventivo. - **3.** Il sequestro preventivo finalizzato alla confisca. - **4.** La questione dibattuta. - **5.** Il nesso di pertinenzialità. - **6.** La controversa nozione di profitto. - **7.** Il sequestro preventivo finalizzato alla confisca di somme di denaro costituenti "profitto del reato". - **8.** L'analisi condotta dalla Sezione rimettente e il quesito rivolto alle Sezioni Unite. - **9.** Conclusione: esigenze di razionalizzazione del sistema in una prospettiva costituzionalmente e convenzionalmente orientata.

1. Premessa.

Com'è noto, il sequestro si sostanzia nello «spossessamento coattivo» di determinati beni che si trovano nella titolarità o disponibilità del soggetto destinatario della misura¹. Si tratta, dunque, di un provvedimento mediante il quale l'autorità giudiziaria incide sulla sfera patrimoniale dell'individuo attraverso la creazione di un vincolo di indisponibilità temporanea (che diventa definitiva nel caso di conversione del sequestro in confisca). Se tale caratteristica accomuna tutte le ipotesi di sequestro disciplinate nel nostro ordinamento, non può dirsi altrettanto in ordine alla finalità dell'ablazione, con riferimento alla quale si distinguono diverse fattispecie. Tra queste vi è il sequestro preventivo (artt. 321-325 c.p.p.), il quale, assolvendo una funzione cautelare, si caratterizza per la provvisorietà – da intendersi come delimitazione temporale dei suoi effetti – e la strumentalità della misura, rispetto all'oggetto del processo di cognizione².

In dettaglio, il sequestro preventivo si sostanzia nell'ablazione – mediante l'apprensione e la custodia – delle cose pertinenti al reato, al fine di evitare che la libera disponibilità delle stesse possa aggravarne o protrarne le conseguenze ovvero agevolare la commissione di altri illeciti (c.d. sequestro preventivo impeditivo, art. 321, comma 1, c.p.p.), nonché sulle cose che possono costituire oggetto di ablazione

¹ TONINI, Manuale di procedura penale, XIX ed., Milano, 2018, pp. 373 ss.

² L'esigenza di ricorrere a questo come agli altri provvedimenti cautelari è dovuta alla circostanza che tra l'inizio del procedimento e il momento in cui viene data esecuzione alla sentenza intercorre un intervallo di tempo (spesso molto ampio), durante il quale possono verificarsi eventi pregiudizievoli in ordine alle conseguenze del reato e all'efficacia della sentenza. Si rende necessario, quindi, un immediato intervento dell'autorità giudiziaria, volto a cristallizzare la situazione di fatto esistente al momento dell'inizio del procedimento.

definitiva (c.d. sequestro preventivo finalizzato alla confisca, art. 321, comma 2, c.p.p.).

Con l'ordinanza in commento (Cass., Sez. VI, 17 novembre 2020, n. 7021, dep. 23 febbraio 2021), la sesta Sezione della Corte di cassazione, rimettendo la decisione del ricorso al Supremo Consesso, ha analizzato, nuovamente, il tema della natura – diretta o per equivalente – della confisca (i cui effetti sono anticipati mediante l'applicazione del sequestro preventivo *ex* art. 321, comma 2, c.p.p.) delle somme di denaro giacenti su conto corrente bancario. La questione che viene in rilievo, per come precisato dalla stessa Sezione rimettente, attiene alla definizione della portata applicativa dei principi di diritto affermati dalle Sezioni unite Lucci³, secondo cui «qualora il prezzo o il profitto c.d. accrescitivo derivante dal reato sia costituito da denaro, la confisca delle somme depositate su conto corrente bancario, di cui il soggetto abbia la disponibilità, deve essere qualificata come confisca diretta e, in considerazione della natura del bene, non necessita della prova del nesso di derivazione diretta tra la somma materialmente oggetto della ablazione e il reato».

Appare evidente come la questione in esame assuma carattere di particolare rilevanza pratica e giuridica, atteso che alla soluzione della stessa è sottesa la necessità di dare preliminare risposta al seguente quesito: se «un sequestro qualificato come funzionale alla confisca diretta [...] continui ad avere natura di misura di sicurezza anche quando della misura di sicurezza non abbia una componente essenziale, quella cioè, relativa all'accertamento del nesso di derivazione della cosa dal reato, e non finisca invece per assumere di fatto, sul piano sostanziale, natura punitiva, mutando pertanto natura giuridica, con tutto ciò che ne consegue in termini di principi, di disciplina, di compatibilità con il quadro costituzionale e convenzionale»⁴.

Le Sezioni unite si sono pronunciate sul tema il 27 maggio 2021, qualificando come confisca diretta la peculiare ipotesi di ablazione in esame. Tuttavia, in attesa del deposito delle motivazioni, oltre a formulare alcune brevi riflessioni in ordine all'affermazione di principio diffusa con l'informazione provvisoria, si può procedere all'analisi dell'ordinanza di rimessione e delle argomentazioni in essa sviluppate. A tal fine, risulta opportuno procedere, preliminarmente, all'esame dell'evoluzione storico-normativa dell'istituto e dei suoi presupposti applicativi.

³ Cass., Sez. un., 26 giugno 2015, n. 31617.

⁴ Cass., Sez. VI, 17 novembre 2020, n. 7021.

2. Origine e fondamento del sequestro preventivo.

A differenza di quanto può dirsi con riferimento al sequestro conservativo⁵, la ricostruzione storica della disciplina normativa del sequestro preventivo si presenta particolarmente complessa.

L'istituto, infatti, non era previsto dal previgente codice di rito, il quale – oltre alle misure di carattere prettamente conservativo – disciplinava unicamente il c.d. sequestro penale (art. 337 c.p.p. del 1930). Si trattava, però, di una misura sovrapponibile all'attuale sequestro probatorio, in quanto caratterizzata da finalità meramente investigative: preservare le fonti di prova che, in assenza dell'ablazione coattiva dell'autorità giudiziaria, sarebbero andate presumibilmente disperse o distrutte.

Tuttavia, col passare degli anni, l'applicazione del predetto sequestro è stata estesa a finalità diverse da quella prettamente probatoria. In particolare, richiamando le disposizioni normative di cui agli artt. 219 – concernente il potere-dovere della polizia giudiziaria di impedire che i reati fossero portati a conseguenze ulteriori – e 622 – in ordine alla durata del sequestro penale e alla restituzione delle cose sequestrate – del previgente codice, si è progressivamente individuata una nuova, e ulteriore, sfera applicativa del provvedimento di sequestro in funzione di prevenzione dei reati. In questo modo, il sequestro penale assunse i caratteri di una vera e propria misura cautelare reale, mediante la quale l'autorità giudiziaria sottoponeva a vincolo coercitivo tutti quei beni la cui libera disponibilità costituiva un pericolo per la collettività.

La dilatazione delle finalità del sequestro, resa possibile da una disciplina codicistica lacunosa, trovava l'avallo non solo della dottrina⁶, ma anche della giurisprudenza, sia di legittimità⁷ che costituzionale⁸.

⁵ CAPRIELLO, *Sequestri e confische. Criticità applicative e rimedi processuali*, Santarcangelo di Romagna, 2020, p. 104 ss.

⁶ AMODIO, *Dal sequestro in funzione probatoria al sequestro preventivo: nuove dimensioni della "coercizione reale" nella prassi e in giurisprudenza*, in *Cass. pen.*, 1982, p. 1073; BETOCCHI, *Il sequestro penale preventivo: delimitazione dell'ambito di operatività; presupposti; conseguenze peculiari dell'autonomia funzionale; tutela dei soggetti passivi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, p. 977 ss.; SALVI, *Presupposti e limiti dell'attività impeditiva prevista dall'art. 219 c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 1987, p. 2045 ss.

⁷ Cass., Sez. un., 24 novembre 1984, n. 31; Cass., Sez. III, 13 luglio 1981, n. 8576.

⁸ Corte cost., 21 marzo 1975, n. 82; Corte cost., 25 marzo 1970, n. 48.

A differenza di quanto accadeva nella vigenza della precedente codificazione, con il codice di procedura penale del 1988 la figura del sequestro preventivo ha trovato espressa regolamentazione normativa (art. 321).

Appare evidente, per le ragioni anzidette, come non si tratti di una vera e propria innovazione, quanto piuttosto della positivizzazione di un consolidato orientamento giurisprudenziale, rispondente alla necessità di definire la disciplina normativa di uno strumento coercitivo distinto da quello funzionale a precise esigenze probatorie e volto a soddisfare istanze di carattere preventivo. A tal proposito, il legislatore delegato ha osservato che «nella predisposizione della normativa che dà vita a un *tertium genus* accanto al sequestro a fini di prova ed al sequestro conservativo, si è partiti da due termini di riferimento: da un lato, dal sistema processuale penale vigente che, sia pure in termini sfumati e non privi di sfasature sistematiche, non disconosce il fine preventivo della misura di coercizione reale [...]. Dall'altro lato, dalla esperienza giuridica degli ultimi anni, che ha visto affacciarsi sempre più di frequente l'adozione di misure di coercizione reale volte ad interrompere l'iter criminoso o ad impedire la commissione di nuovi reati»⁹.

Del resto, l'espressa previsione normativa dell'ablazione cautelare preventiva si è resa necessaria in considerazione della natura particolarmente incisiva e penetrante del provvedimento di sequestro¹⁰, in quanto determina una compressione o limitazione del libero esercizio di diritti costituzionalmente tutelati in ordine all'utilizzo e alla disponibilità dei beni. Soltanto una disciplina normativa dai contorni ben definiti consente, infatti, di sottrarre l'applicazione della misura a possibili abusi, obbligando il giudice «ad enunciare le finalità della misura al momento della sua applicazione, in modo da consentire sempre, alla persona che ne è colpita, di provocare un controllo sul merito e sulla legittimità della stessa, anche per quanto attiene la ragion d'essere della sua persistenza»¹¹. Onde realizzare, quindi,

⁹ Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale, p. 80.

¹⁰ «Avuto riguardo al fatto che la legge-delega (direttiva 31) non ignora l'esigenza di impedire che il reato venga portato a ulteriori conseguenze, sia pure con riguardo ai compiti di polizia giudiziaria, la disciplina della nuova misura cautelare è stata elaborata essenzialmente con tre obiettivi: 1) offrire una base unitaria a figure disperse nelle leggi speciali e affioranti in modo frammentario nel codice; 2) approntare un sistema di rimedi in favore delle persone che vengono colpite da questa misura, particolarmente grave per la sua potenzialità lesiva di diritti costituzionali che si ricollegano all'uso della cosa sequestrata (libertà di manifestazione del pensiero in caso di film; attività economica, ecc.); 3) rendere razionale e controllabile il passaggio dall'una all'altra forma di sequestro, per evitare che la pluralità dei fini, in astratto perseguibili mediante il vincolo, possa indurre a pretestuose protrazioni dell'indisponibilità della cosa a danno dell'avente diritto» (Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale, p. 80).

¹¹ *Ibidem* nota 9.

un adeguato bilanciamento tra le esigenze di difesa sociale e la tutela dei diritti del destinatario del provvedimento (nonché dei soggetti terzi su cui vengono, eventualmente, a prodursi gli effetti del provvedimento), il legislatore delegato ha incardinato la disciplina del sequestro preventivo su due importanti principi: la riserva di giurisdizione – assegnando, così, al solo giudice il potere di disporre la misura – e il principio di tassatività, determinando espressamente i casi di applicazione della stessa.

In attuazione dell'art. 2, dir. n. 65, legge delega 16 febbraio 1987, n. 81 il legislatore ha, dunque, definito la disciplina del sequestro preventivo in maniera completamente autonoma rispetto a quella della omologa misura a carattere investigativo, collocandola nel capo II del Titolo (II del Libro IV) del codice di rito dedicato alle misure cautelari reali. La disciplina codicistica della misura in esame è finalizzata a offrire una base unitaria alle diverse figure di sequestro preventivo disperse nelle leggi speciali e affioranti in modo frammentario nel previgente codice mediante la previsione di due distinte finalità applicative.

La prima (c.d. sequestro preventivo impeditivo) è volta a neutralizzare il pericolo che la libera disponibilità di una cosa pertinente al reato possa aggravare o protrarre le conseguenze dello stesso ovvero agevolare la commissione di altri reati (art. 321, comma 1, c.p.p.). In questo caso, ad eccezione delle ipotesi in cui sia eseguito in via d'urgenza dalla polizia giudiziaria e successivamente sottoposto alla convalida sia del pubblico ministero che del giudice competente, la misura è applicata, previa richiesta del pubblico ministero, dal giudice che procede (dal giudice per le indagini preliminari nella fase procedimentale anteriore all'esercizio dell'azione penale) con decreto motivato. Si tratta di una fattispecie di sequestro obbligatorio, atteso che deve essere disposto dal giudice al ricorrere dei relativi presupposti.

La seconda (c.d. sequestro preventivo finalizzato alla confisca) è (*rectius*, era nella originaria previsione legislativa) funzionale a consentire la successiva ablazione definitiva ex art. 240 c.p. In questo caso, i beni oggetto della misura sono, quindi, quelli di cui è consentita la confisca, con la conseguenza che i presupposti applicativi della misura cautelare risultano speculari a quelli della confisca alla cui applicazione lo stesso sequestro risulta funzionale¹². L'applicazione di tale tipologia di sequestro è facoltativa (art. 321, comma 2, c.p.p.), salvo che si proceda per uno dei reati previsti dal capo I del titolo II del libro II del codice penale – ossia i delitti dei pubblici

¹² Corte cost., 22 gennaio 1996, n. 18.

ufficiali contro la pubblica amministrazione –, nel qual caso, al ricorrere dei relativi presupposti, il giudice è obbligato a disporre la misura (art. 321, comma 2-*bis*, c.p.).

3. Il sequestro preventivo finalizzato alla confisca.

La seconda articolazione della cautela reale preventiva (la prima è rappresentata dal sequestro preventivo c.d. impeditivo) è costituita dal c.d. sequestro finalizzato alla confisca.

La decisione di disporre il sequestro delle cose di cui è consentita la confisca è rimessa alla discrezionalità del giudice (art. 321, comma 2, c.p.p.), ad eccezione dei casi in cui si proceda per uno dei delitti previsti dal capo I del titolo II del libro secondo del codice penale (delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione), ove l'applicazione della misura ablatoria è imposta dallo stesso legislatore (art. 321, comma 2-*bis*, c.p.p.). Tale misura costituisce, in entrambi i casi, una figura specifica e autonoma, rispetto al sequestro preventivo regolato dall'art. 321, comma 1, c.p.p., per la cui legittimità non occorre necessariamente la presenza dei requisiti di applicabilità previsti per il sequestro preventivo tipico, essendo in alcuni casi sufficiente il presupposto della oggettiva confiscabilità, con la conseguenza che compito del giudice è quello di verificare che i beni rientrino nelle categorie delle cose oggettivamente suscettibili di confisca. In altri termini, ai fini dell'applicazione del sequestro non è sempre necessaria la prognosi di pericolosità connessa alla libera disponibilità delle cose medesime, rilevando questa soltanto nelle ipotesi in cui l'elemento del *periculum* costituisca presupposto applicativo dell'ablazione definitiva che il sequestro preventivo è finalizzato ad assicurare¹³.

Naturalmente, resta pur sempre necessario accertare, salvo le ipotesi di sequestro finalizzato alla confisca per equivalente¹⁴ o alla confisca c.d. allargata, la sussistenza

¹³ Invero, con riferimento ai presupposti applicativi del sequestro preventivo finalizzato alla confisca facoltativa, la quinta Sezione ha di recente rimesso alle Sezioni unite il seguente quesito: «se il sequestro preventivo *ex art. 321, comma 2, cod. proc. pen.*, strumentale alla confisca, costituisca figura specifica e autonoma rispetto al sequestro preventivo regolato dal primo comma dello stesso articolo, per la cui legittimità non occorre, dunque, la presenza dei requisiti di applicabilità previsti per il sequestro preventivo “tipico”, essendo sufficiente il presupposto della confiscabilità; oppure se, con specifico riferimento al sequestro finalizzato alla confisca “facoltativa”, il giudice debba comunque dare conto del “*periculum in mora*” che giustifica l'apposizione del vincolo, dovendosi escludere qualsiasi automatismo che colleghi la pericolosità alla mera confiscabilità del bene oggetto di sequestro» (Cass., Sez. V, 2 marzo 2021, n. 9335).

¹⁴ Cass., Sez. III, 15 aprile 2015, n. 20887. La Corte di cassazione ha precisato che «in tema di misure cautelari reali, la richiesta di sequestro preventivo esclusivamente funzionale alla confisca per equivalente, in quanto

di un nesso di pertinenzialità della *res* al reato: la qualificazione di confiscabilità non può essere disgiunta dalla necessaria verifica della pertinenzialità della *res* al reato, risolvendosi, viceversa, la mera attitudine della stessa ad essere oggetto di confisca in una inammissibile presunzione che legittimerebbe *tout court* l'ablazione dell'intero patrimonio dell'indagato¹⁵.

Con l'espressione «cose di cui è consentita la confisca» il legislatore ha inteso riferirsi a entrambe le forme di ablazione definitiva disciplinate dall'art. 240 c.p., ossia tanto alle ipotesi di confisca c.d. facoltativa (delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato e delle cose che ne sono il prodotto o il profitto: comma 1), quanto a quelle di confisca obbligatoria (del prezzo del reato, nonché delle cose la cui fabbricazione, uso, porto, detenzione e alienazione costituisce reato e alcuni altri specifici beni previsti al comma 2)¹⁶. Tuttavia, con la proliferazione delle fattispecie di confisca – disciplinate tanto da disposizioni del codice penale, quanto da leggi speciali – registratasi nel corso degli anni, l'ambito di applicazione della misura in esame non può più considerarsi circoscritto alla sola misura di sicurezza di cui all'art. 240 c.p., ma deve estendersi a tutte le forme di ablazione definitiva.

Ovviamente, le caratteristiche precipue di ogni singola forma di confisca si riflettono nel provvedimento di sequestro funzionale a garantirne la successiva applicazione, con la conseguenza che nella categoria del "sequestro finalizzato alla confisca" rientrano molteplici ed eterogenee figure.

4. La questione dibattuta.

L'analisi dell'istituto appena condotta, seppur sintetica, consente di comprendere agevolmente come la soluzione della questione controversa richieda necessariamente una seria riflessione in ordine ad almeno tre rilevanti profili applicativi del sequestro preventivo finalizzato alla confisca delle somme di denaro giacenti su conti correnti bancari:

presuppone l'impossibilità di procedere al sequestro cd. diretto del profitto del reato, si distingue, per diversità di oggetto e di presupposti, da quella congiunta di sequestro in forma diretta e, in via residuale, per equivalente, che deve essere avanzata nei casi in cui non siano stati compiuti accertamenti sulla possibilità o meno di porre il vincolo direttamente sul profitto del reato» (Cass., Sez. III, 28 marzo 2018, n. 46709).

¹⁵ Cass., Sez. V, 2 marzo 2018, n. 16803.

¹⁶ D'ONOFRIO, *Il sequestro preventivo*, Padova, 1998, p. 40 ss.

1. la pertinenzialità al reato della cosa ablata, quale indefettibile presupposto applicativo del sequestro preventivo;
2. la nozione di profitto quale oggetto di ablazione definitiva, *ex art. 240*, comma 1, c.p. (confisca facoltativa), e provvisoria ai sensi dell'art. 321, comma 2, c.p.p. (sequestro preventivo finalizzato alla confisca)
3. i limiti del sequestro preventivo finalizzato alla confisca di somme di denaro che costituiscono "profitto del reato", ossia l'individuazione della natura – se diretta o per equivalente – della confisca di tali beni, della quale il sequestro mira ad assicurare l'efficace applicazione.

5. Il nesso di pertinenzialità.

La cautela reale preventiva incide sulla «cosa pertinente al reato» (art. 321, comma 1, c.p.p.). La stessa espressione è utilizzata dal legislatore, unitamente a quella di «corpo del reato», per indicare l'oggetto del sequestro probatorio (art. 253, comma 1, del codice di rito). Tuttavia, mentre la definizione di questa seconda locuzione è stata analiticamente indicata dallo stesso legislatore al comma 2 dell'art. 253 e presuppone uno stretto rapporto di connessione con il reato (trattandosi delle «cose sulle quali o mediante le quali il reato è stato commesso nonché le cose che ne costituiscono il prodotto, il profitto o il prezzo»), quella della cosa pertinente al reato è lasciata di fatto all'interprete. Naturalmente, la questione assume particolare rilevanza proprio nei casi, come quello sottoposto all'esame del giudice di legittimità, in cui oggetto di ablazione siano beni fungibili (come il denaro), che si siano confusi nel patrimonio della parte interessata. Sul punto, la giurisprudenza di legittimità ha precisato che nella previsione dell'art. 321 c.p.p., lo stesso concetto di "pertinenzialità" è diverso, nella sua portata, da quello presente nell'analoga previsione dell'art. 253 c.p.p.

La pertinenza al reato di cui all'art. 253 c.p.p., che fa riferimento alle «cose [...] necessarie per l'accertamento dei fatti», circoscrive il potere dell'autorità giudiziaria al solo sequestro di quelle cose che abbiano un legame probatorio con il fatto per cui si procede. La nozione di pertinenza di cui all'art. 321 c.p.p., invece, delimita il campo di operatività del sequestro preventivo alla sua finalità, con l'effetto che la misura finisce con l'assumere una «connotazione di natura sostanziale», nel senso che il vincolo d'indisponibilità al quale la cosa è sottoposta scongiura il pericolo della *perpetuatio criminis* ovvero della commissione di altri reati.

Conclusivamente, la finalità di prevenzione che la misura persegue è mediata dalla cosa, considerata nel rapporto con la persona che ne ha la disponibilità, il che legittima il sequestro nei casi in cui lo stretto legame tra la persona e il bene sia la causa del pericolo di aggravamento o di protrazione delle conseguenze del reato ovvero di reiterazione dell'attività criminosa¹⁷.

Nel definire il perimetro delle cose pertinenti al reato aggredibili con il provvedimento di sequestro preventivo, dottrina e giurisprudenza concordano nel ricomprenservi quei beni che si caratterizzano per una intrinseca, specifica e strutturale strumentalità rispetto all'attività illecita che si ritiene commessa dall'indagato, non essendo sufficiente una relazione meramente occasionale¹⁸.

Il concetto di «cose pertinenti al reato» è, dunque, più ampio di quello di «corpo di reato», rispetto al quale si pone in un rapporto di *genus a species*¹⁹, in quanto comprende non solo qualunque cosa sulla quale o a mezzo della quale il reato fu commesso o che ne costituisce il prezzo, il prodotto o il profitto, ma altresì quelle legate anche indirettamente alla fattispecie criminosa²⁰. Ne consegue che, sebbene la disposizione normativa in tema di sequestro preventivo non faccia alcuna menzione del corpo del reato quale oggetto della misura ablatoria, la stessa deve ritenersi senz'altro applicabile anche a quest'ultimo.

6. La controversa nozione di profitto.

Per quanto riguarda il concetto di profitto, è consolidata l'affermazione secondo cui non se ne rinviene una nozione generale, né nel codice penale, né nelle varie disposizioni contenute in leggi speciali che ne prevedono la confisca. Si tratta di norme che danno la nozione per presupposta ovvero si limitano a contrapporla ad altri concetti parimenti non definiti, quali quelli di "prezzo", "corpo" e "strumento" del reato, utilizzandola, peraltro, sia per determinare l'oggetto della confisca, sia ad altri fini, ossia come elemento costitutivo della fattispecie di reato o come circostanza aggravante.

¹⁷ Cass., Sez. un., 29 gennaio 2015, n. 31022.

¹⁸ Cass., Sez. VI, 20 marzo 2018, n. 17997; Cass., Sez. III, 12 aprile 2016, n. 35067; Cass., Sez. V, 30 ottobre 2014, n. 52251.

¹⁹ PAOLOZZI, *Il sequestro penale*, Padova, 1984, p. 18.

²⁰ Cass., Sez. V, 28 maggio 2014, n. 26444; Cass., Sez. II, 19 giugno 2013, n. 34986.

Per tale ragione, la giurisprudenza di legittimità ha individuato una serie di parametri funzionali alla esatta perimetrazione della nozione di profitto del reato:

- a) il profitto, per rilevare ai fini della disciplina della confisca, deve essere accompagnato dal requisito della «pertinenzialità», inteso nel senso che deve derivare in via immediata e diretta dal reato che lo presuppone (principio di “causalità” del reato rispetto al profitto)²¹;
- b) tale collegamento diretto reato-profitto esiste anche rispetto ai c.d. surrogati, cioè rispetto al bene acquisito attraverso l'immediato impiego/trasformazione del profitto diretto del reato, ma tale estensione del concetto di “pertinenzialità” trova il suo limite estremo in siffatto requisito di immediatezza (del reimpiego), che – in sostanza – ne garantisce la “riconoscibilità” probatoria²²;
- c) in virtù del “principio di causalità” e dei requisiti di materialità e attualità, il profitto, per essere tipico, deve corrispondere a un mutamento materiale, attuale e di segno positivo della situazione patrimoniale del suo beneficiario ingenerato dal reato attraverso la creazione, trasformazione o l'acquisizione di cose suscettibili di valutazione economica. Ne consegue che non costituisce profitto del reato un vantaggio futuro – eventuale, sperato, immateriale o non ancora materializzato in termini economico-patrimoniali –, né la mera aspettativa di fatto, c.d. “*chance*”, salvo che questa, in quanto fondata su circostanze specifiche, non presenti caratteri di concretezza ed effettività, tali da costituire essa stessa un'entità patrimoniale a sé stante, autonoma, giuridicamente ed economicamente suscettibile di valutazione in relazione alla sua proiezione sulla sfera patrimoniale del soggetto²³;
- d) quanto al c.d. profitto risparmio di spesa, esso potrebbe assumere rilievo solo se inteso non in senso assoluto ma in senso relativo, presupponendo tale concetto un ricavo introitato e non decurtato dei costi che si sarebbero dovuti

²¹ Cass., Sez. un., 25 giugno 2009, n. 38691; Cass., Sez. un., 27 marzo 2008, n. 26654; Cass., Sez. un., 25 ottobre 2005, n. 41936; Cass., Sez. un., 24 maggio 2004, n. 29951; Cass., Sez. un., 24 maggio 2004, n. 29952; Cass., Sez. un., 3 luglio 1996, n. 9194.

²² Cass., Sez. II, 6 novembre 2008, n. 45389; Cass., Sez. un., 25 giugno 2009, n. 38691; Cass., Sez. un., 25 ottobre 2007, n. 10280.

²³ Cass., Sez. VI, 14 settembre 2017, n. 1754; Cass., Sez. V, 28 dicembre 2013, n. 10265; Cass., Sez. un., 27 marzo 2008, n. 26654.

sostenere; anche nel caso di profitto-risparmio sarebbe, cioè, necessario un risultato economico positivo concretamente determinato²⁴.

In tale articolato quadro di riferimento risulta, però, ancora dibattuta la questione concernente la riconducibilità nell'ambito della nozione di profitto confiscabile, oltre che dei vantaggi economici derivanti in via immediata e diretta dal reato, anche di quelli conseguiti indirettamente.

Da un lato, infatti, si accoglie una nozione di profitto funzionale alla confisca molto ampia, perché capace di accogliere al suo interno «non soltanto i beni appresi per effetto diretto ed immediato dell'illecito, ma anche ogni altra utilità che sia conseguenza, anche indiretta o mediata, dell'attività criminosa [...]». La trasformazione che il denaro, profitto del reato, abbia subito in beni di altra natura, fungibili o infungibili, non è quindi di ostacolo al sequestro preventivo il quale ben può avere ad oggetto il bene di investimento così acquisito. Infatti, il concetto di profitto o provento di reato legittimante la confisca e quindi nelle indagini preliminari, ai sensi dell'art. 321, comma 2, c.p.p., il suddetto sequestro, deve intendersi come comprensivo non soltanto dei beni che l'autore del reato apprende alla sua disponibilità per effetto diretto ed immediato dell'illecito, ma altresì di ogni altra utilità che lo stesso realizza come conseguenza anche indiretta o mediata della sua attività criminosa»²⁵.

Dall'altro, invece, si sostiene che il profitto del reato si identifichi solo con il vantaggio economico di diretta e immediata derivazione causale dal reato presupposto e non anche con i vantaggi indiretti derivanti dall'illecito²⁶.

Invero, su tale questione sono da ultimo intervenute nuovamente le Sezioni unite²⁷, ribadendo il principio, condiviso da pronunce successive²⁸, nonché dalla Sezione rimettente, secondo cui il profitto è solo il vantaggio di immediata e diretta derivazione causale dal reato.

²⁴ Cass., Sez. un., 27 marzo 2008, n. 26654.

²⁵ Cass., Sez. un., 30 gennaio 2014, n. 10561; Cass., Sez. un., 24 aprile 2014, n. 38343.

²⁶ Cass., Sez. II, 5 ottobre 2016, n. 53650; Cass., Sez. VI, 14 luglio 2015, n. 33226; Cass., Sez. un., 26 giugno 2015, n. 31617.

²⁷ Cass., Sez. un., 26 giugno 2015, n. 31617.

²⁸ Cass., Sez. II, 5 ottobre 2016, n. 53650; Cass., Sez. VI, 14 luglio 2015, n. 33226.

7. Il sequestro preventivo finalizzato alla confisca di somme di denaro costituenti “profitto del reato”.

Anche con riferimento al tema della individuazione della natura – diretta o per equivalente – della confisca di somme di denaro e, conseguentemente, del sequestro ad essa funzionale la giurisprudenza di legittimità ha registrato un netto contrasto tra diverse opzioni ermeneutiche e ha tracciato un articolato percorso di elaborazione.

Secondo l’indirizzo “tradizionale”, condiviso anche dalle Sezioni unite, «è ammissibile il sequestro preventivo finalizzato alla confisca di somme di denaro che costituiscono profitto di reato sia nel caso in cui la somma si identifichi proprio in quella che è stata acquisita attraverso l’attività criminosa, sia quando sussistono indizi per i quali il denaro di provenienza illecita risulti depositato in banca ovvero investito in titoli, trattandosi di assicurare ciò che proviene dal reato e che si è cercato di occultare»²⁹.

Tale affermazione di principio risente evidentemente della peculiare natura della *res* oggetto di ablazione, nel senso che il denaro, in quanto bene fungibile e mezzo di pagamento, consente di disporre il sequestro non solo delle medesime specie monetarie illegalmente percepite, ma anche della somma corrispondente al loro valore nominale, ovunque sia stata rinvenuta, purché sia attribuibile all’indagato³⁰. Tuttavia, pur nell’estensione così delineata del perimetro applicativo del sequestro preventivo finalizzato alla confisca, è pur sempre necessario che l’ablazione avvenga nel rispetto del vincolo di pertinenzialità: deve sussistere una relazione diretta, attuale e strumentale, tra il danaro sequestrato e il reato del quale costituisce il profitto illecito (utilità creata, trasformata od acquisita proprio mediante la realizzazione della condotta criminosa)³¹. In altri termini, la peculiare natura del bene oggetto di ablazione non elimina l’esigenza di una sua diretta derivazione causale dall’attività del reo, intesa quale stretta relazione con la condotta illecita, potendosi soltanto in questo modo evitare un’estensione indiscriminata e una dilatazione indefinita dell’istituto a ogni e qualsiasi vantaggio patrimoniale, indiretto o mediato, che possa scaturire da un reato.

²⁹ Cass., Sez. un., 24 maggio 2004, n. 29951.

³⁰ Cass., Sez. VI, 1 febbraio 1995, n. 4289.

³¹ Cass., Sez. II, 12 marzo 2014, n. 14600.

Anche l'opzione ermeneutica opposta a quella appena delineata risulta avallata da una pronuncia delle Sezioni unite, le quali, pur essendo state chiamate a dare risposta a un quesito solo parzialmente afferente alla questione in esame («se sia possibile o meno aggredire direttamente i beni di una persona giuridica per le violazioni tributarie commesse dal legale rappresentante della stessa»³²), hanno colto l'occasione per ridefinire nuovamente le peculiarità della confisca, e quindi del sequestro ad essa funzionale, del profitto di reato costituito da somme di denaro.

In tale occasione, si è evidenziato che ogniqualvolta oggetto di ablazione, provvisoria o definitiva, siano somme di denaro o altri beni fungibili nella disponibilità del soggetto destinatario della misura, quest'ultima si configura come ablazione diretta e non per equivalente, tanto nel caso di prezzo che di profitto del reato, e, con riferimento a quest'ultimo, sia che rappresenti una utilità "monetariamente" positiva, nel senso che rappresenti un effettivo accrescimento patrimoniale, sia che rappresenti un mancato decremento, vale a dire un risparmio di spesa.

Ne consegue che in questi casi l'adozione del sequestro preventivo non è subordinata alla verifica che le somme provengano dal delitto e siano confluite nella effettiva disponibilità dell'indagato, in quanto il denaro oggetto di ablazione deve solo equivalere all'importo che corrisponde per valore al prezzo o al profitto del reato, non sussistendo alcun nesso pertinenziale tra il reato e il bene da confiscare. Le Sezioni unite sono pervenute a tale conclusione in applicazione del principio secondo cui «in tema di sequestro preventivo, nella nozione di profitto funzionale alla confisca rientrano non soltanto i beni appresi per effetto diretto ed immediato dell'illecito, ma anche ogni altra utilità che sia conseguenza, anche indiretta o mediata, dell'attività criminosa»³³. Appare evidente, dunque, come in ossequio a tale orientamento si prospetti un deciso ampliamento dei casi di confisca diretta, per l'applicazione della quale, nelle ipotesi in cui oggetto di ablazione sia il denaro (costituente prezzo o profitto del reato), diventa del tutto indifferente l'accertamento del collegamento pertinenziale tra bene e reato. Tale irrilevanza, però, costituisce il tratto caratteristico della confisca per equivalente o di valore, con la conseguenza che sotto questo profilo si determina una sostanziale identità funzionale delle due tipologie di provvedimenti ablatori. Infine, a pronunciarsi espressamente sulla

³² Cass., Sez. un., 30 gennaio 2014, n. 10561.

³³ Cass., Sez. II, 6 novembre 2008, n. 45389.

questione relativa alle modalità da osservare in caso di confisca di somme di denaro depositate sul conto corrente (se cioè debba disporsi la confisca per equivalente ovvero quella diretta, e in quest'ultimo caso se debba o meno ricercarsi e in che limiti il nesso pertinenziale tra denaro e reato), le Sezioni unite sono state chiamate con ordinanza di rimessione pronunciata dalla sesta Sezione³⁴.

A tale quesito le Sezioni unite hanno risposto precisando che «qualora il prezzo o il profitto derivante dal reato sia costituito da denaro, la confisca delle somme di cui il soggetto abbia comunque la disponibilità deve essere qualificata come confisca diretta; in tal caso, tenuto conto della particolare natura del bene, non occorre la prova del nesso di derivazione diretta tra la somma materialmente oggetto della confisca e il reato»³⁵. Secondo le argomentazioni sviluppate dalle Sezioni unite, tale affermazione di principio costituisce l'unica possibile soluzione della questione, alla quale inevitabilmente conduce l'analisi delle caratteristiche della confisca diretta e di quella per equivalente e della natura del bene costituito dal denaro.

Quanto alle caratteristiche delle misure ablatorie, si osserva che la confisca per equivalente si pone in un rapporto di alternatività-sussidiarietà rispetto all'ablazione diretta, potendo essere disposta soltanto nei casi in cui risulti impossibile procedere all'apprensione diretta della cosa che presenti un nesso di derivazione qualificata con il reato³⁶. Ne consegue che lo stesso presupposto di operatività della confisca di valore, in luogo di quella diretta, è che «il relativo oggetto (vale a dire il prezzo o il profitto del reato) abbia una sua consistenza naturalistica e/o giuridica tale da permetterne l'ablazione, nel senso che, una volta entrato nel patrimonio dell'autore del reato, continui a mantenere una sua identificabilità».

Al contrario, il profitto o prezzo del reato rappresentato da una somma di denaro, per la natura fungibile del bene, si confonde con le altre disponibilità economiche dell'autore del fatto, perdendo qualsiasi connotato di autonomia quanto alla relativa identificabilità fisica. In questa peculiare evenienza, quindi, risulta totalmente sfornita di giustificazione – sia economica che giuridica – la pretesa necessità di accertare la sussistenza di un legame di pertinenzialità tra la massa monetaria oggetto di ablazione e il reato, assumendo rilievo ai fini della confiscabilità diretta

³⁴ Cass., Sez. VI, 19 novembre 2014, n. 12924.

³⁵ Cass., Sez. un., 26 giugno 2015, n. 31617.

³⁶ Da qui, la logica strutturalmente sanzionatoria della confisca di valore, dal momento che è l'imputato che viene ad essere direttamente colpito nelle sue disponibilità economiche (e non la cosa in quanto derivante dal reato), e ciò proprio perché autore dell'illecito, restando il collegamento tra la confisca, da un lato, ed il prezzo o profitto del reato, dall'altro, misurato solo da un meccanismo di equivalenza economica.

unicamente la circostanza che le disponibilità monetarie dell'autore del fatto si siano effettivamente accresciute in conseguenza della perpetrazione del reato.

Al contrario, la necessità di procedere all'ablazione per equivalente degli altri beni nella disponibilità del soggetto, per un valore corrispondente a quello del prezzo o profitto del reato, si pone allorquando risulti impossibile disporre la confisca diretta del denaro. In questo caso, infatti, secondo le Sezioni unite, si avrebbe quella «necessaria novazione oggettiva» che legittima il ricorso alla confisca di valore. Quanto, poi, all'obiezione prospettata dall'opposto indirizzo interpretativo, secondo cui tale ricostruzione finirebbe per configurare una sostanziale coincidenza della confisca diretta con quella di valore, si osserva che il presupposto applicativo della confisca diretta è costituita dalla prova della percezione illegittima della somma, e non dalla sua materiale destinazione, ne consegue che, «agli effetti della confisca, è l'esistenza del numerario comunque accresciuto di consistenza a rappresentare l'oggetto da confiscare, senza che assumano rilevanza alcuna gli eventuali movimenti che possa aver subito quel determinato conto bancario».

Sebbene la soluzione adottata dalla sentenza Lucci, per vero mai condivisa da autorevole dottrina³⁷, venga tradizionalmente considerata come il «punto di approdo» dell'elaborazione giurisprudenziale in ordine alla questione dibattuta, la successiva giurisprudenza di legittimità, pur non discostandosi formalmente da essa, ha parzialmente ridefinito l'ambito di operatività e i limiti applicabilità della confisca diretta e, in particolare, del sequestro preventivo avente ad oggetto il valore monetario del denaro che costituisce il profitto del reato.

In tal senso, si è confermato che, nonostante la sua natura di bene fungibile, anche per l'ablazione del denaro è necessaria la previa individuazione del nesso di derivazione dai reati per i quali si procede, «di cui deve darsi atto nella motivazione del provvedimento, nel senso che deve trattarsi di denaro che costituisca il prodotto, il profitto o il prezzo del reato oppure che sia servito a commetterlo o sia, comunque, concretamente destinato alla commissione dello stesso. Ciò comporta che il sequestro preventivo non può colpire, indistintamente e genericamente, beni o somme di

³⁷ Secondo la quale il denaro non esorbita affatto dalla confisca di valore, come si evince agevolmente sin dalla prima disposizione che le ha dato ingresso nel nostro ordinamento (art. 644, comma 6, c.p.), nella quale l'oggetto della misura è individuato in «somme di denaro, beni o utilità» di pari importo al prezzo o al profitto del reato. Contrariamente al principio affermato dalla giurisprudenza di legittimità, quindi, dovrebbe riconoscersi che il denaro, proprio in quanto parametro di valutazione unificante del valore dei differenti beni (come affermato dalle stesse Sezioni unite), meglio si presta, rispetto ad altri beni, a fungere da efficace strumento di equalizzazione del valore dei proventi del reato non più attingibili dalla confisca diretta (ROMANO, *Confisca, responsabilità degli enti, reati tributari*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 1677).

denaro dell'indagato o dell'imputato, ma solo i beni legati dal rapporto di pertinenzialità al reato»³⁸. Del resto, appare evidente come la finalità della confisca diretta, ossia evitare che chi ha commesso un reato possa beneficiare del profitto che ne è conseguito, non sia ravvisabile nei casi in cui l'ablazione colpisca somme di denaro entrate nel patrimonio del reo certamente in base ad un titolo lecito ovvero in relazione ad un credito sorto dopo la commissione del reato, e non risulti in alcun modo provato che tali somme siano collegabili, anche indirettamente, all'illecito commesso³⁹.

8. L'analisi condotta dalla sezione rimettente e il quesito rivolto alle sezioni unite.

A fronte del quadro giurisprudenziale così delineato, la Sezione rimettente, lungi dal considerare raggiunta una soluzione della questione dibattuta che risulti effettivamente risolutiva e diffusamente condivisa da dottrina e giurisprudenza, ha evidenziato le criticità che ancora persistono con riferimento al tema della natura – diretta o di valore – della confisca del profitto o prezzo di reato costituito da somme di denaro nella disponibilità del soggetto destinatario della misura. Tuttavia, nella stessa ordinanza di rimessione si osserva come le criticità tutt'ora sussistenti siano tali da richiedere non tanto il superamento o la rivisitazione dei principi affermati con la sentenza delle Sezioni unite Lucci, quanto piuttosto una ridefinizione degli stessi in una prospettiva di maggiore conformità alla Costituzione e alla Convenzione europea. Ciò che, in altri termini, occorre ulteriormente chiarire è se ai fini del sequestro e della confisca diretta del denaro, prezzo o profitto del reato, la fungibilità del bene oggetto di ablazione determini in ogni caso l'irrilevanza del previo accertamento del suo collegamento pertinenziale con il reato, perché da ritenersi sempre sussistente, oppure configuri “soltanto” una presunzione *iuris tantum*, superabile fornendo la prova che le somme hanno origine da un titolo lecito (come nel caso oggetto di decisione).

Sebbene la sesta Sezione non abbia manifestato espressamente di condividere l'una o l'altra delle due soluzioni prospettabili, l'adesione alla tesi della

³⁸ Cass., Sez. VI, 20 marzo 2018, n. 17997; Cass., Sez. III, 30 ottobre 2017, n. 8995; Cass., Sez. V, 30 ottobre 2014, n. 52251.

³⁹ Cass., Sez. III, 9 settembre 2020, n. 7434; Cass., Sez. VI, 29 gennaio 2019, n. 6816.

configurabilità, al più, di una presunzione relativa appare comunque evidente dalle considerazioni espresse dal Collegio:

- 1) rapporto di pertinenza tra bene e reato (richiesto ai fini del sequestro in funzione della confisca diretta), da un lato, e caratteristiche intrinseche del bene oggetto di ablazione, dall'altro, costituiscono due entità strutturalmente diverse e autonome: il primo esprime un giudizio di relazione tra la *res* e il reato, rispetto al quale le seconde non operano alcuna incidenza;
- 2) nel sistema normativo non è ravvisabile una disposizione che consenta di ritenere irrilevante l'accertamento del nesso di pertinenzialità tra la cosa e il reato nell'applicazione del sequestro finalizzato alla confisca diretta;
- 3) la difficoltà operativa del sequestro e della confisca di denaro è dovuta alla circostanza che negli illeciti produttivi di utili, il bene illecito, una volta entrato nel patrimonio del reo, accrescendolo, si confonde con le disponibilità economiche lecite, rendendo ardua l'individuazione del profitto direttamente collegato al reato.

In virtù di tali considerazioni, quindi, secondo la Sezione rimettente, la confisca diretta di denaro e il sequestro ad essa funzionale possono trovare applicazione pur in assenza del previo accertamento di una sua derivazione diretta dal reato soltanto in ragione di una presunzione di pertinenzialità: «si ipotizza, in considerazione della natura del bene e del suo carattere fungibile, che le somme di denaro giacenti sul conto corrente – nonostante, forse, si siano mescolate e confuse con quelle già ivi depositate e che si vogliono aggredire con il sequestro e con la confisca – siano sostanzialmente quelle derivate dal reato in contestazione, ovvero si ipotizza che le somme giacenti siano, in quanto fungibili, “equivalenti”, sostitutive, “non diverse” rispetto a quelle che in un dato momento sono entrate nel patrimonio dell'indagato e che, al momento del sequestro, possono o non essere più in esso presenti ovvero presenti “altrove”».

Sul punto, però, si osserva che, anche a voler individuare una presunzione di pertinenzialità, quest'ultima, in ossequio ai principi costituzionali e convenzionali, non può che qualificarsi come presunzione relativa, conservando la propria “capacità di resistenza” fino a che non sia fornita la prova contraria, ossia nelle sole ipotesi in cui difettino, e il destinatario della misura non produca, elementi dimostrativi della diversità del bene oggetto di ablazione rispetto a quello derivante dal reato (*rectius*, la liceità del danaro).

La stessa Corte europea, infatti, pur evidenziando che la Convenzione non impedisce in principio l'utilizzo di presunzioni di fatto o di diritto, ha precisato che affinché il meccanismo presuntivo non si traduca in una arbitraria ingerenza nell'esercizio del diritto di proprietà del soggetto destinatario della misura ablatoria, è necessario che quest'ultima sia disposta nel rispetto di determinate condizioni e che siano osservate le garanzie giurisdizionali che la Convenzione riconosce al proprietario⁴⁰. Innanzitutto, la misura privativa o limitativa della proprietà privata deve essere irrogata sulla base di una espressa previsione di legge (c.d. base legale) e nel rispetto dei parametri in essa definiti.

In secondo luogo, è necessario che la misura sia finalizzata alla tutela di un interesse pubblico. Per espressa previsione del Testo convenzionale (art. 1, comma 2, del Protocollo addizionale n. 1), infatti, dalla disciplina giuridica del diritto di proprietà delineata nel sistema europeo non può derivare una compressione del diritto dei singoli Stati di prevedere delle delimitazioni del diritto di proprietà, purché le stesse non esulino dai limiti imposti dalla legge e risultino necessarie al soddisfacimento di un interesse pubblico; interesse cui i provvedimenti ablatori devono essere, quindi, teleologicamente connessi. In altri termini, perché la misura risulti conforme alla disciplina convenzionale del diritto di proprietà, la misura deve realizzare il giusto equilibrio tra l'interesse pubblico e la salvaguardia dei diritti dell'individuo.

Infine, la Corte ha precisato che, pur non richiedendo espressamente garanzie procedurali, l'art. 1 Prot. add. n. 1 CEDU è da interpretarsi anche nel senso che esso prevede una serie di obblighi per gli Stati membri. Innanzitutto, è necessario che nel corso del procedimento volto all'adozione di un provvedimento privativo o limitativo della proprietà privata sia assicurata la piena tutela dei diritti della difesa. Ciò si traduce nella necessità che l'ordinamento giuridico interno definisca una procedura che attribuisce al ricorrente, in considerazione della severità della misura, la facoltà di rivolgersi all'autorità giudiziaria per esporre il proprio caso, contestando l'applicazione delle misure che limitano il suo diritto di proprietà ed eventuali illegalità, arbitrarietà o condotte irragionevoli⁴¹.

⁴⁰ In occasione di pronunce emesse nell'ambito di procedimenti non solo contro l'Italia (C. edu, *Bongiorno c. Italia*, 5 gennaio 2010; C. edu, *Arcuri c. Italia*, 5 luglio 2001), ma altresì di altri Stati membri (Corte EDU, *Aboufadda c. Francia*, 4 novembre 2014, § 27; Corte EDU, *Salabiaku c. Francia*, 7 ottobre 1988).

⁴¹ Corte EDU, *Vasilevski c. Repubblica iugoslava*, 4 maggio 2016, § 49.

In conclusione, la conformità alla Convenzione non esclude la ricorribilità in ambito penale a presunzioni di fatto o di diritto, esige tuttavia che esse siano contenute entro «limiti ragionevoli», che tengano conto dell'importanza degli interessi in gioco e della necessità di preservare i diritti della difesa⁴². In tal senso, la Corte ha talora ritenuto che le presunzioni, di fatto o di diritto, non siano di per sé incompatibili neppure con la regola della presunzione d'innocenza contenuta nell'art. 6, comma 2, CEDU, rilevando che «l'art. 6, par. 2 [...] non si disinteressa delle presunzioni di fatto o di diritto che si incontrano nelle leggi repressive. Esso ordina agli Stati di contenerle in limiti ragionevoli che tengano conto della gravità dell'offesa e che rispettino i diritti della difesa»⁴³.

La stessa giurisprudenza della Corte europea, poi, precisa che tali limiti sono da considerarsi rispettati, in linea di principio, nel caso in cui al soggetto contro il quale opera la presunzione sia stata riconosciuta la possibilità di fornire la prova contraria, e ciò anche nell'ambito di quello che detta Corte definisce il «nocciolo duro» del diritto penale (c.d. *hard core of criminal law*)⁴⁴. Per cui, anche se fondato su di un meccanismo di inversione dell'onere della prova, il procedimento applicativo di una misura ablatoria risulterà convenzionalmente legittimo, purché, sussistendo anche le altre condizioni richieste dall'art. 1 Prot. add. n. 1 CEDU, al soggetto passivo della misura sia consentito di dimostrare la legittima provenienza dei beni (deve trattarsi, cioè, di una presunzione *iuris tantum* o relativa) e gli sia assicurato un effettivo diritto di difesa; in mancanza di tale possibilità, il giusto equilibrio tra la protezione del diritto al pacifico godimento dei propri beni e la tutela dell'interesse generale risulterà violato. In ossequio alla giurisprudenza della Corte EDU, quindi, la portata dei principi affermati con la sentenza delle Sezioni Unite Lucci potrebbe essere meglio definita nel senso che con riferimento al sequestro finalizzato alla confisca del denaro, prezzo o profitto del reato, si configura una presunzione *iuris tantum* di pertinenzialità, con la conseguenza che il bene può essere attinto solo nei casi in cui:

⁴² Corte EDU, *Salabiaku c. Francia*, 7 ottobre 1988, § 28.

⁴³ Corte EDU, *Salabiaku c. Francia*, 7 ottobre 1988, § 28; Corte EDU, *Weh c. Austria*, 8 aprile 2004, §§ 39 ss.; Corte EDU, *Pham Hoang c. Francia*, 25 settembre 1992, § 33.

⁴⁴ Secondo un orientamento della Corte europea (Corte EDU, Grande Camera, *Jussila v. Finland*, 23 novembre 2006), ripreso dalla giurisprudenza italiana, all'interno della più ampia categoria di "accusa penale", dovrebbe distinguersi "tra un diritto penale in senso stretto", con riferimento a quelle sanzioni che comportano un significativo grado di stigma nei confronti dell'accusato, e i casi che, in difetto di tale rilevante incidenza sulla condizione dell'accusato, non sono strettamente appartenenti alle categorie tradizionali del diritto penale. Al di fuori del c.d. *hard core*, le garanzie offerte dal profilo penale non devono necessariamente essere applicate in tutto il loro rigore.

- a) vi sia la prova che la somma è proprio quella derivata immediatamente e direttamente dal reato;
- b) pur in assenza di tale prova, non sussistano, né li produce il destinatario della misura, elementi in grado di incrinare la capacità di resistenza della presunzione, in quanto dimostrativi dell'origine lecita del denaro e quindi dell'assenza di una sua derivazione dal reato.

Al contrario, ove la parte interessata fornisca la prova che le somme nella sua disponibilità trovano origine in un titolo lecito (come nel caso oggetto di decisione), in relazione alle quali si può escludere quindi ogni rapporto di derivazione con il reato, il denaro sarà sì sequestrabile, ma solo in funzione della confisca di valore, se consentita, e non di quella diretta. La Sezione decidente ha, poi, evidenziato che del resto la soluzione opposta, secondo la quale la fungibilità del bene oggetto di ablazione comporterebbe sempre l'irrilevanza del previo accertamento della sua derivazione diretta dal reato, determina la configurazione nel nostro ordinamento di un triplice modello di confisca⁴⁵, privo di alcun riscontro normativo:

- 1) la confisca diretta, per la cui applicazione è sempre necessario l'accertamento del nesso di derivazione diretta della cosa dal reato;
- 2) la confisca di valore, per la quale il nesso di pertinenzialità assume rilevanza unicamente come parametro di riferimento per la individuazione del *quantum* (il valore delle cose da confiscare deve essere determinato con riferimento a un bene pertinenziale rispetto al reato: profitto, prodotto, prezzo);
- 3) la confisca di denaro, la quale integrerebbe sempre una peculiare ipotesi di ablazione diretta, in quanto troverebbe applicazione a prescindere non solo dall'accertamento del nesso di derivazione del bene dal reato, ma altresì dalla eventuale provapositiva della liceità ed estraneità al reato del denaro oggetto di ablazione⁴⁶.

⁴⁵ Invero, si osserva anche come, oltre a determinare una sostanziale identità funzionale delle due tipologie di confisca (diretta e di valore), la soluzione prospettata dalle Sezioni unite Lucci finirebbe per privare di un'effettiva portata applicativa talune disposizioni normative che disciplinano ipotesi speciali di confisca (come quella di cui all'art. 322-ter c.p., la cui unica funzione – residua – sarebbe quella di rendere obbligatoria la confisca del profitto che, invece, è facoltativa, ai sensi dell'art. 240, comma 1, c.p.).

⁴⁶ Inoltre, con riferimento a tale fattispecie di confisca si porrebbe anche il problema – evidenziato dalla Sezione rimettente – di definirne la natura giuridica, ciò al fine di accertare se tale misura conservi la natura di misura di sicurezza (formalmente strumentale ad assolvere ad una funzione preventiva ed afflittiva), pur difettando di quest'ultima la componente essenziale costituita dall'accertamento del nesso di derivazione della cosa dal reato, oppure finisca per assumere di fatto sul piano sostanziale natura punitiva (con la conseguente necessaria applicazione delle garanzie riconosciute dalla Costituzione e dalla Convenzione europea con riferimento alla "materia penale").

Alla luce del contrasto giurisprudenziale evidenziato e delle considerazioni effettuate, con la pronuncia in commento, la sesta Sezione della Corte di cassazione ha rivolto alle Sezioni unite il seguente quesito: «se il sequestro delle somme di denaro giacenti su conto corrente bancario debba sempre qualificarsi finalizzato alla confisca diretta del prezzo o del profitto derivante dal reato anche nel caso in cui la parte interessata fornisca la “prova” della derivazione del denaro da un titolo lecito». All’udienza del 27 maggio 2021, la questione è stata “risolta” nel senso che «qualora il profitto derivante dal reato sia costituito da denaro, la confisca viene eseguita, in ragione della natura del bene, mediante l’ablazione del denaro comunque rinvenuto nel patrimonio del soggetto fino alla concorrenza del valore del profitto medesimo e deve essere qualificata come confisca diretta e non per equivalente».

9. Conclusione: esigenze di razionalizzazione del sistema in una prospettiva costituzionalmente e convenzionalmente orientata.

In considerazione della particolare rilevanza, anche pratica della questione oggetto di rimessione, nonché della complessità della materia oggetto di esame, l’approdo decisorio cui sono pervenute le Sezioni unite ha sicuramente richiesto un’intensa e accurata ponderazione di tutti gli interessi in gioco. A ben vedere, però, la soluzione proposta risulta, almeno per quanto si evince dall’informazione provvisoria, non solo a tratti elusiva, ma altresì caratterizzata da una intrinseca contraddittoria.

L’elusività appare evidente nella parte in cui tale soluzione non fornisce espressa risposta – per cui con riferimento a tale profilo è necessario attendere il deposito delle motivazioni – alla domanda espressamente formulata dalla Sezione rimettente circa all’eventuale rilevanza, o meno, in ordine alla operatività del sequestro preventivo finalizzato alla confisca di somme di denaro costituenti profitto di reato, della prova della derivazione del denaro da un titolo lecito. Allo stato, in altri termini, non è dato comprendere se la soluzione fornita dalle Sezioni unite qualifichi la presunzione di pertinenzialità in termini assoluti o relativi.

L’intrinseca contraddittorietà, invece, si coglie nella parte in cui le Sezioni unite, pur qualificando – in perfetta aderenza rispetto alla pregressa giurisprudenza – la peculiare ipotesi di confisca del denaro costituente profitto del reato come diretta, ne descrivono l’operatività in termini totalmente sovrapponibili a quella della confisca per equivalente: «viene eseguita... mediante l’ablazione del denaro... fino alla

concorrenza del valore del profitto». In attesa del deposito delle motivazioni, quindi, si possono formulare – naturalmente in considerazione dell’affermazione di principio diffusa con l’informazione provvisoria – delle brevi riflessioni in ordine alla ravvisata necessità della remissione *ex art. 618 c.p.p.* e ai confini argomentativi dell’esercizio della funzione nomofilattica. Del resto, l’analisi condotta dalla Sezione rimettente ha adeguatamente evidenziato come la soluzione della controversa natura dell’ablazione del denaro costituente prezzo o profitto del reato debba necessariamente passare attraverso una (auspicabile) “ulteriore” conformazione dei principi già sanciti dalla giurisprudenza di legittimità con i diritti riconosciuti all’individuo dalla nostra Carta costituzionale e dalla Convenzione europea, al fine di assicurare l’applicazione della confisca diretta del denaro, e del sequestro ad essa funzionale, nell’ambito di un congruo bilanciamento tra la compressione del diritto del privato e la tutela del pubblico interesse.

In ossequio alle argomentazioni sviluppate nell’ordinanza in commento, appare evidente dunque come, nel tentativo di realizzare tale conformazione, occorra preliminarmente interrogarsi in ordine alla portata del rapporto tra tali misure ablatorie e la c.d. presunzione di pertinenzialità, al fine di stabilire se quest’ultima si configuri quale presunzione *iuris et de iure* (o assoluta) oppure *iuris tantum* (o relativa). Soltanto a questo punto, ove le Sezioni Unite dovessero accogliere – in continuità con le affermazioni di principio già propalate con la sentenza Lucci – la tesi secondo la quale la confisca del denaro costituente profitto del reato si configura sempre, in ragione della natura fungibile del bene oggetto di ablazione, come confisca diretta, occorrerà indagare la natura giuridica di tale ipotesi di confisca, onde valutarne l’eventuale inquadramento nell’ambito della c.d. “materia penale”, con la conseguente applicazione delle relative garanzie. Si tratta, a ben vedere, di una questione che, lungi dal rivestire un rilievo meramente teorico, incide sulla definizione dello stesso regime giuridico cui soggiace l’istituto, nonché sulle sue condizioni di operatività. Il parametro normativo di riferimento, sia di rango costituzionale che a livello di legge ordinaria, muta, infatti, a seconda che si riconduca la misura nella categoria delle pene, delle misure di sicurezza o delle misure di prevenzione: le prime, in quanto fondate sul principio di colpevolezza, rinviengono il proprio referente costituzionale nel principio sancito all’art. 27, commi 1 e 2, Cost.; le seconde, operando in presenza della pericolosità sociale del soggetto destinatario della misura, soggiacciono al principio di legalità *ex art. 25*, comma 3,

Cost.; le ultime, prescindendo dall'affermazione di responsabilità per un qualsiasi reato, rispondono al principio di cui all'art. 97 Cost.

Appare evidente come, nell'ambito di tale indagine, il *nomen iuris* attribuito all'istituto dal legislatore o dall'elaborazione giurisprudenziale risulti di per sé irrilevante nella individuazione della sua natura, preventiva o punitiva. Al contrario, in ossequio ai principi sanciti in materia dalla giurisprudenza della Corte europea, l'angolo prospettico dal quale condurre tale indagine non è di carattere formale, bensì sostanziale⁴⁷. Soltanto in questo modo, infatti, può scongiurarsi il surrettizio aggiramento delle garanzie, che deriverebbe dalla esclusione dalla categoria di "materia penale" di fattispecie che, sebbene non assumano natura penale sotto il profilo formale, risultino tali dal punto di vista sostanziale. Ordunque, ove dovesse concludersi per la natura punitiva di tale ipotesi di ablazione («snaturandone in tal modo natura giuridica, funzione, statuto»), la stessa potrà trovare applicazione solo nei casi in cui risulti che al destinatario della misura è riconosciuto l'intero corollario di garanzie individuali (afferenti, appunto, alla c.d. "materia penale") sancite dalla nostra Carta fondamentale⁴⁸ e dalla Convenzione europea⁴⁹.

Risulta, quindi, di immediata evidenza la rilevanza pratica che riveste la questione concernente la perimetrazione dei confini della "materia penale" (ossia la distinzione relativa alla natura penale o meno di un illecito e della relativa sanzione, nonché del

⁴⁷Proprio per fornire adeguata risposta a tale esigenza, la Corte europea ha enucleato – per la prima volta nel celebre caso Engel (Corte EDU, *Engel c. Paesi Bassi*, 8 giugno 1976, §§ 82-83) – dei criteri generali (c.d. *Engel criteria*) che, nell'ambito della autonoma nozione convenzionale di "materia penale", consentono di riconoscere la natura penale di un determinato illecito o di una determinata sanzione. Essi sono: 1) la qualificazione giuridica (formale o sostanziale) interna dell'illecito e della sanzione; 2) la natura dell'infrazione; 3) la natura e il grado di severità della sanzione.

⁴⁸Nella nostra Costituzione si rinvencono numerose garanzie, di carattere sostanziale e processuale, che il Costituente ha riconosciuto con esclusivo riferimento alla materia penale.

Quanto alle garanzie sostanziali, talune sono previste in maniera espressa: il principio di legalità e i relativi corollari, costituiti dalla riserva di legge e dal divieto di applicazione retroattiva (art. 25, comma 2, Cost.); il principio della personalità della responsabilità penale (art. 27, comma 1, Cost.); la presunzione di innocenza (art. 27, comma 2, Cost.); la finalità rieducativa della pena e il divieto di pene consistenti in trattamenti contrari al senso di umanità (art. 27, comma 3, Cost.). Altri principi – come quello di tassatività/determinatezza, di retroattività della *lex mitior*, di materialità e offensività, di sussidiarietà – si ricavano implicitamente dal complesso delle disposizioni relative alla materia penale. Vi sono, infine, i «grandi principi costituzionali di carattere generale» (VASSALLI, *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, p. 12.) – come i principi di eguaglianza, di proporzionalità e di ragionevolezza – che ricevono, con riferimento alla materia in esame, specifiche coniugazioni.

Per quanto concerne, invece, le disposizioni di carattere processuale vengono in rilievo i principi del giusto processo di cui all'art. 111, commi 3, 4 e 5, e il principio dell'obbligatorietà dell'azione penale di cui all'art. 112 Cost.

⁴⁹Art. 7 (principio di legalità dei reati e delle pene e divieto di applicazione retroattiva); art. 2 (diritto di revisione della condanna); art. 4 del Protocollo n. 7 (divieto del *bis in idem*).

procedimento deputato alla sua applicazione), atteso che soltanto con riferimento a essa trovano applicazione le predette garanzie costituzionali e convenzionali.

In conclusione, l'attesa del deposito delle motivazioni consente ancora di sperare – specie in considerazione della sopra evidenziata elusività – che la pronuncia delle Sezioni unite sulla materia in esame costituisca l'occasione per delimitare la portata applicativa di un istituto che, sotto l'etichetta di “misura di sicurezza”, potrebbe risultare invece – quantomeno con riferimento alle ipotesi in cui la parte interessata è in grado di fornire la prova dell'origine da titolo lecito delle somme di denaro oggetto di ablazione – totalmente privo di una funzione preventiva, producendo un effetto sostanzialmente punitivo. Una decisione di questo tenore risulterebbe maggiormente conforme non solo agli artt. 25 e 27 Cost. e 6 e 7 CEDU, consentendo al soggetto destinatario della misura il pieno esercizio del diritto di difendersi provando, ma altresì – in un'ottica sistematica – alle stesse elaborazioni della giurisprudenza di legittimità in tema di confisca per sproporzione *ex art. 240-bis c.p.* (già art. 12-*sexies* d.l. 8 giugno 1992, n. 306, convertito nella l. 7 agosto 1992, n. 356). Infatti, anche se le due tipologie di provvedimenti ablatori – confisca diretta, *ex art. 240 c.p.*, e confisca allargata, disciplinata dall'*art. 240-bis* stesso codice – presentano una parziale, ma sostanziale, differenza funzionale⁵⁰, il meccanismo presuntivo che governa l'applicazione di quest'ultima potrebbe essere impiegato, *mutatis mutandis*, anche per definire l'operatività della confisca diretta, così da limitarne l'applicazione – nel rispetto della funzione cui la stessa misura è deputata⁵¹ – alle sole ipotesi in cui sia effettivamente ravvisabile un'esigenza di prevenzione (ossia quella di neutralizzare la situazione di pericolosità dovuta alla disponibilità dei beni derivanti

⁵⁰ Mentre la dottrina riconosce concordemente la natura punitiva dell'istituto (BERNASCONI, *La “speciale” confisca introdotta dal d.l. 20 giugno 1994 n. 399 conv. dalla legge 8 agosto 1994, n. 501*, in *Dir. pen. e proc.*, 1994, p. 1418; MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Milano, 2001, p. 522; FURFARO, voce *Confisca*, in *Dig. disc. pen.*, agg., vol. III, 2005, p. 211), in seno alla giurisprudenza di legittimità la questione non riceve pacifica soluzione, rilevandosi come la misura in esame abbia «una natura ambigua, sospesa tra funzione specialpreventiva e vero e proprio intento punitivo» (Cass., Sez. un., 27 marzo 2008, n. 26654). Tuttavia, pur dandosi atto delle sue peculiari caratteristiche e dei profili di analogia con la confisca di prevenzione, l'indirizzo interpretativo di gran lunga prevalente qualifica l'istituto in esame alla stregua di misura di sicurezza patrimoniale atipica con funzione anche dissuasiva (Cass., Sez. II, 27 settembre 2016, n. 52316; Cass., Sez. un., 24 aprile 2014, n. 38343; Cass., Sez. VI, 15 febbraio 2011, n. 13582; Cass., Sez. VI, 19 ottobre 2010, n. 40537; Cass., Sez. un., 27 marzo 2008, n. 26654; Cass., Sez. un., 17 dicembre 2003, n. 920; Cass., Sez. un., 30 maggio 2001, n. 29022).

⁵¹ Le misure di sicurezza patrimoniali «incidono direttamente sul patrimonio, e consistono in mezzi cautelativi o nella limitazione di cose che, provenendo da fatti illeciti penali, o in alcuna guisa collegandosi alla loro esecuzione, manterrebbero viva l'idea e l'attrattiva del delitto» (MINISTERO DELLA GIUSTIZIA E DEGLI AFFARI DI CULTO, *Relazione del guardasigilli sul Libro I del progetto definitivo del codice penale*, 1929, p. 245).

dal reato) e razionalizzarne la disciplina in una prospettiva costituzionalmente e convenzionalmente orientata.

Quanto all'applicazione della confisca allargata, sebbene la sproporzione tra valore patrimoniale, da un lato, e redditi o attività economica, dall'altro, faccia emergere la presunzione di illecita accumulazione, essa non è da sola sufficiente a legittimare l'applicazione della confisca allargata, risultando altresì necessario – ai fini dell'operatività dell'istituto – che il soggetto non sia in grado di giustificare la provenienza dei beni⁵².

Sul punto, la giurisprudenza di legittimità ha precisato che la disciplina normativa di tale ipotesi speciale di confisca non pone a carico del soggetto condannato un qualificato onere probatorio, ma introduce una mera presunzione relativa di illecita accumulazione patrimoniale, trasferendo sul soggetto, che ha la titolarità o la disponibilità dei beni, l'onere di giustificarne la provenienza, con l'allegazione di elementi che – pur senza avere la valenza probatoria civilistica in tema di diritti reali, possessori e obbligazionari – siano idonei a vincere tale presunzione. In questa prospettiva, quindi, non si verifica una vera e propria inversione dell'onere della prova, in quanto non è richiesta una giustificazione qualificata della legittima provenienza dei beni, ma un'attendibile e circostanziata giustificazione, che il giudice deve valutare in concreto, secondo il principio della libertà di prova e del libero convincimento⁵³. In capo al condannato è posto, in definitiva, un mero "onere di allegazione".

⁵² GUALTIERI, *Rapporti tra sequestro preventivo e confisca. Principi generali*, in BARGI, CISTERNA (a cura di), *La giustizia patrimoniale penale*, tomo II, Utet, 2011, p. 637.

⁵³ Cass., Sez. VI, 3 aprile 2003, n. 816; Cass., Sez. I, 5 febbraio 2001, n. 11049; Cass., Sez. VI, 26 marzo 1998, n. 1087; Cass., Sez. VI, 15 aprile 1996, n. 1600. Più recente: Cass., Sez. VI, 29 marzo 2017, n. 22562.

CRISI DELLA RAPPRESENTANZA POLITICA E CRISI DEI PARTITI: brevi note a margine dalla prolusione di Santi Romano del 1909*

Daniele Porena**

ABSTRACT [ITA]: Il presente contributo, partendo da un'analisi della celebre prolusione di Santi Romano del 1909 (*Lo Stato moderno e la sua crisi*), tenta un'attualizzazione della riflessione romaniana nella chiave dello Stato contemporaneo, della sua crisi e della crisi della rappresentanza politica e dei partiti.

ABSTRACT [ENG]: *The essay, starting from an analysis of the famous lecture by Santi Romano of 1909 (Lo Stato moderno e la sua crisi), try to rethink the romanian reflection in the key of the contemporary State, its crisis and the crisis of political representation and parties.*

SOMMARIO: **1.** Introduzione. **2.** Lo Stato e la rappresentanza politica nella prolusione del 1909. **3.** Crisi dello Stato contemporaneo, crisi dei partiti e della rappresentanza politica.

* Il presente contributo tra origine dall'intervento tenuto in occasione dell'evento formativo dal titolo "*Lo Stato moderno e la sua crisi. Santi Romano, Pisa 1909*", 27 maggio 2021, Università degli Studi di Perugia, Dottorato in Scienze giuridiche.

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

1. Introduzione.

In oltre cento anni, la prolusione pisana di Santi Romano è stata sottoposta a penetranti operazioni esegetiche: *Lo Stato moderno e la sua crisi* è stato oggetto di convegni, di saggi e, a sua volta, di notevolissime prolusioni.

Il compito di questo breve contributo non quello di rivisitare tutte le pagine che all'Opera del Maestro sono state dedicate nel corso dei decenni.

Piuttosto, nel tentativo di coglierne il significato profondo, lo scopo del presente lavoro è quello di riprendere i tratti fondamentali della prolusione: ciò con gli occhi dell'osservatore dell'epoca ma, anche, allo scopo di offrire alcune suggestioni che possano scaturire dal tentativo di attualizzare la riflessione romaniana.

La prima constatazione suggerita dall'Opera del Romano è che, a distanza di oltre un secolo, ben può dirsi – come in effetti è stato osservato¹ – che nel diritto pubblico alloggiavano alcune categorie perennemente in crisi.

Della crisi dello Stato come anche della crisi della rappresentanza politica si è parlato e si parla, pressoché, sin dal loro sorgere²: sia pure nel contesto di istituzioni politiche e giuridiche mutate nel corso del tempo e sia pure per ragioni e secondo prospettive distanti, lo Stato e la rappresentanza appaiono incessantemente disorientati.

Converrà quindi esaminare le ragioni di questa crisi: prima con gli occhi del giurista degli inizi del secolo scorso e, successivamente, con quelli dell'osservatore contemporaneo.

2. Lo Stato e la rappresentanza politica nella prolusione del 1909.

Lo Stato cui Romano dedicò la sua prolusione era una istituzione assai differente da quella che, da lì a non molto, sarebbe divenuta.

¹ Cfr. A. MANGIA, *La rappresentanza politica e la sua crisi. Un secolo dopo la prolusione pisana di Santi Romano*, in *Forumcostituzionale.it*, p. 1.

² Cfr. D. FISICHELLA, *Sul concetto di rappresentanza politica*, in *La rappresentanza politica*, Milano, 1985, p. 8, secondo il quale «da quando esiste la rappresentanza politica (modernamente intesa, cioè nella veste di democrazia rappresentativa), si parla altresì di crisi della rappresentanza politica».

È lo Stato liberale ottocentesco - erede degli eventi e delle conseguenze prodotte dalla rivoluzione francese - a rappresentare quella stupenda creazione del diritto che si pone innanzi al Maestro palermitano.

Il paradigma che ancora sorregge l'architettura del diritto pubblico dell'età giolittiana è rappresentato dalla relazione tra lo Stato, da un lato, e un individuo spersonalizzato³ - un *homme abstrait*⁴ - dall'altro.

L'organizzazione giuridica generale - e l'istituto della rappresentanza politica in particolare - sono ideologicamente orientati ad escludere dalle proprie finalità quella moltitudine di gruppi, associazioni, corporazioni, corpi intermedi che la rivoluzione francese aveva rimosso dall'orizzonte strutturale delle istituzioni politiche.

Agli occhi del Maestro campeggia quello che è ancora lo Stato censitario e monoclasse, proteso alla cura di quei soli interessi emersi nel Paese c.d. "legale"⁵. Ancora, è lo Stato che, rimossa ogni personalizzazione della sovranità, rimette la stessa in capo a quel concetto per lo più astratto di Nazione non ancora reificato in quello di popolo⁶. E' uno Stato, quello del Romano, che non ha ancora fatto esperienza del suffragio universale e della irruzione dei grandi partiti di massa sulla scena sociale, politica e istituzionale.

³ Cfr. P. GROSSI, *Lo Stato moderno e la sua crisi (a cento anni dalla prolusione pisana di Santi Romano)*, in *Rivista trimestrale di Diritto pubblico*, 2011, p. 14: «(...) è da confinare tra le forzature e le artificiosità la pretesa dello Stato moderno di ridurre i cittadini a una massa di soggetti giuridicamente uguali ma anonimi e amorfi senza dare alcun rilievo alla loro singola concretezza esistenziale».

⁴ La fortunata 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 *homme situé*, embedded in the welfare politics of his own destiny», così J. ARMSTRONG KELLY, *Hegel's Retreat from Eleusis: Studies in Political Thought*, Princeton, 1978, p. 194.

⁵ Come osserva M. FIORILLO, *"Oltre lo Stato": Santi Romano e la prolusione fiorentina del 1917*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, reperibile in *Consulta Online*, 20 luglio 2020, p. 5, «nell'Italia di inizio Novecento, vi è un universo di bisogni economici e sociali - inimmaginabile appena qualche decade prima, nella fase di preindustrializzazione nazionale - che premono ora per trovare una loro legittimazione. Oltre la dimensione del diritto pubblico e privato, a cavallo del secolo emerge infatti nel nostro Paese tutta una sfera di interessi collettivi, che appaiono privi di riconoscimento, nei modelli tradizionali della rappresentanza politica come nella composizione delle assemblee parlamentari. Si tratta di manifestazioni di nuove realtà sociali, "fatti grezzi" dirà Paolo Grossi, tutt'altro che privi di un rilievo politico, e tuttavia sino a quel momento praticamente ignorati dall'ordine costituito. Lo Stato liberale non riesce a governare - e probabilmente nemmeno a comprendere - le trasformazioni sociali in corso, cristallizzato com'è su una piattaforma politica oligarchica di tipo censitario, che anzi interpreta le garanzie, offerte da leggi, codici e Statuto alla proprietà e ai contratti, come lo strumento principe per assicurare la propria autoproprietà perpetua».

⁶ Come ricorda A. BARBERA, *La rappresentanza politica: un mito in declino?*, in *Quaderni costituzionali, Rivista italiana di diritto costituzionale*, 4/2008, p. 856, «il riferimento alla Nazione consentiva un duplice risultato: ancorare la rappresentanza a un sovrano invisibile (e quindi ad interessi generali) e giustificare l'esclusione dal voto di chi non apparteneva alla classe borghese, l'unica in grado di esserne interprete (anzi i maschi possidenti, con esclusione degli analfabeti, degli ebrei e di altre minoranze)».

Sullo sfondo, il Romano descrive le caratteristiche del Paese “reale”, dove spinte vigorose sostenute da una miriade di corpi intermedi e interessi particolari esercitano una pressione sempre più violenta sulle risalenti architetture dello Stato post-rivoluzionario⁷. La critica del Romano sembra rivolta non tanto allo Stato come istituzione politico-giuridica – del quale, al contrario, esalta la creazione soprattutto nella parte introduttiva della sua prolusione – quanto, piuttosto, al riduzionismo illuminista e rivoluzionario⁸ che ha spazzato via dall’orizzonte delle istituzioni politiche quei corpi intermedi che pure, incessantemente, caratterizzano la realtà dei fatti⁹.

E a questi ultimi il Romano rivolge la propria attenzione con sguardo realistico: uno sguardo proteso alla ricerca di quel fondamento di verità posto alla base delle tendenze corporative esplose nell’epoca in cui il Maestro scriveva. Vero è, secondo il Romano, che più del vincolo territoriale, concorre alla coesione sociale e ad attutire gli eccessi dell’individualismo il sentimento di solidarietà che si stabilisce tra individui tra loro legati da vincoli di appartenenza corporativa ed economica e tra loro stretti da interessi particolari condivisi.

Il realismo con il quale Santi Romano osserva questa realtà anticipa quello che, nella sua Opera più famosa, sarà celebrato nel riconoscimento della pluralità degli ordinamenti giuridici e delle istituzioni¹⁰. Il che rende coerente e tutt’altro che

⁷ Cfr. A. BARBERA, *La rappresentanza politica: un mito in declino?*, cit., p. 858: «più lineare la rappresentanza degli interessi generali nello stato liberale «monoclasse». Essa era assicurata dalla omogeneità sociale fra rappresentanti, tratti da ristrette élite, e la base sociale ed elettorale anch’essa assai ristretta formata dai soli “cittadini aventi nei riguardi della cosa pubblica interesse e competenza”. I conflitti sociali e le diversità culturali non tarderanno a farsi sentire e progressivamente metteranno in crisi quella omogeneità che è presupposta dalla teoria classica della rappresentanza; in particolare la progressiva estensione del suffragio elettorale muterà i caratteri del parlamentarismo liberale».

⁸ Cfr. P. GROSSI, *Lo Stato moderno e la sua crisi (a cento anni dalla prolusione pisana di Santi Romano)*, cit., p. 15; A. MORRONE, *Per il metodo del costituzionalista: riflettendo su «Lo Stato moderno e la sua crisi» di Santi Romano*, in *Quaderni costituzionali, Rivista italiana di diritto costituzionale*, 2/2012, p. 372: «qui, però, sta il “peccato di origine” della rivoluzione francese (portato ad effetto con il decreto “Le Chapelier” del 14 giugno 1791): avere prodotto un ordinamento politico “eccessivamente semplice”, trascurando o distruggendo le forze sociali intermedie. In sostanza: “scomparsi o soppressi ceti e corporazioni, ridotti alla minima espressione persino i Comuni, non si volle porre di fronte allo Stato che l’individuo”».

⁹ In generale, come osserva S. CASSESE, *La prolusione romaniana sulla crisi dello Stato e il suo tempo*, reperibile in www.irpa.eu, nella importante fase di cambiamento e transizione in cui Romano scriveva, «questa è la realtà sulla quale si affaccia la riflessione romaniana, preoccupata non tanto dello sviluppo degli eventi, quanto della salvaguardia dell’unità e impersonalità dello Stato, della garanzia dell’interesse generale».

¹⁰ Anzi, come osserva M. FIORILLO, *“Oltre lo Stato”*: *Santi Romano e la prolusione fiorentina del 1917*, cit., p. 7, «dietro “L’ordinamento giuridico” del 1917, si trova poi l’“eclissi dello Stato”, già segnalata, come detto, nella prolusione di Pisa di quasi un decennio prima. Ma nel 1909 a Pisa Santi Romano parlava ancora dello Stato come una «stupenda creazione del diritto» 39, mentre ora «è da negarsi, nel modo più reciso, che il sistema

contraddittoria la critica che il Romano rivolge allo Stato moderno nella prolusione piana del 1909¹¹. Ma l'inadeguatezza del polveroso Stato ottocentesco¹², l'insufficienza dell'istituto della rappresentanza politica, a fianco al prorompere delle predette tendenze corporative o, come le descrive il Maestro, al "sindacalismo integrale" rischia di epilogare in una sorta di medievalizzazione della società e delle sue strutture.

La rappresentanza politica, da sola e come concepita all'epoca del Nostro, risulta del tutto inadeguata a raccogliere il profluvio di istanze che si levano dalla società¹³. La rappresentanza, ridotta a mera delega ai capaci dell'esercizio del potere¹⁴, si dimostra insufficiente a colmare lo spazio che separa la società dallo Stato moderno (che - secondo il Maestro - nato dalla bacchetta magica di capricciosi legislatori, assume un che di artificioso)¹⁵.

statuale sia divenuto l'unico sistema del mondo giuridico: anzi è da negarsi che siffatta concentrazione sia materialmente possibile».

¹¹ Cfr. A. ROMANO, *Santi Romano, Lo Stato moderno e la sua crisi e l'Ordinamento giuridico*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 2/2011, p. 353.

¹² È noto «il fenomeno da cui prende le mosse la riflessione del Romano: l'avvento del sindacalismo e dell'associazionismo come fenomeni sviluppatasi all'interno dell'ordinamento statutario e con i quali l'organizzazione dello stato liberale dava mostra di non riuscire a fare i conti; e, in correlazione a questo, il fenomeno sociale della rappresentanza di interessi, inteso come alcunché di antitetico rispetto a quel paradigma della generalità della rappresentanza che, affermatosi in età rivoluzionaria, si era poi trasferito, con tutte le sue contraddizioni ed ambiguità, nello stato monoclasse di fine XIX secolo», così A. MANGIA, *La rappresentanza politica e la sua crisi. Un secolo dopo la prolusione pisana di Santi Romano*, cit., p. 1.

¹³ Come osserva A. MANGIA, *La rappresentanza politica e la sua crisi. Un secolo dopo la prolusione pisana di Santi Romano*, cit., p. 4, «la fase in cui scrive Romano è segnata dal fenomeno inverso, e cioè dalla risorgenza di quell'associazionismo e di quel particolarismo giuridico che l'ideologia rivoluzionaria dell'800 europeo aveva creduto di eliminare una volta per tutte con la 'stupenda creazione' dello stato moderno».

¹⁴ «Ed è così che, logicamente e storicamente, noi siamo pervenuti a riconoscere la portata intima del principio della rappresentanza. Esso contiene un punto, che è comune a tutte le forme di governo; ed è che l'alta direzione dello Stato deve appartenere ai più capaci. (...) Si presume che il più capace, il melior terrae, sia colui ch'è designato dalla scelta d'un corpo elettorale. Gli elettori occupano qui il posto che, nelle forme aristocratiche, spetta alla nascita e, nelle forme dispotiche, alla scelta del principe. L'elezione politica non è, dunque, altra cosa che una designazione di capacità. Non v'è alcuna trasmissione di potere», così V. E. ORLANDO, *Del fondamento giuridico della rappresentanza politica*, (1895), in *Diritto pubblico generale*, Milano 1954, 448. Come osserva P. GROSSI, *Lo Stato moderno e la sua crisi (a cento anni dalla prolusione pisana di Santi Romano)*, cit., p. 9, «la pretesa valorizzazione della volontà popolare grazie alla copertura della rappresentanza politica viene completamente demitizzata riducendola a una volgare operazione strategica. Ciò si ottiene demolendo il mito della rappresentanza coniata nei circoli rivoluzionari e cogliendola invece per quel che effettivamente era, ossia una delega all'esercizio del potere politico con la vanificazione di un carattere autenticamente rappresentativo».

¹⁵ Cfr. P. GROSSI, *Lo Stato moderno e la sua crisi (a cento anni dalla prolusione pisana di Santi Romano)*, cit., p. 12, secondo il quale «l'affondo sulla artificiosità dello Stato ha una preziosa valenza argomentativa, perché nella strategia culturale di Romano serve a motivare la crisi; la quale sta soprattutto nella separazione dello Stato dalla società e quindi dalla storia (...)».

La vita sociale, rileva Santi Romano, ha continuato ad evolversi: fino ad entrare in collisione con lo Stato e ad annunciarne la decomposizione¹⁶. L'interesse particolare, sempre più a gran voce reclamato, si mostra antagonista nei confronti dell'interesse generale e di uno Stato insufficiente e impreparato a raccogliere le spinte che provengono dalla società.

La crisi dello Stato descritta nella prolusione romaniana è una crisi che deriva da spinte disgregatrici tutte interne allo Stato stesso¹⁷: mentre lo Stato conserva la sua antica architettura, la società muta e sorgono interessi in nessun modo rappresentati sul piano istituzionale.

La prolusione romaniana non celebra, tuttavia, la sola decomposizione dello Stato moderno. Santi Romano tiene a segnare le distanze da ricostruzioni estreme, orientate ad annunciare la fine dello Stato e la spoliticizzazione delle comunità sull'abbrivio di nuove meccaniche di organizzazione sociale, basate su forme di corporativismo estremo, ed orientate a consacrare la prevalenza dell'elemento economico su quello politico. L'interesse generale, incarnato dallo Stato, non sarebbe semplice sommatoria risultante dalla aggregazione di interessi particolari. Lo Stato ha dunque ancora ragione di esistere nella prolusione romaniana: ma per esistere deve evolvere ed accettare la coesistenza di istituzioni particolari¹⁸.

Lo Stato continua a rappresentare, per Santi Romano, l'unica istituzione capace di erigere una barriera rispetto al rischio di una nuova feudalizzazione della società. L'unica istituzione capace di rendersi interprete dell'interesse generale e di superare

¹⁶ «La crisi dello stato verrebbe dal fatto che, d'un tratto, lo stato, costruito sulla primazia del potere pubblico nei confronti degli interessi sociali, non sarebbe più in grado di svolgere quella funzione di governo dei naturali movimenti interni alla società, trovandosi escluso non solo dal circuito di formazione di questi interessi, ma essendone pericolosamente isolato», così A. MANGIA, *La rappresentanza politica e la sua crisi. Un secolo dopo la prolusione pisana di Santi Romano*, cit., p. 13.

¹⁷ «La prolusione romaniana fu il primo segnale della prima crisi dello Stato, quella derivante dalla presenza di forze disgregatrici interne. Crisi – si potrebbe dire – non dello Stato, ma di “quello Stato”, quale si presentava agli albori del ventesimo secolo», così S. CASSESE, *La prolusione romaniana sulla crisi dello Stato e il suo tempo*, cit. Cfr. A. MORRONE, *Per il metodo del costituzionalista: riflettendo su «Lo Stato moderno e la sua crisi» di Santi Romano*, in *Quaderni costituzionali, Rivista italiana di diritto costituzionale*, 2/2012, p. 369, secondo il quale «la crisi è, innanzitutto, interna allo Stato, per il prorompere di forze sociali organizzate secondo interessi economici (e politici) concorrenti o antagonisti rispetto a quelli generali (Prolusione pisana). La crisi è anche esterna allo Stato: riguardando i rapporti fra gli Stati e, quindi, il diritto internazionale (Prolusione fiorentina). “Quella che è stata detta la crisi dello Stato odierno – dice il Nostro – potrebbe essere non soltanto quel fenomeno, che si è spesso notato nel suo interno, effetto di forze disgregatrici... ma anche un fenomeno concernente le relazioni interstatuali”».

¹⁸ Cfr. S. CASSESE, *La prolusione romaniana sulla crisi dello Stato e il suo tempo*, cit., secondo cui la prolusione romaniana costituisce, tra l'altro, «una risposta a Duguit, nel senso di riconoscere e ammettere lo sviluppo dei sindacati e delle corporazioni, ma a condizione che siano subordinati allo Stato, di cui deve rimanere intatta la capacità di tutela dell'interesse generale».

gli interessi parziali¹⁹. Ma per continuare ad essere considerato unica e vera personificazione della collettività integrale, lo Stato deve assumere il rango di istituzione superiore chiamata a contemperare e armonizzare le organizzazioni minori²⁰.

L'appello, per così dire, rivolto dal giurista palermitano è dunque ad una modernizzazione dello Stato: *“il diritto e la costituzione di un popolo rappresentano sempre il genuino prodotto della sua vita e della sua intima natura”* diceva Santi Romano nell'*incipit* della sua prolusione. Come un cerchio, il ragionamento del Maestro sembra quindi chiudersi con l'avvertenza a che lo Stato non rimanga indifferente – arroccato su una struttura superata – rispetto alle spinte introdotte dalle evoluzioni della società.

3. Crisi dello Stato contemporaneo, crisi dei partiti e della rappresentanza politica.

Lo Stato nato sulle ceneri del fascismo e dello Statuto Albertino ha assunto una conformazione profondamente diversa da quello dell'epoca in cui il Maestro pronunciava la sua prolusione. Profondamente diverse sono anche le dinamiche sociali che hanno caratterizzato le evoluzioni dello Stato contemporaneo. Tuttavia, ancora oggi – e senz'altro più di ieri – parliamo di crisi dello Stato e di crisi della rappresentanza politica.

Superata l'infelice parentesi rappresentata dal corporativismo fascista, la questione della rappresentanza istituzionale degli interessi non ha riscosso particolare successo: il tema della disciplina giuridica delle organizzazioni sindacali è rimasto nell'alveo

¹⁹ Cfr. A. MORRONE, *Per il metodo del costituzionalista: riflettendo su «Lo Stato moderno e la sua crisi» di Santi Romano*, cit., p. 375, secondo il quale «nella concezione romaniana lo Stato è un bene necessario perché fonte irrinunciabile di unità (sociale, politica e giuridica). Tale unità è un dato, è un'unità precostituita. Essa deriva dalla realtà e diventa ordinamento: poiché l'unità dell'ordinamento è un postulato, in essa possono – e nella prospettiva prescrittiva del Nostro, devono – essere ricondotte le forme sociali. Va da sé, dunque, che il vitalismo sociale osservato realisticamente, poiché produce un ordinamento giuridico, che è diverso e separato dallo Stato e, per questo, inevitabilmente destinato a porsi contro lo Stato, non può che essere istituzionalizzato, riportato, cioè, entro i confini dello Stato».

²⁰ Scrive Santi Romano (*Lo Stato moderno e la sua crisi*, Milano, 1968, p. 324) «un principio sembra a noi che risulti sempre più esigente e indispensabile: il principio, cioè, di un'organizzazione superiore che unisca, contemperi e armonizzi le organizzazioni minori in cui la prima va specificandosi». Osserva sul punto P. GROSSI, *Lo Stato moderno e la sua crisi (a cento anni dalla prolusione pisana di Santi Romano)*, cit., p. 21: «solo così, in un assetto pluralista dello Stato che ritrova il suo essere innanzi tutto 'comunità', l'antagonismo erosivo delle forze sociali può essere naturalmente assorbito e può diventare carica vitale per lo Stato stesso».

delle nozioni inattuata e del Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro se ne parla, per lo più, in occasione di interventi ed approfondimenti orientati alla sua abolizione. Ma quel divario che in età giolittiana - e nella prolusione del Romano - separava lo Stato dalla società è stato progressivamente colmato dalla irruzione dei grandi partiti politici di massa. Muniti di strutture capillari, distribuite sul territorio e capaci di convogliare istanze ed interessi²¹, i partiti politici hanno rappresentato, nella prima parte della nostra storia repubblicana, lo strumento idoneo a colmare i vuoti rimasti aperti nel corso dell'esperienza dello Stato liberale.

La selezione della classe parlamentare, sorretta da strumenti quali la sezione di partito e il voto di preferenza, si è in qualche modo avvicinata (potremmo, con cautela, constatare) a quel concetto di rappresentanza effettiva per lo più disperso nell'epoca precedente. Assai vitali e dotati di solide strutture ideologiche capaci di riordinare e ricomporre interessi e preferenze²², i partiti politici hanno contribuito a dare voce alle istanze delle masse fungendo da collettore tra queste e le sedi istituzionali.

L'irruzione nel dibattito di una moltitudine di interessi particolari, pur idonea ad indebolire la loro più fedele rappresentanza²³, ha invece trovato nelle "parti totali"

²¹ «In una fase ascendente, attraverso la partecipazione democratica alla vita del partito politico le molteplici e variegata istanze della collettività potevano trovare accesso e, dunque, "rappresentanza" al livello istituzionale, mediante un processo di selezione e di sintesi orientato dalla particolare visione dell'interesse generale propria di ciascun partito, per essere trasformati in indirizzi di politica nazionale e, dunque, trasfusi in atti legislativi e amministrativi. In una fase discendente, invece, la medesima particolare interpretazione dell'interesse pubblico (rectius: degli interessi pubblici), frutto dei processi di selezione - condizionati anche dalla necessaria integrazione tra i programmi delle diverse forze che andavano a comporre una medesima maggioranza parlamentare - trovava diffusione e, soprattutto, legittimazione nella comunità sociale», così F. GIUFFRÈ, *Crisi dei partiti, trasformazione della politica ed evoluzione della forma di governo*, in *Federalismi.it*, n. 23/2016, p. 9.

²² F. GIUFFRÈ, *Crisi dei partiti, trasformazione della politica ed evoluzione della forma di governo*, cit., p. 11, si riferisce «alla astratta idoneità delle ideologie o, se si preferisce, delle "visioni del mondo" a cui si richiamavano le principali forze politiche rappresentate in Parlamento, a quell'epoca capaci di offrire agli elettori rappresentazioni di sintesi e prospettive di soluzione rispetto alle molteplici e spesso antitetici istanze della comunità sociale. In questo contesto, i partiti mostravano la capacità di incanalare le esigenze sociali nel quadro di una particolare visione dell'interesse generale, ma erano anche in grado di orientare - svolgendo, appunto, una funzione di pedagogia politica - l'accesso delle medesime esigenze nel circuito rappresentativo e nei processi di policy making».

²³ Come osserva A. RUGGERI, *Crisi della rappresentanza politica e "Stato giurisdizionale" (nota minima su un'annosa e irrisolta questione)*, in *Federalismi.it*, n. 23/2018, p. 3, «v'è in primo luogo il lento e sofferto processo di democratizzazione degli ordinamenti di tradizioni liberali, che ha avuto la sua spinta maggiore con l'allargamento del suffragio, fino a pervenire alla sua connotazione come universale, che ha portato ad una crescita esponenziale della domanda sociale mettendo allo stesso tempo a nudo l'incapacità dei rappresentanti di farvi fronte in modo adeguato. È questa una vicenda, peraltro - come si sa - ampiamente studiata, che disvela un autentico ossimoro costituzionale: la crescita della rappresentanza ha accompagnato e sorretto il sofferto processo di democratizzazione dell'ordinamento ma quest'ultima, a conti fatti, si è rivolta contro quella,

un'efficace cinghia di trasmissione²⁴. Lo Stato – ancora padrone delle maggiori leve economiche e delle principali sedi decisorie - ha forse vissuto nell'epoca post bellica momenti di successo che lo hanno avvicinato a quella stupenda creazione del diritto proclamata dal Romano. Ma, come detto, Stato e rappresentanza politica sono categorie che vivono cicliche fasi di crisi e nell'epoca corrente sembra ormai prevalere il disorientamento.

Come tra gli altri ci ricorda Bobbio, «lo stato moderno è l'unità che si forma mediante un processo di liberazione dall'alto e di unificazione dal basso»²⁵. Dall'alto, i gruppi nazionali si svincolano progressivamente dalle principali autorità dell'epoca medievale, l'Impero e la Chiesa. Nel contempo, verso il basso, gli stati tendono ad assorbire le comunità minori - e, in particolare, i comuni – attraverso un processo di unificazione.

Rispetto alle predette fenomenologie, che hanno accompagnato la formazione degli stati nazionali, sono noti gli opposti fenomeni di progressiva erosione cui lo stato è ormai esposto da alcuni decenni.

La nascita e la progressiva affermazione di organizzazioni sovranazionali hanno da un lato privato lo Stato di ampie competenze decisorie e, dall'altro, introdotto fenomeni a vario titolo iscritti in quel che viene definito il deficit di legittimazione democratica delle istituzioni sovranazionali²⁶.

Per altro verso, la minore inclinazione del cittadino contemporaneo, rispetto a quello degli inizi del secolo scorso, a delegare ad altri la selezione e la cura concreta

mettendone a nudo le strutturali e ad oggi non ripianate (e, ad esser franchi, problematicamente ripianabili) carenze».

²⁴ Cfr. F. GIUFFRÈ, *Crisi dei partiti, trasformazione della politica ed evoluzione della forma di governo*, cit., p. 9, secondo il quale «il tradizionale partito di massa, modello di riferimento nel periodo della Costituente, era, infatti - secondo una ben nota definizione - “cinghia di trasmissione” tra la comunità popolare, nelle sue diverse articolazioni, e gli apparati dello Stato. Tale ruolo si esprimeva secondo una dinamica circolare che legava il piano comunitario e quello degli apparati pubblici». Come ricorda A. MANGIA, *La rappresentanza politica e la sua crisi. Un secolo dopo la prolusione pisana di Santi Romano*, cit., p. 16, «le riflessioni condotte per linee diverse da Schmitt e Leibholz in Germania e da Mortati ed Elia in Italia in fondo hanno dato, per un certo periodo, nuova sostanza all'istituto, identificando il problema della rappresentanza nel problema del ruolo dei partiti e nella possibilità di riuscire a realizzare un governo degli interessi sociali attraverso l'integrazione ideologica e l'idea della rappresentanza attraverso il valore».

²⁵ «Lo stato moderno si afferma con un progressivo svincolamento dei gruppi nazionali dalle due fondamentali autorità del Medio Evo: l'Impero e la Chiesa. Nello stesso tempo si ha un assorbimento di tutte le potestà minori, come i comuni, che vivono in esso; di qui anche un processo di accentramento e di unificazione. La formazione dello stato moderno si afferma quindi con i due processi di liberazione dalle potestà superiori, e di unificazione delle potestà inferiori», così N. BOBBIO, *Il giusnaturalismo moderno*, Torino, 2009, p. 43.

²⁶ Cfr. N. LUPO - A. MANZELLA, *Il sistema parlamentare euro-nazionale*, Torino, 2014, p. 5 ss.; B. CARAVITA, «Parlamentarizzare», *semplificare, razionalizzare i percorsi decisionali europei*, in *Federalismi.it*, 2015, n. 14, p. 3

dei propri interessi, ha poi favorito un ulteriore processo di erosione statutale che, questa volta, si è manifestato verso il basso, attraverso la progressiva cessione di attribuzioni, competenze e prerogative in favore degli enti territoriali minori i quali, sempre più, tendono ad esercitare le nuove prerogative decisorie in posizione antagonista rispetto allo Stato.

Il fiorire di *authorities* ed organismi amministrativi indipendenti ha poi depauperato la rappresentanza politica delle proprie tradizionali prerogative decisorie su ampi settori della cosa pubblica²⁷: la tendenziale amministrativizzazione²⁸ di ambiti crescenti di ciò che, in precedenza, era prerogativa del Governo e del Parlamento ha determinato la spolticizzazione delle scelte in settori nevralgici del vivere comune e la “neutralizzazione” della politica²⁹.

Ancora, il ruolo di supplenza sovente svolto dalle giurisdizioni si manifesta nell’esplosione incontrollata di una serie sempre più ampia di diritti fondamentali e posizioni giuridiche soggettive mentre l’anima politica dei sistemi di giustizia costituzionale³⁰ tende a favorire i canali della manipolazione normativa impoverendo le funzioni dei collegi rappresentativi.

L’impressione è che oggi residui al Palamento una potestà che coinvolge, essenzialmente, microinteressi: le scelte sui macrointeressi sembrano invece per lo più affidate a burocrazie sovranazionali³¹, ad autorità tecniche e a meccanismi

²⁷ Come osserva A. MANGIA, *La rappresentanza politica e la sua crisi. Un secolo dopo la prolusione pisana di Santi Romano*, cit., p. 16, «si è avviato un processo che ha visto una molteplicità di procedimenti obiettivi di regolazione degli interessi sociali sostituirsi alla decisione politica sulla redistribuzione: un processo che, solo per fare qualche esempio, all’interno dei confini statali, si è manifestato con la proliferazione della autorità indipendenti e, all’esterno di questi confini, con il rinvio al ruolo decisionale di corti e burocrazie sovranazionali. E cioè con il rinvio a meccanismi in cui si realizza in massimo grado un fenomeno di sospensione della responsabilità politica conseguente all’arretramento della capacità di decisione di ciascuno stato».

²⁸ Cfr. A. MANGIA, *La rappresentanza politica e la sua crisi. Un secolo dopo la prolusione pisana di Santi Romano*, cit., p. 17.

²⁹ Cfr. M. LUCIANI, *Il paradigma della rappresentanza di fronte alla crisi del rappresentato*, in *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica*, a cura di F. BIONDI E N. ZANON, Milano 2001, p. 113 ss. secondo il quale «le difficoltà di una mediazione politica del conflitto sociale hanno suggerito il ricorso a meccanismi autoregolativi della società civile, anche per il tramite di apposite istituzioni pubbliche capaci di essere (più che un luogo di decisione autoritativa) la sede di quell’autoregolazione (è il caso delle autorità indipendenti). Dell’arretramento della politica, ovviamente, non poteva non risentire il meccanismo della rappresentanza, e infatti il Parlamento ha cominciato a conoscere ostacoli sempre maggiori nel mantenersi come il naturale centro della mediazione tra i soggetti sociali. Nel generale processo di ridefinizione dei rapporti tra sfera pubblica e sfera privata (tra Stato e mercato), le istituzioni rappresentative hanno subito le conseguenze più rilevanti».

³⁰ Cfr. A. RUGGERI, *Crisi della rappresentanza politica e “Stato giurisdizionale” (nota minima su un’annosa e irrisolta questione)*, cit., pp. 6 e ss..

³¹ Secondo a 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

transnazionali di governo delle dinamiche economiche³² distanti, come detto, dal circuito democratico-rappresentativo³³. A questa fuga della politica dalle responsabilità – sovente testimoniata anche dall’insediamento al vertice degli esecutivi di governi tecnici - corrisponde inoltre un’allarmante fase di crisi della rappresentanza che, al suo interno, è in larga parte causata dalla crisi dei partiti politici. Dal partito dei notabili tipico dello Stato liberale ottocentesco - munito di debole apparato burocratico, sostanzialmente privo di articolazione e organizzazione territoriale e, per lo più, affidato al governo di ristrette élite autoreferenziali – si è passati al grande partito di massa della prima parte del secondo dopoguerra munito, come detto, di imponente struttura organizzativa e ideologica, orientato alla mobilitazione e al coinvolgimento dei propri iscritti ed efficace strumento di selezione della classe dirigente.

Ma dal partito di massa si è passati, in epoca più recente, a più esili partiti di opinione se non, in alcuni casi, a partiti territoriali o a partiti *single issue*.

Nell’epoca corrente, caratteristiche tendenzialmente comuni dei partiti politici sono la loro sostanziale destrutturazione organizzativa, la loro inclinazione a rivolgersi agli elettori prima ancora che a mobilitare gli iscritti, la riduzione degli apparati a poco più che ristrette oligarchie raggruppate intorno a forti *leaderships*, la pressoché completa deideologizzazione dei rispettivi patrimoni politico-culturali³⁴.

Persa ogni inclinazione a svolgere una funzione anche pedagogica e di orientamento dell’opinione pubblica, i partiti politici hanno iniziato a subire i

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».

³² Cfr. 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 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».

³³ Cfr. A. BARBERA, *La rappresentanza politica: un mito in declino?*, cit., p.885.

³⁴ Osserva A. BARBERA, *La rappresentanza politica: un mito in declino?*, cit., p.870, «i partiti sono in crisi. L’annebbiamento dei tradizionali cleavages, il tramonto delle ideologie, la tendenza degli interessi ad autorappresentarsi, l’influenza dei mass-media, divenuti canali di trasmissione della domanda politica, sono fenomeni che attraversano l’Occidente. In Italia si aggiungono le conseguenze della «transizione» avviata con i referendum elettorali del 1991 e del 1993 e con il trauma di Tangentopoli, entrambi legati agli effetti in Italia del crollo del muro di Berlino».

condizionamenti di quest'ultima finendo, per lo più, per ridurre le proprie aspirazioni ad un'interpretazione quanto più fedele dei sentimenti diffusi dal c.d. quarto potere. Ed infatti, la strabordante influenza e il condizionamento apportato alla formazione dell'opinione pubblica dall'irruzione dei *mass media* – in specie nelle forme più recenti introdotte dallo sviluppo delle tecnologie telematiche – ha progressivamente costretto i partiti politici ad abdicare al loro ruolo di guida nella selezione e organizzazione degli interessi³⁵. Lo stesso messaggio politico, in precedenza frutto di articolati e complessi meccanismi di elaborazione, si riduce, nell'epoca corrente, alla sola rifinitura della formula pubblicitaria, dello slogan, della parola d'ordine.

L'unidirezionalità della comunicazione politica massmediatica sacrifica la dimensione della partecipazione dell'elettore alla costruzione del progetto: il "mercato" della politica impone sempre più al cittadino-elettore le vesti del "consumatore"³⁶.

L'eliminazione di più efficaci strumenti di selezione dei candidati, quali tra gli altri il voto di preferenza, favorisce la scelta verticistica della classe dirigente³⁷: ciò, in uno con la vocazione tendenzialmente maggioritaria dei sistemi elettorali collaudati negli ultimi anni e con la designazione sostanzialmente diretta del capo del Governo, ha trasformato la fase elettorale da momento in cui scegliere coloro dai quali essere rappresentati in quello in cui scegliere coloro dai quali essere governati.

La sempre più pervasiva posizione assunta dal potere esecutivo rispetto al Parlamento, il ruolo che l'esecutivo esercita nello scandire la stessa agenda parlamentare, la corsa quotidianamente compiuta dall'Aula e dalle commissioni parlamentari all'inseguimento degli atti governativi e di iniziativa governativa

³⁵ «I partiti politici dinanzi a tale evoluzione sembrano divenuti "ridondanti"⁵⁷, nel senso che la sovrabbondanza informativa (dovuta, dapprima, allo sviluppo del sistema radiotelevisivo; dopo, alla diffusione di internet) ha determinato l'apparente inutilità di talune funzioni classiche degli stessi nei sistemi di democrazia rappresentativa», così F. GIUFFRÈ, *Crisi dei partiti, trasformazione della politica ed evoluzione della forma di governo*, cit., p. 17.

³⁶ «la relazione con lo spettatore è di tipo unidirezionale e l'immagine (...) è già essa stessa un messaggio, al di là della parola. (...) La comunità da rappresentare si riduce a una somma di individui sottoposta passivamente ai mezzi di informazione, e si riducono le possibilità degli individui di formarsi autonomamente un'opinione attraverso la discussione: lo scorrere delle immagini sostituisce il dis-correre su cui si basava il liberale government by discussion», così A. BARBERA, *La rappresentanza politica: un mito in declino?*, cit., p.878.

³⁷ Cfr. A. BARBERA, *La rappresentanza politica: un mito in declino?*, cit., p.872, secondo cui «la riforma del 2005 (legge 270/2005), prevedendo (lunghe) liste «bloccate» ha sottratto agli elettori il potere di scegliere i candidati e ha esaltato il potere di ristrette oligarchie partitiche di determinare, in pratica, la intera composizione delle due Camere. La politica è stata sradicata dal territorio e ha costretto gli elettori a trovarsi solo nella condizione di spettatori delle prestazioni televisive dei propri leader. È oggi in Italia il punto di maggior sofferenza nel rapporto fra partiti ed elettori».

offrono la misura e lo specchio di una nuova crisi della rappresentanza: quella che, con enfatica ma persuasiva espressione, fu annunciata nel riconoscere nel Governo il comitato direttivo del Parlamento³⁸.

La scelta, per certi aspetti inappagante, che il Costituente italiano – diversamente da quello tedesco³⁹ - volle intraprendere nella stesura dell'art. 49 della Carta, sembra aver influenzato il deficit di democrazia interna ai partiti per l'intero corso della storia repubblicana. Cionondimeno, nella prima fase del dopoguerra, l'intelaiatura pesante dei partiti e i vincoli politici con l'elettorato rappresentati dal voto di preferenza, hanno contribuito a temperare l'assenza di meccanismi autenticamente democratici nell'autoselezione delle classi dirigenti.

In epoca corrente il *deficit* di democrazia sembra invece aver lasciato il passo ad un vuoto pressoché totale.

Il meccanismo di scelta dei candidati (se di meccanismo può, in effetti, parlarsi) ha finito persino per minare le basi del rapporto fiduciario tra Parlamento e Governo: sembra si sia giunti al paradosso secondo cui non è più il Governo a dover godere della fiducia del Parlamento ma, piuttosto, è ciascun singolo parlamentare a dover godere, in via di fatto, della preventiva fiducia del candidato alla carica governativa al fine di trovare spazio nella lista elettorale.

Nel generale disorientamento provocato dalla sostanziale destrutturazione dei partiti riemerge prepotentemente il tema della rappresentanza degli interessi particolari. Non già, tuttavia, nelle forme note del sindacalismo tradizionale (anch'esso ridotto al ruolo della mera negoziazione sull'applicazione più o meno

³⁸ Cfr. L. ELIA, *Il Governo come comitato direttivo del Parlamento*, in *Civitas*, 2, 1951, pp. 59 e ss. Secondo L. PRETI, *Il Governo nella Costituzione italiana*, Milano, 1954, p. 179, il Governo finirebbe per costituire una sorta di «giunta direttiva del partito di maggioranza, quando esso è monopartitico» mentre costituirebbe «il comitato esecutivo dei partiti alleati nel caso di coalizione interpartitica».

³⁹ L'art. 21 della *Grundgesetz* dispone che «I partiti concorrono alla formazione della volontà politica del popolo. La loro fondazione è libera. Il loro ordinamento interno deve essere conforme ai principi fondamentali della democrazia. Essi devono rendere conto pubblicamente della provenienza e dell'utilizzazione dei loro mezzi finanziari e dei loro beni. Ancora, al secondo comma, si legge «I partiti, che per le loro finalità o per il comportamento dei loro aderenti si prefiggono di attentare all'ordinamento costituzionale democratico e liberale, o di sovvertirlo, o di mettere in pericolo l'esistenza della Repubblica federale di Germania sono incostituzionali. Sulla questione di incostituzionalità decide il Tribunale costituzionale federale». Ricorda A. BARBERA, *La rappresentanza politica: un mito in declino?*, cit., p. 863 che «sarà grazie all'influenza di Leibholz che la Germania: a) inserirà nella Costituzione del 1949 norme sulla protezione della democrazia prevedendo che siano messi fuori legge partiti contrari ai principi del Grundgesetz; b) approverà leggi sul controllo della vita interna dei partiti (la Parteengesetz del 1967); c) assicurerà il finanziamento pubblico dei partiti secondo principi che ne salvaguardino la Chancengleichheit mentre d) il Bundesverfassungsgericht riconoscerà ai partiti la natura di soggetti costituzionali».

severa di standards economici già formati per via burocratica⁴⁰) ma nelle forme della rappresentanza professionale di interessi parziali. E' il grande tema delle *lobbies*, con il quale il nostro Parlamento si confronta, senza esiti, a partire dagli anni '80.

La spoliticizzazione delle scelte, unitamente alla posizione dei partiti sostanzialmente fuori dal controllo dei rispettivi elettorati, favorisce l'insinuarsi di questa nuova forma di rappresentanza, assai diversa da quella tradizionale, e caratterizzata dalla assenza di responsabilità e dalla indifferenza rispetto all'interesse generale.

I Governi cadono, i parlamentari non vengono rieletti: questo, in estrema sintesi, è ciò che si dice responsabilità politica⁴¹. La rappresentanza professionale degli interessi particolari è invece sganciata da forme di responsabilità che non siano quelle che la legano al rispettivo gruppo, corporazione o centro di interesse economico.

Il divampare di questa nuova forma di rappresentanza di interessi, ben diversa da quella che si dispiegava sotto gli occhi di Santi Romano, rappresenta un nuovo elemento di disorientamento per l'istituto della rappresentanza politica e per la struttura, finalisticamente orientata all'interesse generale, delle istituzioni politiche⁴².

Lo scenario "post-democratico"⁴³ che sembra caratterizzare l'attualità dei nostri giorni trova conferma in continuative istanze di democrazia diretta: sovente avanzate quale contraltare rispetto a meccanismi rappresentativi sempre più sclerotici ma, per molti aspetti, esposte ad allarmanti forme di massimalismo referendario e maggioritario⁴⁴.

⁴⁰ Cfr. A. MANGIA, *La rappresentanza politica e la sua crisi. Un secolo dopo la prolusione pisana di Santi Romano*, cit., p. 17.

⁴¹ Come osserva J.H. KAISER, *La rappresentanza degli interessi organizzati*, Milano, 1993, i gruppi di interesse, pur condizionando le scelte operate di volta in volta dai decisori politici «non assumono mai la responsabilità per queste decisioni (...) dal punto di vista del diritto costituzionale agiscono in maniera irresponsabile (...) un governo può essere rovesciato, un Parlamento (...) cessare con lo scioglimento (...) e gli elettori decidono sovranamente sulla composizione di un Parlamento nuovo e cioè sul potere e sull'impotenza dei partiti in esso rappresentati».

⁴² Ciò, oltre a considerare che «l'accesso delle organizzazioni degli interessi alle decisioni politiche tende a fare prevalere gli interessi organizzati rispetto agli interessi «esclusi» (gli iscritti ai sindacati rispetto ai precari non sindacalizzati, le imprese produttrici rispetto agli utenti e ai consumatori, le grandi imprese rispetto alle piccole unità produttive, gli occupati rispetto ai disoccupati), determinando una marcata asimmetria», così A. BARBERA, *La rappresentanza politica: un mito in declino?*, cit., p.873.

⁴³ Cfr. C. CROUCH, *Postdemocrazia* (trad. it di *Postdemocracy*, 2000), Roma-Bari 2007.

⁴⁴ Come osserva S. PRISCO, *La rappresentanza politica e la rappresentanza di interessi. I giuspubblicisti del fascismo e la ricerca della terza via*, in *Rivista Aic*, n. 1/2018, p. 26, «mirate campagne referendarie abrogative (organizzando magari i quesiti "a grappolo", su leggi diverse) 70, o emersione di movimenti ossessionati dal desiderio di non contaminare la "purezza" della loro identità, che quindi dichiarano e praticano una bassa o nulla capacità di coalizione (...) sono inoltre pascolo evidente del successo possibile, quantomeno di attenzione, di

Il quadro della crisi dello Stato e della rappresentanza politica appare, a tratti, desolante. In particolare, l'impressione è che la rappresentanza appaia ancora più vuota di quella che, al tempo, si dispiegava sotto gli occhi di Santi Romano. Ancora, lo Stato, da stupenda creazione del diritto, mirabile personificazione dell'interesse generale, sembra sempre più assumere le sembianze di un luogo (o di un oggetto) del compromesso tra gruppi, sindacati, partiti, lobbies, associazioni, corporazioni, centri e gruppi di interessi: in altre parole, solo il luogo o la risultante della sommatoria tra singoli interessi organizzati. Parte di questa crisi, e segnatamente quella dello Stato contemporaneo e delle sue strutture, sembra correre su binari storico-politici assai difficilmente destinati ad invertire la loro rotta.

Per la rappresentanza politica, invece, il discorso sembrerebbe poter prendere una piega diversa. Ed infatti, se una parte di questa crisi è addebitabile a quella dei partiti, una parte delle risposte sembra poter giungere da una più matura riflessione sulla loro organizzazione e sulle loro funzioni: ciò, in particolare, sulla scia di quella posizione precostituzionale e paracostituzionale che il Calamandrei reclamava per la loro ubicazione⁴⁵.

interessi frazionali (di categoria professionale, con ritorno economico o, da gran tempo, di altro tipo di istanze idealmente motivate)».

⁴⁵ «Come avvertiva Piero Calamandrei nella seduta della seconda Sottocommissione del 25 ottobre 1946 – la situazione era ben diversa da quella tipica dell'età liberale, tanto da richiedere un formale riconoscimento della nuova realtà e, in particolare, della “funzione precostituzionale o paracostituzionale assunta dai partiti in tutte le democrazie moderne”»: lo ricorda F. GIUFFRÈ, *Crisi dei partiti, trasformazione della politica ed evoluzione della forma di governo*, cit., p. 5.

I CONTRATTI DI FIUME NELLA PIANIFICAZIONE AMBIENTALE

Marcello Vernola*

ABSTRACT [ITA]: I contratti di fiume costituiscono una interessante esperienza di programmazione negoziata per promuovere la tutela e la valorizzazione di corpi idrici fondamentali per la salute, per l'ambiente, per il paesaggio. Introdotti dal Codice dell'Ambiente, i Contratti di Fiume sono il principale strumento per l'attuazione dei piani di gestione dei distretti idrografici e dei piani regionali per la tutela delle acque, attraverso la costruzione di un percorso condiviso e partecipato da tutti gli enti locali interessati, le comunità dei residenti, le associazioni ambientaliste, le associazioni di categoria e l'imprenditoria locale. Molte Regioni si sono impegnate, gradualmente, per recepire e disciplinare i Contratti di Fiume nelle proprie leggi e nei propri piani di settore. La nascita del Tavolo Nazionale sta consentendo un concreto scambio di buone pratiche e la sperimentazione di metodologie innovative per promuovere la partecipazione e attivare i Contratti di Fiume perché rispondano a reali interessi della collettività e vengano realmente realizzati, ma con un costante monitoraggio.

ABSTRACT [ENG]: *River contracts are an interesting experience of negotiated planning to promote the protection and enhancement of water bodies that are essential for health, environment and landscape. Introduced by the Environment Code, the RiverContracts are the main tool for the implementation of river basin management plans and regional water protection plans, through the construction of a shared path and participated by all local authorities concerned, communities of residents, environmental associations, trade associations and local entrepreneurship. Many Regions have committed themselves, gradually, to transpose and regulate the River Contracts in their laws and in their sector plans. The establishment of the National Table is allowing a concrete exchange of good practices and the experimentation of innovative methodologies to promote participation and activate the River Contracts to respond to the real interests of the community and come really realized, but with constant monitoring.*

* *Corrispondance:* m.vernola@unicas.it

SOMMARIO: **1.** Introduzione - **2.** Il contesto normativo europeo - **3.** Alcune esperienze europee - **3.1.** I Contratti di Fiume in Francia - **3.2.** I Contratti di Fiume in Belgio - **4.** La normativa nazionale - **4.1** La programmazione negoziata e il Contratto di Fiume - **5.** I contratti di Fiume negli strumenti di pianificazione di bacino e regionali - **5.1.** Il piano stralcio per l'assetto idrogeologico (PAI) - **5.2.** Il piano di gestione del distretto idrografico (PdG) - **5.3.** Il Piano Regionale per la Tutela delle Acque (PRTA) - **5.4.** Piano Territoriale Regionale (PTR) - **5.5.** Piano Territoriale Paesaggistico Regionale (PTPR) - **6.** I contratti di fiume nelle Regioni Italiane - **6.1.** I contratti di fiume nella regione Lombardia - **6.2.** I contratti di Fiume della Regione Piemonte - **6.3.** I contratti di Fiume della Regione Veneto - **6.4.** I contratti di fiume nelle Regioni Friuli Venezia Giulia - **6.5.** I contratti di fiume nella Regione Valle d'Aosta - **6.6.** I contratti di fiume nella Regione Trentino-Alto Adige - **6.7.** I contratti di fiume nella Regione Liguria - **6.8.** I contratti di fiume nella Regione Emilia Romagna - **6.9.** I contratti di fiume della Regione Marche - **6.10.** I contratti di fiume della Regione Toscana - **6.11.** I contratti di fiume della Regione Umbria - **6.12.** I contratti di fiume della Regione Lazio - **6.13.** I Contratti di Fiume della Regione Puglia - **6.14.** I contratti di Fiume della Regione Abruzzo - **6.15.** I contratti di Fiume della Regione Molise - **6.16.** I contratti di Fiume della Regione Campania - **6.17.** I contratti di Fiume della Regione Calabria - **6.18.** I contratti di Fiume della Regione Basilicata - **6.19.** I contratti di Fiume della Regione Sicilia - **6.20.** I contratti di Fiume della Regione Sardegna - **6.21.** Analisi dei dati nelle diverse Regioni - **7.** Il Tavolo Nazionale dei contratti di fiume - **8.** Struttura Organizzativa e la documentazione a supporto - **9.** La Valutazione Ambientale Strategica (VAS) - **10.** Il testo del "contratto di fiume o di lago" - **11.** Metodologie di partecipazione per l'analisi conoscitiva - **11.1.** Analisi SWOT Partecipata - **11.2.** Passeggiate di studio e progettanti - **11.3.** *World Cafè* - **11.4** *Open Space Technology* - **12.** Metodologie di partecipazione utilizzate per la costruzione del documento strategico - **12.1.** *European Awareness Workshop* - EASW - **12.2.** *Appreciative Inquiry* - **13.** Metodologie di partecipazione utilizzate per la predisposizione del programma d'azione - **13.1.** *GOOP- Goal Oriented Project Planning* - **13.2.** *Metaplan* - **13.3.** *Town Meeting* - *Electronic meeting (e-TM)* - **13.4.** *Planning for Real* - **14.** Il processo di definizione di un Contratto di Fiume - **15.** Un esempio concreto: "Indagine conoscitiva del contratto del fiume Cosa" - **16.** Conclusioni; Bibliografia essenziale; Riferimenti Normativi.

1. Introduzione.

I Contratti di Fiume rappresentano un importante ed innovativo strumento a supporto della pianificazione di bacino ed hanno l'obiettivo di combattere il degrado dei fiumi e migliorare la qualità ambientale dei territori fluviali.

I primi Contratti di Fiume in Italia sono stati avviati in Lombardia nel 2001 e hanno interessato ambiti idrografici particolarmente complessi quali i bacini del Lambro, del Seveso e dell'Olonza, caratterizzati da significativi problemi di rischio idraulico, inquinamento delle acque e bassa qualità complessiva dell'ecosistema fluviale. Successivamente, a partire dal 2007, si sono sviluppati anche in altre Regioni, finché nel 2015 all'interno del Codice dell'Ambiente, DLgs 152/2006, fu inserito l'art. 68 bis che riguarda la pianificazione e la gestione dei territori fluviali.

I Contratti di Fiume (CdF), applicati anche ad altri elementi idrografici (es. Contratto di Lago, Contratto di Falda, Contratto di Costa, ecc.), sono strumenti volontari di programmazione strategica e negoziata dei corpi idrici e dei territori ad essi afferenti, in cui i diversi soggetti pubblici e privati coinvolti sottoscrivono e si impegnano a realizzare un programma d'azione tramite un accordo.

L'obiettivo finale è quello di migliorare la gestione ambientale ed idraulica dei bacini fluviali, e di favorire lo sviluppo locale con particolare riguardo alla sostenibilità ed alla tutela e valorizzazione dei beni comuni.

I Contratti di Fiume promuovono l'attuazione del principio di sussidiarietà tramite la messa in atto di tutti gli strumenti necessari al coinvolgimento delle comunità locali.

2. Il contesto normativo europeo.

Il termine "Contratto di Fiume e di Lago" è stato introdotto per la prima volta nel marzo del 2000 durante la seconda Conferenza internazionale sull'acqua organizzata dal Comitato internazionale per il Contratto mondiale dell'acqua, promossa ed organizzata a L'Aja dalla Commissione mondiale degli esperti presieduta dalla Banca Mondiale. In quell'occasione, questi strumenti, sono stati definiti come "forme di accordo che permettono di adottare un sistema di regole in cui i criteri di utilità pubblica, rendimento economico, valore sociale, sostenibilità ambientale intervengono in modo paritario nella ricerca di soluzioni efficaci per la riqualificazione di un bacino fluviale". I contratti in oggetto si prefiggono quindi, non solo di raggiungere obiettivi di sostenibilità, tutela ambientale e sicurezza idraulica, ma anche di coinvolgere e responsabilizzare gli attori per il raggiungimento di tali obiettivi.

Il Contratto di Fiume nasce in seno alla direttiva 2000/60/CE (Direttiva Quadro sulle Acque – DQA) che istituisce un quadro per l'azione comunitaria in materia di acque e mira a prevenire il deterioramento qualitativo e quantitativo delle acque e a migliorarne lo stato, assicurandone un utilizzo sostenibile. Intende, inoltre, ampliare la protezione delle acque, sia superficiali che sotterranee, al fine di raggiungere lo stato di “buono” per gli oltre 111.000 corpi idrici classificati come acque superficiali (ad esempio, fiumi, laghi, acque costiere) e gli oltre 13.000 corpi idrici classificati come acque sotterranee presenti nel territorio dell'UE. La direttiva disponeva un termine del 31 dicembre 2015 entro cui raggiungere l'obiettivo di classificazione allo stato “buono” per tutti i corpi idrici, pur prevedendo possibili proroghe, purché limitate al massimo ai due cicli successivi (periodo 2015-2021 e 2021-2027), a meno che non ci siano ostacoli dovuti alle condizioni naturali.

La direttiva si propone anche di ottimizzare la gestione delle risorse idriche e la tutela delle acque sulla base di bacini idrografici indipendentemente dalle strutture amministrative presenti sul territorio e di procedere attraverso un'azione coordinata fra limiti di emissioni e standard di qualità.

In ciascun distretto idrografico gli Stati membri devono adoperarsi affinché vengano effettuati un'analisi delle caratteristiche del distretto, un esame dell'impatto provocato dalle attività umane sullo stato delle acque superficiali e sotterranee e un'analisi economica dell'utilizzo idrico.

Insieme alla direttiva 60/2000 è necessario considerare anche altre norme europee che disciplinano la protezione del territorio e tra queste la direttiva 2007/60/CE¹, detta “Direttiva Alluvioni”, che ha lo scopo di “istituire un quadro per la valutazione e la gestione dei rischi di alluvioni volto a ridurre le conseguenze negative per la salute umana, l'ambiente, il patrimonio culturale e le attività economiche connesse con le alluvioni all'interno della Comunità”. La valutazione preliminare del rischio di alluvioni è effettuata per fornire i dati sui rischi potenziali sulla base delle informazioni disponibili e per redigere le mappe della pericolosità da alluvione e le mappe del rischio di alluvioni, nella scala più appropriata per le zone di pericolosità individuate nel distretto idrografico.

Al fine di tener conto del complesso degli ecosistemi di un bacino bisogna anche considerare la Direttiva 92/43/CEE sulla “Conservazione degli Habitat naturali e seminaturali e della flora e della fauna selvatiche”, detta “Direttiva Habitat” e la Direttiva 79/409/CEE riguardante la “Conservazione degli uccelli selvatici”, conosciuta come “Direttiva Uccelli”, rinnovata dalla Direttiva 2009/147/CE, che rappresentano i pilastri normativi per la conservazione della biodiversità. Tali

¹ http://www.abtevere.it/sites/default/files/datisito/piano_gest_risch_all/All_1_quadro_riferimento.pdf. Direttiva 2007/60/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2007, relativa alla valutazione ed alla gestione dei rischi da alluvioni

Direttive hanno lo scopo di promuovere il mantenimento della biodiversità mediante la conservazione degli habitat naturali e individuano una serie di misure volte ad una conservazione “soddisfacente” degli habitat e della flora e fauna selvatiche.

La materia è integrata dalla direttiva 2008/56/CE² che istituisce un quadro all'interno del quale gli Stati membri adottano le misure necessarie per conseguire o mantenere un buono stato ecologico dell'ambiente marino entro il 2020. Le strategie per l'ambiente marino mirano a proteggere e preservare l'ambiente marino, prevenirne il degrado o, laddove possibile, ripristinare gli ecosistemi marini nelle zone in cui abbiano subito danni e a prevenire e ridurre gli apporti nell'ambiente marino, nell'ottica di eliminare progressivamente l'inquinamento, per garantire che non vi siano impatti o rischi significativi per la biodiversità marina, gli ecosistemi marini, la salute umana o gli usi legittimi del mare.

Le strategie per l'ambiente marino applicano un approccio ecosistemico alla gestione delle attività umane, assicurando che la pressione collettiva di tali attività sia mantenuta entro livelli compatibili con il conseguimento di un buono stato ecologico e che non sia compromessa la capacità degli ecosistemi marini di reagire ai cambiamenti indotti dall'uomo, consentendo nel contempo l'uso sostenibile dei beni e dei servizi marini da parte delle generazioni presenti e future. La direttiva contribuisce alla coerenza tra le diverse politiche, gli accordi e le misure legislative che hanno un impatto sull'ambiente marino e mira a garantire l'uso sostenibile dei mari e la conservazione degli ecosistemi marini.

3. Alcune esperienze europee.

In molti paesi europei sono state condotte diverse esperienze di riqualificazione dei corsi d'acqua attraverso un approccio di tipo olistico e attraverso processi decisionali partecipati riconducibili ai Contratti di Fiume.

I Contratti Fiume si diffondono in molti Paesi quali Belgio, Lussemburgo, Olanda e Italia seppure con caratteristiche diverse. Ad oggi, come risulta dal *Report 2019* della Commissione europea, tutti gli Stati membri hanno approvato i piani di gestione dei bacini idrografici.

L'Irlanda, la Grecia e le isole Canarie spagnole non hanno trasmesso alla commissione né i piani di gestione dei bacini idrografici né quelli di gestione del rischio di alluvione in tempo per la valutazione, mentre nel caso della Lituania e di Gibilterra per il Regno Unito il ritardo riguarda i piani di gestione dei bacini idrografici.

² DIRETTIVA 2008/56/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO del 17 giugno 2008 che istituisce un quadro per l'azione comunitaria nel campo della politica per l'ambiente marino (direttiva quadro sulla strategia per l'ambiente marino)

3.1. I Contratti di Fiume in Francia.

In Europa il primo Stato che ha regolamentato la gestione delle acque è stato la Francia.

La normativa francese che regola l'azione pubblica nel campo delle acque è basata sulla Legge 1245 del 16 dicembre 1964 e sulla Legge 3 del 3 gennaio 1992 che valorizzano il ruolo della risorsa idrica quale patrimonio comune, superando il concetto di elemento funzionale ad alcuni usi. Sono stati individuati sei grandi bacini idrografici (diventati sette nel 2002), in ognuno dei quali operano due istituzioni: l'*Agence de l'Eau* (Agenzia dell'Acqua) in possesso del potere esecutivo e il *Comité de Bassin* (Comitato di Bacino) che al suo interno ha rappresentanti dello Stato, della collettività e degli utilizzatori della risorsa in modo tale da tener conto degli interessi di tutti. Ha il compito di predisporre lo SDAGE (Schema direttore di pianificazione e gestione delle acque), che definisce i grandi orientamenti per una gestione integrata dell'acqua nei successivi 15 anni e fissa obiettivi di qualità e quantità. Lo SDAGE è attuato, a livello locale dal SAGE (Schema di pianificazione e gestione delle acque) che a sua volta è integrato dal *Contrat de Rivière*, istituito in Francia nel 1981 con Circolare del Ministro dell'Ambiente, che si basa sugli stessi principi ed ha in maniera analoga l'obiettivo di una gestione equilibrata della risorsa a scala di bacino; anche se a differenza del SAGE rappresenta uno strumento contrattuale basato sulla volontarietà e si svolge su un arco temporale di 5 anni e che tiene conto delle potenzialità ecologiche del corso d'acqua.

Il primo Contratto fu sottoscritto nel 1983 per il bacino del fiume La Thur.

La direttiva 60/2000 è stata recepita in Francia dalla legge n° 338 del 21 aprile 2004 e il Ministero dell'Ecologia e dello Sviluppo Sostenibile ha dato le indicazioni attuative con la Circolare del 30 gennaio 2004.

Dal punto di vista procedurale, l'organizzazione dei lavori del *Contrat de Rivière* si articola in due fasi: la prima, che avviene per iniziativa degli attori locali, consiste nella redazione, attraverso la raccolta e lo studio di tutti i dati utili alla comprensione delle problematiche del corso d'acqua, del cosiddetto "*Dossier préalable*" (Dossier preliminare di candidatura) che contiene lo stato dei luoghi ed una prima definizione degli obiettivi e delle linee d'azione in progetto.

In seguito all'approvazione del *Contrat de Rivière* e alla conseguente attribuzione di una certificazione (label) da parte del *Comité de Bassin*, cui le collettività locali sottopongono il proprio Dossier definitivo, può aver luogo la firma del Contratto e la sottoscrizione dell'accordo con i partner finanziari (Stato, Agenzia dell'Acqua, collettività locali, altri finanziatori).

La normativa prevedeva espressamente la possibilità per gli Enti pubblici di utilizzare le risorse provenienti dal pagamento delle bollette dell'acqua per ridistribuirle sotto forma di aiuti.

3.2. I Contratti di Fiume in Belgio.

In Belgio, i Contratti Fiume si avviano relativamente più tardi rispetto alla Francia con la Charte de la Haute Meuse (Carta della Mosa Superiore) nel 1992 e si sviluppano nella Regione Vallonia e nel bacino del fiume Dendre. Analizzando i risultati raggiunti e le modalità di attuazione utilizzate in questi territori per più di un decennio, si possono rintracciare elementi guida e buone pratiche. In Belgio, la Vallonia è la regione nella quale i CdF (*Contrat de Rivière*) si avviano circa dieci anni dopo che in Francia, ufficialmente nel 1992, con la Charte de la Haute Meuse (Carta della Mosa Superiore), promossa dalla Fondazione Re Baldovino e dall'associazione Inter Environnement Wallonie. Sempre nel 1992, un altro progetto si sviluppa nel bacino del fiume Dendre.

Nel 1993, la Regione Vallonia, a seguito di queste esperienze, decide di emanare una prima Circolare ministeriale, per definire i criteri di accettabilità dei contratti di fiume e le modalità di esecuzione, dando a queste iniziative un'ufficialità giuridica. Il Contratto di fiume nella circolare viene definito come un "protocollo d'intesa tra tutti i soggetti pubblici e privati che miri a conciliare le molteplici funzioni ed uso dei corsi d'acqua e dei loro bacini", evidenziandone la rilevanza nell'attivazione di processi concertativi. Questa prima circolare verrà aggiornata nel 1997 e successivamente nel 2001, definendo in modo specifico i criteri di finanziamento, ma lasciando inalterata la struttura generale. La circolare del 2001 consiste in una revisione politica dei Contratti di fiume ed è strutturata come uno strumento legislativo che dovrebbe favorire una loro sempre maggiore affermazione nell'assicurare la riqualificazione, la protezione e la valorizzazione delle risorse idriche.

4. La normativa nazionale.

La direttiva 2000/60/CE è stata recepita in Italia attraverso il decreto legislativo 3 aprile 2006, n.152 recante "Norme in materia ambientale" che si configura come Testo Unico sull'Ambiente. Il decreto legislativo con l'art. 64 ha ripartito il territorio nazionale in 8 distretti idrografici e prevede per ogni distretto la redazione di un piano di gestione, attribuendone la competenza alle Autorità di distretto idrografico. Le misure per raggiungere gli obiettivi prefissati dalla Direttiva devono essere

indicati nei Piani di Gestione che gli Stati Membri devono predisporre per ogni singolo bacino idrografico e che rappresenta pertanto lo strumento di programmazione/attuazione.

I Contratti di fiume vengono introdotti e disciplinati dall'art.68-bis del d.lgs. 152/2006 (articolo introdotto dall'art. 59 della legge n. 221 del 2015) che stabilisce che: *“I Contratti di Fiume concorrono alla definizione e all'attuazione degli strumenti di pianificazione di distretto a livello di bacino e sottobacino idrografico, quali strumenti volontari di programmazione strategica e negoziata che perseguono la tutela, la corretta gestione delle risorse idriche e la valorizzazione dei territori fluviali, unitamente alla salvaguardia dal rischio idraulico, contribuendo allo sviluppo locale di tali aree.”* Il contributo che il Contratto di Fiume può/deve dare riguarda la pianificazione di distretto a livello di bacino e sottobacino idrografico con azioni relative alla riqualificazione con una visione di lungo periodo riguarda, anche, nelle zone interessate, la lotta al dissesto idrogeologico per mettere in sicurezza l'area.

Il Contratto di Fiume è un processo di programmazione negoziata per la *governance* dello sviluppo del territorio di un determinato bacino idrografico, che consente di coordinare interventi di vasta portata per quanto riguarda la salvaguardia dell'ambiente e la tutela delle risorse idriche, la valorizzazione del territorio, la prevenzione del rischio idrogeologico, unendo le competenze e ottimizzando le risorse. Il processo di approvazione del Contratto di Fiume si basa sul confronto e sulla negoziazione tra tutti gli attori (enti pubblici territoriali) e i cittadini coinvolti, con l'obiettivo di attivare progetti di riqualificazione ambientale e territoriale, integrati nei contenuti e condivisi nelle modalità di decisione. Si tratta di un approccio interattivo atto a garantire il consenso e l'attuabilità delle azioni, che si configura come un accordo volontario fra Regione, Enti locali e altri soggetti pubblici e privati con cui si definiscono obiettivi, strategie d'intervento, azioni da attivare, competenze. In tal senso il coinvolgimento di tutti i possibili utenti del sistema fluviale (gestori dei servizi, mondo della produzione, associazioni di categoria, associazioni di cittadini) consente di condividere obiettivi, stimolando e favorendo comportamenti virtuosi e impegnando i contraenti alle azioni che vengono approvate congiuntamente.

Nei Contratti di Fiume il coordinamento tra attori istituzionali si sviluppa in due diverse forme, una di carattere orizzontale, tra soggetti istituzionali posizionati allo stesso livello ma che operano in differenti aree territoriali e/o in ambiti di competenza eterogenei e una di carattere verticale, cioè tra autorità che esercitano i propri poteri su scale territoriali di diversa ampiezza.

Il coordinamento orizzontale presuppone innanzitutto che, su scala locale, si diffondano forme efficaci di collaborazione tra amministrazioni e cittadini, loro associazioni o categorie; il coordinamento verticale si basa invece sul principio di

sussidiarietà tra istituzioni (Comuni, Comunità Montane, Parchi, Province, Regioni, Autorità di bacino/distretto, Stato, Unione Europea), anche con modalità che coinvolgano contestualmente più livelli territoriali superando le difficoltà talora indotte dalla frammentarietà delle competenze istituzionali e territoriali.

Dall'analisi delle diverse esperienze di Contratto di Fiume già avviate possono essere individuate alcune fasi comuni che riguardano l'animazione e costruzione della rete, la definizione di regole e strumenti condivisi per la gestione del processo, la scelta degli obiettivi prioritari, la formalizzazione dell'accordo attraverso la sottoscrizione di un patto e l'attuazione e monitoraggio delle performance.

Durante l'intero percorso si sviluppano parallelamente due attività trasversali e continue strettamente legate tra loro: attività di comunicazione e di formazione.

I Contratti di Fiume si devono dotare di strumenti appropriati (cartografici, narrativi ecc.) per garantire l'operatività e il raggiungimento degli obiettivi prefissati e nel *policy-making* di bacino va ampiamente valorizzata la cultura strategica della VAS per la sicura integrazione degli obiettivi ambientali nella programmazione e devono essere perseguiti con un programma di azioni economicamente e finanziariamente realizzabile.

L'attuazione dei Contratti di Fiume si articola nelle seguenti fasi:

- a) condivisione di un Documento d'intenti contenente le motivazioni e gli obiettivi generali, la cui sottoscrizione da parte dei soggetti interessati dà avvio all'attivazione del CdF;
- b) messa a punto di un'analisi conoscitiva preliminare integrata sugli aspetti ambientali, sociali ed economici del territorio oggetto del CdF;
- c) elaborazione di un documento strategico che definisce lo scenario, riferito ad un orizzonte temporale di medio-lungo termine;
- d) definizione di un Programma d'Azione (PA);
- e) messa in atto di processi partecipativi aperti e inclusivi che consentano la condivisione d'intenti, impegni e responsabilità tra i soggetti aderenti al CdF²³;
- f) sottoscrizione di un atto di impegno formale;
- g) attivazione di un sistema di controllo e monitoraggio periodico del contratto;
- h) Informazione al pubblico.

4.1. La programmazione negoziata e il Contratto di Fiume.

Tra i diversi strumenti, previsti dalla normativa vigente, che sono finalizzati a dar vita a forme di collaborazione tra i diversi apparati amministrativi coinvolti nel

procedimento vi è la disposizione contenuta nell'art. 15 della legge n. 241/90 e sue successive modifiche ed integrazioni, che prevede che "Le amministrazioni pubbliche possono sempre concludere tra loro Accordi per disciplinare lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune".

A questa norma si aggiunge l'art. 34 del decreto legislativo n. 267/2000 (T.U. sugli Enti Locali) che prevede la possibilità che i diversi soggetti interessati alle opere da realizzare possono concludere un accordo di programma per la definizione e attuazione di opere e/o di programmi di intervento comuni.

Un ulteriore strumento di coordinamento dell'azione amministrativa è la convenzione prevista dall'art. 30 del sopra citato testo unico.

Il Contratto di Fiume rientra nelle forme di programmazione negoziata che trovano base giuridica nell'articolo 2, co. 203, della legge n. 662 del 23 dicembre 1996. Tale norma, al fine di regolare gli interventi che coinvolgono una molteplicità di soggetti pubblici e privati e che comportano attività decisionali complesse, nonché la gestione unitaria delle risorse finanziarie, istituisce diversi strumenti tra i quali rientra la "programmazione negoziata" intesa come "regolamentazione concordata tra soggetti pubblici o tra il soggetto pubblico competente e la parte o le parti pubbliche o private per l'attuazione di interventi diversi, riferiti ad un'unica finalità di sviluppo, che richiedono una valutazione complessiva delle attività di competenza".

Tra i diversi strumenti di programmazione negoziata messi a disposizione dalla suddetta norma rientrano:

- 1) l'Intesa Istituzionale di Programma: "accordo tra amministrazione centrale, regionale o delle province autonome con cui tali soggetti si impegnano a collaborare sulla base di una ricognizione programmatica delle risorse finanziarie disponibili, dei soggetti interessati e delle procedure amministrative occorrenti, per la realizzazione di un piano pluriennale di interventi d'interesse comune o funzionalmente collegati";
- 2) l'Accordo di Programma Quadro³: "l'accordo con enti locali ed altri soggetti pubblici e privati promosso dagli organismi di cui alla lettera b), in attuazione di una

³ Art. 2-comma 203 Lett. c legge 662/96 "L'accordo di programma quadro indica in particolare: 1) le attività e gli interventi da realizzare, con i relativi tempi e modalità di attuazione e con i termini ridotti per gli adempimenti procedurali; 2) i soggetti responsabili dell'attuazione delle singole attività ed interventi; 3) gli eventuali accordi di programma ai sensi dell'articolo 27 della legge 8 giugno 1990, n. 142; 4) le eventuali conferenze di servizi o convenzioni necessarie per l'attuazione dell'accordo; 5) gli impegni di ciascun soggetto, nonché ' del soggetto cui competono poteri sostitutivi in caso di inerzie, ritardi o inadempienze; 6) i procedimenti di conciliazione o definizione di conflitti tra i soggetti partecipanti all'accordo; 7) le risorse finanziarie occorrenti per le diverse tipologie di intervento, a valere sugli stanziamenti pubblici o anche reperite tramite finanziamenti

intesa istituzionale di programma per la definizione di un programma esecutivo di interventi di interesse comune o funzionalmente collegati”;

3) il Patto Territoriale che rappresenta un Accordo, promosso da enti locali, parti sociali, o da altri soggetti pubblici o privati relativo all’attuazione di un programma di interventi caratterizzati da specifici obiettivi di promozione dello sviluppo locale.

4) il Contratto di Programma, stipulato tra amministrazione statale, grandi imprese, consorzi di piccole imprese, e rappresentanze di distretti industriali, per la realizzazione di investimenti con risvolti occupazionali;

5) il Contratto d’area, strumento concordato tra diverse amministrazioni per realizzare azioni finalizzate ad accelerare lo sviluppo e creare nuova occupazione in territori circoscritti.

La delibera CIPE del 21 marzo del 1997 recante “Disciplina della Programmazione negoziata” ha dettato le norme di dettaglio delle Intese Istituzionali di Programma, dei Patti Territoriali, dei Contratti d’Area e dei Contratti di Programma, definendone finalità, oggetto, soggetti coinvolti, modalità attuative e di finanziamento.

Questi strumenti sono applicabili in tutto il territorio nazionale e non solo nelle aree sottoutilizzate. Solo a queste ultime, tuttavia, sono destinati i fondi assegnati dal CIPE con proprie delibere. Alla luce di quanto suddetto, si rileva che attualmente per prassi consolidata lo strumento di procedura negoziata per i contratti di fiume risulta essere l’accordo di programma nella maggior parte degli Stati.

5. I contratti di Fiume negli strumenti di pianificazione di bacino e regionali.

I Contratti di fiume, che tra i diversi strumenti presenti, sono da considerare più operativi, sono stati ulteriormente disciplinati da Regioni e Autorità di distretto idrografico attraverso diversi strumenti di governo del territorio tra i quali rientrano quelli di seguito riportati:

privati; 8) le procedure ed i soggetti responsabili per il monitoraggio e la verifica dei risultati. L'accordo di programma quadro è vincolante per tutti i soggetti che vi partecipano. I controlli sugli atti e sulle attività posti in essere in attuazione dell'accordo di programma quadro sono in ogni caso successivi. Limitatamente alle aree di cui alla lettera f), gli atti di esecuzione dell'accordo di programma quadro possono derogare alle norme ordinarie di amministrazione e contabilità, salve restando le esigenze di concorrenzialità e trasparenza e nel rispetto della normativa comunitaria in materia di appalti, di ambiente e di valutazione di impatto ambientale. Limitatamente alle predette aree di cui alla lettera f), determinazioni congiunte adottate dai soggetti pubblici interessati territorialmente e per competenza istituzionale in materia urbanistica possono comportare gli effetti di variazione degli strumenti urbanistici già' previsti dall'articolo 27, commi 4 e 5, della legge 8 giugno 1990, n. 142”;

- Piano Stralcio per Assetto Idrogeologico (PAI)
- Piano di Gestione del distretto idrografico (PdG)
- Piani Regionale per la Tutela delle Acque (PRTA)
- Piano Territoriale Regionale (PTR);
- Piano Paesaggistico Regionale (PPR);

5.1. Il piano stralcio per l'assetto idrogeologico (PAI).

Il primo strumento di pianificazione che impatta sulla disciplina dei contratti di fiume è il Piano stralcio per l'Assetto Idrogeologico del bacino. Il PAI è uno strumento fondamentale per la difesa dal rischio idrogeologico ed è stato disciplinato con DPCM del 24 maggio 2001. I PAI sono realizzati per contrastare e prevenire le catastrofi di tipo idrogeologico, in particolare sono stati realizzati a seguito delle passate alluvioni, in particolare quella del Sarno del 1988, e per tale motivo inseriti nel Decreto-Legge 180/1998 chiamato anche "Decreto Sarno". Il PAI è fondamentale per la pianificazione di bacino. Si compone di una parte conoscitiva del territorio fisico e antropico, una parte normativa e prescrittiva dei vincoli idrogeologici e una parte che illustri le strategie da mettere in atto per la mitigazione del rischio, oltre agli interventi da attuarsi. I Comuni sono obbligati, quindi, a recepire i vincoli imposti e ad adeguarsi allo strumento del PAI mediante la verifica di compatibilità. Il Piano stralcio dell'Assetto Idrogeologico si compone di tre fasi attuative:

- la prima è quella delle conferenze programmatiche che hanno portato all'adozione;
- la seconda è la fase di aggiornamento dei dissesti;
- la terza fase si basa sull'adeguamento degli strumenti locali al PAI.

All'interno del PAI del bacino vengono individuati i tratti dei fiumi delimitati da fasce fluviali, e quindi i Comuni, interessati da tale delimitazione:

- Tratti dei corsi d'acqua delimitati dalle fasce fluviali nel primo Piano Stralcio delle Fasce Fluviali
- Tratti dei corsi d'acqua delimitati dalle fasce nel PAI nel secondo Piano Stralcio delle Fasce Fluviali che possono essere:
 - **Fasce A:** "di deflusso della piena; è costituita dalla porzione di alveo che è sede prevalente, per la piena di riferimento, del deflusso della corrente, ovvero

che è costituita dall'insieme delle forme fluviali riattivabili durante gli stati di piena" (Autorità di Bacino);

- **Fasce B:** "di esondazione; esterna alla precedente, è costituita dalla porzione di alveo interessata da inondazione al verificarsi dell'evento di piena di riferimento" (Autorità di Bacino);
- **Fasce C:** "di inondazione per piena catastrofica; è costituita dalla porzione di territorio esterna alla precedente (Fascia B), che può essere interessata da inondazione al verificarsi di eventi di piena più gravosi di quelli di riferimento" (Autorità di Bacino).

Le fasce A e B possono coincidere nei corsi d'acqua arginati o nei tratti di attraversamento delle aree urbane, la fascia A coincide per lo più con i confini dell'argine. Le fasce B e C sono principalmente tracciate usando come riferimento la piana teorica con tempo di ritorno, rispettivamente di 200 e 500 anni. Sulla base della delimitazione delle fasce vengono poi indicate le linee di intervento per i settori di attività presenti e le norme di attuazione. Vengono indicati gli interventi e i vincoli per la manutenzione idraulica, la regimazione e difesa idraulica, la rinaturalizzazione e le attività estrattive, le attività agricole, la gestione forestale e le colture arboree, i piani urbanistici e di pianificazione urbanistica comunale, le procedure a favore della rilocalizzazione degli edifici in aree a rischio, le infrastrutture pubbliche e di interesse pubblico.

5.2. Il piano di gestione del distretto idrografico (PdG).

Ulteriori strumenti a forte impatto sui contratti di fiume sono i Piani di Gestione del Distretto idrografico previsti per ciascun Distretto dall'art. 13 della Direttiva quadro sulle acque e recepiti dall'art 64 del D. Lgs. 152/2006. L'Autorità di Bacino ha il compito di redigere questo tipo di strumento conoscitivo, normativo e tecnico - operativo mediante il quale sono pianificate e programmate le azioni e le norme d'uso finalizzate al perseguimento dell'obiettivo di corretta utilizzazione delle acque sulla base delle caratteristiche fisiche e ambientali del territorio. La Direttiva 2000/60/CE delinea un processo dinamico di periodica revisione su cicli sessennali basata sull'attività di monitoraggio. Tale strumento è assoggettato a Valutazione Ambientale Strategica (VAS), in fase di preparazione. Inoltre, "il PdG contiene una valutazione dello stato morfologico dei principali corsi d'acqua appartenenti al

bacino idrografico del fiume definendo azioni ed interventi volti a migliorare, o a non peggiorare, lo stato morfologico dei corpi idrici del bacino. Nel PdG sono contenuti i programmi operativi Distrettuali (POD) ed i Programmi Operativi Regionali (POR) che rispondono a quanto indicato nella Direttiva comunitaria 2000/60/CE”.

Vengono analizzati e caratterizzati i corpi idrici facenti parte del distretto in esame, vengono delineati gli obiettivi ambientali da perseguire e viene indicata l’attuazione, che definisce le misure già messe in atto dal PTA e ne valuta ulteriori da adottare per il raggiungimento degli obiettivi ambientali individuati nella fase precedente.

Contiene inoltre un’analisi di tipo economico e di conformità tra il PdG e i piani e programmi vigenti.

5.3. Il Piano Regionale per la Tutela delle Acque (PRTA).

Le Regioni intervengono in materia, a loro volta, con l’approvazione dei Piani regionali di tutela delle acque (PRTA) strumenti previsti all'articolo 121 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152 attraverso i quali individuano gli interventi volti a garantire la tutela delle risorse idriche e la sostenibilità del loro sfruttamento per il conseguimento degli obiettivi fissati dalla Direttiva comunitaria 2000/60/CE.

Il PRTA ha lo scopo di descrivere lo stato di qualità delle acque e di definire le misure per il raggiungimento degli obiettivi di qualità, attraverso un approccio che integri sapientemente gli aspetti quantitativi della risorsa.

In particolare, nel PRTA sono individuati i corpi idrici superficiali e sotterranei che rappresentano l'unità base a cui fare riferimento per la conformità con gli obiettivi ambientali imposti dalla Direttiva Quadro Acque.

Le categorie di acque sono:

- acque sotterranee: sorgenti montane e falde freatiche e artesiane;
- acque superficiali: fiumi, laghi/invasi, acque lagunari, acque marino-costiere.

Per ciascuna categoria di acque è stato realizzato un piano conoscitivo finalizzato a quantificare gli impatti che insistono sui singoli corpi idrici (prelievi d'acqua, scarichi...) e a monitorare attraverso indicatori biologici, chimici, quantitativi e morfologici lo stato di salute di ciascun corpo idrico.

Sulla base delle criticità emerse ed evidenziate nella fase conoscitiva, sono state individuate le azioni necessarie per poter raggiungere gli obiettivi di qualità imposti dalla Direttiva Quadro Acque.

La parte propositiva del PRTA è suddivisa in due sezioni distinte, la prima che riguarda gli indirizzi di piano, dove sono riportate misure già attuate o indirizzi che devono essere tenuti in considerazione per la realizzazione di nuovi interventi/opere che possono influire sulle caratteristiche qualitative e quantitative della risorsa idrica, comprese le aree di pertinenza dei corpi idrici e la seconda relativa, invece alle norme di attuazione, dove per alcuni indirizzi di piano sono state definite delle specifiche norme cogenti.

Questo specifico strumento è “finalizzato al raggiungimento degli obiettivi di qualità dei corpi idrici e più in generale alla protezione dell’intero sistema idrico superficiale e sotterraneo” e si propone di prevenire e ridurre l’inquinamento e attuare il risanamento dei corpi idrici inquinati, di migliorare lo stato delle acque ed individuare adeguate protezioni di quelle destinate a particolari usi, di perseguire usi sostenibili e durevoli delle risorse idriche, di mantenere la capacità naturale di autodepurazione dei corpi idrici, nonché la capacità di sostenere comunità animali e vegetali ampie e ben diversificate.

Le azioni contenute nel Piano mirano all’obiettivo di un uso sostenibile della risorsa idrica.

Il PRTA è uno strumento dinamico che, sulla base delle risultanze del programma di verifica e dell’andamento dello stato di qualità, consente di aggiornare e adeguare di conseguenza l’insieme delle misure per il raggiungimento degli obiettivi in relazione a ciascuna area idrografica.

5.4. Piano Territoriale Regionale (PTR).

Il Piano Territoriale Regionale (PTR), è lo strumento di programmazione con il quale la Regione definisce gli obiettivi per assicurare lo sviluppo e la coesione sociale, accrescere la competitività del sistema territoriale regionale, garantire la riproducibilità, la qualificazione e la valorizzazione delle risorse sociali ed ambientali. Il PTR vigente nasce con la finalità di offrire una visione d'insieme del futuro della società regionale, verso la quale orientare le scelte di programmazione e

pianificazione delle istituzioni, e una cornice di riferimento per l'azione degli attori pubblici e privati dello sviluppo dell'economia e della società regionali. Per tale ragione, è prevalente la visione di un PTR non immediatamente normativo, che favorisce l'innovazione della *governance*, in un rapporto di collaborazione aperta e condivisa con le istituzioni territoriali.

La Regione nel redigere il PTR ha l'obbligo di tener conto dei contratti di fiume stipulati e da stipulare al fine di sostenere una tutela ambientale più completa possibile. Il PTR riconosce il ruolo dei Contratti di fiume o di lago, previsti in attuazione del Piano di tutela delle acque, quali strumenti che permettono lo sviluppo di sinergie con gli strumenti di pianificazione territoriale provinciale e locale.

Ha sostituito dagli anni 70 il Piano territoriale di coordinamento previsto dalla legge fondamentale dell'urbanistica 1150/42 come modificata ed integrata dalle leggi di seguito riportate:

- legge 21 dicembre 1955, n. 1354; legge 6 agosto 1967, n. 765;
- legge 19 novembre 1968, n. 1187;
- legge 1° giugno 1971, n. 291;
- legge 22 ottobre 1971, n. 865;
- legge 28 gennaio 1977, n. 10;
- d.l. 23 gennaio 1982, n. 9, convertito in legge 25 marzo 1982, n. 94;
- legge 28 febbraio 1985, n. 47;
- d.l. 23 aprile 1985, n. 146, convertito in legge 21 giugno 1985, n. 298; legge 24 marzo 1989, n. 122; legge 17 febbraio 1992, n. 179.

5.5. Piano Territoriale Paesaggistico Regionale (PTPR).

I contratti di fiume possono avere una forte valenza in materia di tutela e valorizzazione paesaggistica e devono necessariamente essere redatti in piena rispondenza delle prescrizioni dei Piani Territoriali Paesaggistici Regionali. Il Piano Paesaggistico Regionale (PPR) ai sensi degli artt. 135 e 143 del D.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 "Codice dei beni culturali e del Paesaggio", con specifiche funzioni di piano territoriale ai sensi dell'art. 1 della L.R. 7 ottobre 2009, n. 20 "Norme per la pianificazione paesaggistica". E' uno strumento che mira alla tutela del territorio e alla promozione del paesaggio, volto "a regolarne le trasformazioni e a sostenerne il

ruolo strategico per lo sviluppo sostenibile del territorio". Nello stesso vengono definiti degli indirizzi strategici che puntano a dar rilevanza e consolidare le specificità locali e culturali, in un'ottica di attrattività a livello nazionale e internazionale. Esso è rivolto a tutti i soggetti, pubblici e privati, e, in particolare, agli Enti competenti in materia di programmazione, pianificazione e gestione del territorio e del paesaggio e quindi anche a tutti i soggetti che sottoscrivono un contratto di fiume che devono rispettare le prescrizioni contenute negli strumenti di programmazione del territorio.

6. I contratti di fiume nelle Regioni Italiane.

6.1. I contratti di fiume nella regione Lombardia.

In Lombardia ci sono state due leggi regionali che hanno supportato la definizione dei Contratti di Fiume, la prima legge approvata è la l.r. n. 02/03 che disciplina la programmazione negoziata a livello regionale e prevede all'art. 2 quali strumenti di programmazione negoziata l'Accordo Quadro di Sviluppo Territoriale, il Programma Integrato di Sviluppo Locale, il Contratto di Recupero Produttivo, l'Accordo di Programma. Nel 2003 è stata emanata la l.r. 26/03 sui servizi di pubblica utilità recante "Disciplina dei servizi locali di interesse economico generale. Norme in materia di gestione dei rifiuti, di energia, di utilizzo del sottosuolo e di risorse idriche" che, al titolo V "Disciplina delle risorse idriche", capo II, individua i "Contratti di fiume" (così come i Contratti di Lago) come processi di sviluppo del partenariato funzionali all'avvio della riqualificazione dei bacini fluviali. In base a quanto previsto dalla citata l.r. 2/2003 e dal relativo regolamento di attuazione, l'Accordo Quadro di Sviluppo Territoriale (AQST) è stato individuato come lo strumento idoneo per l'attuazione del "Contratto di Fiume".

In base a quanto previsto dagli artt. dal 5 al 10 del predetto regolamento, la promozione spetta alla Regione che attraverso un'apposita delibera di Giunta deve, altresì, istituire un Comitato di Coordinamento (composto da tutti i rappresentanti dei soggetti aderenti alla proposta) e un Comitato tecnico, la cui composizione viene definita dalla delibera stessa in modo che siano equilibratamente rappresentate le realtà istituzionali e territoriali aderenti.

Lo schema di AQST-Contratto di Fiume viene predisposto dal Comitato Tecnico e previo parere del Comitato di Coordinamento, viene approvato dagli organi competenti dei soggetti aderenti e successivamente sottoscritto dai relativi rappresentanti legali e successivamente viene approvato con specifico provvedimento regionale. L'attuazione, il monitoraggio e l'eventuale rimodulazione del processo di realizzazione delle azioni previste dall'AQST spettano al Soggetto Responsabile, coadiuvato dal Comitato Tecnico. Al Comitato di Coordinamento spetta il compito di verificare periodicamente l'attuazione dell'AQST, di decidere su integrazioni o rimodulazioni dei contenuti generali dell'AQST e/o delle singole azioni.

La Regione Lombardia è stata la prima ad attivare i Contratti di Fiume e sta assumendo sempre di più un ruolo di coordinamento nazionale e di riferimento promuovendo sinergie, stimolando l'approccio integrato ai diversi problemi (rischio idraulico, connessioni ecologiche, servizi ecosistemici, beni culturali, ecc.) e garantendo il raccordo con il livello istituzionale nazionale (Osservatorio nazionale Cdf).

Il CdF Olona Bozzente, Lura e Lambro meridionale è stato sottoscritto nel 2004, il Cdf Seveso nel 2006, il CdF Lambro settentrionale nel 2012.

Il processo per i CdF Media Valle del Po, è stato avviato nel 2016 e giunto alla firma dell'Accordo Territoriale a dicembre 2016; il fiume Po ha un sistema gestionale complicato, con normative e impegni differenti per la disciplina proveniente da due diverse regioni Lombardia ed Emilia-Romagna.

I CdF Mincio, Parco del Mincio è stato sottoscritto anche dalla Regione Veneto e interessa l'intero bacino idrografico del Mincio. Il percorso partecipato è iniziato nel 2015 ed è stato sottoscritto in via definitiva il 18 maggio 2016.

Il percorso di costruzione del Cdf Oglio Sud è stato attivato nel 2007 ma si è interrotto e la Direzione del Parco ha intenzione di riprendere il processo avviato.

Per il CdF Adda sopralacuale è stato sottoscritto il Manifesto d'Intenti a giugno 2015 e allo stato attuale è in atto un processo per il coinvolgimento degli altri stakeholders. Nel 2019 sono stati sottoscritti il Contratto di Fiume dell'Alto Bacino del fiume Adda e il Contratto di Fiume Bardello territori del Mella, della Media Valle del Po, del Toscolano e dell'Olona Meridionale hanno sottoscritto accordi e manifesti di intenti.

L'Oglio Sud ha avviato una prima fase di ricognizione del sottobacino.

6.2. I contratti di Fiume della Regione Piemonte.

La Regione Piemonte inizia l'attivazione dei Contratti di Fiume subito dopo la Lombardia affidando alle Province il coordinamento del Piano di Tutela delle Acque attraverso i Contratti di Fiume. Nel 2006 vengono sottoscritti quattro Contratti di Fiume pilota sui bacini di quattro province diverse: Sangone, Belbo, Orba, Agogna e del primo Contratto di lago (Viverone) sul proprio territorio. A seguito di queste esperienze pilota sono state redatte apposite Linee Guida Regionali per l'attivazione dei Contratti di Fiume e di Lago (DGR n.16-2610 del 19.09.2011) con lo scopo di dare omogeneità ai processi dei futuri Contratti di Fiume e di lago sul territorio regionale. Il Piano di Tutela delle Acque (PTA) della Regione Piemonte è stato approvato con DCR n° 117-10731 del 13 marzo 2007 mentre il Piano di Gestione del distretto idrografico del Fiume è stato adottato con Deliberazione del Comitato Istituzionale n° 1 del 24 febbraio 2010.

Il Piano Territoriale Regionale (PTR) della Regione Piemonte, quale strumento di pianificazione territoriale previsto dalla Legge regionale Legge n. 56 del 1977 è stato approvato con D.C.R. del 21 luglio 2011, n. 122-29783 e descrive gli elementi caratterizzanti il territorio stabilendo le regole per la sua conservazione, riqualificazione e trasformazione. Il PTR riconosce il ruolo del Contratto di Fiume quale strumento che permette lo sviluppo di sinergie con gli strumenti di pianificazione territoriale provinciale e locale, al fine di favorire l'integrazione delle diverse politiche. Negli anni seguenti sono nati via via nuovi Contratti di Fiume (Pellice, Bormida, Erro, Scrivia, Alto Po, Stura di Lanzo, Dora Baltea), alcuni Contratti di Lago (Viverone, Laghi di Avigliana, Cusio) e recentemente anche un Contratto di Zona Umida nella pianura risicola di Vercelli.

6.3. I contratti di Fiume della Regione Veneto.

La Regione Veneto con DGR 10 aprile 2013, n. 427, ha riconosciuto una valenza ai Contratti di fiume con l'introduzione dell'art. 20-bis "Contratti di fiume" nella "Variante Parziale al PTRC per l'attribuzione della valenza paesaggistica". Successivamente al fine di assicurare un primo coordinamento a livello regionale delle varie iniziative avviate, con deliberazione 30 dicembre 2013, n. 2796 la Giunta

regionale ha approvato la costituzione del Tavolo Regionale di Coordinamento dei Contratti di fiume, a seguito della recente riorganizzazione delle Strutture regionali.

Il Veneto partecipa attivamente ormai dal 2013 alle sessioni di lavoro nell'ambito dei Tavoli Nazionali dei Contratti di fiume. Con l'articolo 42 della legge regionale 5 aprile 2013, n. 3, al fine di sperimentare nuovi indirizzi e misure per garantire lo sviluppo ecosostenibile del territorio ed il contenimento del degrado delle risorse idriche e degli ambienti connessi, la Regione favorisce l'adozione e l'utilizzazione degli strumenti per la gestione integrata e partecipata delle acque sul modello dei contratti di fiume. I contratti attualmente in fase di definizione sono il Contratto di Foce del Delta del Po per cui è stata consegnata la Bozza di Strategia nel 2017, il Contratto di Fiume Adige Po per il quale è in atto la fase preparatoria di coinvolgimento dei diversi *stakeholders*, il Contratto di Fiume Adige Euganeo per il quale è stato firmato nell'aprile 2015 il Manifesto d'Intenti, il Contratto di Falda per l'Alta Pianura Vicentina (il primo caso in Italia per il quale è stato sottoscritto un documento che sancisce la collaborazione tra i principali Enti gestori idrici, il cui iter inizia nel 2013), il Contratto di Fiume del Basso Piave per cui è stato siglato il Manifesto d'Intenti a novembre 2014, il Contratto di Fiume Marzenego il cui iter inizia nel 2013 (nel 2017 viene redatto il Dossier Conoscitivo, avviati i Tavoli tecnici ed eventi comunicazione ed informazione della popolazione, redatto il Programma d'Azione), il Contratto di Fiume per il bacino Meolo – Vallio – Musestre, ad una fase abbastanza avanzata del processo nonostante non sia giunto ancora alla firma.

Sono invece ancora in uno stato iniziale il Contratto di Fiume per il canale Piavon – Brian, il Contratto di Fiume Melma – Nerbon, il Contratto di Fiume Astico – Tesina, il Contatto di Fiume Sile, analogamente al precedente, annunciato nel 2016.

6.4. I contratti di fiume nelle Regioni Friuli Venezia Giulia.

La Regione Friuli Venezia Giulia ha approvato il Piano di Tutela delle Acque il 20 marzo 2018 con decreto del Presidente n. 074, previa deliberazione della Giunta Regionale n. 591/2018.

In Friuli-Venezia Giulia i contratti di fiume sono disciplinati dall'art. 12 della LR 11/2015, e sono stati sottoscritti il Documento d'Intenti nel 2017 per il Natisone e il Roiello di Pradamano. Risulta invece solamente annunciato quello per il fiume Judrio.

6.5. I contratti di fiume nella Regione Valle d'Aosta.

Con Legge regionale 6 aprile 1998, n. 11 recante "Normativa urbanistica e di pianificazione territoriale della Valle d'Aosta" la Regione ha posto le condizioni giuridiche per l'uso del territorio, idonee a perseguire lo sviluppo sostenibile del territorio medesimo. Successivamente con la deliberazione del Consiglio regionale n. 1788/XII dell'8 febbraio 2006 è stato approvato il Piano regionale di tutela delle acque. Il primo Piano di Gestione del distretto idrografico del fiume Po (PdGPO 2010) è stato adottato nel 2010 e successivamente approvato con D.P.C.M. 8 febbraio 2013.

Nel 2018 è stato sottoscritto il protocollo d'intesa per il Contratto di Fiume Dora Baltea.

6.6. I contratti di fiume nella Regione Trentino-Alto Adige.

Per quanto riguarda il Trentino Alto Adige, la Provincia di Bolzano, ha adottato la legge provinciale n. 8/2002 successivamente alla Direttiva quadro, nelle more del recepimento della stessa con legge dello Stato, e distingue tra utilizzazione delle acque, disciplinata dal Titolo II, e tutela delle acque, cui è dedicato il Titolo III.

Con deliberazione n. 1174 del 30.12.2019 la Giunta provinciale ha approvato il Progetto di Piano di Tutela delle Acque. Il Progetto di Piano contiene disposizioni volte alla tutela e al miglioramento delle acque, al fine di mantenere anche in futuro la buona qualità ed assicurare il raggiungimento degli obiettivi ambientali.

In data 30.01.2020 il Progetto di Piano è stato pubblicato nel Bollettino Ufficiale della Regione n.5, supplemento 2. Da questa data è avviata la procedura di approvazione prevista dalla legge provinciale 13/1997 (urbanistica) e dalla legge provinciale 17/2017 (Valutazione ambientale per piani, programmi e progetti), nella quale i cittadini, i comuni e i portatori di interesse possono presentare le loro osservazioni. Dopodiché avverrà l'approvazione definitiva da parte della Giunta provinciale del Piano di Tutela delle acque che andrà ad abrogare il Piano stralcio attualmente in vigore.

La Provincia di Trento ha adottato il Piano di tutela delle acque con Deliberazione della Giunta provinciale n. 233 di data 16 Febbraio 2015 e i dati di classificazione

sono stati aggiornati con Delibera n° 2294 del 30/12/2020. La suddetta Provincia ha adottato anche una serie di regolamenti per adeguare la disciplina provinciale a quella statale ai sensi dell'articolo 55 della legge provinciale n. 1/2002. In virtù dell'articolo 5 del decreto del Presidente della Provincia n. 9-99/ 2002, la Provincia di Trento ha acquisito le competenze relative al rispetto degli obiettivi ambientali della Direttiva quadro, quali per esempio la caratterizzazione dei bacini, la creazione di aree sensibili e l'approvazione delle relative misure di tutela, che essa esercita attraverso il Piano di risanamento.

Non risultano attivi contratti di fiume in entrambe le province.

6.7. I contratti di fiume nella Regione Liguria.

La Legge Regionale 4 del 05/03/2012 ha dettato Misure urgenti per la tutela delle acque e con DGR 1175 del 25/09/2013 è stato adottato il Piano di tutela delle acque - deflusso minimo vitale.

In Liguria attualmente è stato avviato l'iter per la definizione di tre Contratti di Fiume, di cui uno trasfrontaliero italo-francese (CdF Roia/Roya), uno in Provincia di Genova (CdF Fiume Entella) ed uno interregionale (CdF Fiume Magra).

6.8. I contratti di fiume nella Regione Emilia Romagna.

La Giunta Regionale ha approvato il Documento preliminare del Piano di Tutela delle Acque nel novembre 2003, approvato in via definitiva con Delibera n. 40 dell'Assemblea legislativa il 21 dicembre 2005. La Regione Emilia-Romagna ha aderito alla "Carta nazionale dei contratti di fiume" con DGR n°1565/2015.)riconoscendo i Contratti di Fiume quali strumenti volontari che possono contribuire al consolidamento di un sistema di governance a livello di bacino o sottobacino idrografico, ove le azioni per la mitigazione del rischio idraulico e per la corretta gestione delle risorse idriche si integrano con la tutela paesaggistica e la valorizzazione ecologica e fruitiva del sistema fluviale, contribuendo allo sviluppo locale di tali aree. Con D.G.R. n. 1629/2015 la Regione Emilia-Romagna ha altresì riconosciuto l'importanza dei contratti di fiume nell'ambito della strategia nazionale di adattamento al cambiamento climatico.

Attualmente nel territorio regionale sono attive diverse esperienze in differenti stati di avanzamento: il Contratto di Fiume – Paesaggio Medio Panaro e il CdF Valmarecchia sono stati sottoscritti da Regione, Provincia e Comuni interessati, così come il Patto di Rii, assimilabile ad un Contratto di Fiume per più torrenti, che è giunto alla fase attuazione del Programma d’Azione. Vi sono altre esperienze in fase di svolgimento di processi partecipativi propedeutici alla firma del Contratto, è stato quindi firmato il Documento d’Intenti (CdF Trebbia, CdF Reno e canali bolognesi, CdF Terre del Lamone, CdF torrenti Parma e Baganza). Il Contratto di Fiume Marecchia risulta ad una fase molto avanzata del processo ma non sembra ancora giunto alla fase di sottoscrizione.

Per il Contratto di fiume della media valle del Po è stato sottoscritto l’accordo territoriale tra i diversi soggetti coinvolti dando inizio, concretamente, al cammino “Verso il Contratto di Fiume”.

E’ stato avviato il 17 Settembre 2016 il Contratto di fiume Santerno per il quale è stato sottoscritto un protocollo d’intesa.

6.9. I contratti di fiume della Regione Marche.

Il “Piano regionale di tutela delle acque – Prima fase – Acque superficiali” è stato approvato dal Consiglio Regionale con DACR. n. 302 del 29.02.2000 ed è stato adottato con DGR 1531 del 18/12/2007.

Con legge regionale 12 novembre 2012, n. 31 recante “Norme in materia di gestione dei corsi d’acqua” con deliberazione n. 100 del 29 aprile 2014 sono state approvate le linee guida per l’elaborazione dei progetti generali di gestione dei corsi d’acqua ai sensi dell’articolo 2, comma 3 della citata legge; con DGR n. 1470 del 29 Dicembre 2014 è stata approvata l’adesione alla carta nazionale dei contratti di fiume e con DGR n. 217 del 18 Marzo 2016 è stato istituito il Tavolo Tecnico Regionale permanente di Coordinamento dei Contratti di Fiume.

Per i contratti di Fiume Metauro e Torrente Arzilla, Biscubio, Bosso, Burano e Candigliano, Musone, Alto Potenza, Lago Fiastrone-Fiastra, Fiastrella, Media e Bassa valle del Fiume Aso, Tesino e per il Contratto Zona Umida della Sentina sono stati sottoscritti i Documenti d’intenti da parte dei comuni del bacino ed altri stakeholders interessati quali il Consorzio di Bonifica delle Marche, Unione montana Montefeltro, Coldiretti, Enti Parco, l’Università di Urbino, il WWF. Non è presente, invece, nessun

accordo firmato per quanto riguarda il Fiume Cesano e il Contratto Fiume basso Potenza è stata annunciata solamente la volontà di attivare un Contratto.

I Contratti di Fiume in stato più avanzato sono quelli del fiume Foglia, Misa, arrivato quasi alla composizione del Quadro Conoscitivo del territorio, e del Fiume Esino, che oltre a presentare le analisi conoscitive, presenta un quadro strategico contenente delle linee strategiche da perseguire, gli obiettivi e le azioni, da considerarsi quindi un Programma d'Azione.

6.10. I contratti di fiume della Regione Toscana.

La Regione Toscana con deliberazione n. 1025/2014 ha aderito alla Carta Nazionale dei Contratti di Fiume condividendone obiettivi e strategie. La Giunta regionale ha approvato, con proprie delibere (Delibera n.769 del 17-07- 2017 e Delibera n.770 del 17-07-2017) due provvedimenti finalizzati alla promozione e divulgazione dei Contratti di fiume in Toscana.

Il Piano Paesaggistico Regionale, approvato come integrazione paesaggistica al Piano Integrato Territoriale (PIT) con D.C.R.T. 37/2015, contiene numerosi indirizzi per la tutela dei corsi d'acqua, individuati tra i beni paesaggistici tutelati per legge (art. 142 del Codice del Paesaggio). Si tratta di un piano sovraordinato al quale devono conformarsi gli altri piani e programmi di livello regionale e locale.

La Giunta regionale ha approvato, con proprie delibere (Delibera n.769 del 17-07-2017, Delibera n.770 del 17-07-2017 e n. 535/2019) i provvedimenti finalizzati alla promozione e divulgazione dei Contratti di fiume in Toscana.

Il Contratto di Fiume Canale Maestro della Chiana, portato avanti dal Consorzio di Bonifica Alto Valdarno è stato firmato a Cortona nel dicembre 2017, il Contratto del Fiume Serchio, il cui processo è stato promosso dalla Provincia di Lucca e che risulta essere il CdF nella fase più avanzata. E' stato sottoscritto il Manifesto d'Intenti ed è stato inoltre presentato anche il documento preliminare relativo agli scenari strategici per il Contratto di Fiume Torrente Pesa. Per il contratto di Fiume Arno e Ombrone Grossetano sono stati sottoscritti i relativi Manifesti d'intenti. Sono stati solo annunciati i Contratti di Fiume per il Torrente Carrione, il Torrente Ombrone Pistoiese, il Torrente Egola, il Torrente Serra, e il Torrente Cornia. E' stata presentata e condivisa l'intenzione di attivare il processo di CdF per i corsi d'acqua: Carrione, Canale Maestro della Chiana, Pesa, Ombrone Pistoiese, Egola, Cornia, Albegna e

Ombrone Grossetano, che vanno ad aggiungersi ai due fiumi (Serchio e Arno) già interessati da questo strumento.

6.11. I contratti di fiume della Regione Umbria.

Con DGR n.147 del 17-02-2014 la Regione Umbria ha aderito alla carta nazionale dei Contratti di Fiume ed ha definito un "Atlante degli obiettivi" quale contributo metodologico unitario ed organico che metta a sistema e riporti a coerenza i Contratti di Paesaggio, di Fiume e di Lago attivati nel territorio regionale. Con deliberazione 14.11.2016 n.1312 la Giunta regionale ha pre-adottato l'Aggiornamento del Piano di Tutela delle Acque (PTA) in vigore dal 27 gennaio 2010, ai sensi dell'art.121, comma 5, del D.Lgs 152/06 ed ha stabilito una partecipazione pubblica sull'aggiornamento.

La Giunta regionale con Deliberazione n. 880 del 29/07/2013 ha istituito un Tavolo di lavoro interistituzionale per l'attivazione del Contratto di fiume del Clitunno – Marroggia – Topino, finalizzato alla riqualificazione ambientale e paesaggistica e alla valorizzazione del bacino idrografico del Clitunno – Marroggia – Topino e dei territori ad essi connessi. E' stato sottoscritto il Contratto di Fiume per i territori compresi tra il sub bacino del Paglia-Chiani e il Basso Tevere Umbro che sta diventando interregionale.

Il Contratto per il fiume per il Nera è stato solo annunciato.

6.12. I contratti di fiume della Regione Lazio.

Il Piano di Tutela delle Acque Regionale (PTAR) attualmente vigente, è stato approvato con Deliberazione del Consiglio Regionale n. 42 del 27 settembre 2007. Con D.G.R. 18/11/ 2014, n. 787 la Regione ha aderito alla Carta Nazionale dei Contratti di Fiume e con la legge di stabilità 2017 (l.r. 17/2016) ha riconosciuto ai Contratti di Fiume un ruolo strategico per il raggiungimento degli obiettivi ambientali, di difesa e valorizzazione dei beni comuni sul proprio territorio.

Nello specifico con l'articolo 3, comma 95, la Regione promuove il Contratto di fiume, di lago, di costa e di foce, come strumento volontario di programmazione strategica e partecipata, finalizzato alla gestione integrata delle politiche di bacino e sottobacino idrografico, alla tutela, valorizzazione e riqualificazione delle risorse

idriche e degli ambienti connessi, alla salvaguardia dal rischio idraulico, alla gestione sostenibile della naturalità e del paesaggio fluviale e del rischio idrogeologico, contribuendo allo sviluppo locale di tali aree. Il coordinamento (articolo 3, comma 96) di tutte le iniziative volte al coinvolgimento degli enti regionali pubblici e privati, delle associazioni di categoria e dei diversi portatori di interesse spetta alla Regione.

Con D.G.R. 4/06/2019, n. 335 la Regione si è dotata anche del “Forum Regionale dei Contratti di Fiume, Lago, Foce e Costa” per creare un confronto informativo/consultivo tra la Regione e i rappresentanti dei Contratti di Fiume e di un “Tavolo Tecnico dei Contratti di Fiume, Lago, Foce e Costa”.

Allo stato attuale nella Regione sono in fase di completamento il Contratti di Fiume Sacco per il quale è stato sottoscritto il 5 maggio 2017 il manifesto d’intenti, il Contratto di Coste e Lago Riviera di Ulisse, per il quale sono in atto le riunioni dei promotori con i diversi *stakeholders*, il Contratto di Fiume Ufente, frutto delle attività di concertazione tra Enti e attori locali che a partire da giugno 2018 ha portato alla sottoscrizione del Manifesto d’Intenti a luglio 2018, i Contratti di Fiume Basso Tevere, Paglia, Farfa, Melfa e Medio Tevere per i quali sono stati sottoscritti i Manifesti d’intenti.

6.13. I Contratti di Fiume della Regione Puglia.

La Regione Puglia con deliberazione n. 2322 del 28/12/2017 ha aderito alla Carta nazionale dei Contratti di Fiume condivisa e ratificata dalla comunità dei Contratti di Fiume nel corso del VI Tavolo Nazionale a Torino il 3 febbraio 2012, che vuole caratterizzare in modo univoco i Contratti quali strumenti utili e praticabili per il contenimento del degrado e la riqualificazione dei territori fluviali nonché promuovere la conciliazione degli “interessi” pubblici e privati presenti sul territorio. Con deliberazione della giunta regionale 7 ottobre 2019, n. 1788 è stato costituito il Tavolo Tecnico regionale permanente di Coordinamento dei Contratti di Fiume nel territorio della Regione Puglia che hanno l’obiettivo di riqualificare i territori di un determinato bacino idrografico o parte di esso con interventi multisettoriali e con il coinvolgimento, su base volontaria, di tutti gli enti istituzionali ed i soggetti privati, insistenti su un determinato bacino.

La Regione Puglia con Delibera di Giunta Regionale n. 2105 del 21 novembre 2018 ha approvato la stipula e lo schema di Accordo ai sensi dell’art. 15 della L. 241/90 con

il Politecnico di Bari, per l'esecuzione delle attività relative al primo progetto pilota sul bacino del Canale Reale finalizzato all'elaborazione di uno "Studio" volto alla tutela e alla valorizzazione dei territori interessati ai fini della riqualificazione ambientale e paesaggistica del Canale Reale e degli habitat presenti lungo il percorso dalle sorgenti alla sua foce e per produrre le Linee Guida per l'implementazione dei Contratti di Fiume nel territorio della Regione Puglia, nel rispetto dei requisiti di base di cui al Documento "Definizioni e requisiti qualitativi di base dei Contratti di Fiume" (2015), con la definizione dettagliata di fasi, regole e strumenti del processo, di cui alla Carta Nazionale dei Contratti di Fiume di Brindisi. Allo stato attuale nella Regione sono in fase di completamento le procedure per la sottoscrizione del contratto di Fiume del Canale Reale e del Contratto di Fiume Lato per il quale con DGR n. 495 del 27/03/2018 è stata approvata la Proposta di Costituzione di un Tavolo tecnico permanente di confronto e monitoraggio sulle criticità del fiume Lato avanzata dall'Autorità di Bacino Distrettuale dell'Appennino Meridionale.

Per il Contratto di Fiume della Bassa e Media Valle dell'Ofanto Contratto di Fiume - Lago di Occhito sono stati sottoscritti i relativi Documenti di intenti.

6.14. I contratti di Fiume della Regione Abruzzo.

Con DGR n. 314/2014 la Regione ha approvato l'adesione alla Carta Nazionale dei Contratti di Fiume e con Delibera n. 915/2015 è stato approvato lo schema di Protocollo d'intesa per l'adesione ai Contratti di Fiume e per la loro governance. Con Deliberazione di Giunta Regionale n. 716 del 04/11/2014 e n. 603 del 14/07/2015, è stato istituito un Gruppo di Lavoro Regionale per redigere "L'Atlante dei Contratti di Fiume Regionali".

Vi sono tre contratti pilota: Tordino, Sagittario ed il bacino Tavo – Fino – Saline per cui sono stati sottoscritti i *Protocolli d'Intesa* nel 2014.

Risulta solo annunciato il Contratto di Foce dell'Alento, Liri, Piomba. Nel 2014 viene sottoscritta l'intesa per il CdF del Trigno.

Nel 2015 è stato firmato il *Protocollo d'Intesa* per i CdF dell'Aterno, del Nora – Tavo, Vomano – Mavone, nel 2017 quello per l'Aventino e Cerrano e nel 2018 quello per il fiume Arielli. Risultano solo annunciati i Contratti dei Fiumi Sangro, Pescara, Giovenco.

Per il Contratto di Fiume del Feltrino è stato messo a punto giunto a dicembre 2017 il Piano d’Azione. Nel caso del CdF del Tordino, è stato sottoscritto il Documento d’Intenti.

6.15. I contratti di Fiume della Regione Molise.

Con legge regionale 22 aprile 2017, n.4 la Regione promuove l'utilizzo dei contratti di fiume di cui all'articolo 68-bis del d.lgs. n. 152/2006, quali strumenti volontari di programmazione strategica e negoziata che perseguono la tutela, la corretta gestione delle risorse idriche e la valorizzazione dei territori fluviali, unitamente alla salvaguardia dal rischio idraulico, contribuendo allo sviluppo locale di tali aree. Con legge regionale 24 gennaio 2018, n.1, recante “Disposizioni collegate alla manovra di bilancio 2018-2020 in materia di entrate e spese. Modificazioni e integrazioni di leggi regionali” stabilisce che “i Consorzi di bonifica e i Comuni il cui territorio è compreso entro lo stesso bacino idrografico, d'intesa con la Regione, possono istituire contratti di fiume mediante il coinvolgimento di soggetti pubblici e privati interessati. Il Piano di tutela delle acque è stato approvato con deliberazione del Consiglio regionale n. 25 del 6 febbraio 2018 e modificato con Deliberazione n. 386 del 25-11-2019.

Nel 2017 è stato firmato il Protocollo d’Intesa per il Contratto di Fiume Quirino e per il Contratto di Fiume Volturmo e nel 2019 è stato annunciato il contratto di fiume Basso Biferno-Costa Adriatica Sinarca.

6.16. I contratti di Fiume della Regione Campania.

La regione con L.R. n. 5/2019, ha dettato le “Disposizioni per la tutela dei corpi idrici della Campania, per la valorizzazione integrata sostenibile dei bacini e sottobacini idrografici e la diffusione dei Contratti di Fiume”. Sulla base di questa norma, sono state redatte le «Linee Guida per le attività propedeutiche di attuazione e per la disciplina degli organi dei Contratti di Fiume», e il «Disciplinare per il funzionamento dell’Osservatorio Regionale» dedicato alla materia.

Allo stato attuale sono stati solo annunciati i Contratti dei Fiume Calore, Isclero, Sannio, Volturmo, Ufita, Tammaro, Bussento, Sele, Tanagro, Tusciano e Irno; per il Contratto di Fiume Regi Lagni è stato firmato il Documento d’Intenti nel 2011;per il

Fiume Sabato invece è stato firmato il Protocollo d'Intesa; per il Progetto Laboratorio Ambientale in aree pilota del bacino Liri Garigliano e Volturno, assimilabile ad un contratto di fiume, è stato firmato il Protocollo d'Intesa nel 2008.

Con D.G.R.n. 596 del 27/11/2019 la Regione ha voluto stimolare l'attivazione dei contratti di fiume ed ha pubblicato un avviso pubblico per una manifestazione di interesse finalizzata ad acquisire la disponibilità di soggetti pubblici ad avviare le attività propedeutiche per la sottoscrizione di Contratti di Fiume nell'ambito del territorio regionale.

6.17. I contratti di Fiume della Regione Calabria.

La Regione Calabria con Legge regionale 27 novembre 2015, n. 19 ha modificato e integrato la legge regionale 16 aprile 2002, n. 19 (Norme per la tutela, governo ed uso del territorio – Legge Urbanistica della Calabria) che all'art. 40 bis individua i contratti di fiume tra gli strumenti che concorrono alla definizione, all'attuazione e all'aggiornamento degli strumenti di pianificazione di distretto idrografico con riferimento alla scala di bacino e sottobacino idrografico. Con DGR n. 372 del 29/09/2015 la Regione ha attivato la Governance e la costruzione della Conoscenza condivisa dei territori fluviali, integrando gli strumenti della pianificazione territoriale esistente in Calabria rappresentati da QTRP (Atlante degli Ambiti Paesaggistici Territoriali Regionali) e dalla Strategia Regionale delle Aree Interne. Il Piano di Tutela delle Acque è stato adottato con DGR n.614 del 09.08.2010.

La Città Metropolitana di Reggio Calabria ha avviato un percorso, formalizzato con la Determina R.G. n. 3509 del 29/12/2017 del Settore n. 13, indirizzato alla formulazione e alla sottoscrizione di Contratti di Fiume (CdF) quali strumenti operativi di programmazione strategica, individuando due corsi d'acqua, il Fiume Petrace e la Fiumara Sant'Agata che, per le loro caratteristiche fisiografiche, geomorfologiche, ambientali e paesaggistiche, si prestano alla realizzazione di un "Progetto Pilota" ai quali successivamente con determinazioni R.G. n 3504 del 29/12/2018 e R.G. n. 3529 del 31/12/2018 sono stati aggiunte altre due fiumare da interessare al progetto pilota dei Contratti di Fiume, rispettivamente lo Stilaro e la Laverde.

Ad oggi risultano avviate le procedure per la sottoscrizione dei Contratti di Fiume e di Costa in ben 12 ambiti territoriali in Calabria: Bacini Idrografici del Mesima, del

Fiume Lao, della Val di Neto, del Fiume Amato, di Simeri, della Locride, Sottobacino idrografico Fiume Oliva, Contratto di Fiumara "La Verde", Contratti di Costa dell'Alto Ionio Cosentino, della Costa degli Dei, del Tirreno Cosentino, dei Luoghi di San Francesco", a cui si aggiunge il Contratto di Fiume di Costa della Valle dell'Ancinale di cui è stato siglato il Manifesto d'Intenti e pubblicato il Dossier Preliminare Definitivo.

6.18. I contratti di Fiume della Regione Basilicata.

Con D.G.R. 640 del 22 maggio 2012 la Regione Basilicata ha aderito alla Carta Nazionale dei contratti di fiume, mentre con DGR n. 517/2016 "Patto per lo sviluppo della Regione Basilicata" con la linea d'intervento n. 12 ha disciplinato i contratti di Fiume. Nel 2017 la Regione Basilicata affida al Gruppo FLAG Coast to Coast (DGR n. 128 del 24/02/2017 "L'acqua e la comunità locale") la programmazione strategica del Contratto di Fiume "Valle del Noce e Sinni" al fine di attuare un programma di sviluppo volto alla gestione integrata dei due corsi d'acqua mettendo in connessione le esigenze "dal basso" con le linee guida d'intervento degli Enti. Si tratta di un Contratto di Fiume interregionale che coinvolge oltre alla Basilicata anche la Calabria per il quale il Documento d'intenti è stato sottoscritto il 9 ottobre 2020. La Regione, successivamente con DGR n. 139/2018 "Aumento del potenziale degli ambiti fluviali" ha disciplinato i bacini fluviali. Nel 2016 è stato annunciato il Contratto per il Fiume Basento, ma non vi sono informazioni sul suo livello di avanzamento. In letteratura vengono nominati come altri possibili Contratti quelli dei fiumi Bradano, Agri Cavone, Sinni ma non si hanno ulteriori e più specifiche notizie in merito.

6.19. I contratti di Fiume della Regione Sicilia.

La Regione Sicilia con Deliberazione di Giunta Regionale n. 466 del 23/10/2017 ha approvato la costituzione della Cabina di Regia dei Contratti di Fiume ed ha aderito alla Carta Nazionale dei Contratti di Fiume del 03/02/2012 con Deliberazione della Giunta Regionale Sicilia del 25/09/2015 n. 242. In attuazione dell'art. 3 della Direttiva europea 2007/60/CE la Regione ha anche predisposto il Piano di Gestione Rischi o Alluvioni della Regione Sicilia. Con Ordinanza Commissariale del 27/12/2007 è stato

adottato il Piano di Tutela delle Acque della Regione Sicilia quale specifico piano di settore per il raggiungimento degli obiettivi di qualità.

Allo stato attuale sono stati firmati i protocolli d'intesa per i Contratti di fiume Nisi, di fiume di San Mauro Castelverde, di fiume Elicona, di fiume di Santo Stefano di Camastra, di fiume della Valle di Noto, di fiume Torto e Bacini Minori, di fiume Imera, di fiume Naso e Timeo, di fiume Cesarò, di fiume Corriolo- Mela, di fiume Pedara – Etna, di fiume Agrò – Savoca – Pagliara, di fiumi Saponara e Gallo.

6.20. I contratti di Fiume della Regione Sardegna.

Con Legge regionale 6 dicembre 2006, n. 19, successivamente modificato dalla Legge Regionale 9 novembre 2015, n. 28 la Sardegna ha dettato le “Disposizioni in materia di risorse idriche e bacini idrografici”. L’art.43 delle Norme di Attuazione del Titolo V, del Piano Stralcio per l’Assetto Idrogeologico (PAI) della Sardegna definisce il CdF quale “strumento volontario di programmazione strategica e negoziata che persegue la tutela, la corretta gestione delle risorse idriche e la valorizzazione dei territori e dei paesaggi fluviali, unitamente alla salvaguardia dal rischio idrogeologico, contribuendo allo sviluppo locale delle aree interessate e tenendo conto degli aspetti socio economici, sociali ed educativi”.

Con la Delibera del Comitato Istituzionale dell’Autorità di Bacino della Sardegna n. 1 del 3.12.2014 viene approvata la Valutazione Globale Provvisoria del Piano di Gestione del Rischio di Alluvioni del distretto idrografico della Regione Autonoma della Sardegna e con la deliberazione della Giunta Regionale n. 19/16 del 28.04.2015 viene istituito il Tavolo di coordinamento per l’attuazione della direttiva 2007/60/CE e la redazione del Piano di gestione del rischio di alluvioni della Sardegna” per assicurare carattere di priorità alle attività volte alla elaborazione del piano di gestione del rischio di Alluvioni. Con L.R. 19/2006 è stata approvata la proposta di variante al PAI costituita dall’integrazione del Titolo V del PAI recante “Norme in materia di coordinamento tra il PAI e il Piano di Gestione del rischio di alluvioni (PGRA)”. All’interno del Titolo V alle norme di attuazione A del PAI vengono indicati i principi per la l’avvio dei Contratti di fiume (art. 43) e i criteri per la delocalizzazione e la riduzione della vulnerabilità degli edifici esistenti.

Il 7 aprile 2017 è stata sottoscritta dai primi cittadini dei Comuni interessati la dichiarazione di intenti per il Contratto di Fiume della Bassa Valle del Coghinas. E’

in corso di definizione il Contratto di Laguna del Calich, per il quale a febbraio 2018 è stato sottoscritto il Protocollo d'intesa. È stata sottoscritta dai sindaci dei 16 Comuni interessati la Dichiarazione d'intenti per il Contratto di fiume della valle del Temo.

6.21. Analisi dei dati nelle diverse Regioni.

L'analisi dei dati riguardanti i Contratti di Fiume ad oggi attivati in Italia dimostra che complessivamente sono stati attivati 167 contratti di fiume di cui 39 risultano sottoscritti e pienamente operativi, 39 sono solo annunciati e 89 sono quelli per i quali sono stati sottoscritti un manifesto d'intenti oppure un protocollo d'intesa tra i diversi soggetti interessati.

Questo è sicuramente indicativo del fatto che le procedure che portano all'effettiva sottoscrizione del Contratto di Fiume sono molto lunghe e richiedono diversi anni. Dal grafico sottostante si evince che il Piemonte è la Regione nella quale sono stati sottoscritti più contratti, seguita dalla Lombardia. Dell'ordine di poche unità i contratti sottoscritti nelle altre Regioni.

La Sicilia e la Calabria rappresentano le Regioni che hanno dato un notevole impulso all'utilizzo di questo strumento di programmazione seguite da Marche, Emilia Romagna e Abruzzo.

In 12 Regioni su 20 non ci sono contratti sottoscritti e la procedura è ferma alla sottoscrizione del protocollo d'intesa da parte dei diversi *stakeholder*.

Fanalini di coda sono le due Province autonome di Trento e Bolzano nelle quali non sono ancora stati attivati contratti di Fiume.

Nella Regione Valle D'Aosta è stato sottoscritto un solo protocollo d'intesa.

Elemento positivo è rappresentato dal fatto che tutte le Regioni si sono dotate di norme atte a disciplinare questo strumento di programmazione recependo la normativa comunitaria e quella nazionale.

7. Il Tavolo Nazionale dei contratti di fiume.

Al fine di promuovere un approccio meno burocratico alla gestione delle risorse idriche, favorendo il dialogo e la partecipazione dal basso verso l'alto, la collaborazione fra pubblico e privato e lo scambio delle buone pratiche viene

costituito (da Regioni ed enti locali) nel 2007 mediante un gruppo di lavoro del coordinamento Agende 21 Locali italiane il Tavolo Nazionale dei Contratti di Fiume, con l'obiettivo di creare una comunità in grado di scambiare informazioni, esperienze e di promuovere i Contratti di Fiume in Italia. Al tavolo collaborano vari soggetti: Regioni, Province, gruppi di Comuni, associazioni o singole comunità, che intendono avviare o hanno già avviato strategie per salvaguardare fiumi, laghi e coste marine in modo partecipato e cooperativo.

Gli obiettivi del Tavolo Nazionale riguardano l'individuazione delle pratiche positive relative alla partecipazione dei cittadini, delle associazioni e dei movimenti nell'ambito della gestione dell'acqua a livello locale, lo studio e raccolta delle esperienze con il fine di promuovere accordi volontari, la governance e le politiche settoriali in materia ambientale e territoriale per la valorizzazione dei bacini fluviali la diffusione di interventi finalizzati al miglioramento della qualità ambientale e della sostenibilità nella gestione delle risorse idriche. Nel 2010, in occasione dell'incontro del V Tavolo è stata presentata la "Carta Nazionale dei Contratti di Fiume", che definisce il Contratto di Fiume come "processo di programmazione negoziata e partecipata volto al contenimento del degrado eco-paesaggistico e alla riqualificazione dei territori dei bacini/sottobacini idrografici". L'attore principale del contratto è la comunità locale che è chiamata a dialogare con i vari soggetti portatori di interesse e con esperti, al fine di elaborare un documento condiviso per la pianificazione territoriale e la tutela ambientale.

I principi ispiratori alla base della carta sono la sussidiarietà orizzontale e verticale, lo sviluppo locale partecipato e la sostenibilità degli interventi da realizzare. Gli obiettivi riguardano il miglioramento della sicurezza e la prevenzione dei rischi di dissesto idrogeologico, il riequilibrio ambientale, l'uso sostenibile delle risorse e la tutela dell'ecosistema fluviale e alla valorizzazione paesaggistica.

Per poter attivare, sviluppare e rendere operativi i Contratti di fiume è necessario che i partecipanti al processo osservino delle regole condivise, definite dagli attori stessi quali "cardini operativi" sui quali basare la collaborazione territoriale. Fra queste, per il successo del percorso, non dovrebbero mancare innanzitutto la consapevole adesione volontaria, la partecipazione attiva di ogni attore, la trasparenza del processo decisionale, l'inclusione di tutti i soggetti che esprimono volontà di partecipazione, la leale collaborazione e la corresponsabilità tra i sottoscrittori del Contratto.

I Contratti di Fiume si devono dotare di strumenti appropriati per garantire l'operatività e il raggiungimento degli obiettivi prefissati. Fondamentali per l'attuazione è l'uso degli strumenti di rappresentazione dei territori (cartografici, narrativi ecc.) capaci di fornire una lettura interpretativa dei diversi aspetti da prendere in considerazione tra i quali le minacce e le opportunità presenti e future, gli strumenti operativi per la programmazione delle azioni e di monitoraggio del processo, strumenti di comunicazione e formazione, la cultura della VAS per la sicura integrazione degli obiettivi ambientali nella programmazione.

Al fine di raggiungere gli obiettivi preposti è necessario tenere conto da un lato dei programmi da realizzare, coerenti con lo sviluppo territoriale e con i documenti programmatici esistenti e dall'altro delle risorse finanziarie disponibili sia al fine di individuare tutte le possibili sinergie tra i diversi attori che per attuare economie di scala.

I Contratti di Fiume devono essere caratterizzati da elementi di fattibilità finanziaria ed economica, definendo con precisione le fonti di finanziamento e i tempi in cui queste si rendono disponibili per la copertura del fabbisogno e valutando i costi della realizzazione delle singole azioni e attività, stimando la quota per anno.

8. Struttura Organizzativa e la documentazione a supporto.

Una prima individuazione della struttura organizzativa è effettuata all'interno del Protocollo di Intesa tra gli Enti promotori del Contratto.

La Responsabilità del Contratto di Fiume è attribuita alla Provincia competente per territorio che si avvale dell'Assemblea di Bacino, e rappresenta la sede di concertazione del Contratto attraverso cui si attua la partecipazione diffusa degli interessi locali presenti nel bacino idrografico, di una Cabina di regia, costituita dai soggetti istituzionali che rivestono, in ragione delle loro competenze, un ruolo fondamentale per l'elaborazione e l'attuazione del Contratto, e dalla Segreteria Tecnica che può costituire gruppi di lavoro limitati e flessibili da attivarsi caso per caso coinvolgendo gli attori interessati in stretta relazione con le diverse problematiche e con gli obiettivi specifici dello scenario strategico.

L'Assemblea di Bacino ha il compito di far emergere criticità e problematiche, di condividere l'operato della Cabina di Regia e di divulgare gli orientamenti maturati e

le scelte relative all'attivazione, attuazione e gestione continuativa del Contratto di Fiume.

Tra i diversi documenti che devono essere predisposti per lo svolgimento dei Contratti rientrano:

- il Dossier Preliminare che fornisce un primo inquadramento delle caratteristiche del bacino fluviale nel quale si intende avviare il Contratto per focalizzare i punti di forza e debolezza del territorio interessato;
- il Protocollo d'Intesa che sostanzia la volontà di alcuni dei soggetti presenti nel bacino fluviale di dare avvio al processo di costruzione del Contratto di Fiume o Lago, secondo i principi delineati nelle presenti linee guida e deve contenere, tra l'altro, l'elenco dei soggetti promotori dell'iniziativa, gli obiettivi, le attività, la composizione iniziale della struttura organizzativa (Cabina di regia, Segreteria tecnica), i tempi di attuazione, il ruolo e gli impegni dei soggetti sottoscrittori;
- il Piano d'Azione che si compone di tutte quelle azioni che concorrono alla realizzazione degli obiettivi del CdF/L, con particolare attenzione agli interventi che contribuiscono al raggiungimento degli obiettivi di qualità ambientale fissati dalla Direttiva 2000/60/CE e recepiti dal PTA regionale e dal Piano di gestione del Distretto idrografico. L'elaborazione del Piano d'Azione presuppone un'analisi preliminare del territorio che metta in evidenza le criticità presenti, le azioni da intraprendere e le risorse da impegnare;
- il piano di comunicazione e partecipazione, che esplicita le modalità e le tempistiche attraverso cui comunicare le diverse azioni da realizzare al fine di rendere pubblica e trasparente l'azione del Contratto e coinvolgere tutti i soggetti interessati, attraverso una cooperazione sia orizzontale che verticale;
- l'Abaco delle Azioni, che riporta l'elenco e la descrizione delle misure che si intendono attuare per concretizzare gli obiettivi del Contratto (ambientali, naturalistici, di mitigazione del rischio, di fruizione del territorio, di sviluppo, di cultura dell'acqua, etc.);
- il programma di monitoraggio che deve essere strutturato in modo da valutare sia l'evoluzione del processo che il grado di attuazione del Piano di Azione. Nello specifico devono essere valutati l'efficacia e l'efficienza del processo, il livello di attuazione ed efficacia del piano d'azione, il contesto socioeconomico-ambientale e definire specifici indicatori, al fine di descrivere i risultati.

9. La Valutazione Ambientale Strategica (VAS).

La effettuazione della Valutazione Ambientale Strategica (VAS) è necessaria in quanto il Piano d'Azione del Contratto genera effetti significativi sull'ambiente e la sottoscrizione ufficiale del Contratto deve essere preceduta dall'espressione del Parere motivato che conclude la fase di attivazione. Il Rapporto Preliminare è redatto dalla Provincia responsabile (Autorità proponente), e costituisce la documentazione su cui viene attivata la fase di specificazione (*scoping*) della Valutazione Ambientale Strategica (VAS) del Contratto cui segue la consultazione dei soggetti con competenza ambientale e stilato il Rapporto Ambientale. Secondo le disposizioni delle leggi regionali sono sottoposti a VAS, i piani e programmi, tra cui gli accordi di programma, la cui approvazione compete alle regioni e province autonome o, in delega, agli enti locali.

Scopo dell'intero procedimento è la valutazione della sostenibilità ambientale delle misure previste dal Piano di Azione e la verifica della coerenza con i piani o programmi presenti sul territorio.

A seguito dell'espressione del parere motivato da parte dell'autorità competente (Regione) il soggetto proponente (Provincia) elabora una Dichiarazione di Sintesi che illustra in che modo il parere motivato è stato recepito all'interno dei documenti del Contratto. La Provincia deve inoltre elaborare un documento inerente le misure adottate in merito al monitoraggio relativo alla valutazione degli effetti sull'ambiente derivanti dall'attuazione del piano e la verifica del raggiungimento degli obiettivi (artt. 17 e 18 del D.Lgs 152/2006 e s.m.i.).

10. Il testo del "contratto di fiume o di lago".

Il contratto di fiume rappresenta l'accordo formale di programmazione negoziata che i soggetti aderenti stipulano assumendosi, ognuno nell'ambito delle proprie attribuzioni, impegni concreti per la realizzazione delle misure del Piano d'Azione.

È strutturato in modo da ripercorrere le tappe che hanno condotto alla firma del Contratto e specificando in particolare, finalità e obiettivi, ambito d'intervento, metodologia e strumenti generali, organizzazione per la gestione del processo di attuazione del Contratto, impegni generali dei sottoscrittori, azioni del piano, ruolo

dei soggetti, risorse finanziarie, tempi di attuazione, strumenti e modalità attuative, monitoraggio ed aggiornamento.

Costituiscono allegati al Contratto di Fiume o di Lago tutti i documenti del Piano di Azione e quelli redatti nell'ambito della procedura di VAS. Il programma di lavoro di un CdF si svolge tipicamente in due anni. Nel primo anno in linea generale si organizza un convegno iniziale di avvio all'iniziativa che ha l'obiettivo di informare il pubblico dell'esistenza della stessa. Successivamente si passa alla celebrazione di una assemblea plenaria nel quale si convocano tutti gli attori per discutere degli aspetti conoscitivi del fiume. In seguito, vengono avviati tavoli tematici su specifici argomenti, i risultati dei vari tavoli vengono poi portati nell'assemblea plenaria al fine di identificare gli eventuali temi da approfondire.

I Contratti di Fiume si avviano con la sottoscrizione di un documento d'intenti contenente le motivazioni e gli obiettivi generali del processo, anche per il perseguimento degli obblighi cui all'articolo 4 della Direttiva 2000/60/CE, le criticità esistenti e le metodologie di lavoro. Viene avviata poi un'analisi conoscitiva sugli aspetti ambientali, sociali ed economici del territorio oggetto del CdF e predisposto un documento strategico che definisce lo scenario di medio-lungo termine che integri gli obiettivi della pianificazione di distretto idrografico (e più in generale di area vasta) con le politiche di sviluppo locale del territorio.

L'approvazione avviene attraverso la sottoscrizione di un Atto di impegno formale, che è rappresentato dal Contratto di Fiume che contrattualizzi le decisioni condivise nel processo partecipativo e definisca gli impegni specifici dei contraenti. E', altresì, indispensabile predisporre un programma d'azione che indichi gli obiettivi specifici, gli attori interessati con i rispettivi obblighi e impegni, i tempi e le modalità attuative, le risorse umane ed economiche necessarie, nonché la relativa copertura finanziaria. Il programma d'azione ha un orizzonte temporale ben definito e limitato (indicativamente di tre/quattro anni), alla scadenza del quale, sulla base delle risultanze delle attività di monitoraggio sarà eventualmente possibile aggiornare o approvare un nuovo Programma d'azione. La singola Regione con propria delibera approva l'adesione alla Carta Nazionale dei Contratti di Fiume che dev'essere sottoscritto dal soggetto presente sul territorio che partecipa al Contratto di fiume.

L'intero processo si sviluppa attraverso processi partecipativi aperti e inclusivi, che consentano la condivisione d'intenti, di impegni e di responsabilità tra i soggetti aderenti al CdF, e si conclude con la sottoscrizione di un atto di impegno formale, il

Contratto di Fiume, che contrattualizza le decisioni condivise nel processo partecipativo e definisce gli impegni specifici dei contraenti.

La fase di implementazione delle decisioni contrattualizzate è accompagnata dall'attivazione di un sistema di controllo e monitoraggio periodico del CdF per la verifica dello stato di attuazione delle varie fasi e azioni, della qualità della partecipazione e dei processi deliberativi conseguenti. Infine i dati e le informazioni sui Contratti di Fiume devono essere resi accessibili al pubblico, come richiesto dalle Direttive 4/2003/CE sull'accesso del pubblico all'informazione e 35/2003/CE sulla partecipazione del pubblico ai processi decisionali su piani e programmi ambientali, attraverso una pluralità di strumenti divulgativi, utilizzando al meglio il canale web.

11. Metodologie di partecipazione per l'analisi conoscitiva.

L'analisi conoscitiva si compone sia di una parte di elaborazione tecnico scientifica, che di una fase di ascolto e di coinvolgimento attivo degli *Stakeholder* che devono partecipare all'intero processo. In relazione ad ogni argomento affrontato nell'Analisi conoscitiva, potranno essere avviati tavoli tematici "co-thinking", per mettere in relazione diretta le "conoscenze tecnico-scientifiche" e le "esperienze locali". In questa fase sono di solito privilegiate le metodologie che favoriscono la condivisione delle conoscenze sia attraverso incontri dedicati agli *Stakeholder* sia attraverso la conoscenza diretta di passeggiate di studio.

Al fine di favorire la partecipazione dei portatori di interesse, l'Unione Europea favorisce ed incentiva le predette metodologie di partecipazione, tra cui:

11.1. Analisi SWOT Partecipata.

L'analisi SWOT serve ad individuare i limiti e le risorse presenti in un determinato contesto al fine di costruire una visione strategica. Può essere condotta "a tavolino" da esperti, o essere "partecipata", associando esperti e *stakeholders*.

L'analisi SWOT si esplica nell'approfondimento dei punti di forza (*Strengths*) che rappresentano quelle condizioni interne che favoriscono il raggiungimento degli obiettivi ed i punti di debolezza (*Weaknesses*) che in linea generale sono fattori esterni e possono ostacolare, ritardare un processo o comunque costituire un problema; le

opportunità (*Opportunities*) costituiscono occasioni esterne al contesto, che possono condizionarlo in maniera positiva (risorse finanziarie di programmi nazionali o europei, un provvedimento legislativo), mentre le minacce (*Threats*), rappresentano al pari delle opportunità dei fattori esterni che però sono in grado di condizionare negativamente il contesto (la cessazione di un finanziamento).

Attraverso l'analisi SWOT è quindi possibile evidenziare i punti di forza e di debolezza di un ambito tematico, per far emergere quelli che vengono ritenuti capaci di favorire, ovvero ostacolare o ritardare, il perseguimento di determinati obiettivi.

Lo scopo dell'analisi SWOT partecipata, è dunque, quella di individuare le diverse possibilità di sviluppo, attraverso la valorizzazione degli elementi di forza ed il contenimento dei fattori di debolezza che hanno ripercussioni sull'assetto del territorio.

11.2. Passeggiate di studio e progettanti.

Si tratta dell'applicazione di un metodo partecipativo del pubblico che, escludendo relazioni di dominanza/dipendenza da qualsiasi parte esse provengano, viene utilizzato quale tecnica di "ascolto attivo" del territorio. L'approccio metodologico si basa sul riconoscimento e valorizzazione delle conoscenze esperte degli attori locali riguardo al proprio territorio fluviale e consentono di avere una visione condivisa sulle strategie da attuare in quel determinato contesto.

11.3. World Cafè.

Il *World Cafè* si basa sul principio che i partecipanti, aggregati in piccoli gruppi composti da quattro a sei persone ciascuno, si confrontano su un argomento assegnato. In più cicli di conversazioni della durata di venti-trenta minuti ciascuno che si susseguono l'uno all'altro, le/i partecipanti a un *World Cafè* si scambiano le conoscenze che hanno. Ad ogni turno cambiano tavolino, in modo da formare sempre un gruppo di discussione diverso. L'esito di ogni turno viene annotato. Così in breve tempo si possono individuare nuove idee e nuove proposte per risolvere i problemi.

Dopo più turni, si raccolgono i risultati dei diversi tavoli e si illustrano all'intero gruppo. In un'assemblea plenaria conclusiva si riassumono le idee e si discutono le soluzioni proposte.

11.4. Open Space Technology (OST).

Nei processi che utilizzano il metodo dell'*Open Space Technology* (OST) di regola c'è un tema conduttore o un problema per il quale si dovrebbero trovare delle soluzioni creative. Si apre con un'assemblea plenaria, dura di regola da uno a tre giorni, la si può organizzare in modo flessibile ed è adatta sia a grandi sia a piccoli gruppi di partecipanti. Dopo la fase di lavoro nei gruppi, in plenaria si lavora di nuovo sulle più importanti questioni emerse, si presentano dei progetti concreti e i successivi passaggi, e ci si accorda anche sul modo di procedere e su eventuali forme di collaborazione. La conferenza si conclude con la distribuzione a tutte le/tutti i partecipanti di una documentazione che contiene i rapporti conclusivi dei singoli gruppi di lavoro.

12. Metodologie di partecipazione utilizzate per la costruzione del documento strategico.

Il Documento Strategico definisce lo scenario, riferito ad un orizzonte temporale di medio-lungo termine, che integri gli obiettivi della pianificazione di distretto e più in generale di area vasta, con le politiche di sviluppo locale del territorio. Per la costruzione del Documento strategico sono di solito utilizzate tecniche di partecipazione basate sull'analisi di scenario, scenario *planning e visioning*.

L'idea centrale dell'analisi di scenario è quella di considerare una varietà di possibili ed alternativi scenari futuri che includano e rendano visibili le principali incertezze, fornendo informazioni sul valore e sul significato di questi scenari futuri per le comunità, invece che focalizzarsi su una "accurata" previsione di un singolo aspetto o risultato.

Esistono diversi 'modelli' o metodi per la costruzione di scenari futuri, che possono differire sia per la durata del processo stesso, sia per il modo in cui esso

viene articolato e strutturato. Tali modelli sono riconosciuti e incentivati dall'Unione Europea.

Tra questi abbiamo:

12.1. European Awareness Workshop – EASW.

L'*European Awareness Scenario Workshop* è un metodo diretto ad aumentare la partecipazione degli attori pubblici nei confronti delle scelte associate all'impatto che le nuove tecnologie possono determinare nella società. Il metodo è stato sviluppato in Danimarca e mira a fare in modo che i cittadini di una qualunque località possano sviluppare visioni condivise nell'individuare le decisioni utili a costruire una città sostenibile. Si tratta dell'unica metodologia di partecipazione ufficialmente sostenuta e diffusa, nonché brevettata, dalla Commissione Europea attraverso una rete di *National Monitor*. la metodologia EASW è stata utilizzata estensivamente in ambito ambientale (in particolare nei programmi di Agenda 21).

12.2. Appreciative Inquiry.

L'*Appreciative Inquiry* ("Indagine elogiativa o apprezzativa") produce prospettive di cambiamento che partono dalla situazione data. A tal fine si elaborano delle soluzioni per risolvere un determinato problema esistente, tralasciando l'analisi degli aspetti negativi e valutando solo gli aspetti positivi.

Generalmente un'indagine di questo tipo comprende quattro fasi:

1. capire le ragioni del successo chiedendo ai partecipanti di raccontare e di segnalare eventuali circostanze alla base del successo, e di discuterne con gli altri;
2. sviluppare prospettive future a partire dalle storie di successo raccolte;
3. strutturare il futuro in maniera concreta,
4. realizzare il futuro attraverso strategie concrete per l'attuazione.

13. Metodologie di partecipazione utilizzate per la predisposizione del programma d'azione.

Il Programma d'Azione va costruito secondo un orizzonte temporale ben definito e limitato (indicativamente di tre anni). Il PA deve indicare oltre agli obiettivi per ogni azione anche gli attori interessati, i rispettivi obblighi e impegni, i tempi e le modalità attuative, le risorse umane ed economiche necessarie, nonché la relativa copertura finanziaria. Nella predisposizione del PA sono da preferirsi le metodologie che consentono di giungere in tempi contenuti alla formulazione di Programmi d'Azione come, ad esempio, il GOOP e di elaborazione e valutazione delle azioni come, ad esempio, nel caso del Town Meeting. Anche questi programmi, come si suddetti modelli, sono riconosciuti dall'Unione Europea che li incentiva e ne favorisce l'applicazione.

13.1. GOOP- Goal Oriented Project Planning.

Il GOPP (*Goal Oriented Project Planning*) è una tecnica, non soggetta a *copyright*, che facilita nei gruppi la definizione, la pianificazione e il coordinamento dei progetti utilizzando un processo partecipativo ed è particolarmente indicata per la realizzazione di progetti che prevedono il contributo dei soggetti appartenenti ad una comunità. L'esito del GOPP è una matrice (detta Quadro Logico) che riassume e struttura gli elementi principali di un progetto e mette in relazione i dati di partenza, le attività e i risultati attesi.

Lo strumento si inquadra in un sistema denominato PCM (*Project Cycle Management*) che descrive il ciclo di vita di un progetto in fasi successive, dall'idea iniziale, attraverso le successive definizioni, fino all'implementazione, al monitoraggio e alla valutazione.

13.2. Metaplan.

Il Metaplan è una tecnica orientata ad ottimizzare il processo di comunicazione all'interno di un gruppo per favorire in un arco di tempo limitato il conseguimento di risultati, mantenendo un coinvolgimento profondo dei partecipanti.

In genere l'attività segue una sequenza codificata suddivisa in due blocchi, il primo nel quale si sviluppa il momento della creatività e della selettività, il secondo nel quale si approfondiscono i problemi specifici e si stabiliscono le azioni da intraprendere.

13.3. Town Meeting – Electronic meeting (e-TM).

Una delle metodologie più conosciute ed utilizzate in Gran Bretagna, Danimarca e Australia oltre che negli USA è il “*deliberative polling*” elaborato da James Fishkin⁴ che si basa su dei sondaggi d'opinione, effettuati a seguito di discussioni informate, su gruppi socio-demograficamente rappresentativi. La sua versione moderna (*electronic – TM*) si serve della tecnologia informatica (televoto; computer da tavolo; *software*). Si tratta di un incontro pubblico ad iscrizione, guidato da un Facilitatore Centrale.

L'opinione individuale viene espressa mediante telecomandi anonimi, con cui si televota, scegliendo una delle risposte alternative che appaiono sullo schermo. I partecipanti siedono attorno al tavolo di dibattito, discutono sui temi proposti, votano le principali mozioni emerse dall'assemblea.

I partecipanti

- sono informati prima di discutere sull'argomento;
- discutono e quindi si confrontano con opinioni diverse dalla propria;
- conoscono la sintesi di quanto è stato discusso dall'intera assemblea;
- infine, votano singolarmente.

13.4. Planning for Real.

Planning for Real aiuta le comunità locali a vedere i problemi nella loro complessità, ad agire con il sostegno e la partecipazione di esperti ed amministratori, a concentrare le proprie risorse in un programma di sviluppo progettuale realistico, radicato nella comunità e quindi potenzialmente dotato di maggiori possibilità di sopravvivenza di altre iniziative imposte unilateralmente dall'alto.

⁴ Professore di Scienze Politiche presso la Stanford University

Il *Planning for Real* è un processo di progettazione partecipata che punta a migliorare la qualità della vita in luoghi concreti (piazze, quartieri, rioni, parchi urbani, ecc.).

In italiano significa letteralmente “Pianificazione per davvero, nella realtà”.

Il *Planning for Real* mira ad attivare un processo di progettazione urbana partecipata che coinvolge residenti, amministrazioni ed enti pubblici, e imprese. Per questo la soglia per la partecipazione delle cittadine e dei cittadini è piuttosto bassa.

14. Il processo di definizione di un Contratto di Fiume.

Il processo di definizione di un Contratto di Fiume è sviluppato attraverso un percorso metodologico che, anche per gli aspetti più generali di organizzazione e gestione del processo, possa condurre alla sottoscrizione di un CdF/L.

La metodologia comprende quattro momenti distinti:

1. la Fase di preparazione;
2. la Fase di attivazione;
3. la Fase di attuazione;
4. la Fase di consolidamento.

La fase di preparazione ha l'obiettivo di individuare un'Area idrografica che richieda una gestione condivisa del governo delle acque e una proposta progettuale al fine di creare sul territorio una prima aggregazione di soggetti istituzionali per l'attivazione di un CdF/L. Il finanziamento è a carico dei proponenti mentre i documenti da produrre sono il Dossier Preliminare e il Protocollo d'Intesa sottoscritti da una rappresentanza significativa dei soggetti istituzionali presenti sul territorio.

L'attivazione del processo per un CdF/L comporta i seguenti passi:

1. individuare formalmente la struttura provinciale responsabile per i Contratti di Fiume che seguirà l'intero svolgimento del Contratto.
2. effettuare una prima individuazione della struttura organizzativa del Contratto (Cabina di Regia e Segreteria Tecnica).
3. predisporre una prima bozza di Dossier Preliminare e di Protocollo d'Intesa che dovrebbe essere sottoscritto da una rappresentanza significativa dei soggetti istituzionali presenti nel bacino.
4. avviare i processi iniziali di partecipazione e definire le modalità di comunicazione.

La fase di attuazione ha l'obiettivo di attuare il Contratto di Fiume, come previsto nel Piano d'Azione, che rappresenta uno strumento dinamico, che può essere integrato, previa valutazione di congruità, contestualmente all'evoluzione del Contratto stesso.

La fase di consolidamento ha l'obiettivo di consolidare il Contratto di Fiume/Lago come pratica ordinaria per la gestione integrata e partecipata delle acque alla scala del bacino idro- Obiettivo grafico.

Il sistema di monitoraggio mira ad identificare gli obiettivi e le misure da attuare per il loro raggiungimento ed ha lo scopo di verificare nel tempo che le azioni messe in campo abbiano e mantengano la capacità di raggiungere gli obiettivi, identificando eventuali necessità di riorientamento qualora si verificano situazioni problematiche. In particolare, si fa riferimento sia ai macro-obiettivi, descritti attraverso indicatori di contesto, che discendono dalle Direttive europee (Acque, Alluvioni o Habitat) e dagli strumenti di programmazione che a quelli espressi dal territorio durante il processo di partecipazione, purché legittimamente connessi al CdF.

Il monitoraggio prevede essenzialmente la descrizione e l'analisi dello stato di attuazione del CdF, dei suoi strumenti attuativi, del contributo concesso e delle eventuali cause dello scostamento rispetto alle previsioni.

Parallelamente alle tre fasi di valutazione sopra descritte, è necessario organizzare un sistema per il rilevamento e la raccolta delle informazioni lungo il processo di previsione, progettazione e attuazione delle azioni che confluisca in un'unica base dati condivisa.

In particolare è necessario selezionare le informazioni da raccogliere e individuare un protocollo per la raccolta e lo scambio di informazioni che indichi le fasi del processo in cui si possono rilevare dati (pianificazione, progettazione e realizzazione degli interventi), le loro caratteristiche (livello di dettaglio, formato, etc.), i soggetti coinvolti (responsabili, finanziatori, beneficiari di finanziamenti, progettisti, etc.), le modalità, gli strumenti e i tempi per la raccolta (schede da restituire in determinati momenti del processo). Infatti, perché il sistema di monitoraggio funzioni è necessario definire le regole per la sua *governance*. La *governance* del monitoraggio riguarda l'intero ciclo di vita del processo, dovrà essere dettagliata già in fase di pianificazione e dovrà descrivere i ruoli e responsabilità per le attività di monitoraggio, individuare i soggetti detentori di informazioni in relazione alle varie parti del CdF, il loro grado di coinvolgimento e il ruolo che essi avranno per il

popolamento degli indicatori, il rapporto con gli altri strumenti e i protocolli di comunicazione per lo scambio di dati e informazioni, i tempi, le modalità operative e gli strumenti per lo svolgimento delle attività, le modalità di coinvolgimento degli *stakeholder* del CdF e la partecipazione del pubblico ed infine le risorse per l'attuazione e la gestione del sistema di monitoraggio.

La *governance* del monitoraggio può essere impostata in maniera incrementale, seguendo la temporalità e la struttura delle attività implementate, partendo dal monitoraggio del processo, del contributo e degli obiettivi. Per ogni step è necessario raccogliere ed elaborare informazioni; alcune di queste occorrono lungo l'intera procedura di monitoraggio mentre altre sono utili solo in alcuni passaggi o, via via, possono essere maggiormente dettagliate. Pertanto, la base di conoscenza viene implementata lungo tutto il monitoraggio, in maniera parallela ai diversi momenti di analisi e valutazione.

A seconda del livello di completezza del monitoraggio, variano anche la numerosità e la complessità degli elementi oggetto di *governance*.

Inoltre, dato il carattere multiscalare del sistema di monitoraggio integrato del CdF, deve essere impostata una *governance* applicabile ad ogni strumento oggetto di monitoraggio (CdF, Progetto di sottobacino o altri) e che sia in grado di regolare il flusso delle informazioni ad ogni passaggio di scala nei due sensi: infatti, il sistema di monitoraggio di scala minore deve essere messo in condizione di utilizzare alcune informazioni di dettaglio derivanti dal sistema di monitoraggio di scala maggiore per l'elaborazione di una sintesi; viceversa il sistema di monitoraggio di scala maggiore deve poter utilizzare alcune informazioni ricevute dal sistema di monitoraggio a scala minore per l'aggiornamento del quadro di riferimento o per monitorare le azioni che, pur derivanti da altri strumenti collegati al CdF, agiscono sul territorio del sottobacino (ad esempio gli interventi di riqualificazione fluviale finanziati nell'ambito dell'AdP a valere su risorse FSC).

Per lo svolgimento delle attività di monitoraggio innanzitutto è necessario individuare il soggetto responsabile per il monitoraggio. Esso potrebbe coincidere con il soggetto responsabile della redazione e attuazione dello strumento oggetto di monitoraggio, sia esso il CdF o il Progetto di sottobacino; nel modello di monitoraggio integrato multiscalare, è necessario individuare un responsabile al livello del CdF e uno al livello del Progetto di sottobacino.

Deve essere inoltre individuato il responsabile della base di conoscenza, che può coincidere con il responsabile del monitoraggio, a cui è affidato il compito di censire le informazioni necessarie al monitoraggio, individuare e coinvolgere tutti i soggetti detentori delle informazioni mediante la predisposizione di appositi protocolli di scambio e mettere a disposizione di tutti gli attori coinvolti nel processo la base conoscitiva così costruita.

Nel caso in cui ci si limiti al monitoraggio del processo, il responsabile deve organizzare tutte le attività necessarie a descrivere lo stato di attuazione del CdF e dei suoi strumenti attuativi individuando i soggetti implicati attivamente nel processo attuativo e le modalità operative con cui coinvolgerli nelle attività di monitoraggio. Bisogna anche descrivere l'iter decisionale e individuare le fasi attuative in cui rilevare i dati definendo i protocolli di comunicazione e di scambio informativo.

Nello specifico, per la costruzione del quadro conoscitivo e del quadro programmatico dei CdF si potrà procedere mediante la messa a sistema e l'aggiornamento delle informazioni già raccolte per la redazione dei Progetti di sottobacino e degli altri strumenti attuativi.

Bisogna inoltre prevedere momenti di partecipazione pubblica, in cui la cittadinanza e i portatori di interessi locali possano prendere atto dell'avanzamento del processo, dei primi esiti e dei relativi effetti sul territorio, mediante la consultazione della reportistica redatta durante il monitoraggio. A questo scopo deve essere previsto, come minimo, un sito web (o una sezione del sito web esistente esclusivamente dedicata al monitoraggio) che contenga la segnalazione di fasi e tempi del monitoraggio, la pubblicizzazione degli eventi partecipativi e dei documenti tecnici accompagnati da documenti comunicativi che ne sintetizzano i contenuti evidenziando gli esiti del monitoraggio e gli altri elementi più significativi. In linea di massima dovrebbero essere previsti almeno due eventi di partecipazione di cui il primo in fase di avvio del Rapporto di monitoraggio e l'altro al momento della sua conclusione.

Infine, per il monitoraggio degli obiettivi, ovvero per misurare l'avvicinamento o lo scostamento delle condizioni del sottobacino e delle sue componenti rispetto alla proiezione contenuta nello scenario di riferimento, si deve procedere all'aggiornamento del sistema delle conoscenze e ad aggiornare il quadro

programmatico, identificando le tipologie di intervento che possono produrre effetti sul territorio e gli Enti responsabili ai diversi livelli.

15. Un esempio concreto: "Indagine conoscitiva del contratto del fiume Cosa".

Il contratto del Fiume Cosa nasce dall'iniziativa di alcune associazioni, tra cui quella per il parco urbano fiume Cosa che avevano, ed hanno, come finalità quella di una corretta gestione delle risorse idriche e della valorizzazione dei territori fluviali unitamente alla salvaguardia dal rischio idraulico, contribuendo allo sviluppo locale del fiume Cosa.

Nella loro attività le associazioni hanno coinvolto la Provincia di Frosinone, la XII Comunità Montana del Lazio- Monti Ernici, il Comune di Frosinone, Il Comune di Guarcino, Il Comune di Vico nel Lazio, Il Comune di Collepardo, Il Comune di Alatri, Il Comune di Veroli, Il Comune di Ceccano, la Rete Scolastica Territoriale " Il fiume Cosa da problema a risorsa", il Coordinamento delle Associazioni per il parco urbano fiume Cosa e l'Università degli Studi di Cassino, con i quali, dopo diversi incontri pubblici, si è arrivati alla sottoscrizione del protocollo d'intesa (2014) attraverso cui si vuole procedere alla attuazione di una serie di fasi finalizzate alla redazione del "Contratto di Fiume", il cui fine ultimo è produrre la concreta proposta per addivenire ad un'Accordo di Programma che fungerà da guida ad ogni azione (politica-tecnico- culturale) che verrà programmata nel territorio interessato.

Nel 2015 la Provincia di Frosinone, in attuazione del Decreto del presidente della Provincia n. 120/2015, sottoscrive con l'Università degli Studi di Cassino e del Lazio Meridionale una convenzione per le attività di supporto alla segreteria operativa del "Contratto di Fiume". Si è giunti pertanto alla stesura di un'importante Indagine Conoscitiva del Fiume Cosa. Determinante per lo sviluppo di tale studio è stato il supporto fornito dalla Segreteria Tecnica Operativa, che era composta da due gruppi di lavoro: uno costituito da dipendenti dell'Amministrazione provinciale e l'altro composto da alcuni ricercatori dell'Ateneo di Cassino e del Lazio Meridionale.

Nell'ambito della seduta del 28 luglio 2017 il Comitato Tecnico Scientifico ha approvato l'indagine conoscitiva e relativo Documento strategico. Il fulcro dell'Indagine è stato quello di fornire un'accurata diagnosi dell'attuale condizione del bacino del Fiume Cosa. Ciò ha comportato la redazione di uno specifico database

georeferenziato in cui sono state fatte confluire tutte le informazioni acquisite a seguito di uno studio bibliografico e quelle prodotte da una specifica e dettagliata campagna di ispezioni che hanno interessato in buona sostanza l'intera asta principale del bacino e dei comprensori ad esso prospicienti.

Le varie fasi che hanno portato al raggiungimento dell'obiettivo hanno riguardato il reperimento di elaborati presenti in piani già esistenti forniti dagli enti costituenti la rete di attori, l'Ispezione dei luoghi e l'acquisizione diretta delle criticità del bacino ed infine l'Implementazione su GIS dell'insieme dei dati raccolti e analisi incrociata degli stessi al fine di riscontrare discordanze. Tutto ciò ha comportato la creazione di macrocategorie denominate "tematismi" (costituite da Cartografie di riferimento, Strumenti di piano cogenti; Vulnerabilità di genesi antropica; Rilievi storico-architettonici) a cui associare le varie carte tematiche contenenti e illustranti a loro volta i dati (*layers*) caricati e combinati sul *software Qgis*.

Durante la fase iniziale del lavoro l'attenzione è stata rivolta ai fattori descrittivi e di inquadramento del territorio oggetto di studio, inoltre si è scelto di prendere in considerazione aspetti che potessero assurgere ad uno studio propedeutico all'analisi di tematiche quali il miglioramento della qualità delle acque e il riassorbimento dell'inquinamento diffuso del territorio. Le carte elaborate nell'ambito del tematismo affrontato sono la Carta della morfometria del bacino, la Carta geologica e idrogeologica, la Carta della vulnerabilità intrinseca degli acquiferi, la Carta di uso del suolo e la Carta dei limiti amministrativi.

16. Conclusioni.

Da quanto sopra riportato emerge che i Contratti di Fiume rappresentano uno strumento di grande potenzialità per favorire gli interventi in tema di tutela e salvaguardia dell'ambiente e del paesaggio con forme avanzate di partecipazione del pubblico; la forma prescelta di programmazione negoziata consente interessanti sinergie economico finanziarie fra pubblico e privato, mentre l'interazione con i diversi strumenti di pianificazione di settore consente l'attualizzazione degli interventi oggetto di programmazione rispetto ai superiori obiettivi di tutela e salvaguardia del territorio. Nel nostro Paese sono stati definiti in maniera precipua gli elaborati sostanziali che concorrono alla stesura dei CdF, ma quello che manca è la sensibilizzazione da parte delle Amministrazioni locali che necessitano di adeguato

supporto tecnico amministrativo, in considerazione del fatto che non tutte le Regioni si sono adeguatamente attivate per la predisposizione dei contratti di Fiume. Conforta l'attività surrogatoria del Tavolo Nazionale e dell'Osservatorio Nazionale, voluto dal Ministero dell'Ambiente in considerazione della centralità di tale strumento per la gestione dei bacini idrografici. A conferma dell'attualità di tale strumento, i Contratti di Fiume sono un tema centrale delle Conferenze Mondiali sui Cambiamenti Climatici. Nella Conferenza mondiale dei grandi fiumi tenutasi a Roma nell'ottobre 2017, in cui rappresentanti di corsi d'acqua di tutti i Continenti misero a confronto idee e sfide quotidiane per combattere gli effetti dei mutamenti climatici, del dissesto idrogeologico, dell'inquinamento e della siccità, come anche dei conflitti per l'accesso all'acqua, fu sottoscritta la Carta di Roma sulle buone pratiche comuni per la gestione dei fiumi internazionali, siglata dai rappresentanti di 47 bacini idrici mondiali che si impegnarono a continuare il confronto nella COP 23 di Bonn. Il confronto è andato avanti negli anni ma gli effetti nefasti dei cambiamenti climatici sono sotto gli occhi di tutti. La COP 26 che si terrà a Glasgow nel novembre 2021 rappresenterà un importante momento di confronto per sviluppare politiche comuni per la tutela e valorizzazione dei fiumi, strumento fondamentale di vita e di sviluppo.

Bibliografia essenziale

- EU Floods Directive (Directive 2007/60/EC), Chapter V - Coordination with Directive 2000/60/EC, Public Information And Consultation Article 9.
 - A. Moisello "La gestione del sistema idrico francese". Working papers 6/2006, Fondazione AMGA
 - Regione Piemonte, Piano Paesaggistico Regionale (PPR), fascicolo illustrativo dei principali contenuti del PPR.
 - Autori vari - "Report sulla Ricognizione Ambientale del Contratto del Fiume Cosa";
 - Gruppo di lavoro 1 "Riconoscimento dei CdF a scala nazionale e regionale. Definizione di criteri di qualità" del Tavolo Nazionale dei Contratti di Fiume – "Requisiti di base di un CdF";
- Regione Lombardia, Regione Piemonte, Autorità di bacino del Fiume Po, A21 Italy CdF – "Carta nazionale dei contratti di fiume".

-Tratto da Report Tavoli Tematici. Contratto di Fiume Esino, M. Bastiani, V. Venerucci (Ecoazioni) e D. Belfiori, 2015.

Riferimenti Normativi

- Direttiva Quadro 2000/60/CE
- Direttiva 2007/60/CE (Direttiva Alluvioni)
- Direttiva 92/43/CEE (Direttiva Habitat)
- Direttiva 2009/147/CE (Direttiva Uccelli)
- Direttiva 2008/567/CE (Direttiva quadro sulla Strategia Marina)
- Direttiva 152/2006 (T.U. Ambiente)
- Direttiva 4/2003/CE (Direttiva sull'accesso del pubblico all'informazione)
- Direttiva 35/2003/CE (Direttiva sulla partecipazione del pubblico ai processi decisionali su piani e programmi ambientali)

(www.anbiveneto.it)

(www.contrattodifiumepiave.it)

(www.acquerisorgive.it)

FOCUS

QUANDO L'AMBIENTE ENTRA IN CONFLITTO CON SÉ STESSO: FONTI ENERGETICHE RINNOVABILI E TUTELA DEL PAESAGGIO

Marisa Meli

SOMMARIO: **1.** Il problema – **2.** Il vento soffia a favore delle rinnovabili – **3.** Dalla storica contrapposizione al connubio Sviluppo e Ambiente – Il paesaggio: un terzo incomodo? – **4.** Paesaggio e ambiente: elementi determinativi della qualità della vita – **5.** L'impatto dei cambiamenti climatici: un capovolgimento dei valori di riferimento? – **6.** Il bilanciamento tra diversi interessi di pari rilievo costituzionale: un indispensabile esercizio di stile – **7.** Ma è davvero il paesaggio che ostacola la lotta ai cambiamenti climatici?

1. Un saggio recentemente apparso sul web, dal titolo *Paesaggio, ambiente e transizione ecologica*¹, ha richiamato l'attenzione su una delle principali contraddizioni che caratterizzano il nostro tempo.

Da un lato, la maturata consapevolezza di quanto sia stata incisiva l'impronta ecologica lasciata dalle generazioni che si sono susseguite a partire dal secolo diciannovesimo ma, soprattutto, a partire dal dopoguerra, per l'utilizzo di nuove fonti energetiche, l'avvio di nuovi processi produttivi, il ricorso a nuove tecniche di coltivazione agricola, lo sviluppo dell'edilizia e tanto altro ancora.

Dall'altro lato, la constatazione che anche i tentativi di invertire la rotta possono essere, a loro volta, causa di difficile accettazione sociale: è quanto è accaduto con le varie sindromi *Nimby* (il depuratore, l'impianto di smaltimento vanno bene ma non nel mio giardino!) e quanto continua ad accadere rispetto all'esigenza di mettere al bando i combustibili fossili, volgendo l'attenzione alle fonti rinnovabili. Gli impianti (quali il fotovoltaico o l'eolico) contribuiscono alla decarbonizzazione dell'economia, ma attentano inesorabilmente al nostro paesaggio.

Il saggio a cui si faceva riferimento è richiamato anche dalla campagna *Sbilanciamoci!*², sempre attenta a rappresentare i problemi della nostra società ed a fornirne una lettura fuori dal coro. In essa, si paventano i rischi collegati al nuovo grande business, la *green economy* con i suoi mega impianti per l'energia solare ed eolica, in grado di alimentare una forma di "ambientalismo industriale della transizione ecologica". Nel nuovo scenario, l'imprenditoria si erge a paladino della salvaguardia del pianeta, ma in realtà persegue (come è sempre stato e com'è ovvio che sia) le proprie traiettorie di guadagno che oggi, messe (quasi del tutto) al bando trivelle e piattaforme petrolifere, puntano in una direzione nuova, ma in nulla diversa rispetto al passato: l'accaparramento e lo sfruttamento economico delle risorse, nella specie rappresentate dal paesaggio³.

¹ Il saggio, pubblicato su giustiziainsieme.it è opera di P.CARPENTIERI, che al tema ha dedicato numerose altre riflessioni. Cfr., per tutte, la voce *Paesaggio*, *Diritto on line* Treccani

² Cfr. *Cambiare la Costituzione per devastare il paesaggio*, sbilanciamoci.info.

³ In maniera non difforme, un articolo recentemente pubblicato su *La Repubblica* (14 giugno), dal titolo *Il business del sole: i terreni della Sicilia ceduti a peso d'oro, l'isola diventerà un immenso "specchio" fotovoltaico*, mette in evidenza come, oltre all'impatto sul paesaggio, il rischio è che si dismetta l'agricoltura, trovando gli stessi proprietari terrieri più vantaggioso il business della cessione delle aree.

2. Il conflitto è destinato ad acuirsi alla luce delle scelte operate dal legislatore, in sede di elaborazione del PNRR⁴. Accanto ad alcune misure di semplificazione (soprattutto relative alle procedure di valutazione degli impatti ambientali e dei procedimenti autorizzatori), il legislatore ha infatti introdotto una disposizione (art. 30) con la quale si prevede che, al fine del raggiungimento degli obiettivi nazionali di efficienza energetica, con particolare riferimento all'incremento del ricorso alla produzione di energia da fonti rinnovabili, il Ministero della cultura partecipa al procedimento unico, relativamente ai progetti di impianti *“localizzati in zone sottoposte a tutela, anche in itinere... nonché nelle aree contermini a quelle sottoposte a tutela..”*, esprimendo un parere obbligatorio ma non vincolante⁵.

E' naturale che, togliendo ogni valore sovraordinato al vincolo paesaggistico e vanificando il ruolo dell'organismo rappresentativo degli interessi ad esso sottesi, si contribuisce ad alimentare un conflitto che, al momento, vede contrapposte le stesse associazioni ambientaliste. Così, da un lato si denuncia il fatto che le sovrintendenze intendono frenare la transizione energetica⁶, dall'altro si ribatte che *“la bellezza non deve soccombere”*⁷.

Nel mezzo, molti episodi concreti forniscono elemento di prova all'una e all'altra opinione. Da un lato, infatti, è lo stesso Ministro della transizione ecologica a puntare il dito contro la burocrazia, evidenziando come, nonostante l'Italia sia leader nel settore delle rinnovabili, le aste pubbliche vadano deserte perché gli imprenditori non vogliono più rischiare anni di attesa, ricorsi al Tar e conseguente sospensione dei lavori. Dall'altro, si assiste increduli all'approvazione di progetti di dubbia compatibilità con l'ambiente circostante, come ad esempio la realizzazione di un mega parco fotovoltaico in una zona della Sicilia da tempo destinata ad area naturale protetta (Parco Naturale degli Iblei).

3. Nell'avviare una riflessione su questo tema partirò proprio dal saggio citato in apertura, che rappresenta una strenua difesa del paesaggio. Lo farò, non per la persuasività degli argomenti adoperati (al contrario, sovente oltremodo forzati), ma in ragione del fatto che proprio quelle forzature argomentative danno contezza delle preoccupazioni che si celano dietro chi ha sinceramente a cuore la tutela di interessi ambientali che non siano, solo ed esclusivamente, quelli legati al clima che cambia.

⁴ D.L. 31 maggio 2021, n. 77.

⁵ Val la pensa evidenziare come sia ulteriormente previsto che non sia possibile attivare i rimedi per le amministrazioni dissenzienti previsti dalla legge sul procedimento amministrativo.

⁶ Legambiente, cfr. La Repubblica 19 maggio 2021.

⁷ Italia Nostra, cfr. il sito italianostravr.it.

Questi, in estrema sintesi, i passaggi in cui si snoda il ragionamento:

a) ambiente e paesaggio sono nozioni distinte. Essi sono infatti espressione di un diverso sistema valoriale di cui si rivendica l'autonomia, innanzitutto, sul piano delle competenze. Ciò, a fronte di una tendenza che cerca di ricondurre ad una dimensione olistica il territorio nelle sue varie componenti e che considera le duplicazioni/differenziazioni di competenze lungaggini burocratiche. Al contrario, si ritiene che non sia possibile ricondurre verso un unico centro decisionale la tutela di interessi diversi e, spesso, tra loro in conflitto;

b) nel conflitto tra ambiente e paesaggio è quest'ultimo a dover prevalere. La tutela del paesaggio è infatti sintesi di un movimento di idee ben più antico rispetto a quello che si è sviluppato attorno alla salvaguardia dell'ambiente e all'utilizzazione razionale delle risorse naturali ed è di tutt'altra natura: è scienza dello spirito, non della tecnica (ovvero, sostrato fisico-chimico-biologico del mondo che ci circonda). Non è un caso se l'Unione europea, facendo propria un'idea di sostenibilità che lascia fuori ogni riferimento alla cultura ed al paesaggio, si interessi solamente della tutela dell'ambiente: ciò è testimonianza del suo imprinting mercatista e della sua capacità di accogliere tutto ciò che è monetizzabile, traducibile in un costo economico⁸. Il paesaggio, che si sottrae a tale logica, godrebbe dunque di una maggior dignità di tutela;

c) la preoccupazione per il clima non giustifica un'inversione di tali valori. Non si può sacrificare il certo per l'incerto. Mentre il paesaggio – anzi, le bellezze naturali, in un linguaggio volutamente rievocativo di una nozione estetica⁹ - sono lì e si vedono, il contributo che la riduzione della CO2 potrà dare al clima è assolutamente incerto. Dunque "si incappa in un evidente errore logico, prima ancora che giuridico", poiché si pongono a raffronto termini e valori non comparabili: da un lato la "speranza" futura, eventuale, incerta, che (un domani) il fotovoltaico o l'eolico possano contribuire alla lotta (globale) ai gas climalteranti; dall'altro il danno certo, immediato e reale, che si realizza qui ed ora.

Come si è detto, si tratta spesso di evidenti forzature, indicative però delle difficoltà che si presentano, oggi, ad affrontare un tema classico, quello del rapporto sviluppo-ambiente, che ha radicalmente mutato la sua fisionomia. A ben guardare, infatti, non sono più sviluppo e ambiente ad essere in conflitto. Sull'altare dei

⁸ Il riferimento è naturalmente, al principio chi inquina paga, fondamento della politica ambientale europea e principio volto alla internalizzazione dei costi ambientali, intesi come costi sociali prodotti dallo sviluppo.

⁹ L'a. non rinnega il contributo dato da Predieri e ripreso da tutte le successive evoluzioni della materia. Tuttavia considera fuorviante una concezione socio-antropologica (tutto il territorio è paesaggio..) che finisce per far perdere risalto alla sua componente estetica.

cambiamenti climatici i due storici contendenti sembrano aver suggellato un patto di solidarietà e di convivenza pacifica, se non fosse per la presenza di un terzo incomodo: la tutela del paesaggio.

A partire da tale premessa, può ben comprendersi la ritrosia con cui si guarda anche alla proposta di modifica dell'art. 9 della Costituzione (che, peraltro, ha già compiuto il suo primo passo in Senato qualche giorno addietro). Il timore è che un esplicito riferimento alla tutela dell'ambiente, dell'ecosistema ed alla promozione dello sviluppo sostenibile possa finire con "l'equiparare l'ambiente al paesaggio". Ovvero, far girare la macchina dei soldi privati a spese del territorio pubblico.

Il problema, se ne converrà, non è di poco conto.

A maggior ragione se si riflette sul fatto che non è nemmeno vero che il conflitto si riassume nei termini sopra indicati. Molteplici sono le fonti rinnovabili ed ognuna di esse chiama in causa problematiche diverse. Ma anche a voler limitare il discorso agli impianti di fotovoltaico e ai parchi eolici, non è nemmeno vero che essi incidono solo sul paesaggio, ben potendo avere ripercussioni su molteplici ulteriori aspetti correlati, in senso lato, al loro impatto ambientale (si pensi al consumo di suolo, alla sottrazione di terreno agricolo, all'impatto sulle specie animali e vegetali).

Prenderemo, dunque, in considerazione il problema paesaggio, ma con l'auspicio che le considerazioni svolte possano avere una valenza più generale.

4. La questione relativa alla nozione di ambiente e, per conseguenza, all'individuazione del rapporto tra ambiente e paesaggio è risalente.

Non vi è riflessione sul tema che non prenda le mosse da quello che, a ragione, può esser considerato il primo lavoro sistematico sull'argomento¹⁰. La disciplina del diritto dell'ambiente era ai suoi esordi e Massimo Severo Giannini ci insegnava che essa dovesse essere scomposta in tre diversi ambiti: 1) la normativa e il movimento di idee relative al paesaggio (bellezze naturali, centri storici, parchi naturali); 2) l'insieme delle discipline relative alla difesa del suolo, dell'aria, dell'acqua (tutela ecologica in senso stretto); 3) la normativa e gli studi sull'urbanistica (assetto del territorio).

Pur nella consapevolezza delle successive evoluzioni, a questa tripartizione si ispira ancora il saggio in commento, che infatti rivendica il primo posto ricoperto dal paesaggio e considera il diritto dell'ambiente materia circoscritta al secondo gruppo

¹⁰ "Ambiente": saggio sui diversi aspetti giuridici, Riv.Trim.Dir.Pub., 1973, 15

di discipline. Anche l'urbanistica sembra mantenere il suo ruolo di materia affine, ma concettualmente distinta.

Molte cose, da allora, sono cambiate, soprattutto a partire dall'introduzione della prima disciplina sul danno ambientale, con la legge istitutiva del Ministero dell'ambiente. Com'è noto, è stata la stessa Corte Costituzionale, chiamata in più di un'occasione a pronunciarsi sulle novità introdotte, a prediligere una "nozione unitaria di ambiente". Nelle sue parole l'ambiente, al di là dei possibili specifici settori in cui si dipana, rappresenta "un bene immateriale unitario, sebbene a varie componenti, ciascuna delle quali può anche costituire oggetto di cura e tutela, ma tutte nell'insieme riconducibili ad unità"¹¹. In un'altra pronuncia immediatamente successiva quel bene immateriale unitario è posto a fondamento di "un diritto fondamentale della persona ed interesse fondamentale della collettività"¹².

A tale interpretazione si contrapponeva altro autorevole insegnamento, il quale viceversa avvertiva come, passando ad esaminare i molteplici interessi tutelati dalle diverse discipline di riferimento, non fosse possibile discorrere di bene giuridico unitario, né tantomeno porre tale bene a fondamento di una (unica) situazione giuridica soggettiva (il cd. diritto all'ambiente)¹³.

Punti di approdo di quel dibattito sono, oggi, innanzitutto la consapevolezza che quando si parla di ambiente non ci si riferisce (più) soltanto, alla tutela ecologica in senso stretto (intesa come sintesi delle discipline di settore che tutelano gli equilibri ecologici). La nozione è riferita anche al paesaggio, comprensivo delle risorse naturali e culturali, secondo un'accezione che ha sostituito al concetto di bellezze naturali quella di "insieme delle cose che presentano valore paesaggistico" (la cd. forma del territorio)¹⁴. Mentre rimane dubbio se possa essere destinata ad accogliere anche l'urbanistica, nella sua più recente evoluzione che, da "assetto e incremento edilizio dei centri abitati", la proietta nel "governo del territorio", ovvero sintesi di un nuovo modo di intendere il rapporto dell'uomo con l'ambiente che lo circonda¹⁵.

¹¹ Corte Cost., n. 641 del 1987.

¹² Corte Cost., n. 210 del 1987.

¹³ M. LIBERTINI, *La nuova disciplina del danno ambientale e i problemi generali del diritto dell'ambiente*, Riv. Crit. Dir. Priv., 1987, 547. Si è scelto di limitare i riferimenti bibliografici all'essenziale, data la natura del contributo; ma chi volesse approfondire può prendere le mosse da N.LUGARESI, *Diritto dell'ambiente*, Cedam, 2020.

¹⁴ Si tratta di una concezione che risale a PREDIERI, cfr. per tutte la voce *Pesaggio*, Enc. Dir., XXXI, Milano 1981, ma sulla quale anche la nota pronuncia Corte Cost., n.367 del 2007.

¹⁵ La Separazione tra paesaggio e urbanistica diventa, anzi, ancora più netta con la modifica del titolo V della Cost. ed il conseguente riparto di competenze. Per il rapporto urbanistica-ambiente cfr. B.CARAVITA et aa., *Diritto dell'ambiente*, Il Mulino, 2017..

Ma altrettanto consolidata è la consapevolezza che molteplici sono gli interessi tutelati, all'interno dei diversi ambiti considerati e molteplici e differenziate sono le situazioni soggettive ad essi correlati. Come dimostra la vicenda in oggetto, il diritto dell'ambiente (nella sua accezione ampia sopra rappresentata) è sintesi di molteplici interessi, che possono porsi anche in conflitto tra loro e che implicano il ricorso a procedure complesse per individuare, di volta in volta, quelli da ritenere prevalenti.

All'interno di un quadro così composito, il potenziale conflitto non riguarda solo ambiente (risorse naturali) e paesaggio (forma del territorio). Per rimanere nel campo delle rinnovabili, molteplici possono essere i profili di contrasto anche all'interno del primo gruppo di discipline: si pensi agli effetti delle pale eoliche sui volatili, agli effetti che può provocare la deviazione di un corso d'acqua per la costruzione di una diga, e via dicendo. E ciò a conferma del fatto che la politica ambientale è frutto anche di scelte discrezionali, che volta per volta privilegiano (o ostacolano) certi tipi di influsso delle attività antropiche.

Ciò non di meno, l'aspetto che merita di essere evidenziato è che si tratta, pur sempre, di scelte da operare tra valori di pari rilevanza costituzionale, venendo ognuno di essi in rilievo, per riprendere le parole della Corte, come "elemento determinativo della qualità della vita". Ciò significa che se è anche fisiologico che si proceda, con riferimento alle situazioni concrete, ad operazioni di bilanciamento, nessuno dei diversi valori potrà aprioristicamente definirsi prioritario e il fine ultimo delle politiche ambientali dovrà comunque essere la ricerca costante di un punto di equilibrio e di una protezione coordinata.

Sotto tale profilo, nessuna rilevanza può certo assumere il fatto che il paesaggio sia sintesi di un movimento di idee più antico e che, proprio in ragione di ciò, abbia trovato esplicito riconoscimento nel testo costituzionale (art. 9). Al contrario, una completa equiparazione dei diversi aspetti correlati al diritto dell'ambiente si è avuta anche grazie ad una lettura evolutiva del testo costituzionale, ancorandone il fondamento nell'art. 32 e nell'art. 44, così come riferibile ad un generale principio di razionale sfruttamento delle risorse¹⁶. Ne consegue che la stessa proposta di modifica dell'art. 9 non varrebbe certo a modificare l'assetto consolidato. In fin dei conti, essa non sarebbe nemmeno necessaria, sol che si consideri che i principi della tutela dell'ambiente e della sostenibilità rappresentano già la nostra cornice costituzionale di riferimento, essendo contenuti nel Trattato (e nella Carta europea dei diritti), ma è

¹⁶ Per tutti R.SAIJA, *Dal paesaggio all'ambiente: l'art. 9, comma 2 Cost. attraverso la giurisprudenza della Corte Costituzionale*, XXXVI Incontro di Studio del Ce.S.E.T, Firenze University Press, 2007, 131

pur sempre la benvenuta, ponendo esplicitamente la nostra Costituzione al passo con quelle più recenti.

5. Rimane da verificare se tale quadro ricostruttivo possa dirsi ancora attuale, alla luce dell'emergenza rappresentata dai cambiamenti climatici.

Si sente ormai da tempo parlare di cambiamenti climatici ma, soprattutto, ne stiamo già sperimentando i primi effetti: aumento delle temperature, bombe d'acqua, scioglimento dei ghiacciai, innalzamento del livello dei mari. Le conseguenze sono ben visibili in tutte le parti del mondo, chiamando in causa scenari apocalittici, in termini di perdita di biodiversità, processi di desertificazione, sconvolgimento degli ecosistemi che sostengono la nostra vita.

Senza alcun dubbio, i cambiamenti climatici finiscono col mettere al centro dell'attenzione una concezione dell'ambiente inteso come *habitat*, ovvero come condizioni esterne che consentono la migliore sopravvivenza della specie umana. Sono da leggere in questa chiave di gli impegni presi sul piano internazionale, intesi a scongiurare tali pericoli e a far sì che ogni ordinamento adegui il proprio diritto interno alle nuove esigenze.

C'è però un aspetto che viene spesso tralasciato: a tutt'oggi, non vi è certezza sulle cause. Le opinioni più accreditate sono nel senso che il riscaldamento globale sia conseguenza dell'azione dell'uomo. Non manca, tuttavia, il pensiero scientifico critico, anzi radicalmente contrario all'idea che siano in atto cambiamenti apocalittici e, in ogni caso, che siano conseguenza dell'azione dell'uomo, mettendo piuttosto in rilievo che si tratta di cambiamenti fisiologici, che più volte si sono ripetuti nel corso delle ere geologiche.

L'opinione prevalente è quella fatta propria dall'Unione europea.

Alla base di tale convincimento stanno, sostanzialmente, i dati scientifici elaborati dall'IPCC (*Intergovernmental Panel on Climate Change*), il principale organismo internazionale per la valutazione dei cambiamenti climatici¹⁷. Ma non manca chi ha messo in discussione i lavori del Panel, sia dal punto di vista dell'organizzazione interna, sia sotto il profilo più strettamente scientifico, criticando l'affidabilità dei modelli adoperati o il fatto di aver sottovalutato il contributo dell'attività solare,

¹⁷ Il Gruppo, formato nel 1988 da due organismi delle Nazioni Unite, è composto da scienziati provenienti da diversi paesi, ai quali è affidato il compito di esaminare e valutare le informazioni scientifiche, tecniche e socio economiche prodotte in tutto il mondo.

tendendo peraltro ad ingigantire i cambiamenti climatici di oggi, rispetto a quelle che sono state le fluttuazioni climatiche del passato¹⁸.

Non sono certo in grado di prendere posizione su questo, evidenziando, al contrario, come sia in ogni caso preferibile l'atteggiamento più cauto, ovvero non subordinare le decisioni politiche all'assoluta certezza scientifica. Nel contesto europeo, ciò è addirittura imposto dal principio di precauzione, enunciato dall'art. 191.2 Tr.

Che si tratti solo di misure di precauzione è un dato, a mio avviso, che riveste la massima importanza rispetto alla tendenza in atto di assicurare in via giudiziale forme di "giustizia climatica". Oggi anche in Italia, attraverso la presentazione del ricorso collettivo dal nome altisonante "Giudizio universale", chiamando in causa lo Stato, in barba ai più elementari principi di separazione dei poteri e contribuendo anche in tal modo, al di là di ogni buona intenzione, a quella ondata di antipolitica che infetta le nostre democrazie¹⁹.

Rispetto al nostro tema, viceversa, la circostanza che si tratti di una mera "speranza" (per riprendere le parole saggio) non significa certo che non sia doveroso intervenire con ogni sforzo massimo. Ciò, sia rispetto alle misure di adeguamento (rispetto alle quali, del resto, è del tutto influente conoscere le cause), ma sia rispetto alle misure di mitigazione, come quelle relative alla riduzione di emissioni di CO₂.

Quanto detto non significa, tuttavia, che la tutela del paesaggio sia destinata a perdere il suo peso specifico, attribuendo valore prioritario all'installazione di impianti di energia rinnovabile per il contributo reso all'obiettivo della decarbonizzazione dell'economia.

Di ciò è ben consapevole la Corte Costituzionale, alla quale è stato ingiustamente rimproverato²⁰ di aver fatto da voltagabbana, "lasciandosi affascinare dall'idea della transizione ecologica e della lotta al *climate change* ...".

In realtà la Corte ha in più di un'occasione (comprensibilmente) espresso un *favor* verso tutte le iniziative che sono volte ad accrescere il ricorso a fonti rinnovabili, senza tuttavia che ciò le impedisse di sindacare la legittimità di alcune disposizioni

¹⁸ Cfr. P.ACOT, Storia del clima, Donzelli, 2001, ma anche le osservazioni di Carlo Carraro, riportate sul sito www.repubblica.it, col titolo L'Appello degli scienziati: "Così deve cambiare l'IPCC per salvare il Pianeta" (2015).

¹⁹ Al tema è dedicato il mio contributo *Piove. Governo Ladro!. Cambiamenti climatici e nuove istanze di tutela*, in A.ANDRONICO – M.MELI, *Diritto e Antropocene. Mutamenti climatici e trasformazioni giuridiche, Teoria e critica della regolazione sociale*, 2/ 2020.

²⁰ Sempre dall'a. del saggio in oggetto.

regionali volte a disattendere le normative statali in materia di impatto ambientale²¹, o di evidenziare come le Regioni possano individuare aree e siti non idonei .. per proteggere interessi costituzionalmente rilevanti²².

Al contrario, questa sembra essere la direzione presa dal nostro governo, che consente la localizzazione di impianti *“in zone sottoposte a tutela, anche in itinere... nonché nelle aree contermini ..”*. Una indicazione che, oltre ad essere oltremodo imprecisa, finisce a mio avviso per sollevare dei dubbi di legittimità costituzionale, sol che si consideri che la tutela del paesaggio ha un addentellato anche con l’art. 117 Cost. e con il rispetto degli obblighi internazionali. Obblighi che, nella specie, derivano dalla ratifica della Convenzione europea sul paesaggio, di cui si è appena festeggiato il ventennale²³, e dalle indicazioni in essa contenute di guardare al paesaggio in una dimensione che coinvolge anche la sostenibilità ed uno sviluppo fondato su un rapporto equilibrato tra i bisogni sociali, attività economica ed ambiente (così recita il Preambolo).

Per comprendere il senso di tale collegamento è sufficiente evidenziare che il contrasto ai cambiamenti climatici non si realizza, solo ed esclusivamente, con la transizione energetica. E’ questa solo un tassello, fondamentale, ma parte di una serie di misure che passano, in generale, da una maggiore attenzione al nostro territorio e ai nostri mari (polmoni verdi, aree marine), nonché al cambiamento dei nostri stili di vita.

Sotto tale profilo, è suggestiva, anche se rischia di apparire ingenua, la conclusione cui giunge il saggio da cui ho preso le mosse: *“oggi la politica è chiamata a decidere come articolare e declinare il Green New Deal e la così detta transizione ecologica ... : se in una logica puramente industrialista e globalista (che vedrebbe le esigenze paesaggistiche soccombere al dilagare dei campi fotovoltaici, dei parchi eolici, delle dighe nei fiumi e nei torrenti, etc.) o in una (più equilibrata) logica di attenzione (locale) alla qualità dei territori, orientata soprattutto nella direzione della manutenzione dei territori, di una rigenerazione delle aree compromesse e degradate delle periferie urbane, della prevenzione del dissesto*

²¹ Corte Cost., n. 258 del 2020: *“La ricerca del punto di equilibrio tra l’esigenza di semplificare le procedure per esercitare impianti alimentati da fonti di energia rinnovabili e la tutela dell’ambiente in cui essi si trovano è un compito dello Stato. Non spetta, dunque, alle Regioni decidere quali siano le condizioni che determinano l’esclusione dalle verifiche d’impatto ambientale. Si ribadisce che, sebbene la competenza esclusiva statale prevista dall’art. 117, secondo comma, lettera s), Cost. non escluda aprioristicamente interventi regionali, anche legislativi, «è tuttavia necessario che ciò avvenga in termini di piena compatibilità con l’assetto normativo individuato dalla legge statale, non potendo tali interventi alterarne il punto di equilibrio conseguito ai fini di tutela ambientale».*

²² Corte Cost., n. 286 del 2019.

²³ La Convenzione europea del paesaggio è stata ratificata in Italia con legge 9 gennaio 2006, n.14

idrogeologico e del risanamento e recupero dei borghi appenninici nelle aree interne...”.

A parte l'ovvio rilievo che la questione non investe solo i borghi dell'Appennino.. ciò che si vuol dire, e che ritengo meriti la massima attenzione, è che la lezione che ci giunge dal passato è anche quella di rivedere il nostro modello di sviluppo e non di sostituire (è proprio il caso di dire) il carburante ad un motore che continua ad andare sempre nella stessa direzione. Il bisogno, più generale, è quello di ricostituire un equilibrio fortemente compromesso dalla pressione antropica, di cui i cambiamenti climatici rappresentano solo l'emblema.

6. Naturalmente, fermo rimane il fatto che l'Italia ha assunto degli impegni ben precisi, in termini di riduzione dei combustibili fossili. Ed ancor più ha fatto l'Europa, che intende giungere alla completa decarbonizzazione entro il 2050.

Si tratta di un cambiamento epocale, destinato a diventare una pagina della storia di cui la sorte ha voluto renderci protagonisti. Tutto sta a scriverla bene, quella pagina, a partire dalla considerazione per cui si tratta di un cambiamento che si iscrive in un rinnovato (e più generale) contesto di sensibilità ambientale.

Vista dalla giusta angolazione, la progressiva eliminazione dei combustibili fossili, unita al processo di trasformazione del mercato dell'energia ed all'innovazione tecnologica, porterà a trasformazioni da guardare con favore, a partire dal passaggio da un sistema centralizzato a un "regime energetico distribuito e collaborativo"²⁴.

In questa direzione già vanno (sia pure ancora a livello sperimentale) le prime forme di autoproduzione collettiva e le comunità energetiche, di sicuro interesse anche come esempio di transizione che parte dal basso, che coinvolge il territorio e che realizza benefici, oltre che ambientali, economici e sociali (ma sempre nel rispetto dei vincoli paesaggistici e attraverso l'adozione di soluzioni di minor impatto laddove si tratta di tutelare edifici o centri storici²⁵).

E' ovvio, però, che la transizione energetica non è solo questo.

E non è nemmeno solo eolico e fotovoltaico, ovviamente.

Riguardo a quest'ultimo, sarebbe interessante conoscere, almeno in via approssimativa, quanti impianti sarebbero necessari per mantenersi nelle traiettorie fissate da Bruxelles. Può sembrare una banalità, ma circolano al riguardo le informazioni più disparate. Capita di leggere che gli imperativi legati al clima

²⁴ Utilizzo la profetica espressione di J.RIFKIN, *La terza rivoluzione industriale*, Mondadori, 2011.

²⁵ Così ad es. Tar Sicilia, Palermo, 31 maggio 2021, n. 1806, esclude dal regime di mera comunicazione la realizzazione di impianti solari o fotovoltaici in immobili ricadenti in area gravata da vincolo paesaggistico.

dovrebbero portare all'impiego di chissà quanti campi di calcio... nota unità di misura, oppure di scoprire che sarebbe sufficiente occupare lo 0,5% del territorio nazionale²⁶. Sarà vero? Ma se è così, davvero è inevitabile che entro i confini di quella percentuale debbano necessariamente rientrare aree destinate a vincoli ... e zone contermini?

Si tratta, come si è già detto, di un problema di bilanciamento tra gli opposti interessi coinvolti. Operazione non semplice, perché richiede delle *experties* ed una predisposizione al *problem solving*, non così scontate, nelle nostre pubbliche amministrazioni.

Indubbiamente, richiede anche una certa disponibilità al compromesso. A partire dall'idea che il paesaggio non è certo immodificabile²⁷.

Non possiamo fingere di non saperlo, dopo avere assistito inermi a scempi di ogni tipo ma, anche, dopo avere sopportato scelte necessarie: poiché sempre in nome delle indispensabili fonti energetiche abbiamo accettato ciminiere ed architetture industriali che sul paesaggio hanno inciso in modo massiccio. Tanto non si premette certo per dire che lo scempio può dunque continuare, ma nel convincimento che si possano trovare ragionevoli punti di incontro rispetto ad impianti che, comunque, sono meno impattanti dei pozzi petroliferi e delle industrie per la lavorazione del petrolio ed il cui smantellamento non richiederà certo interventi di bonifica, come quelli di cui ancora non si riesce a venire a capo.

Il tema, dunque, non è quello dell'intangibilità del paesaggio, ma di cercare di assicurare, nella commistione tra fattori naturali ed umani, almeno il più possibile il mantenimento di un paesaggio di qualità. Anche questo è un concetto in evoluzione: oggi, per rimanere al tema delle rinnovabili, è paesaggio di qualità anche quello caratterizzato dalla presenza di mulini al vento (con buona pace di Don Chisciotte).

Ma non tocca certo al giurista fornire indicazioni in tal senso. Importa invece rilevare che, affinché il meccanismo funzioni, occorrono regole certe, procedure chiare, strumenti di pianificazione specifici.

Noi siamo molto lontani da tutto questo: non perché manchino le regole, ma il sistema è spesso farraginoso ed accompagnato da normative regionali che lo hanno

²⁶ *Non solo rinnovabili. La sfida tra le tecnologie energetiche del prossimo futuro.*, Il sole24ore, 6.5.2021.

²⁷ Sotto tale profilo sembra condivisibile la posizione espressa dal Cons. Stato, sez. VI, 23 marzo 2016, n. 1210; e più recentemente 12.4.2021, n. 2983, quando afferma che le ragioni del diniego dell'autorizzazione paesaggistica devono essere particolarmente stringenti, non potendo ritenersi sufficiente che l'autorità preposta rilevi una generica minor fruibilità del paesaggio, sotto il profilo del decremento della sua dimensione estetica.

ulteriormente complicato²⁸. Le linee guida sono del 2010, cioè antecedenti le normative europee la cui attuazione dovrebbero guidare. Molte indicazioni importanti, per la verità, ci sono, anzi sembrano rappresentare un sistema che funziona a meraviglia. Ma è il risultato applicativo ad andare nel senso contrario: procedimenti bloccati, durate estenuanti, intralci burocratici, cui fanno da contraltare miracolose e tempestive accettazioni di progetti di dubbia qualità. Spesso, per i progetti approvati, non è nemmeno chiaro il contributo che daranno, in termini di *burden sharing*.

7. In realtà, come appare evidente da questo scenario, siamo ben lontani dalla sindrome *Nimby*. Qualunque scelta, anche la più utile alla collettività, scontenterà qualcuno ed a questo c'è persino rimedio, con gli opportuni meccanismi di compensazione. Ma non è questo il caso. O, per lo meno, non è questo il caso visto dalla mia terra (che, come sempre nella storia, diviene terreno di conquista).

Qui si assiste piuttosto ad una crescita (soprattutto del) fotovoltaico disordinata e casuale. Il grido è quello dell'arrembaggio, nello stesso identico modo in cui una volta (prima di un'altra importante transizione energetica) si cacciavano le balene.

Ed allora può concludersi nel senso che il problema non è il paesaggio.

La ricerca di un equilibrio, tra l'obiettivo della riduzione di emissioni nocive e il mantenimento delle condizioni che determinano la qualità della vita non può che passare da scelte politiche consapevoli e da strategie di lungo periodo, che sappiano guardare alla crescita con una visione di insieme e che non siano preda degli interessi economici predominanti.

E' il problema di sempre.

Stando così le cose, il connubio Sviluppo e Ambiente non potrà durare a lungo, perché c'è ancora un anello mancante: una crescita davvero consapevole e sostenibile rimanda, prima di ogni altra cosa, ad un'idea di Buon Governo (per dirla con Cassese²⁹) e ad una amministrazione orientata al bene comune, che sarebbero davvero la transizione prioritaria di cui il nostro paese ha bisogno.

²⁸ Per una efficace sintesi delle complicazioni, normative e procedurali, cfr. M.SANTINI, *Ambiente e paesaggio tra conflitti valoriali ed istituzionali*, *Urb. appalti*, 3/2020, 301

²⁹ S.CASSESE, *Il buon governo. L'età dei doveri*, Mondadori

PROPOSTA DI REGOLAMENTO DELLA COMMISSIONE EUROPEA DEL 21 APRILE 2021 SULL'INTELLIGENZA ARTIFICIALE CON PARTICOLARE RIFERIMENTO ALLE IA AD ALTO RISCHIO

Giovanna Marchianò*

ABSTRACT [ITA]: Nel presente scritto si vuole esaminare, sia pure nella consapevolezza di un maggior approfondimento, la proposta di regolamento della Commissione sull'intelligenza artificiale, con particolare riferimento all'IA ad alto rischio. La proposta presenta due aspetti sicuramente positivi: prima di tutto l'aver tentato di dare una cornice giuridica all'IA e, di conseguenza, un'armonizzazione del mercato in merito alle stesse. Non risulta invece soddisfacente nella regolamentazione delle IA e oscura appare la parte delle IA ad alto rischio compreso l'allegato a cui si dovrebbe far riferimento. La proposta di regolamento richiede, ad avviso di chi scrive, una revisione anche sulla tecnica utilizzata nella redazione della futura norma.

ABSTRACT [ENG]: *The purpose of this paper is to examine, albeit not in depth, the Commission's proposal for a regulation on artificial intelligence, with particular reference to high-risk AI. The proposal has two very positive aspects: firstly, the attempt to give the IA a legal framework and, consequently, market harmonization in relation to them. On the other hand, it is not satisfactory in the regulation of Ics and the high-risk part of Ics, including the annex, to which reference should be made, is obscured. In my opinion, the proposal for a regulation also requires a review of the technique used in drafting the future standard.*

SOMMARIO: **1.** Perimetro definitorio di I.A. nella proposta di regolamento presentata dalla Commissione. – **2.** L'obiettivo dell'armonizzazione del mercato interno in merito all'IA, basato sul "rischio". – **3.** Le IA vietate e/o regolamentate. – **4.** Le IA ad alto rischio, ex artt. 6 e 7 della proposta di regolamento. – **5.** Il sistema di *governance* nell'IA ad alto rischio; **6.** Possibili conclusioni.

* Professore associato di Diritto pubblico, *Alma Mater Studiorum* - Università di Bologna

1. Perimetro definitorio di I.A. nella proposta di regolamento presentata dalla Commissione.

In data 21 aprile 2021 è stata presentata una proposta della Commissione europea in tema d'intelligenza artificiale (I.A.) nella convinzione, peraltro fondata, che tale tema sia tra le priorità dell'agenda politica nel futuro dell'Unione. L'assunto trova conferma nell'intenso programma di interventi sul tema dell'IA che il Parlamento europeo e la Commissione hanno adottato in questi ultimi anni¹. La proposta, infatti, deve essere inserita nel più ampio disegno europeo che, col *Digital Service Act* (DSA), è intervenuta sulla responsabilità delle piattaforme e con il *Digital Market Act* (DMA), ha puntato a proteggere le piccole imprese dalla predominanza dei giganti del *web*.

Ora, la Commissione europea ha elaborato un ambizioso progetto con l'obiettivo non solo di regolamentare ma anche di promuovere l'uso dell'intelligenza artificiale in Europa nel rispetto delle libertà individuali e delle disposizioni contenute nella Carta europea dei diritti fondamentali. E' evidente il tentativo dell'Unione di recuperare terreno rispetto ad altri Paesi come gli Stati Uniti e la Cina.

La prima osservazione attiene al dover prendere atto che, nella proposta della Commissione, di fatto si è adottato il perimetro definitorio d'intelligenza artificiale, così come contenuto nella comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni ovvero per IA, l'Europa fa riferimento a *quei sistemi che mostrano un comportamento intelligente analizzando il proprio ambiente e compiendo azioni con un certo grado di autonomia per raggiungere specifici obiettivi*. Si tratta di *software* che agiscono nel mondo virtuale o dispositivi *hardware* quali i *robot* avanzati, l'auto a guida autonoma, i droni o le applicazioni dell'*internet*. Si è di fronte a sistemi complessi capaci di migliorare sé stessi con progressione esponenziale il che già da tempo ha lanciato un allarme sociale per quanto attiene gli interessi e le posizioni della collettività, onde evitare che tali IA non siano oggetto né di abuso né di cattiva utilizzazione con conseguente

¹ Il 16 febbraio 2017 il Parlamento ha approvato una risoluzione di raccomandazione alla Commissione avente a oggetto norme di diritto civile sulla robotica, (2015/2013 (INL) A questa ha fatto seguito la successiva comunicazione del 25 aprile 2018 dal titolo *Intelligenza artificiale per l'Europa*. Nel maggio 2019 è stato pubblicato un *report* di un gruppo di esperti i cui risultati sono stati ripresi nella relazione del febbraio 2020, della stessa Commissione, *Sulle implicazioni dell'intelligenza artificiale dell'internet e della robotica in materia di sicurezza e responsabilità* (Commissione europea COM (2020) 64 final), 16 febbraio 2020. Il 20 gennaio 2021, nuovamente è stata emanata una risoluzione in tema di armi letali nella quale si chiede alla Commissione l'adozione di una strategia volta a proibire i sistemi d'arma se non sono soggetti al controllo umano.

incidenza negativa sui diritti e sulle libertà fondamentali garantiti dai principi europei.

Molteplici, e non sempre coincidenti sono le definizioni, peraltro di tipo descrittivo d'IA talché ci si è riferiti a «*the science of making machine do things that would require intelligence if done by men*, o a un *cross-disciplinary approach to understanding, modeling, and replicating intelligence and cognitive processes by invoking various computational, mathematical, logical, mechanical, and even biological principles and devices*»².

Il vero è che ormai non si può far riferimento a una singola tecnologia, quanto piuttosto a una pluralità e a un insieme di modalità tecniche che, sia pure a livelli diversi e in differenti modi, hanno in comune il fatto di porre in essere un comportamento “intelligente” in numerosi scenari³.

Nella proposta di regolamento non vi è una definizione se non implicita d'IA, facendosi riferimento a un *software* sviluppato con una o più tecniche e approcci tra quelle elencate nell'allegato I, destinati a raggiungere determinati obiettivi definiti dall'uomo generando risultati quali previsioni, raccomandazioni o decisioni che influenzano gli ambienti con i quali interagiscono. Al fine di circoscrivere i sistemi d'IA a cui si applica la proposta in esame, occorre quindi far riferimento all'allegato I ove si legge:

- «(a) *Machine learning approaches, including supervised, unsupervised and reinforcement learning, using a wide variety of methods including deep learning;*
- (b) *Logic- and knowledge-based approaches, including knowledge representation, inductive (logic) programming, knowledge bases, inference and deductive engines,*

² La prima definizione d'IA fa riferimento a L. COPLAND, *Artificial Intelligence: Philosophical Introduction*, New Jersey, 1993, 1; la seconda definizione fa riferimento a K. FRANKISH, W. M. RAMSEY (EDS), *The Cambridge Handbook of Artificial Intelligence*, Cambridge, 2014, 7. Riprende tali definizioni C. CASONATO, *Intelligenza artificiale e diritto costituzionale: prime considerazioni*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, Il Mulino, Fascicolo speciale, maggio 2019.

³ Quanto alla ricerca del perimetro volto a delineare il fenomeno dell'IA, occorre far riferimento al gruppo di esperti istituito nel 2018 dalla Commissione europea *AI HLEG*, che ha elaborato una definizione ampia dell'IA secondo cui, *i sistemi d'intelligenza artificiale sono sistemi di software (e verosimilmente anche di hardware) progettati da esseri umani che, dato un obiettivo complesso, agiscono all'interno di una dimensione fisica o digitale percependo il loro insieme attraverso l'acquisizione di dati, interpretando i dati raccolti sia essi strutturali o non strutturali, ragionando sulle conoscenze o elaborando informazioni derivanti da questi dati e selezionando, tra tutte le azioni possibili, le migliori per il raggiungimento dell'obiettivo indicato*. *AI-HLEG, High-Level Expert Group on Artificial Intelligence, A definition of AI: Main capabilities and Scientific Disciplines*, 2019. Il 25 aprile 2018 la Commissione europea ha istituito ben tre gruppi di esperti: il primo gruppo per mettere a fuoco i principi etici d'IA, ed è quello a cui fa riferimento il testo; il secondo per studiare le eventuali modifiche della direttiva comunitaria del 1985 in materia di responsabilità da prodotto difettoso; il terzo gruppo sul tema della responsabilità giuridica *extra* contrattuale per le tecnologie emergenti. V. U. PAGALLO, *Etica e diritto dell'Intelligenza Artificiale nella governance del digitale: il Middle-out Approach*, op. cit., p. 29

(symbolic) reasoning and expert systems;

(c) Statistical approaches, Bayesian estimation, search and optimization methods»

Sostanzialmente trattasi di sistemi d'IA complessi capaci di un autoapprendimento automatico e di un alto livello di automazione⁴. E' noto che tali sistemi possono applicare diversi metodi di ragionamento pratico sui dati disponibili nonché differenti modi di apprendimento⁵. In genere nei sistemi basati sull'apprendimento automatico è possibile distinguere due componenti ovvero l'algoritmo addestratore e l'algoritmo addestrato: il secondo realizza il compito affidato al sistema, il primo modifica il secondo in modo che questo svolga meglio quel compito. In questo quadro si distinguono vari metodi di apprendimento: - apprendimento supervisionato; - apprendimento per rinforzo; - apprendimento non supervisionato. L'apprendimento supervisionato che a oggi è il metodo più utilizzato e che viene richiamato nella proposta di regolamento, prevede l'insegnamento alla macchina, vale a dire un insieme di dati di addestramento (*training set*), in prospettiva al compito che la stessa deve compiere. All'apprendimento supervisionato si accosta il c.d. "apprendimento per rinforzo", il sistema apprende dai propri risultati o delle altrui azioni; in genere si fa riferimento a sistemi che, attraverso l'autoapprendimento, migliorano le proprie strategie "di gioco" sulla base di risultati cui tali strategie conducono. Nell'addestramento non supervisionato, il sistema apprende senza ricevere indicazioni o istruzioni dall'esterno. Tecniche per l'addestramento non supervisionato sono utilizzate per il *clustering* cioè per

⁴ G. MARCHIANÒ, *Intelligenza artificiale: IA specifiche e l'amministrazione provvedimentale – IA generali e i servizi pubblici*, in www.federalismi.it 21 aprile 2021. Nel modello dell'apprendimento automatico i sistemi d'IA hanno una capacità d'incamerare grandi masse di dati (*machine learning*): in questo caso l'uomo fornisce un *software* da applicare ai dati cui la macchina ha accesso senza alcun altro intervento. Nei sistemi basati sull'apprendimento automatico è possibile distinguere due componenti funzionali: l'algoritmo addestratore e l'algoritmo addestrato. Il secondo realizza il compito affidato al sistema, il primo modifica il secondo in modo che questo svolga meglio quel compito. Pertanto, come osservava TURING, già alla fine degli anni '50, una macchina capace di apprendere realizza gli obiettivi assegnati senza che l'uomo abbia indicato ad essa come procedere anzi, senza che lo stesso abbia consapevolezza di ciò che accade all'interno della macchina.

⁵ D. HAREL, Y. FELDMAN, *Algorithmics: The Spirit of Computing*, Boston, 2004; D.U. GALETTA, J. G. CORVALAN, *Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, in www.federalismi.it, 3/2019: «I sistemi di Intelligenza artificiale utilizzano computer, algoritmi e varie tecniche per elaborare informazioni e risolvere problemi o prendere decisioni che in precedenza potevano essere prese solo dall'intelligenza naturale. In fin dei conti – per semplificare al massimo – proprio come il cervello estrae, seleziona ed organizza le informazioni disponibili per prendere decisioni, l'Intelligenza artificiale fa lo stesso, ma con altri metodi e un'altra velocità»; S. RUSSEL, P. NORVIG, *Artificial Intelligence. A Modern Approach*, Upplle Saddle River, 2016, i quali a p. 693, osservano che un agente impara da se stesso e migliora le proprie prestazioni rispetto ai compiti futuri dopo aver compiuto osservazioni sul mondo.

raggruppare, all'interno di un sistema, un insieme di elementi che hanno profili tra loro connessi, quali ad es. documenti relativi al medesimo argomento.

Fatte tali premesse, ai fini di mera rammentazione, occorre tener presente che, nel Libro Bianco⁶ dal titolo *Un approccio europeo all'eccellenza e alla fiducia*, la Commissione aveva già sottolineato la necessità di dar luogo ad un quadro normativo della materia orientando gli investimenti in tema d'IA ad un duplice obiettivo, da un lato promuovere l'adozione dell'IA, dall'altro affrontare e/o limitare i rischi associati all'utilizzo delle stesse. La Commissione, sotto questo profilo, nulla dice di nuovo, poiché questa prospettiva era già stata sottolineata sia dagli organismi comunitari che dalla stessa Commissione nonché dalla dottrina. Si era da tempo messo in evidenza che, soprattutto per quanto riguarda la c.d. intelligenza artificiale capace di autoapprendimento, nella sua applicazione veniva a modificare gli assetti economici, politici e sociali; tali sistemi «...si accompagnano tuttavia a gravi rischi tra cui la disoccupazione, le disuguaglianze, le esclusioni sociali»⁷, la stessa dottrina suggeriva che, per fronteggiare questi rischi, senza limitarne la ricerca e i benefici sull'economia dell'IA, si dovesse approntare una normativa in materia. La Commissione non sottovaluta il fatto che, attraverso l'utilizzo dell'IA, si avrà uno sviluppo delle imprese in particolare nei servizi e nei settori in cui l'Europa già gode di una situazione particolarmente favorevole (macchinari, trasporti, *cyber* sicurezza, agricoltura economica verde e circolare, assistenza sanitaria e settori ad alto valore aggiunto come la moda e il turismo) ma emerge la rilevanza d'imporre un quadro etico per un'IA "incentrata sull'uomo"⁷. E' in questa prospettiva che si muove l'Europa e che trova conforto nella dottrina in materia; la proposta di regolamento ha fatto propri tali principi per perseguirne gli obiettivi. E' stata lanciata dalla Commissione una *survey* ove gli Stati membri vengono sollecitati insieme alle altre istituzioni europee, ai portatori d'interesse compresa l'industria, ai ricercatori e a tutte le parti interessate, al fine di contribuire al futuro processo decisionale della Commissione nel settore in esame.

⁶ Libro Bianco, *Bruxelles*, 19.2.2020 COM (2020) 65 final.

⁷ G. SARTOR E F. LAGIOIA, *Le decisioni algoritmiche tra etica e diritto*, op. cit., p. 66, ove si rileva che i rischi legati all'emergere di una "intelligenza generale artificiale" non devono essere sottovalutati, diversamente l'"intelligenza artificiale specifica" sta già trasformando gli assetti economici, politici e sociali. A tali opportunità si accompagnano tuttavia gravi rischi, tra cui la disoccupazione, le disuguaglianze, le esclusioni sociali. Per fronteggiare questi rischi, senza limitare la ricerca e gli usi benefici dell'IA, sono state adottate numerose iniziative volte a prospettare un quadro etico e normativo per un'IA "incentrata sull'uomo".

Tuttavia, accanto agli elementi negativi sopra paventati (disoccupazione, disuguaglianza ed esclusione sociale) come sottolineato dal Libro Bianco è evidente che molti sono gli elementi positivi derivanti dall'utilizzo di tali sistemi. L'Europa ha come obiettivo quello di sviluppare un sistema d'IA che consenta alla società e all'economia, nel loro complesso, di godere a pieno dei benefici apportati dalla tecnologia, basti pensare che i cittadini potranno usufruire di nuovi vantaggi come il miglioramento dell'assistenza sanitaria, dei sistemi di trasporto nonché dei servizi pubblici venendo a beneficiare ad es. della riduzione dei costi di fornitura di servizi quali l'istruzione, l'energia e la gestione dei rifiuti, accentuando altresì la sostenibilità dei prodotti e dotando le forze dell'ordine di strumenti "appropriati" per garantire la sicurezza dei cittadini: tutto ciò però a condizione che non vengano stravolti il rispetto dei loro diritti e delle loro libertà fondamentali.

Sotto quest'ultimo profilo, l'impatto dei sistemi d'IA deve essere considerato non solo in una prospettiva individuale ma anche dal punto di vista della società nel suo complesso: infatti l'uso dei sistemi d'IA può svolgere un ruolo significativo per uno sviluppo sostenibile, rinforzare il processo democratico e, addirittura, il sostegno dei diritti sociali, contrariamente a quanto sottolineato dalla dottrina più risalente.

2. L'obiettivo dell'armonizzazione del mercato interno in merito all'IA, basato sul "rischio".

Nella relazione che accompagna la proposta di regolamento sull'IA, la Commissione rileva che, mentre il Libro Bianco è volto a definire le opzioni politiche su come raggiungere il duplice obiettivo di promuovere l'adozione dell'IA e, contestualmente, affrontare i rischi associati a determinati usi delle nuove tecnologie, la proposta mira invece a creare un quadro giuridico per una "IA affidabile" preservando i valori e i diritti fondamentali dell'Unione e della Carta europea; così, per creare un'IA affidabile, occorre che essa sia rispettosa della dignità umana, delle libertà individuali, dell'uguaglianza, della non discriminazione e della solidarietà.

L'obiettivo principale della proposta, sostenuta dal principio di sussidiarietà, è quello di assicurare un corretto funzionamento del mercato unico digitale per lo sviluppo, l'immissione e l'utilizzo di prodotti e servizi che si avvalgono della tecnologia dell'IA. Stante la diversità delle legislazioni nei singoli Paesi, la Commissione rileva che, data l'ampia circolazione transfrontaliera di tali "prodotti" e

“servizi”, è necessaria l’armonizzazione attraverso la legislazione comunitaria in quanto, norme nazionali divergenti, verrebbero a ostacolare la garanzia di sicurezza e di protezione dei diritti fondamentali e dei valori dell’Unione.

A ben vedere, anche sotto questo profilo, la proposta di regolamento non dice nulla di nuovo ponendosi sulla scia di quanto previsto nel Libro Bianco ove già si sottolineava l’opportunità di un approccio comune europeo all’IA al fine di raggiungere dimensioni sufficienti ad evitare la frammentazione del mercato stesso. L’introduzione d’iniziative nazionali rischia infatti di compromettere la certezza del diritto, d’indebolire la fiducia dei cittadini e di ostacolare l’emergere di un’industria europea dinamica. Si auspica e si auspica, quindi, la realizzazione di un quadro strategico normativo che stabilisca misure per allineare gli sforzi a livello europeo, nazionale e regionale anche tramite un partenariato tra settore pubblico e privato. L’obiettivo di tale quadro è mobilitare risorse per consentire un *“ecosistema d’eccellenza”* nonché un *“ecosistema di fiducia”* garantendo la tutela dei diritti fondamentali soprattutto per le strutture d’IA ad alto rischio operanti nell’Unione: la Commissione infatti sostiene con forza un approccio basato sulla direzione *«Creare fiducia nell’intelligenza artificiale antropocentrica»*.

All’art. 2 della proposta in esame si sottolinea che, al fine di garantire un’efficace tutela dei diritti di libertà degli individui in tutta Europa, il regolamento dovrebbe applicarsi ai fornitori di sistemi d’IA indipendentemente dal fatto che essi operino nell’Unione o in un Paese terzo nonché a tutti coloro che utilizzano tali sistemi nel mercato interno.

La proposta di regolamento non trova applicazione nei sistemi d’IA utilizzati esclusivamente per scopi militari così come non si applica alle autorità pubbliche dei Paesi terzi né alle organizzazioni internazionali a meno che non ci si trovi di fronte a fattispecie relative a casi di cooperazione giudiziaria tra Paesi terzi e l’Unione.

Infine si osservi come, la proposta di regolamento, non pregiudica l’applicazione delle disposizioni sulla responsabilità dei prestatori intermedi di servizi di cui al capo II, sez. IV, direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, anzi, la proposta pare avere l’obiettivo d’integrare i dati del Regolamento n. 679/2016 sulla protezione dei dati⁸ nonché la Direttiva 680/2016/UE, relativa alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali da parte delle autorità

⁸ Regolamento generale sulla protezione dei dati – Regolamento n. 679/2016 del Parlamento europeo e del Consiglio, 27 aprile 2016. Aggiornato alle rettifiche pubblicate sulla Gazzetta Ufficiale dell’Unione europea 127 del 23 maggio 2018.

competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali⁹.

All'art. 2 della proposta di regolamento, si esplicitano gli obiettivi che s'intendono raggiungere:

garantire che i sistemi d'IA immessi nel mercato europeo siano sicuri e rispettosi dei diritti fondamentali e dei valori fondanti dell'Unione;

garantire la certezza del diritto per facilitare gli investimenti e l'innovazione nell'IA;

migliorare la *governance* e l'effettiva applicazione della legislazione esistente sui diritti fondamentali e i requisiti di sicurezza applicabili ai sistemi d'IA;

facilitare lo sviluppo di un mercato unico per l'IA disciplinato dal punto di vista giuridico in modo che sia "*sicura e degna di fiducia nell'applicazione*" e prevenirne la frammentazione delle discipline dei singoli Stati.

E' evidente come la Commissione abbia un obiettivo molto ambizioso: quello di fornire "*un quadro giuridico solido e flessibile*". In verità, nella proposta non è dato rinvenire un quadro giuridico "*solido*" anche se, data la complessità della materia e il suo continuo divenire, risulta sicuramente difficile cogliere tale obiettivo. Nella relazione di accompagnamento alla stessa si sottolinea che la proposta sarebbe completa e a prova di futuro nelle sue scelte fondamentali, in particolare sui "*principi*" comunitari che tutti i meccanismi d'IA devono rispettare, venendosi a prevedere un sistema normativo proporzionato incentrato su una regolamentazione basata sul "*rischio*" il che vuol dire un approccio al tema che non crei restrizioni del mercato; tuttavia non va dimenticato, al di là di tali dichiarazioni, che le disposizioni in materia si troveranno a disciplinare fattispecie concrete che possono mettere a rischio i sopra citati principi. Si è invece d'accordo sul fatto che la disciplina normativa deve prevedere meccanismi flessibili al fine di consentire l'adattamento della regola giuridica rispetto all'evoluzione tecnologica, tratto tipico di tale settore. Sotto quest'ultimo profilo appare interessante l'art. 84 che prevede una valutazione e un riesame dell'Allegato III (sistemi d'IA ad alto rischio) una volta all'anno dopo l'entrata in vigore del regolamento; nel medesimo articolo si prevede che ogni quattro anni la Commissione valuti l'impatto e l'efficacia dei codici di condotta per

⁹ Direttiva 2016/680/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 relativa alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la decisione quadro 2008/977/GAI del Consiglio.

favorire l'applicazione dei requisiti stabiliti nell'art. 3, capo 2 ed eventualmente altri requisiti aggiuntivi per l'IA ad alto rischio. E' interessante il fatto che, ogni quattro anni successivi all'entrata in vigore del regolamento, la Commissione presenti una relazione sulla valutazione e il riesame dello stesso al Parlamento europeo e al Consiglio così come la Commissione può apporre modifiche al presente regolamento, tenendo conto degli sviluppi tecnologici che, nel frattempo, sono venuti in essere. Per quanto scritto in modo oscuro sicuramente l'art. 84 cerca di garantire la "flessibilità" della normativa in parola. Flessibilità che la s'intravede anche su un diverso piano, ad es. nell'art. 4 ove si prevede che, alla Commissione, sia conferito il potere di adottare atti delegati volti a modificare l'elenco delle tecnologie contenute nell'allegato I, con l'obiettivo di conformare la normativa allo sviluppo dei sistemi d'IA. Il ricorso agli atti delegati, infatti, a modifica degli allegati, lo si rinviene varie volte nella proposta di regolamento sicché effettivamente, come si legge nel Libro Bianco e nella parte esplicativa della proposta, la disciplina in questione può definirsi *flessibile* in quanto, al continuo modificarsi di tali sistemi verrebbe a modificarsi anche l'oggetto della disciplina normativa.

Un solido quadro normativo europeo per l'IA affidabile, sarebbe l'unico strumento in grado di garantire condizioni di parità tra tutti i cittadini europei, rafforzando al contempo la competitività e lo sviluppo nell'Unione dell'IA, come si legge esplicitamente nella relazione di accompagnamento: *Only common action at Union level can also protect the Union's digital sovereignty and leverage its tools and regulatory powers to shape global rules and standards*. In effetti, la prima osservazione da farsi sulla proposta di regolamento è che, l'elemento di maggiore interesse contenuto nella stessa è rinvenibile nella volontà della Commissione di creare un'armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri; anche nei Paesi ove non ci sia una legge *ad hoc* sull'IA, il tentativo più o meno riuscito, come si vedrà nel prosieguo delle presenti riflessioni, è sicuramente positivo almeno nello sforzo di creare un'architettura giuridica basata su un approccio proporzionale evitando di non utilizzare le nuove tecnologie¹⁰. Coerentemente, l'obiettivo porta a quanto si legge nell'art. 1, ove si stabiliscono i punti cardini sui quali si fonda la proposta in questione:

¹⁰ Nei Paesi Bassi è in discussione un disegno di legge volto a prevedere che, decisioni automatiche, siano consentite solo a determinate condizioni e siano basate sulla profilazione automatica solo quando la legge lo consente: <https://marliesvaneck.wordpress.com/2017/01/31/algorithms-in-public-administration/> Nel diritto francese, la legge del 7 novembre 2016 ha introdotto nel codice dei rapporti tra il pubblico e l'amministrazione (Crpa) due serie di disposizioni in materia di *governance* algoritmica. La prima, oggetto dell'articolo L. 311-3-1, stabilisce che ogni «*decisione individuale, presa sulla base di un'elaborazione algoritmica, richiede una*

«(a) harmonised rules for the placing on the market, the putting into service and the use of artificial intelligence systems ('AI systems') in the Union; prohibitions of certain artificial intelligence practices;

(b) specific requirements for high-risk AI systems and obligations for operators of such systems;

(c) harmonised transparency rules for AI systems intended to interact with natural persons,

emotion recognition systems and biometric categorisation systems, and AI systems used to generate or manipulate image, audio or video content;

(d) rules on market monitoring and surveillance».

In questo caso l'armonizzazione del mercato viene assunta in senso negativo ovvero il divieto di utilizzare talune pratiche d'IA nonché di far riferimento a requisiti specifici per i sistemi d'IA ad alto rischio, con conseguenti obblighi per gli operatori di tali sistemi.

Tuttavia, l'obiettivo di creare una "solida base giuridica" in materia non sembra essere stato colto dalla Commissione in questa sede: il sommario rinvio ai principi dell'ordinamento comunitario e alle tutele dei diritti dei cittadini, appare quanto meno troppo generico e generale il ché già pone il problema del rapporto tra le nuove tecnologie e i principi dell'ordinamento comunitario in tema di diritti sociali, pubblici e privati. E' vero che in questi anni la giurisprudenza della Corte di Giustizia e la Corte europea dei diritti dell'uomo (CEDU), hanno forgiato la materia attraverso le loro decisioni ma, desta qualche perplessità, un rinvio così generico che dovrebbe tra l'altro rappresentare il limite all'utilizzo di taluni sistemi; cosicché, nell'applicazione alle singole fattispecie della disciplina contenuta nella proposta, tale limite potrebbe non arginare la decisione d'immettere nel mercato europeo, talune IA, soprattutto

menzione esplicita che informi l'interessato. Le norme che definiscono questo trattamento e le caratteristiche principali della sua attuazione devono essere comunicate dall'amministrazione alla persona interessata se ne fa domanda». Questo testo è completato dall'articolo R. 311-3-1-2, secondo il quale in caso di richiesta di accesso, l'amministrazione deve fornire in forma intelligibile: 1. il grado e le modalità di contributo dell'elaborazione algoritmica al processo decisionale; 2. i dati trattati e le loro fonti; 3. i parametri di trattamento applicati alla situazione della persona interessata e, se applicabile, la loro ponderazione; 4. le operazioni eseguite dal trattamento. Successivamente è stato introdotto l'articolo L. 312-1-3 del Crpa ove si prevede che «*le amministrazioni [...] ad eccezione delle persone giuridiche il cui numero di agenti o dipendenti è al di sotto di una soglia stabilita per decreto, pubblicano online le regole che definiscono i principali trattamenti algoritmici utilizzati nell'esecuzione dei loro compiti quando su di essi basano delle decisioni individuali*». J. B. AUBY, *Il diritto amministrativo di fronte alle sfide digitali*, in *Istituzioni del federalismo*, 3/2019, p. 626. Sul rapporto tra il procedimento amministrativo italiano e l'algoritmo, si rinvia, tra gli altri, a G. MARCHIANÒ, *La legalità algoritmica nella giurisprudenza amministrativa*, in *Il diritto pubblico dell'economia*, 3/2020.

ove queste abbiano ripercussioni positive sull'economia travolgendo così, i principi a cui la proposta di regolamento fa riferimento.

3. Le IA vietate e/o regolamentate.

Più specifica è la disciplina dell'IA vietate, *ex art. 5*, sulla base del fatto che la loro utilizzazione potrebbe violare i valori fondanti dell'Unione, relative a determinati usi e sistemi d'IA, quale l'identificazione biometrica remota.

La *ratio* della disciplina contenuta nell'articolo in esame è rinvenibile nel fatto che, tali tipi d'IA, si pongono al di fuori dell'impianto della proposta che è quello di coniugare il mercato europeo in materia di tecnologie digitali con i diritti e i principi garantiti dall'Unione ai suoi cittadini. Sostanzialmente l'IA vietate attengono all'utilizzo di tecniche capaci di distorcere il comportamento di una persona o di sfruttarne la vulnerabilità a causa dell'età, della disabilità fisica o mentale, in modo da causare danni fisici o psicologici. Parimenti, al punto (c) dell'art. 5, si vieta l'uso dei sistemi d'IA volto ad una valutazione o alla classificazione dell'affidabilità delle persone fisiche, basandosi sul comportamento sociale o su caratteristiche personali dell'interessato, con la conseguenza di creare trattamenti pregiudizievoli verso talune persone o trattamenti di favore verso altre. In particolare è vietato, come si legge al punto (d) dell'art. 5, l'uso dei sistemi d'identificazione biometrica (riprendendo la definizione contenuta nell'art. 3.18 del Regolamento n. 1725/2018 ovvero «*i dati personali ottenuti da un trattamento tecnico specifico relativi alle caratteristiche fisiche, fisiologiche o comportamentali di una persona fisica che ne consentono o confermano l'identificazione univoca, quali l'immagine facciale o i dati dattiloscopici*»)»¹¹, nel caso in cui tali dati siano assunti a distanza, in spazi pubblici o accessibili a tutti a meno che, tale misura, non sia specificamente mirata alla ricerca di vittime potenziali della criminalità, tra cui: i bambini scomparsi; la prevenzione di una minaccia specifica sostanziale imminente della sicurezza fisica delle persone, di un attacco terroristico o l'individuazione, la localizzazione, l'identificazione di un soggetto sospettato di reato per una pena detentiva di durata di almeno tre anni, secondo la legge di ciascuno Stato membro. Tuttavia al punto 3, è previsto che l'identificazione biometrica a

¹¹ Per definire la nozione di dati biometrici occorre far riferimento al Regolamento n. 679/2016, art. 3, e del Regolamento n. 1725/2018 del Parlamento e del Consiglio nonché all'art. 3 della Direttiva 2016/680/UE del Parlamento europeo e del Consiglio.

distanza sia ammissibile, previa autorizzazione preventiva rilasciata o da un giudice o da un'autorità amministrativa indipendente dello Stato membro, su richiesta motivata del soggetto agente. Quest'ultimo dovrebbe operare un bilanciamento a fronte della natura della situazione e della gravità del danno causato dalla mancanza dell'uso di tale sistema, che potrà in questi casi essere invece utilizzato; pur tuttavia è evidente la difficoltà d'inquadrare a quali fattispecie si faccia riferimento stante la genericità della disposizione in oggetto.

In una situazione d'"*urgenza giustificata*", (concetto peraltro non chiaro in quanto la situazione d'urgenza viene solo successivamente giustificata dal soggetto agente non essendo rinvenibile da un punto di vista giuridico una situazione d'urgenza giustificata *tout court*), l'autorità giudiziaria o amministrativa competente dovrebbe essere in grado di fondare il rilascio di tale autorizzazione in base a fatti oggettivi con indicazioni chiare e proporzionate al conseguimento di uno di quegli obiettivi previsti nel par. 1, lett. d) dello stesso art. 5. Se si è di fronte ad una fattispecie "*d'urgenza giustificata*" riesce difficile coniugare la richiesta del soggetto agente con una motivazione derivante non solo dai fatti oggettivi ma anche da una valutazione di bilanciamento tra i vari fattori in gioco! Si pensi a un attacco terroristico, caso in cui l'applicazione di queste disposizioni sembra più ipotetica che non reale.

Il vero è che, il riconoscimento facciale non è proibito *tout court*, come sembrerebbe dalla prima parte dell'articolo in questione ma è disciplinato in relazione a singole fattispecie che appaiono talmente complesse da lasciare perplessi, circa un corretto utilizzo di autorizzazioni preventive che siano idonee a giustificare il ricorso a tale sistema. Forse vi rientra il caso del bambino scomparso, dove vi è un lasso di tempo tra la scomparsa e la ricerca dello stesso e, tale lasso di tempo, consentirebbe un'autorizzazione sulla falsa riga richiesta dalla proposta di regolamento ma, negli altri casi, diventa difficile tant'è che sembra rinviarsi questa procedura allo Stato membro. L'articolo, infatti, si chiude affermando che uno Stato membro può decidere di autorizzare l'uso di sistemi d'identificazione biometrica nei casi previsti nel par. 1, lett. (d), 2 e 3. Lo Stato membro stabilisce, nell'ambito della propria normativa, le modalità di applicazione necessarie per la richiesta, l'emissione e l'esercizio delle autorizzazioni di cui si è detto precedentemente. Dette disposizioni dovrebbero inoltre precisare per quali reati sia consentito l'uso dell'identificazione biometrica e le autorità che possono essere autorizzate all'applicazione di tali sistemi.

4. Le IA ad alto rischio, ex artt. 6 e 7 della proposta di regolamento.

Il criterio sul quale si basa la disciplina proposta è “*il rischio*”, da ciò la suddivisione dell’IA secondo una graduazione dello stesso: dagli usi d’IA ad alto rischio a quelli che presentano un rischio più limitato, per i quali si prevedono particolari obblighi di trasparenza, infine ai casi di rischi minimi sottoposti al controllo delle autorità nazionali¹². L’art. 6, dal titolo Regole di classificazione per i sistemi d’IA ad alto rischio, sostanzialmente rinvia all’Allegato II e all’Allegato III, cioè non vi è una spiegazione dettagliata, si legge solo che taluni sistemi d’IA utilizzati come componente di un prodotto e il prodotto stesso devono essere sottoposti ad una valutazione di conformità in quanto rientranti, secondo gli Allegati II e III, tra le IA ad alto rischio. La norma non brilla certo di chiarezza e solo l’Allegato III riesce a dare un quadro di quali siano, ad oggi, le IA ad alto rischio! Stante la rilevanza delle regole di classificazione dei sistemi ad alto rischio sarebbe stato opportuno o un rinvio direttamente agli Allegati o una diversa formulazione della norma di apertura ma così è difficile comprendere cosa la Commissione abbia voluto aggiungere alla materia con l’art. 6.

Positiva è invece la disposizione contenuta nell’art. 9 della proposta di regolamento ove si delinea il sistema di gestione del rischio come processo in continuo divenire che richiede un sistematico aggiornamento; a tal fine si prevede che, per l’IA ad alto rischio, le strutture siano sottoposte preventivamente a *test* al

¹² D. U. GALETTA E J. G. CORVALAN, *Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, op. cit., pp. 10 ss., ove si fa riferimento a tre diversi livelli di automazione che a loro volta possono essere aggiunti e combinati con livelli di innovazione che facilitano e semplificano l’integrazione con l’agente pubblico e/o col cittadino: «A) Primo livello. Automazione completa. In questo caso, gli algoritmi collegano automaticamente i dati e le informazioni con i documenti, tramite l’uso di sistemi di Intelligenza Artificiale basati su regole, meglio conosciuti come “sistemi esperti” ... B) Secondo livello. Automazione e intervento umano ridotto. In molti casi è invece necessario (ed inevitabile) che un operatore interagisca con un sistema automatizzato, al fine di completare la creazione di un documento. Questo per diverse ragioni: può succedere, infatti, che parti di un documento richiedano aggiornamenti costanti e che non ci sia modo di automatizzare questa attività; oppure, a volte la circostanza che un operatore umano possa intervenire ponendo domande, o interagendo con il sistema, risulta più conveniente in vista delle altre fasi del procedimento (...) sebbene comporti ritardi di secondi (o minuti) nell’esecuzione delle operazioni automatizzate. C) Terzo Livello. Automazione più predizione. L’apprendimento automatico è una tecnica di Intelligenza Artificiale che, in una spiegazione molto elementare e rudimentale, può essere concettualizzata in modo seguente: uno o più algoritmi rilevano molti dati al fine di stabilire dei modelli, che vengono poi tradotti in previsioni, sulla base di alcuni criteri statistici (...) In tutti e tre i casi di automazione testé descritti, tuttavia la possibilità di far ricorso a diversi gradi di innovazione menzionati passa per il tramite di una governance dei dati ... che sono il prodotto di alcuni passaggi strutturali di flussi o “alberi decisionali”. Questi alberi decisionali sono diagrammi di costruzioni logiche, basate su regole, che servono a rappresentare e classificare una serie di condizioni che si verificano successivamente per la risoluzione di un problema».

fine di evitare possibili errori, almeno quelli più prevedibili; inoltre, per i sistemi ad alto rischio, si prevede, *ex art. 14*, la sorveglianza umana che può sempre intervenire qualora vi siano delle *bias* rispetto l'obiettivo a cui deve tendere l'IA.

4.a In verità nonostante l'adozione di tale criterio, non sempre nella proposta di regolamento è dato intravedere un'organica distinzione tra IA ad alto rischio e IA a rischio minimo: ciò lo si evince soprattutto negli allegati che accompagnano gli enunciati dell'art. 6, rispetto all'art. 7 che dovrebbero riguardare i sistemi d'IA ad alto rischio. Nell'art. 7, al comma 2, così testualmente si legge: «*When assessing for the purposes of paragraph 1 whether an AI system poses a risk of harm to the health and safety or a risk of adverse impact on fundamental rights that is equivalent to or greater than the risk of harm posed by the high-risk AI systems already referred to in Annex III, the Commission shall take into account the following criteria: (a) the intended purpose of the AI system; (b) the extent to which an AI system has been used or is likely to be used; (c) the extent to which the use of an AI system has already caused harm to the health and safety or adverse impact on the fundamental rights or has given rise to significant concerns in relation to the materialisation of such harm or adverse impact, as demonstrated by reports or documented allegations submitted to national competent authorities; (d) the potential extent of such harm or such adverse impact, in particular in terms of its intensity and its ability to affect a plurality of persons; (e) the extent to which potentially harmed or adversely impacted persons are dependent on the outcome produced with an AI system, in particular because for practical or legal reasons it is not reasonably possible to opt-out from that outcome; (f) the extent to which potentially harmed or adversely impacted persons are in a vulnerable position in relation to the user of an AI system, in particular due to an imbalance of power, knowledge, economic or social circumstances, or age; (g) the extent to which the outcome produced with an AI system is easily reversible, whereby outcomes having an impact on the health or safety of persons shall not be considered as easily reversible; (h) the extent to which existing Union legislation provides for: (i) effective measures of redress in relation to the risks posed by an AI system, with the exclusion of claims for damages; (ii) effective measures to prevent or substantially minimise those risks*».

Molte delle fattispecie richiamate nel valutare il rischio, dipendono in verità da come l'IA è stata utilizzata o è probabile che venga utilizzata ma, se questo è il criterio, nulla ha a che vedere con quanto stabilito, ad es., al punto 2, (c) il quale fa riferimento a sistemi d'IA che hanno già causato un danno e dei quali ovviamente

dovrebbe essere vietato l'utilizzo¹³. A ben vedere la fattispecie in esame dovrebbe rientrare tra le pratiche d'IA vietate, ex art. 5, a meno che non si sia provveduto ad una modifica e ad una nuova valutazione di conformità. Parimenti, le fattispecie contenute nei punti (d) - (e), appaiono non coordinate con la *ratio* della proposta, in quanto l'oggetto attiene all'entità del danno causato dall'IA sulle persone ma, la valutazione del danno, è cosa ben diversa dai criteri enunciati dalla stessa proposta per individuare le fattispecie d'IA ad alto rischio nel primo comma dell'art. 6: il danno, infatti, potrebbe derivare anche da IA a basso rischio. Anche gli altri punti attengono alle misure del danno o alle misure necessarie per ridurre sostanzialmente il rischio ma, nulla aggiungono al criterio che la Commissione ha voluto indicare nello stabilire se, un sistema d'IA, sia ascrivibile tra quelli ad alto rischio o meno. Ciò che manca è un accorpamento delle fattispecie secondo una logica ben precisa così come un accorpamento e un approfondimento normativo a secondo del profilo che s'intende disciplinare. A leggere l'art. 7, comma 2, si ha la sensazione che siano state messe insieme le fattispecie più disparate, senza un criterio logico-giuridico che possa fornire un quadro chiaro volto a spiegare quali siano i criteri che la Commissione utilizza per definire un'IA ad alto rischio. Ciò è tanto più grave se si considera che le fattispecie esaminate possono anche ampliarsi o diminuire, via via che il dato tecnico ovvero le IA, si sviluppano in più direzioni. A questo punto la flessibilità di cui parla in apertura la proposta di regolamento, deve per forza avere dei gangli certi perché solo così è possibile che la fattispecie giuridica insegua, con coerenza, la fattispecie tecnica.

La disciplina dell'IA ad alto rischio dovrebbe peraltro innescarsi sulle disposizioni in materia già adottate dall'Unione implicando l'opportunità, su un piano giuridico, che la proposta di regolamento introduca "anelli di congiunzione" o rinvii, rispetto alle normative precedenti in materia. Nelle disposizioni transitorie sembra invece che la proposta voglia bypassare la normativa pregressa¹⁴, ciò lo si evince dal fatto che,

¹³ Si legge testualmente: «(c) *the extent to which the use of an AI system has already caused harm to the health and safety or adverse impact on the fundamental rights or has given rise to significant concerns in relation to the materialisation of such harm or adverse impact, as demonstrated by reports or documented allegations submitted to national competent authorities*».

¹⁴ (a) Regolamento (CE) n. 300/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, 11 marzo 2008, che istituisce norme comuni per la sicurezza dell'aviazione civile e che abroga il regolamento n. 2320/2002;
(b) Regolamento n. 167/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, 5 febbraio 2013, relativo all'omologazione e alla vigilanza del mercato dei veicoli agricoli e forestali;
(c) Regolamento n. 168/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, 15 gennaio 2013, relativo all'omologazione e alla vigilanza del mercato dei veicoli a motore a due o tre ruote e dei quadricicli;

nelle disposizioni finali, si prevede la modifica di alcune norme già emanate dall'Unione¹⁵, attraverso la previsione di commi aggiuntivi volti all'applicazione della futura normativa.

4.b Molto ambiguo risulta quanto disposto dall'art. 6 in merito al perimetro dei sistemi d'IA ad alto rischio: da una prima lettura di tale articolo, si desume che trattasi di casi in cui l'IA contengono elementi che potrebbero presentare fattori di rischio che vengono meglio specificati nell'Allegato III. In verità in tale allegato si accorpano IA capaci di auto apprendimento con IA molto più semplici, come gli algoritmi di *clustering* o per meglio dire, IA specifiche e IA generali¹⁶. Gli algoritmi informatici possono essere semplici o complessi ma ovviamente non tutti gli

(d) Direttiva 2014/90/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, 23 luglio 2014, sull'equipaggiamento marittimo e che abroga la Direttiva 96/98/CE del Consiglio;

(e) Direttiva 2016/797/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, 11 maggio 2016, relativa all'interoperabilità del sistema ferroviario dell'Unione europea (rifusione);

(f) Regolamento n. 858/2018 del Parlamento europeo e del Consiglio, 30 maggio 2018, relativo all'omologazione e alla vigilanza del mercato dei veicoli a motore e dei loro rimorchi nonché dei sistemi, dei componenti e delle entità tecniche indipendenti destinati a tali veicoli che modifica i Regolamenti n. 715/2007, n. 595/2009 e abroga la Direttiva 2007/46/CE;

(g) Regolamento n. 1139/2018 del Parlamento europeo e del Consiglio, 4 luglio 2018, recante norme comuni nel settore dell'aviazione civile, che istituisce un'Agenzia dell'Unione europea per la sicurezza aerea e che modifica i Regolamenti n. 2111/2005, n. 1008/2008, n. 996/2010, n. 376/2014 e le Direttive 2014/30/UE e 2014/53/UE del Parlamento europeo e del Consiglio e abroga i Regolamenti n. 552/2004 e n. 216/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio e il Regolamento n. 3922/91 del Consiglio;

(h) Regolamento n. 2144/2019 del Parlamento europeo e del Consiglio, 27 novembre 2019, relativo ai requisiti di omologazione dei veicoli a motore e dei loro rimorchi nonché di sistemi, componenti ed entità tecniche destinati a tali veicoli, per quanto riguarda la loro sicurezza generale e la protezione degli occupanti dei veicoli e degli altri utenti vulnerabili della strada che modifica il Regolamento n. 2018/858 del Parlamento europeo e del Consiglio e abroga i Regolamenti n. 78/2009, n. 79/2009 e n. 661/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio e i Regolamenti n. 631/2009, n. 406/2010, n. 672/2010, n. 1003/2010, n. 1005/2010, n. 1008/2010, n. 1009/2010, n. 19/2011, n. 109/2011, n. 458/2011, n. 65/2012, n. 130/2012, n. 347/2012, n. 351/2012, n. 1230/2012 e n. 166/2015 della Commissione.

¹⁵ Così si prevede che si debba aggiungere all'art. 4, par. 3 del Regolamento n. 300/2008, un nuovo comma in merito alle procedure per l'approvazione dell'uso delle apparecchiature di sicurezza relative ai sistemi d'IA. L'art. 76 invece, modifica il Regolamento n. 167/2013, rilevando che qualora si adottino atti delegati ai sensi del primo comma riguardanti i sistemi d'IA, questi devono avere i requisiti di cui al Titolo III e si deve tener conto del Capo 2 della proposta di regolamento. Parimenti all'art. 77 si prevede una modifica del Regolamento n. 168/2013 in tema di atti delegati e, sempre sugli atti delegati, l'art. 78 modifica la Direttiva 2014/90/UE; l'art. 79 modifica la Direttiva 2016/797/UE, sempre sugli atti delegati e di esecuzione che devono ottemperare ai requisiti contenuti nella proposta; l'art. 80 modifica il Regolamento n. 858/2018, sempre sugli atti delegati e l'art. 81 modifica il Regolamento n. 138/2018; l'art. 82 modifica il Regolamento n. 2144/2019 sempre in tema di atti di esecuzione che devono essere rispettosi di quanto previsto nella proposta di regolamento.

¹⁶ Come noto, il *clustering* consiste in un insieme di metodi per raggruppare oggetti in classi omogenee. Un *cluster* è un insieme di oggetti che presentano tra loro delle similarità, ma che, per contro, presentano dissimilarità con oggetti in altri *cluster*. L'*input* di un algoritmo di *clustering* è costituito da un campione di elementi, mentre l'*output* è dato da un certo numero di *cluster* in cui gli elementi del campione sono suddivisi in base a una misura di similarità. Gli algoritmi di *clustering* forniscono come *output* anche la descrizione delle caratteristiche di ciascun *cluster*, il che è fondamentale per poi prendere decisioni strategiche sulle azioni da compiere verso tali gruppi (*marketing* mirato, promozioni *ad hoc*, creazione di nuovi prodotti e servizi).

algoritmi riguardano l'IA anche se, tutti i sistemi d'IA, presuppongono l'uso di algoritmi. Ora, partendo da tale assunto, i casi contenuti nell'Allegato III risultano non seguire una linea precisa che contenga la necessaria distinzione tra le IA ad alto rischio rispetto agli algoritmi di *clustering*. Se come detto la proposta intende adottare il criterio del rischio, base per una graduazione delle IA, non è dato comprendere il perché negli allegati vengano messi insieme strumenti che presentano aspetti diversi uniti dal solo fatto dell'utilizzo di macchine, venendosi quasi a smentire i presupposti sui quali si basa la proposta.

Si deve sempre aver chiaro il dato che i sistemi in questione non sono perfetti e che il solo fatto dell'utilizzo di sistemi digitali non implica *tout court* che tali sistemi siano scevri da rischi, errori o neutrali. Basti pensare che ad es. gli algoritmi sono venuti a diventare i protagonisti di un "*mash-washing*" attraverso i numeri tuttavia, anche utilizzando tali sistemi, si possono operare scelte dal preciso impatto sociale che si ammantano di neutralità e di perfezione solo perché assunte dalle macchine. Al contrario tutto dipende dall'operatore che li ha realizzati e dalle modalità del loro utilizzo; per gli algoritmi che non fanno parte di quei sistemi di auto apprendimento non si possono certo imputare agli stessi, errori o distorsioni nel risultato ma, errori e distorsioni, si possono invece imputare al soggetto che ha realizzato l'algoritmo.

E' ormai assodato che l'impiego di tali strumenti comporti in realtà una serie di scelte tutt'altro che neutre, anche negli algoritmi più semplici i criteri in base ai quali i dati sono raccolti, selezionati, ordinati e messi insieme, sono frutto di precise operazioni interpretative, compiute a monte da un soggetto fisico ma messe in atto dal programmatore del *software* con conseguente formulazione di giudizio.

Fatte queste premesse di carattere generale, al primo punto nell'Allegato III si fa riferimento all'identificazione e classificazione biometrica delle persone fisiche: sistemi d'IA che vengono utilizzati per la biometria remota in tempo reale comprensivi dell'identificazione delle persone fisiche. Queste sono sicuramente dell'IA a cui può essere attribuita l'etichetta ad alto rischio, parimenti nel caso d'IA – secondo punto dell'allegato – relative alla gestione delle infrastrutture critiche, quale il traffico stradale, la fornitura di acqua, gas, riscaldamento ed elettricità. Il terzo punto riguarda l'istruzione e la formazione del personale, in particolare al punto (a) si parla di sistemi d'IA destinati a essere utilizzati per l'accesso o l'assegnazione di persone fisiche agli istituti d'istruzione e formazione professionale. In realtà più che d'IA, in questo caso, parrebbe trattarsi di algoritmi *clustering* ovvero sistemi non di

auto apprendimento ma di organizzazione di dati. In genere viene fatto l'esempio di quanto è successo in Belgio, dove il Governo centrale ha deciso d'implementare il sistema basato su tecniche d'intelligenza artificiale, al fine di assegnare l'istituto scolastico più opportuno per ogni studente, il che ha portato però a creare classi non eterogenee, come politicamente si voleva, collocando gli studenti più talentuosi tutti in una stessa classe. Questo è dovuto al fatto che, dove vi siano scelte di natura politica discrezionale delle due l'una: o si riesce a trasferire queste scelte nell'algoritmo, casomai soppesando taluni fattori rispetto ad altri, o è chiaro che l'algoritmo opera mettendo insieme i casi secondo una logica di dati omogenei; il punto è che bisogna vedere cosa il *software* ha previsto. Lo stesso ragionamento vale per i sistemi di decisione automatizzata in merito alla promozione o alla bocciatura dello studente. Anche in questo caso esistono già dei precedenti come quello della scuola inglese, dove, al termine dello scorso anno scolastico, i docenti, non avendo sufficienti dati per capire se promuovere o meno i propri studenti, causa pandemia Covid-19, hanno deciso di affidarsi a un algoritmo. Purtroppo tale scelta è risultata del tutto forviante a causa di una *bias* del sistema che ha dato come risultato il fatto che, tutti gli alunni che appartenevano a famiglie benestanti venivano promossi mentre quelli bocciati appartenevano a famiglie in difficoltà. E' vero che ci sono state distorsioni nell'atto prodotto dall'algoritmo, ma qui tutto dipende da come viene strutturato l'algoritmo ed è quello che, sia pure nelle diversità delle fattispecie, è avvenuto in Italia nel famoso caso di assegnazione delle cattedre a professori di scuole medie il che ha portato, peraltro, a un dibattito giurisprudenziale che ha fatto sì che il giudice chiedesse di rendere conoscibile l'algoritmo e di chiarire, ai soggetti interessati, il perché di determinate opzioni operate dall'algoritmo stesso. La giurisprudenza, che si è snodata tra TAR e Consiglio di Stato¹⁷, ha riconosciuto non solo il diritto dell'interessato ad accedere all'algoritmo, ma l'amministrazione è stata obbligata a dare puntuali motivazioni e spiegazioni sull'*iter* logico seguito.

In questi casi l'attività richiesta alla macchina è più "elementare" poiché fa riferimento a sequenze d'istruzioni predefinite dall'uomo in modo univoco per raggiungere l'obiettivo che ci si è prefissati. Generalmente si tratta di una procedura seriale standardizzata utilizzata per l'elaborazione d'ingenti quantità di dati ed è sempre l'uomo o l'operatore tecnico che precisa i punti rilevanti sui quali si deve

¹⁷ Sentenza TAR Lazio, sez. III *bis*, Roma, n. 3742 del 21.03.2017, alla quale hanno fatto seguito la sentenza TAR Lazio, Roma, sez. III, *bis*, n. 6606 del 27.05.2019 nonché il Consiglio di Stato, sez. IV, 8.4.2019, n. 2270.

basare la scelta, ecco perché per questi tipi di algoritmi si parla di algoritmi *clustering*, in contrapposizione all'IA ad alto rischio; il ritrovarsi tali algoritmi nell'Allegato III che dovrebbe elencare i sistemi d'IA ad alto rischio è indice di quella mancanza di organicità già prima segnalata nell'elencazione di tali algoritmi.

Coerente al solo titolo dell'Allegato III, è invece l'ipotesi contenuta nel punto 2, (b), che fa riferimento all'IA destinate ad essere utilizzate per prendere decisioni in merito alle promozioni, al monitoraggio delle prestazioni lavorative, ai comportamenti delle persone in ambito lavorativo. Se in queste fattispecie si può parlare d'IA ad alto rischio tuttavia, queste non possono intervenire sui rapporti contrattuali lavorativi, altrimenti si verserebbe nell'ipotesi dell'art. 5 ovvero una valutazione da parte di un'IA vietata in quanto vertente sul comportamento di un soggetto, le sue espressioni, il suo modo di rapportarsi sul luogo di lavoro ecc.

Il punto 5 sempre dell'Allegato III, fa riferimento all'accesso e fruizione dei servizi privati essenziali e di pubblici servizi e prestazioni dove al punto (a) all'IA viene affidato il compito di valutare la fruibilità dei soggetti privati all'assistenza pubblica alle prestazioni di servizio; nel punto (b) si parla di sistemi d'IA destinati a essere utilizzati per valutare l'affidabilità creditizia delle persone, cosa che se vogliamo già viene fatta dalle banche; certo è che se tale valutazione viene lasciata ad una macchina delle due l'uno: o l'algoritmo è talmente minuzioso da riuscire per ogni singolo utente a stabilirne l'affidabilità creditizia (a questo punto trattasi di un algoritmo *ad personam*), o l'IA si basa su forme di auto apprendimento per cui ad es. sa che al di sotto di una certa soglia il soggetto che non dimostri di essere solvibile non può ottenere il credito ma, in questo caso, vi è poi un grosso margine di discrezionalità affidata alla macchina. Al punto 5, (c) dell'Allegato III, si parla di sistemi d'IA destinati a essere utilizzati per stabilire le priorità nel caso di contestuale richiesta di servizio di pronto intervento da parte dell'assistenza medica o dei vigili del fuoco: la questione diventa delicata perché neanche l'uomo può stabilire questa scelta tanto meno la macchina o l'IA! Vi è una determinante valutazione di opportunità nello stabilire una priorità tra interventi urgenti, ci si chiede: si possono creare sistemi che ci diano, con un margine di tranquillità, una risposta? Certamente sì nel futuro ma oggi non è dato sapere.

Più interessanti appaiono invece i sistemi d'IA destinati ad assistere le autorità pubbliche nei permessi di soggiorno, nei reclami relativi all'ammissibilità delle persone fisiche che presentano la domanda ecc. L'interesse nasce dal fatto che, in

questo caso l'IA lavorano insieme alle autorità pubbliche, anzi assistono le autorità pubbliche; nell'Allegato III si fa questo esempio ma, la combinazione tra uomo e IA è sicuramente vincente nel settore sanitario, nel settore farmaceutico, nel settore agricolo cioè, invece di lasciare tutto alla macchina, la macchina diventa uno strumento di ausilio nell'attività umana.

Infine al punto 6, sempre dell'Allegato III, si parla di sistemi d'IA destinati ad essere utilizzati dalle autorità in base a valutazioni del rischio cui incorre una potenziale vittima rispetto ad una persona che si sia resa responsabile di reati o che sia recidiva per quella tipologia di reato: in questo caso si affida all'IA la facoltà di derogare alla disciplina contenuta nell'art. 5 della proposta di regolamento. E' noto il caso in cui i cittadini di colore erano indicati come i più probabili soggetti recidivi rispetto agli altri cittadini ed è evidente che qui vi è un errore a monte dell'IA o di colui che ha programmato la macchina. Anche l'affidamento all'IA della gestione delle migrazioni e del controllo delle frontiere, che rientra sempre tra le IA ad alto rischio, suscita una qualche perplessità. La materia dell'immigrazione cui fa riferimento l'Allegato III al punto 7, di fatto è coperta per intero, basti pensare al punto (d) in merito all'esame delle domande d'asilo politico, di visto e di permesso di soggiorno, nel quale tuttavia la macchina assiste le autorità pubbliche competenti per l'esame delle suddette domande.

5. Il sistema di *governance* nell'IA ad alto rischio.

Non è possibile in questa sede, valutare o commentare le singole norme in merito al sistema di *governance* pertanto si è operata la scelta di richiamare taluni aspetti che, sostanzialmente, appaiono più interessanti.

In questa prospettiva rileva quanto disposto nell'articolo 10 il quale prevede che le IA che utilizzino tecniche di autoapprendimento devono soddisfare i criteri di qualità già indicati negli articoli precedenti nonché un *set* d'informazioni quali, la convalida e le pratiche di gestione. Tali pratiche riguardano in particolare le scelte di progettazione, la raccolta di dati, una valutazione preventiva della disponibilità e dell'idoneità della serie di dati che risultano necessari, un esame in vista di possibili distorsioni e, se rintracciate, eventuali lacune o carenze nei dati. Nell'individuazione e correzione dell'IA ad alto rischio, ai fini del controllo preventivo, occorre far riferimento al Regolamento n. 679/2016 nonché all'art. 10 della Direttiva 2016/280/UE

e al Regolamento n. 1725/2018, per garantire i diritti di libertà delle persone fisiche comprese le nuove tecniche di riutilizzo e l'uso delle misure di sicurezza a tutela della *privacy*. L'art. 10 chiude al comma 6, rilevando che le pratiche in materia di *governance* e gestione dei dati, che si applicano ai sistemi d'IA ad alto rischio, siano specificamente previste nella presente proposta di regolamento, secondo quanto si legge nel paragrafo 2. Accanto a questo, sempre per l'IA ad alto rischio, è previsto che l'IA forniscano una documentazione tecnica e le necessarie informazioni alle autorità nazionali competenti e agli organismi notificati per consentire a tali soggetti di valutare la conformità del sistema ai requisiti di cui all'Allegato IV.

Più interessante, sempre per i sistemi d'IA ad alto rischio, appare quanto disposto dall'art. 12, ove si prevede che, tali sistemi devono consentire la registrazione automatica degli eventi durante il funzionamento dell'IA, al fine di promuovere un livello di tracciabilità dei sistemi d'IA e, contestualmente, monitorare il funzionamento degli stessi. Il sistema di monitoraggio dovrebbe assicurare la tracciabilità del funzionamento dell'IA, ciò rileva, non solo in via generale ma, in particolare, al verificarsi di situazioni che comportino modifiche sostanziali allo stesso sistema. Si osservi come l'art. 16 preveda che i fornitori dei sistemi d'IA ad alto rischio non possano immettere sul mercato l'IA prima che siano espletate le procedure di valutazione relative alla loro conformità e agli obblighi di registrazione di cui all'art. 51.

Come si legge nella relazione che accompagna la proposta in esame, nell'ipotesi in cui vi sia una modifica, il sistema d'IA è sottoposto ad una nuova valutazione; solo a seguito di tutti questi passaggi l'IA dovrebbe ottenere una marcatura CE ma, a ben vedere, non è dato comprendere che tipo di marcatura un'IA possa ottenere non trattandosi di un oggetto o di un bene specifico al quale si appone la marcatura CE!

Interessante infine, appare quanto disposto nel Titolo III, Capitolo IV della proposta di regolamento che istituisce gli "organi notificati" ovvero quegli organi o organismi ai quali deve essere notificato il sistema che s'intende introdurre (secondo un'interpretazione logica) prima del loro utilizzo sul mercato; in tal senso si prevede che ciascuno Stato membro designi un'istituzione o un'autorità di notifica responsabile delle procedure necessarie per la valutazione e il monitoraggio soprattutto dei sistemi ad alto rischio. Di conseguenza gli Stati membri dovrebbero designare un organo nazionale di accreditamento secondo quanto stabilisce il

Regolamento n. 765/2008¹⁸: trattasi di autorità indipendenti¹⁹ che vagliano la legalità dell'IA ad alto rischio secondo una procedura molto dettagliata. La Commissione, *ex art. 35*, assegna un numero d'identificazione all'organismo notificato e mette a disposizione l'elenco di tali organismi compresi i numeri d'identificazione attribuiti, il che dovrebbe soddisfare (il condizionale è d'obbligo) un livello minimo di trasparenza, almeno sotto questo profilo. Ove possano nascere dei dubbi sull'operato dell'organismo notificato, la Commissione interviene per controllare che tale organismo soddisfi i requisiti richiesti dalla presente proposta di normativa. In questo modo nei sistemi d'IA ad alto rischio si viene a creare una sorveglianza del mercato in conformità a quanto stabilito nel Regolamento n. 1020/2019 che dovrebbe trovare integrale applicazione.

6. Possibili conclusioni.

In definitiva, la proposta di regolamento appare positiva in merito allo sforzo di disegnare un quadro normativo nella materia in questione, così come appare positivo l'aver assunto "il rischio" quale criterio discriminatorio tra le varie IA. Pur tuttavia, si auspicano delle modifiche proprio in relazione alle regole di classificazione dei sistemi e in particolare dei sistemi ad alto rischio. Appare invece più coerente la tenuta dei registri, la trasparenza e la fornitura delle informazioni agli utenti ma, in generale, la redazione del testo richiederà una profonda revisione non tanto concettuale o quanto meno non solo concettuale ma anche volta a chiarire meglio taluni passaggi rilevanti che risultano, ad una prima lettura, quanto meno oscuri e di difficile applicazione pratica.

¹⁸ Regolamento n. 765/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 9 luglio 2008 che pone norme in materia di accreditamento e vigilanza del mercato per quanto riguarda la commercializzazione dei prodotti e che abroga il Regolamento n. 339/93.

¹⁹ L'art. 33 della presente proposta di regolamento, prevede infatti che gli organismi notificati siano indipendenti, non solo dal fornitore di sistemi d'IA, ma da qualsiasi altro operatore avente un interesse economico nei sistemi d'IA ad alto rischio.

LE VACCINAZIONI OBBLIGATORIE O RACCOMANDATE ED IL DIRITTO ALL'INDENNIZZO

Fulvia Passananti*

ABSTRACT [ITA]: Il presente contributo si prefigge di approfondire il tema dell'indennizzo per danno da vaccinazione. Questo strumento, traendo il proprio fondamento *direttamente* dal principio di solidarietà, presenta una serie di profili di interesse per gli studiosi di diritto costituzionale. In particolare, il *paper*, attraverso una ricostruzione della copiosa giurisprudenza costituzionale sul tema, intende individuare le condizioni necessarie per riconoscere in capo all'individuo un diritto all'indennizzo che specularmente assume le sembianze di un dovere di solidarietà riconducibile alla collettività e, per suo conto, allo Stato. L'argomento trattato ha poi acquistato una nuova centralità nell'attuale contesto pandemico. Pertanto, ulteriori riflessioni concernono proprio la vaccinazione contro il SARS-CoV-2 e l'indennizzo.

ABSTRACT [ENG]: *This paper explores the use of solidarity programs for vaccine injury compensation. These types of programs are deeply rooted in the principle of solidarity and, for this reason, are of interest to scholars of Constitutional Law. In particular, this paper examines the extensive case law of the Corte costituzionale and identifies the conditions necessary to give an individual the right to solidarity compensation, which constitutes also a duty of solidarity attributable to the community, and therefore to the State. The topic of the paper is particularly relevant in the current pandemic context as it relates to SARS-CoV-2 vaccine and solidarity compensation.*

SOMMARIO: **1.** Introduzione. – **2.** L'indennizzo per danno da vaccinazione obbligatoria. – **2.1.** La normativa in tema di indennizzo e le successive declaratorie di incostituzionalità.. – **3.** L'indennizzo per danno da vaccinazione raccomandata. – **4.** Brevi cenni sulla decisione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo Vavr^{ic}ka ed altri c. Repubblica Ceca – **5.** La vaccinazione contro il SARS-CoV-2. – **5.1.** Considerazioni generali sull'obbligatorietà della vaccinazione agli operatori sanitari. – **5.1.1.** L'obbligo previsto dall'art. 4 del Decreto-legge 1°4.2021, n. 44, convertito con modificazioni dalla Legge 28 maggio 2021 n. 76. – **5.2.** L'indennizzo per danno da vaccinazione raccomandata contro il SARS-CoV-2.

* Dottoranda in *Fundamental Rights in the Global Society* presso l'Università di Camerino.

1. Introduzione.

L'indennizzo per danno da vaccinazione è ormai da tempo oggetto di dibattito in dottrina. Il profilo che desta maggior interesse è proprio quello della solidarietà. Difatti, è nelle pieghe della ricca giurisprudenza costituzionale sul tema che si scorge la prima e più nota applicazione *diretta* del principio costituzionale di solidarietà¹.

Prima di affrontare l'argomento è opportuno richiamare in linea generale le caratteristiche della vaccinazione.

La *vaccino-profilassi* è un trattamento sanitario preventivo in cui viene inoculato in una persona sana del materiale antigenico che stimola naturalmente la produzione di anticorpi protettivi. La protezione immunitaria si stabilisce normalmente dopo qualche settimana².

Quando la *vaccino-profilassi* è volta a prevenire l'insorgere di una malattia contagiosa, allora il trattamento sanitario, oltre a promuovere la salute del singolo, diviene molto efficace anche per tutelare il benessere della collettività. L'immunità garantita dall'inoculazione, infatti, favorisce l'interruzione della catena del contagio e mira ad eradicare del tutto la malattia.

Tuttavia, non basta immunizzare un numero indeterminato di individui per raggiungere una soddisfacente protezione contro la diffusione delle malattie epidemiche. Infatti, secondo le autorità sanitarie, per assicurare un tangibile beneficio alla collettività deve essere vaccinata almeno il 90% della popolazione³.

Dunque, la pratica vaccinale, per tutte queste ragioni, assume un evidente valore sociale. Di talché la Repubblica ha il compito di promuoverla o financo imporla, rientrando questa fra le misure precauzionali volte a scongiurare il rischio di epidemie che minacciano la comunità. Ciò perché la Repubblica *deve essere parziale*

¹ Come osservato da F. GIUFFRÈ, *La Corte costituzionale in cammino: da un modello casistico all'interpretazione della solidarietà*, in *Giur. Cost.*, 1998, 3, 1967 ss.

² La *vaccino-profilassi* si distingue dalla *vaccino-terapia*, quest'ultima rientra più propriamente nell'ambito dei trattamenti sanitari volontari poiché viene somministrata quando la malattia è già in corso, dunque su pazienti che necessitano di cure e non invece, come nel caso della *vaccino-profilassi*, su individui sani, da ciò deriva che alla *vaccino-terapia* si riconnettono le problematiche tipiche dei trattamenti medici ordinari e si applica la regola generale del consenso informato.

³ L'OMS raccomanda una generica soglia di copertura pari almeno al 90%. L'Istituto Superiore di Sanità, nella relazione del 19 giugno 2017, consegnata alla Commissione Igiene e Sanità del Senato in sede di istruttoria legislativa sul disegno di legge di conversione del decreto-legge n. 73/2017, ha specificato che per proteggere tutta la popolazione, anche coloro che per motivi di salute non possono sottoporsi a profilassi vaccinale, è importante non scendere sotto la soglia ottimale del 95%. Tuttavia, bisogna tener presente che ciascuna infezione richiede, approssimativamente, una specifica soglia di copertura vaccinale necessaria per ottenere l'eradicazione.

dal momento che, ex art. 3 Cost., ha il dovere di rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale per consentire il pieno sviluppo della persona umana. La persona viene intesa non come individuo singolo ma in quanto uomo sociale, facente parte di una comunità⁴. Pertanto, la protezione della salute collettiva, oltre a quella dell'individuo, diviene fondamentale per la realizzazione del programma costituzionale.

Orbene, le politiche sanitarie vaccinali sono da tempo determinate dal Ministero della salute attraverso l'adozione di Piani vaccinali⁵. Grazie a questi atti amministrativi generali determinate vaccinazioni possono essere raccomandate o alla generalità degli individui, oppure a specifiche categorie come ad esempio soggetti affetti da alcune condizioni di rischio, persone a rischio per esposizione professionale o per comportamenti o condizioni.

La raccomandazione viene generalmente promossa attraverso campagne di informazione che mirano a convincere le persone a sottoporsi spontaneamente al trattamento sanitario offerto, di solito, gratuitamente.

Le politiche sanitarie basate sulla persuasione preferiscono all'imposizione, delle *spinte gentili*⁶ e sono viste di buon occhio soprattutto negli approcci economici definiti anti-paternalistici⁷. Difatti, la tecnica della raccomandazione non snatura il carattere volontario del trattamento sanitario, anzi, attraverso il potenziamento dell'informazione mira a valorizzare il principio del consenso, pertanto, non è previsto alcun sacrificio dell'autodeterminazione individuale. Ciò poiché il consenso dell'individuo al trattamento sanitario diviene tanto più libero e consapevole quanto più è preceduto da una informazione completa e comprensibile fornita da autorità sanitarie e istituzioni accreditate nel mondo scientifico.

⁴ G. FERRARA, *La pari dignità sociale (Appunti per una ricostruzione)*, in *Studi in onore di Giuseppe Chiarelli*, II, Milano, 1974, 1098.

⁵ Si possono ricordare il Piano sanitario nazionale per il triennio 1996-1998, il Piano nazionale vaccini 1999-2000, il Nuovo piano nazionale vaccini 2005-2007, il Piano nazionale prevenzione vaccinale 2012-2014 ed infine il Piano nazionale prevenzione vaccinale 2017-2019, quest'ultimo, con deliberazione della Conferenza Stato-Regioni del 25.3.2021, è stato prorogato a tutto il 2021.

⁶ La teoria della spinta gentile (*nudge*) viene elaborata nel campo dell'economia comportamentale ed in particolare è alla base della dottrina economica che prende il nome di paternalismo libertario, R. THALER – C. SUNSTEIN, *Nudge. Improving Decisions about Health, Wealth and Happiness*, New Haven, 2008, evidenziano come per raggiungere obiettivi socialmente desiderabili si possano adottare politiche pubbliche innovative basate su *nudge* al posto tradizionali strumenti di coazione e sanzione.

⁷ L. RAMPA, *Autodeterminazione e coercizione nella legislazione sulle vaccinazioni. Un approccio non giuridico*, in *Quaderni costituzionali*, 4, 2018, 943; nonché G. PASCUZZI, *La spinta gentile verso le vaccinazioni*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 1, 2018, 89 ss.

Durante questo periodo di pandemia da Covid-19 è stata utilizzata anche la formula del “fortemente raccomandato”⁸. Questo enunciato è interessante poiché sembrerebbe quasi un ultimo ammonimento alla popolazione che precede, all’aggravarsi della condizione epidemiologica, la virata verso politiche sanitarie impositive. Tuttavia, non sembra che vi si possa attribuire un autonomo e diverso significato normativo rispetto alla mera raccomandazione.

Quando una determinata vaccinazione viene invece resa obbligatoria, questa deve essere prevista da una legge statale che in nessun caso può violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana, come stabilito dall’art. 32 Cost.

Al di là della tecnica della raccomandazione o dell’obbligo, l’inoculazione del vaccino può comportare una serie di effetti collaterali. In linea di massima, se tali effetti si presentano come lievi e temporanei (ad esempio un arrossamento) e rientrano in un concetto di “normale tollerabilità” e transitorietà, non si creano particolari problemi in punto di diritto. In questo caso, infatti, conducendo una valutazione costi/benefici, può dirsi che il trattamento apporta comunque sul lungo periodo un miglioramento dello stato di salute del paziente, proteggendolo dalla malattia infettiva.

Tutt’altra questione si pone invece quando gli individui riportano, a causa della vaccinazione, delle menomazioni permanenti. Infatti, la vaccinazione presenta quasi sempre una percentuale, seppur molto bassa, comunque ineliminabile, di casi in cui l’inoculazione provoca la morte o conseguenze avverse permanenti molto gravi. Tali eventi provocano una rottura dell’assetto degli equilibri predisposto dall’art. 32 Cost.

Quindi, di fronte al pericolo ineliminabile che si verifichi un evento avverso a seguito della somministrazione, il legislatore, quando decide di rendere obbligatoria una vaccinazione, opera necessariamente una «scelta tragica», in base alla quale nel perseguire un interesse pubblico alla salute, l’ordinamento ritiene accettabile correre il rischio che taluno degli obbligati riporti danni permanenti. «L’elemento tragico sta in ciò, che sofferenza e benessere non sono equamente ripartiti tra tutti, ma stanno integralmente a danno degli uni o a vantaggio degli altri»⁹.

Il contributo si offre quindi di ricostruire la giurisprudenza sull’indennizzo e propone ulteriori riflessioni sull’argomento alla luce del nuovo contesto pandemico.

⁸ Nella circolare annuale “prevenzione e controllo dell’influenza: raccomandazioni per la stagione 2020-2021” adottata dal Ministero della salute il 4 giugno 2020.

⁹ Corte cost., sent. n. 118 del 1996.

2. L'indennizzo per danno da vaccinazione obbligatoria.

Il dibattito sulla risarcibilità dei danni da vaccinazione obbligatoria prende le mosse da una celebre sentenza della Corte costituzionale di inizio anni Novanta¹⁰, con cui veniva dichiarata l'illegittimità costituzionale della Legge 4 febbraio 1966, n. 51 che imponeva l'obbligo di vaccinazione antipoliomielitica per i bambini entro il primo anno di età, senza prevedere un sistema di indennizzo per eventuali danni.

In quell'occasione i Giudici costituzionali chiariscono che nell'ipotesi di ulteriore danno alla salute del soggetto sottoposto al trattamento obbligatorio, «il rilievo costituzionale della salute come interesse della collettività non è da solo sufficiente a giustificare la misura sanitaria». Tale rilievo, seppur radicato nel concetto di solidarietà, non può comportare un peggioramento dello stato di salute del singolo a favore della comunità. Per questo, al fine di non sacrificare il contenuto minimo del diritto alla salute del singolo, la collettività, e per suo conto lo Stato, deve prevedere un equo ristoro del danno patito da vaccinazione obbligatoria.

Il caso, nello specifico, riguardava una persona a cui era stata trasmessa per contagio la poliomielite, con paralisi spinale persistente, dal figlio sottoposto a vaccinazione obbligatoria.

La Corte ha pertanto stabilito che l'«equo ristoro per il danno patito» deve riconoscersi anche a coloro che, assistendo direttamente una persona non autosufficiente, hanno contratto la malattia a causa del contagio dovuto alla stessa vaccinazione. Infatti, l'interesse della collettività «esige che in nome di esso, e quindi della solidarietà verso gli altri, ciascuno possa essere obbligato, restando così legittimamente limitata la sua autodeterminazione, a un dato trattamento sanitario, anche se questo importi un rischio specifico, ma non postula il sacrificio della salute di ciascuno per la tutela della salute degli altri».

Dunque, facendo perno sullo spirito di solidarietà che lega l'individuo alla collettività, quest'ultima deve farsi carico del rischio assunto dal primo, attraverso la previsione di un indennizzo che, secondo i Giudici si configura come una «protezione ulteriore», necessaria per rendere legittimo il trattamento stesso.

Tuttavia, è stato osservato che non sembra esatto riferirsi all'indennizzo come una *protezione ulteriore*, essendo, semmai, una vera e propria *riparazione* dato che il

¹⁰ Corte cost., sent. n. 307 del 1990.

presupposto sta nel verificarsi di un danno non tollerabile alla salute del singolo e si configura come un rimedio eventuale e successivo¹¹.

Per quanto concerne la determinazione della misura dell'indennizzo, questa rientra nei poteri discrezionali del legislatore tenuto conto che, in ogni caso, non può mai consistere in una somma così irrisoria da costituire un'elusione o una violazione dei precetti costituzionali¹².

Deve inoltre esser tenuto presente che l'indennizzo è altro dal risarcimento del danno. Lo strumento indennitario, infatti, si colloca al di fuori del campo di applicazione dell'art. 2043 c.c. in tema di responsabilità civile. Di conseguenza, quest'ultima può sempre essere invocata, anche in aggiunta all'indennizzo, quando vi sia un danno ulteriore imputabile non al vaccino ma a comportamenti colposi relativi alle misure attuative o inerenti alla esecuzione del trattamento sanitario¹³.

Accanto al diritto al risarcimento del danno ex art. 2043 c.c. e all'equo indennizzo ex art. 32 Cost., il danneggiato potrà, ove sussistano i presupposti ex artt. 2 e 38 Cost., ottenere anche ulteriori misure di sostegno assistenziali disposte eventualmente dal legislatore.

2.1. La normativa in tema di indennizzo e le successive declaratorie di incostituzionalità.

Poco dopo la storica sentenza del 1990, il legislatore è intervenuto codificando la previsione dell'indennizzo nell'art. 1, co. 1, Legge 25 febbraio 1992, n. 210, secondo cui «chiunque abbia riportato, a causa di vaccinazioni obbligatorie per legge o per ordinanza di una autorità sanitaria italiana, lesioni o infermità, dalle quali sia derivata una menomazione permanente della integrità psico-fisica, ha diritto ad un indennizzo da parte dello Stato, alle condizioni e nei modi stabiliti dalla presente legge».

¹¹ D. MORANA, *La salute come diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2015, 60.

¹² M. CARTABIA, *La giurisprudenza costituzionale relativa all'art. 32, secondo comma, della Costituzione italiana*, in *Quad. cost.*, 2012, 459.

¹³ A. MAZZITELLI, *Il ragionevole dubbio in tema di vaccinazioni obbligatorie*, in *Federalismi.it*, 2017, 6; Cfr. Corte cost., sent. n. 307 del 1990, la quale precisa che detto rimedio risarcitorio «trova applicazione tutte le volte che le concrete forme di attuazione della legge impositiva del trattamento o di esecuzione materiale di esso non siano accompagnate dalle cautele o condotte secondo le modalità che lo stato delle conoscenze scientifiche e l'arte prescrivono in relazione alla sua natura».

La disposizione, nonostante rappresenti un importante passo avanti in tema di danno da vaccinazione, non si è conformata a quanto enunciato precedentemente dalla Corte costituzionale sotto due profili: quello temporale e quello delle effettive tipologie di vaccinazione soggette ad indennizzo.

Per quanto attiene al primo profilo, infatti, la Corte costituzionale è intervenuta con la sentenza n. 118 del 1996, dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 2 co. 2, in connessione con l'art. 3, co. 7 della Legge n. 210 del 1992, in quanto le norme prevedevano una limitazione temporale.

Difatti, era stato stabilito che l'indennizzo dovesse avere decorrenza dal primo giorno del mese successivo a quello della presentazione della domanda intesa ad ottenerlo e che «per coloro che, alla data di entrata in vigore della (...) legge hanno già subito la menomazione (...), il termine (per la presentazione della domanda) decorre dalla data di entrata in vigore della legge».

La Corte ha osservato che la legge non solo viola l'art. 32 Cost., ma elude la sentenza n. 307 del 1990 che non prevede limiti temporali all'indennizzabilità. Tale limitazione, a detta della Corte, è «inammissibile alla stregua della natura del diritto che deve essere riconosciuto ai danneggiati, un diritto (...) che il legislatore può modellare equitativamente soltanto circa la misura».

In questa occasione i Giudici costituzionali chiariscono il carattere dell'indennizzo che, a differenza dell'illecito, ha natura equitativa e prescinde dalla colpa, derivando direttamente dall'inderogabile dovere di solidarietà.

Per quanto concerne il secondo profilo, sono state quasi cicliche le declaratorie di incostituzionalità della legge in questione¹⁴.

Fra le sentenze più rilevanti vi è quella che ha stabilito l'illegittimità della legge nella parte in cui non prevedeva il diritto all'indennizzo per coloro che erano stati sottoposti alla vaccinazione antipoliomielitica nel periodo di vigenza della Legge 30 luglio 1959, n. 695, dunque prima che tale profilassi fosse resa obbligatoria¹⁵.

La summenzionata legge, pur non rendendo obbligatoria la profilassi contro la poliomielite la incentivava fortemente. In particolare, l'art. 4 stabiliva che per l'ammissione dei bambini ad asili nido, sale di custodia, brefotrofi, asili infantili, scuole materne, elementari, collegi, colonie o comunque qualsiasi altra collettività che riuniva minori dai quattro mesi ai sei anni, dovesse essere presentato l'attestato della

¹⁴ Corte cost., sentt. n. 118 del 1996, n. 27 del 1998, n. 423 del 2000, n. 107 del 2012, n. 268 del 2017 e n. 118 del 2020.

¹⁵ Corte cost., sent. n. 27 del 1998.

avvenuta vaccinazione. Il comma 3, tuttavia, consentiva comunque l'ammissione quando l'esercente la patria potestà o la tutela dichiarasse di non voler sottoporre il bambino alla vaccinazione.

I Giudici costituzionali osservano quindi che «pur non essendo previsto un obbligo giuridico (come sarà poi, dopo la legge del 1966), la sottrazione dei bambini alla vaccinazione li esponeva a conseguenze discriminatorie di notevole gravità, che potevano essere evitate soltanto ove si fosse adempiuto a un onere di certificazione medica o di dichiarazione di volontà contraria da parte dell'esercente la patria potestà o la tutela». Di talché, non si può richiedere che il singolo rischi la propria salute senza che la collettività, la quale ne trae pur sempre un vantaggio, non si assuma il peso delle possibili conseguenze negative.

Come osservato, poi, la stessa vaccinazione antipoliomielitica era stata successivamente resa obbligatoria. Pertanto, non riconoscere l'indennizzo a coloro che erano stati menomati dall'inoculazione solo perché quando l'avevano ricevuta non era ancora entrata in vigore la legge che la prevedeva come obbligatoria, avrebbe reso patentemente irrazionale la legge. Questo perché «essa riserverebbe infatti a coloro che sono stati indotti a tenere un comportamento di utilità generale per ragioni di solidarietà sociale un trattamento deteriore rispetto a quello che vale a favore di quanti hanno agito in forza della minaccia di una sanzione».

Quasi due anni dopo, con la sentenza n. 423 del 2000, la Corte costituzionale si è nuovamente pronunciata, sostanzialmente confermando la propria posizione, su di un caso che riguardava l'indennizzo per danno da vaccinazione da epatite B, non obbligatoria ma raccomandata, nell'ambito di una campagna promossa dall'autorità sanitaria, ad una categoria di persone considerata a rischio.

La sentenza segna un passo avanti rispetto alla propria precedente giurisprudenza, poiché la vaccinazione in questo caso è sprovvista di qualsiasi forma sanzionatoria. Dunque, il perno attorno a cui ruota la decisione non è più quello di stabilire se la vaccinazione sia o meno obbligatoria ma se esista o no una politica di promozione vaccinale tale da giustificare che il risarcimento per il danno subito si sposti sulla collettività¹⁶.

I Giudici costituzionali in quell'occasione hanno infatti sottolineato che anche per la vaccinazione antiepatite B era in corso una campagna legalmente promossa

¹⁶ C. VIDETTA, *Corte costituzionale e indennizzo per lesioni alla salute conseguenti a trattamenti vaccinali. Nuove prospettive*, in *Resp. civ. e prev.*, 3, 2013, 5.

dall'autorità sanitaria. A dimostrazione di ciò la Corte ricorda che detta profilassi era stata resa obbligatoria qualche anno prima per tutti i nuovi nati e che comunque era stata condotta «una capillare campagna per la realizzazione di un programma di diffusione della vaccinazione stessa che ha coinvolto le strutture sanitarie pubbliche del nostro paese in un'opera di responsabilizzazione e sensibilizzazione ai rischi che l'epatite di tipo B comporta per sé e per gli altri, e innanzitutto per i bambini».

3. L'indennizzo per danno da vaccinazione raccomandata.

A partire dagli anni Duemila si sono susseguite una serie di pronunce che hanno evidenziato, di volta in volta, il contrasto dell'art. 1 co. 1 della Legge n. 210 del 1992 con gli artt. 2, 3 e 32 Cost., nella parte in cui non si prevede il diritto all'indennizzo neppure per menomazioni derivanti dalle varie vaccinazioni solo raccomandate (da quella anti-epatite B, passando per anti-morbillo, anti-parotite, anti-rosolia e anti-influenzale). Le decisioni della Corte costituzionale che hanno interessato la Legge n. 210 del 1992 presentano quindi lo schema tipico delle pronunce additive¹⁷.

Alcuni profili di interesse si colgono nella sentenza n. 107 del 2012. In tal caso i ricorrenti lamentavano che la legge sull'indennizzo non aveva ricompreso l'ipotesi in cui le lesioni o l'infermità erano dovuti alla somministrazione dei vaccini, esclusivamente raccomandati, contro morbillo, rosolia e parotite.

La Corte chiarisce che «in un contesto sociale di irrinunciabile solidarietà, tutti coloro che si sono uniformati ai comportamenti diretti alla protezione della salute pubblica, imposti o anche solo sollecitati dalla collettività, tramite gli organi competenti, devono essere garantiti dalla previsione di una misura indennitaria, destinata a compensare il sacrificio individuale ritenuto corrispondente a un vantaggio collettivo, nel caso in cui subiscano conseguenze pregiudizievoli per la loro salute».

Vi è quindi un pieno riconoscimento del valore solidaristico enunciato in Costituzione, questo poiché i Giudici osservano che il diritto all'indennizzo sorge a prescindere dalle ragioni personali (egoistiche o altruistiche) che spingono il singolo a vaccinarsi, ciò che rileva è solo l'oggettivo vantaggio che trae la collettività da

¹⁷ D. MORANA, *Obblighi e raccomandazioni in tema di vaccinazioni, tra discrezionalità legislativa ed estensione del diritto all'equo indennizzo (in nota a Corte cost., sent. n. 118/2020)*, in *Rivista AIC osservatorio costituzionale*, 1, 2021, 235.

questa scelta. Sempre in base a questo assunto si giustifica il fatto che non è l'obbligatorietà, che si configura come una mera tecnica, che consente di riconoscere il diritto all'indennizzo, bensì l'«obbligo generale di solidarietà nei confronti di quanti, sottoponendosi al trattamento, vengano a soffrire di un pregiudizio»¹⁸.

Il principio di solidarietà, che la vaccinazione sia obbligatoria o solamente raccomandata, opera con la stessa forza¹⁹.

Sempre in linea con questa giurisprudenza si colloca la sentenza della Corte costituzionale n. 268 del 2017, nella quale viene esteso il diritto all'indennizzo anche a coloro i quali hanno conseguito un danno da vaccinazione raccomandata antinfluenzale.

La Corte coglie l'opportunità per chiarire definitivamente che la tecnica dell'obbligo e quella della raccomandazione rientrano nella discrezionalità del legislatore ma che entrambe perseguono lo stesso fine: garantire e tutelare la salute (anche collettiva).

Nell'argomentazione si scorge un elemento di particolare importanza, ribadito nella successiva sentenza n. 118 del 2020, ossia il fatto che la vaccinazione raccomandata, essendo consigliata dalle autorità sanitarie (anche solo da quelle regionali), fa sì che il singolo sviluppi un affidamento nei confronti di quanto suggerito, e ciò «rende la scelta individuale di aderire alla raccomandazione di per sé obiettivamente votata alla salvaguardia anche dell'interesse collettivo».

Ne consegue che solo ed esclusivamente alla vaccinazione che sia stata in qualche modo raccomandata, quindi oggetto di una campagna comunicativa, può essere esteso il diritto all'indennizzo, e non anche al trattamento puramente facoltativo.

Queste conclusioni, del resto, si pongono anche in linea con quella giurisprudenza della Corte costituzionale che non ha ritenuto di dichiarare incostituzionale la mancata previsione del diritto a un equo indennizzo a carico dello Stato nel caso in cui il paziente riporti un danno dal trattamento sanitario necessitato²⁰.

La procedura necessitata si differenzia dal trattamento sanitario obbligatorio poiché comprende gli interventi medici necessari quando non esistono alternative terapeutiche. Si tratta quindi di procedure mediche a cui il malato deve sottoporsi per arrestare o rallentare il decorso della malattia o per alleviarne le conseguenze²¹.

¹⁸ Corte cost., sent. 107 del 2012.

¹⁹ D. MORANA, *op. ult. cit.*, 234.

²⁰ Corte cost., sent. 226 del 2000.

²¹ M. CARTABIA, *op. cit.*, 457.

In questi casi non vi è una legge che sancisce l'obbligo al trattamento sanitario poiché questi ultimi si basano su una necessità dovuta alla particolare patologia e non coinvolgono direttamente l'interesse alla salute della collettività. Un esempio sono le emotrasfusioni per le persone affette da emofilia. «Vi è, in altre parole, una differenza profonda tra *cogenza dell'obbligo legale* e *necessità della misura terapeutica*, e l'art. 32, secondo comma si riferisce solo alla prima delle due situazioni (sent. n. 226 del 2000)»²².

La Corte costituzionale ha quindi spiegato che il raffronto tra la cogenza dell'obbligo e la necessità «non lascia insensibili sul piano umano (...) e (...) ben può trovare sbocchi di natura politico-legislativa, ma (...) è improduttivo sul piano giuridico-costituzionale». Dunque, il principio di solidarietà non può operare come fonte diretta dell'indennizzo per danno da trattamento sanitario necessitato, poiché in questi casi manca un nesso fra la dimensione individuale e quella collettiva della tutela della salute.

Anche in questi casi, però, il legislatore nell'ambito della propria discrezionalità può, ai sensi degli artt. 2 e 38 co. 2 Cost., prevedere misure di natura assistenziale «fondate sulla solidarietà collettiva garantita ai cittadini (...) a fronte di eventi che hanno generato una situazione di bisogno»²³.

Tornando alla già menzionata sentenza del 2020, è possibile osservare come grazie a questa pronuncia si riconosca il diritto all'indennizzo anche ai soggetti a cui la raccomandazione non è *direttamente* riferita. Questo perché «quel che conta, è comunque l'affidamento che il singolo, chiunque egli sia (soggetto a rischio o non), ripone nella raccomandazione delle autorità sanitarie, ed è anche a partire da questo suo punto di vista che devono essere delineati i fondamenti della tutela indennitaria».

Rispetto alla giurisprudenza precedente, dunque, la Corte definisce meglio quali sono i casi in cui si possa procedere all'estensione del diritto all'indennizzo anche

²² Testualmente, M. CARTABIA, *op. cit.*, 457.

²³ Corte cost. sent. 55 del 2019, in questa occasione la Corte si è pronunciata su una questione di legittimità del decreto-legge 24 giugno 2016, n. 113 (Misure finanziarie urgenti per gli enti territoriali e il territorio), convertito, con modificazioni, nella Legge 7 agosto 2016, n. 160 che riconosce anche ai nati nel 1958 e nel 1966 – affetti da sindrome da talidomide, determinata dalla somministrazione dell'omonimo farmaco e manifestatasi nelle forme dell'amelia, dell'emimelia, della focomelia e della micromelia – l'indennizzo di cui all'art. 1 della legge 29 ottobre 2005, n. 229 (Disposizioni in materia di indennizzo a favore dei soggetti danneggiati da complicanze di tipo irreversibile a causa di vaccinazioni obbligatorie). La Corte ha sottolineato che anche se in questo specifico caso la menomazione della salute non è stata provocata da responsabilità delle autorità sanitarie o da adempimento di obblighi legali o raccomandazione, comunque il legislatore, nell'ambito della propria discrezionalità, può prevedere misure di natura assistenziale in base agli artt. 2 e 38, co. 2, Cost.

quando il danno consegue alla somministrazione di una vaccinazione solo raccomandate. In sostanza, la vaccinazione deve essere oggetto di una campagna di sensibilizzazione e comunicazione ad opera delle autorità pubbliche e deve esistere un affidamento degli individui ingenerato proprio dalle sollecitazioni promosse dalle medesime autorità²⁴.

Dunque, analizzando l'evoluzione giurisprudenziale in materia di indennizzi, si può osservare come sia stato valorizzato il ruolo delle campagne comunicative che finiscono per diventare addirittura un «fattore di legittimità della preferenza per una modalità più *soft*, quale quella della raccomandazione, la cui finalizzazione ultima risulta comunque essere la salvaguardia della salute come fondamentale interesse della collettività ex art. 32 Cost.»²⁵.

In conclusione, la giurisprudenza della Corte costituzionale, parificando ai fini dell'indennizzabilità il trattamento sanitario obbligatorio e quello raccomandato, sembra voler incentivare una politica vaccinale flessibile, in cui si possa transitare dall'obbligo alla raccomandazione con facilità. In particolare, riconoscendo alla base di entrambe le procedure lo spirito di solidarietà che in un caso contribuisce a giustificare l'imposizione, nell'altro muove spontaneamente l'individuo, si pongono sullo stesso piano le due tipologie di vaccinazione.

È comunque opportuno mettere in evidenza che tale ragionamento volta ad equiparare la raccomandazione all'obbligo dovrebbe valere solo con riguardo alle politiche vaccinali e all'indennizzo. Distinguere e tener separato il trattamento sanitario raccomandato da quello obbligatorio rimane, invece, un punto essenziale per comprendere quali siano le garanzie costituzionali effettivamente applicabili alla singola profilassi.

Per quanto concerne invece la giurisprudenza della Corte di Cassazione è interessante osservare che proprio nel giudizio nell'ambito del quale era stata sollevata la questione di legittimità costituzionale accolta dalla Corte costituzionale nella sent. n. 118 del 2020, i giudici ribadiscono la necessità di accertare il nesso di causalità tra la malattia denunciata e la vaccinazione²⁶. In particolare, il principio dettato dalla Corte di Cassazione in tema di indennizzo per danno da vaccinazione si sostanzia nel fatto che «la prova a carico dell'interessato ha ad oggetto l'effettuazione della somministrazione vaccinale e il verificarsi dei danni alla salute e il nesso

²⁴ D. MORANA, *op. ult. cit.*, 240.

²⁵ Testualmente, D. MORANA, *op. ult. cit.*, 244.

²⁶ Cass., sez. lav., sent. 16 marzo 2021, n. 7354.

causale tra la prima e i secondi, da valutarsi secondo un criterio di ragionevole probabilità scientifica»²⁷.

4. Brevi cenni sulla decisione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo *Vavřička* ed altri c. Repubblica Ceca.

Sempre sul tema delle vaccinazioni²⁸ ha suscitato particolare interesse una recentissima sentenza dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo²⁹ in cui è stato escluso che la decisione della Repubblica Ceca di prevedere l'obbligatorietà di nove vaccinazioni per i minori violasse l'art. 8 della Cedu³⁰.

Orbene, l'art. 8 della Cedu tutela la vita privata e familiare, pertanto vi rientrano anche le questioni concernenti le cure mediche forzate e le procedure sanitarie obbligatorie. Queste, infatti, sono riconducibili al concetto di *vita privata* intesa come mantenimento dell'integrità fisica, psicologica o morale.

Dunque, il ricorso è stato presentato da un genitore a cui era stata comminata una sanzione pecuniaria per non aver sottoposto i figli alla vaccinazione obbligatoria per

²⁷ Cfr. Cass., sez. lav., sent. 3 febbraio 2021, n. 2474 che richiama anche le sentt. Cass., 17 gennaio 2005, n. 753; Cass., 19 gennaio 2011, n. 1135 e Cass., 19 dicembre 2016 n. 27449, per una ricognizione giurisprudenziale sulla prova del nesso di causalità (onere del danneggiato), cfr. I. COPPOLA, *La vaccinazione contro il COVID-19 tra diritto di scelta e responsabilità sociale*, in *Il Caso.it*, 2021, 7 ss.

²⁸ La Corte EDU si era già pronunciata sul tema due volte: nel caso *Salveti v. Italy (dec.)*, no. 42197/98, 9 July 2002, in cui è statuito che la vaccinazione obbligatoria interferisce con il diritto alla vita privata di cui all'art. 8 Cedu; nel secondo caso, *Solomakhin v. Ukraine (dec.)* no. 24429/03, 15 March 2012, è stato ritenuto che la legge impositiva ucraina rispettasse i requisiti richiesti e che l'interferenza con l'integrità fisica del ricorrente era comunque giustificata da ragioni di salute pubblica e dall'esigenza di controllare la diffusione delle malattie; sul punto cfr. G. MERINO-GÓMEZ, *Compulsory Vaccination vs. Patient's Autonomy*, in C. COLAPIETRO – M. ATRIPALDI – G. FARES – A.IANNUZZI (a cura di), *I modelli di welfare sanitario tra qualità e sostenibilità. Esperienze a confronto*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, 362.

²⁹ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sent. 8.4.2021 (n. 47621/13) su cui cfr. M.L. LO GIACCO, *Vaccini obbligatori e obiezione di coscienza dei genitori. (La decisione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo *Vavřička* ed altri c. Repubblica Ceca, 8 aprile 2021)*, in *Rivista AIC osservatorio costituzionale*, 3, 2021, 272 ss., nonché C. BERTOLINO, *Vaccinazioni obbligatorie nei confronti di minori quale «misura necessaria in una società democratica». Pronuncia della Corte europea sul caso della Repubblica ceca. Riflessioni possibili sulla campagna vaccinale contro il Covid-19?*, in *Diritti comparati*, 2021, 1 ss.

³⁰ L'articolo 8 della Cedu (Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali) stabilisce che «1. Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza. 2. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui».

legge e da altri cinque a cui era stata rifiutata l'ammissione dei minori alla scuola dell'infanzia per lo stesso motivo.

La Corte di Strasburgo ha innanzi tutto confermato che l'obbligatorietà era stata disposta da una legge ed ha poi accertato che l'obiettivo della legislazione era quello di proteggere dalle malattie epidemiche, tutelando sia coloro che ricevono il vaccino, sia chi non può proprio vaccinarsi a causa di condizioni di fragilità, tramite il raggiungimento dell'immunità di gregge. Quindi, pur confermando la propria precedente giurisprudenza che riconosce la vaccinazione obbligatoria come un'interferenza con l'integrità fisica dell'individuo tutelata dall'art. 8 CEDU, la Grande Camera ha ritenuto che le decisioni dello Stato ceco perseguissero obiettivi legittimi.

Agli Stati, infatti è riconosciuto un ampio margine di apprezzamento sulla necessità di adottare misure impositive. A tal proposito la sentenza chiarisce anche che il giudizio non verte tanto sulla opportunità di adottare una politica vaccinale diversa e meno invasiva, quanto piuttosto nel valutare se, nell'assicurare l'equilibrio fra le opposte esigenze, le autorità ceche abbiano superato il margine di apprezzamento che compete loro.

Pertanto, l'esame della Corte EDU non concerne i limiti costituzionali che la legge impositiva incontra, quanto piuttosto la compatibilità delle misure restrittive con i diritti umani sanciti dalla Convenzione³¹.

La Corte, quindi, sottolinea come la decisione di imporre le vaccinazioni si configura come la risposta alla necessità sociale di proteggere la salute sia dei minori, sia della collettività in generale. Inoltre, con specifico riguardo all'immunizzazione dei bambini, si inserisce anche il tema del loro interesse superiore che, appunto, in questo caso viene perseguito dalla legge ceca.

La Corte ha infine ritenuto proporzionato il sacrificio richiesto ai singoli rispetto all'interesse perseguito. Lo Stato ceco, infatti, non ha previsto la possibilità di imporre la vaccinazione attraverso coercizione fisica ed in più ha escluso l'obbligatorietà assoluta della profilassi prevedendo esenzioni per i minori che per motivi di salute non si possono sottoporre al trattamento. Inoltre, prima della sottoposizione al trattamento il personale medico effettua un'anamnesi per accertare la presenza delle condizioni per poter procedere alla profilassi. In ogni caso, le

³¹ In tal senso, M. ABBRUZZESE, *Report Vaccini*, pubblicato il 10.5.2021 e disponibile sul sito www.giustizia-amministrativa.it, 6.

sanzioni previste per gli inadempienti sono solo pecuniarie ed indirette. Queste ultime consistono nell'impossibilità di iscrivere i bambini non vaccinati alla scuola dell'infanzia che comunque non rientra nell'istruzione obbligatoria, e presentano un carattere non tanto sanzionatorio quanto protettivo nei confronti di quei minori che non possono sottoporsi alla vaccinazione. La legge ceca prevede altresì un indennizzo per i danni alla salute dovuti alla vaccinazione obbligatoria.

Dunque, le misure contestate sono state considerate «*necessary in a democratic society*».

Orbene, con specifico riguardo all'indennizzo, è interessante notare come la pronuncia richiami ampiamente anche la giurisprudenza della Corte costituzionale italiana relativa al tema. Inoltre, la Corte EDU osserva che, in linea generale, la previsione di un indennizzo risulta essere effettivamente rilevante per la valutazione complessiva del sistema che impone la vaccinazione obbligatoria.

Tuttavia, occorre tener presente che la Corte EDU si era precedentemente pronunciata anche sulla questione dell'indennizzo per danno da vaccinazione solo raccomandata. In quel caso i ricorrenti sostenevano che dovesse essere accertata la responsabilità dello Stato, ai sensi degli artt. 2 e 8 CEDU, per il danno occorso al figlio a causa della somministrazione della vaccinazione antipoliomielitica³². La Corte EDU ha osservato che quando la campagna vaccinale ha come obiettivo quello di proteggere la comunità mediante l'eradicazione delle malattie, se si verificano un numero ridotto di incidenti gravi, non si può contestare allo Stato di non aver adottato le misure necessarie per proteggere l'integrità fisica degli individui.

Quindi, la Corte ha dichiarato inammissibile il ricorso perché, in assenza di un obbligo di legge o di un errore medico, l'introduzione di un sistema compensatorio si configura come una misura di previdenza sociale che lo Stato può scegliere di adottare ma che non rientra nell'ambito di applicazione della Convenzione.

5. La vaccinazione contro il SARS-CoV-2.

Nell'attuale contesto pandemico sono innumerevoli le sfide che gli Stati sono chiamati ad affrontare nel settore della vaccinazione contro la Covid-19. Per questo,

³² Nella decisione *Baytöre and Others v. Turkey (dec.)*, no. 3270/09, 12 March 2013.

basandosi sui principi enunciati dalla consolidata giurisprudenza costituzionale sul tema possono essere condotte specifiche riflessioni sull'indennizzo.

In linea generale, è necessario chiarire che in condizioni normali, lo sviluppo di un vaccino richiede dai cinque ai dieci anni, tuttavia, la gravità della situazione ha consentito di giungere ad importanti risultati nel giro di un solo anno.

Ciò è stato possibile grazie ad una pluralità di fattori. In primo luogo, la comunità scientifica ha trasferito nella ricerca sul vaccino tecnologie e metodi in uso in altri campi, consentendo per la prima volta una sperimentazione basata su vaccini mRNA.

In secondo luogo, sono state impiegate ed investite dai privati e dagli Stati ingenti risorse economiche, anche a fondo perduto.

Infine, sono stati snelliti i processi standard di approvazione dei vaccini da parte delle agenzie regolatorie. Infatti, l'EMA ha elaborato il metodo *rolling review*, grazie al quale i dati delle sperimentazioni vengono analizzati di volta in volta e non tutti insieme alla fine³³.

Quest'ultimo punto è di estrema importanza. Difatti, la scarsità di dati scientifici dovuti all'impossibilità di raccogliarli sul lungo periodo ha comportato una serie di conseguenze.

Per prima cosa, le evidenze scientifiche sull'efficacia dei vaccini iniziano ad emergere solo a distanza di qualche mese dalle prime somministrazioni, avvenute in tutto il mondo, a partire dal gruppo degli operatori sanitari, nel mese di dicembre 2020. Gli studi scientifici stanno analizzando l'efficacia delle vaccinazioni sia dopo la prima che la seconda dose e mostrano, soprattutto fra i soggetti che hanno completato il ciclo vaccinale, percentuali molto alte di protezione dallo sviluppo della malattia in forma grave.

Un'altra incognita sulle vaccinazioni contro il SARS-CoV-2 riguarda la durata dell'immunità garantita dal vaccino. Questo elemento non è ancora noto ma sarà determinante nella strategia vaccinale da mettere in campo nei prossimi anni.

Su questo punto è interessante osservare la scelta compiuta nell'ambito della normativa sulla "certificazione verde Covid-19". Tale certificazione, disciplinata

³³ Cfr. il Comunicato sul coronavirus, in continuo aggiornamento, pubblicato sul sito dell'Istituto Nazionale Malattie Infettive Lazzaro Spallanzani a cura di S. CURIALE, reperibile al seguente link: <https://www.inmi.it/aggiornamenti-coronavirus>. Gli approfondimenti sullo sviluppo, la valutazione e l'approvazione dei vaccini contro Covid-19 sono consultabili al link: <https://www.epicentro.iss.it/vaccini/VacciniSviluppoCommercio>.

dall'art. 9 del decreto-legge 22 aprile 2021, n. 52³⁴ ed ispirata al modello europeo del *Green Pass*³⁵, serve a comprovare lo stato di avvenuta vaccinazione o guarigione al SARS-CoV-2, ovvero l'effettuazione di un test molecolare o antigenico rapido con risultato negativo al virus³⁶. Dunque, per coloro i quali hanno completato il ciclo vaccinale o hanno contratto la malattia la certificazione ha una durata di soli nove mesi, pertanto risulta ben limitata nel tempo.

Sono poi ancora in corso, ancorché promettenti, gli studi sugli effetti e sull'efficacia della vaccinazione su categorie quali le donne in gravidanza o in fase di allattamento, i bambini e gli adolescenti³⁷.

Il tema forse più caldo però, soprattutto perché presenta importanti ripercussioni sul lato giuridico, concerne la capacità del vaccino di ridurre o rallentare la trasmissione del virus. Ad oggi, se non è ancora dimostrabile che il vaccino riesca ad impedire totalmente la diffusione del virus, comunque, riducendo l'eventuale carica virale del soggetto vaccinato, presenta innegabili effetti positivi, contribuendo almeno a diminuire il rischio di contagio.

Deve poi essere messo in luce che ogni vaccino al momento è disponibile in quantità limitate, per questo è stato necessario individuare dei criteri di priorità nella somministrazione. Ciò ha comportato anche l'impossibilità per il paziente di *scegliere* quale vaccino farsi inoculare.

Inoltre, sfruttando tecnologie diverse, ciascun vaccino presenta efficacia ed effetti collaterali determinati. Per queste ragioni risulta particolarmente difficile poter condurre valutazioni generali, anche nel contesto della strategia vaccinale, dovendo essere considerata la specificità di ciascun prodotto.

Da queste prime riflessioni sorgono poi due considerazioni generali.

³⁴ Al momento in cui si scrive, il disegno di legge concernente la conversione, con modifiche, del decreto-legge 22 aprile 2021, n. 52, risulta approvato dalla Camera dei Deputati in data 9 giugno 2021 ed approvato definitivamente dal Senato in data 16 giugno 2021, ma non ancora pubblicato.

³⁵ La proposta sul "*Framework for the issuance, verification and acceptance of interoperable certificates on vaccination, testing and recovery to facilitate free movement during the COVID-19 pandemic (Digital Green Certificate)*" è stata presentata dalla Commissione europea in data 17.3.2021 ed è consultabile al seguente link: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52021PC0130>; sul punto cfr. G. GRASSO, "*Certificato verde digitale*", "*Passaporto vaccinale*" e *diritto costituzionale: prime considerazioni*, in *Corti supreme e salute*, 1, 2021, 1 ss.

³⁶ In linea estremamente generale, la certificazione verde consente ai soggetti che ne sono provvisti la possibilità partecipare ad eventi pubblici, accedere a residenze sanitarie assistenziali o altre strutture, spostarsi in entrata e in uscita da territori classificati in "zona rossa" o "arancione".

³⁷ Il 28.5.2021 l'EMA ha raccomandato di estendere l'indicazione per il vaccino Pfizer/BioNTech anche per gli adolescenti di età compresa tra i 12 e i 15 anni, cfr. *EMA news Release, First COVID-19 vaccine approved for children aged 12 to 15 in EU*, consultabile al seguente link: <https://www.ema.europa.eu/en/news/first-covid-19-vaccine-approved-children-aged-12-15-eu>.

La prima ha carattere globale e riguarda le modalità di accaparramento delle dosi vaccinali ed i criteri di distribuzione delle stesse fra i vari Paesi del mondo³⁸. Difatti, allo stato attuale l'approvvigionamento è legato al potere negoziale ed alle possibilità economiche degli Stati e degli ordinamenti sovranazionali. Il problema si riconnette alla discussione³⁹ sull'opportunità di "superare" le norme in materia di brevetti che consentono l'attribuzione di valore economico alle scoperte scientifiche e che, secondo alcuni, impediscono di trattare il vaccino come un *bene comune*⁴⁰. In ogni caso, la dottrina ha evidenziato come l'emergenza ha stimolato una nuova lettura della disciplina sui brevetti, attivando un processo volto a riconsiderare gli ambiti di applicazione del diritto di esclusiva⁴¹.

Il rischio paventato in un documento dell'Accademia Nazionale dei Lincei è che «lo Stato che produce per primo il vaccino, prodotto salvifico, può utilizzarlo per affermare così la sua eccellenza scientifica e tecnologica e dimostrare la sua capacità di proteggere per primi gli abitanti della sua nazione e poi gli abitanti dei paesi amici. La competizione economica diviene così anche competizione politica e misura del potere»⁴².

Per questo motivo l'Organizzazione Mondiale della Sanità, assieme a Gavi Alliance e Cepi (Coalition of Epidemic Preparedness Innovations), due organizzazioni no profit, sta attuando il programma *Covax (Covid-19 global vaccine*

³⁸ Cfr. AA.VV., *An ethical framework for global vaccine allocation*, in *Science*, vol. 369, 2020, 1309-1312; nonché G. BATTARINO, *Prime riflessioni su criteri costituzionalmente fondati di distribuzione dei vaccini anti-Sars-Cov-2*, in *Questione giustizia.it*, 24.11.2021; sul punto anche A. RUGGERI, *La vaccinazione contro il Covid-19 tra autodeterminazione e solidarietà*, in *Dirittifondamentali.it*, 2, 2021, 193 s.

³⁹ Sul punto cfr. la risoluzione del Parlamento UE del 10 giugno 2021 sulla risposta alla sfida globale posta dalla COVID-19: effetti della deroga all'accordo TRIPS dell'OMC sui vaccini, le terapie e i dispositivi in relazione alla COVID-19 e sull'incremento delle capacità di produzione e fabbricazione nei paesi in via di sviluppo (2021/2692(RSP)); altresì è stata presentata il 23 febbraio 2021 da alcuni deputati una mozione concernenti iniziative volte a implementare la produzione e distribuzione di vaccini anti covid-19, anche attraverso l'autorizzazione temporanea della concessione di licenze obbligatorie; in generale, sull'argomento cfr. C. BERTOLINO, *"Certificato verde Covid-19" tra libertà e eguaglianza*, in *Federalismi.it*, 15, 2021, 6 ss.

⁴⁰ G. BATTARINO, *op. cit.*, 1; sul punto anche G.M. RUOTOLO, *Per aspera ad Astra (Zeneca). Libertà di circolazione intra-UE e diritto d'accesso ai vaccini nella campagna anti Covid-19*, in *DPCE online*, 1, 2021, XVIII ss., dopo aver dettagliatamente ricostruito l'impianto normativo osserva che non vi è comune unanimità di vedute sul fatto che una deroga all'efficacia dei brevetti possa condurre a una veloce soluzione del problema, anzi, sono stati evidenziati anche «i rischi di una "politicizzazione" della ricerca, qualora essa finisse sotto il totale controllo di governi nazionali» e di una disincentivazione delle future attività di ricerca e sviluppo.

⁴¹ In tal senso, F. MASSIMINO, *Vaccini, brevetti e Big Pharma tra profitto, sostenibilità e diritto alla salute*, in *Dir. industriale*, 3, 2021, 232 ss.

⁴² Accademia Nazionale dei Lincei (ANL), *Accesso equo ai vaccini*, documento della Commissione Covid 19, 1.6.2020, 4.

access facility) in base al quale si centralizza l'acquisto dei vaccini con l'obiettivo di distribuirli anche nei paesi a basso reddito⁴³.

La seconda questione ha invece carattere nazionale e concerne l'individuazione delle categorie di soggetti a cui spetta l'inoculazione in via prioritaria.

Orbene, la definizione di tali categorie è strettamente dipendente dalla strategia di vaccinazione che si intende perseguire. La strategia vaccinale fissa gli obiettivi da raggiungere modellandoli sulle particolari caratteristiche dei vaccini disponibili ed è stata definita dal Piano Strategico per la Vaccinazione anti-SARS-CoV-2/COVID-19.

Il Piano Strategico è previsto dall'art. 1, comma 457, della Legge 30 dicembre 2020, n. 178, secondo cui questo deve essere adottato con decreto del Ministro della Salute «avente natura non regolamentare». Al Piano è affidata la funzione di «garantire il massimo livello di copertura vaccinale sul territorio nazionale» e, di conseguenza, ad esso è demandato anche il delicatissimo compito di decidere i criteri sulla base dei quali stabilire l'ordine di priorità d'accesso al vaccino.

Il Piano infatti chiarisce che le raccomandazioni sui gruppi a cui offrire la vaccinazione in via prioritaria sarà ispirata «dai valori e principi di equità, reciprocità, legittimità, protezione, promozione della salute e del benessere (...)».

L'individuazione delle categorie da vaccinare prioritariamente, tuttavia, richiede, oltre alla valutazione di dati tecnico-scientifici, anche la ponderazione di interessi e diritti costituzionalmente tutelati il cui bilanciamento dovrebbe essere affidato al legislatore. Pertanto, tale scelta dovrebbe essere assunta all'interno del circuito democratico per trovare una piena legittimazione⁴⁴. Viene da sé che alla fonte primaria si dovrebbe demandare quanto meno l'individuazione dei criteri sulla base dei quali determinare l'ordine di vaccinazione⁴⁵.

Dunque, da tale questione, poi, si dipanano innumerevoli ulteriori problematiche inerenti alla strategia vaccinale, a partire dall'opportunità di disporre un obbligo alla vaccinazione, generalizzato, a determinate fasce d'età o a certe categorie di soggetti (operatori sanitari, impiegati nei servizi pubblici essenziali, etc.), sino alle scelte inerenti alla gestione del complicato rapporto fra Stato e Regioni per garantire, soprattutto nella fase esecutiva delle politiche vaccinali, un sistema unitario,

⁴³ Sul punto cfr. C. BERTOLINO, *op. cit.*, 9.

⁴⁴ N. ROSSI, *Il diritto di vaccinarsi. Criteri di priorità e ruolo del Parlamento*, in *Questionegiustizia.it* del 4.1.2021.

⁴⁵ A. MORELLI, *Vaccinazioni e Regioni: quali lezioni trarre in tema di autonomie?*, in *Diritti Regionali*, 1, 2021, 3, sottolinea che «l'approvazione di una legge coinvolgerebbe in modo pieno la sede della rappresentanza politica nazionale e consentirebbe il sindacato della Corte costituzionale».

omogeneo e non frammentato, che assicuri il rispetto del principio di eguaglianza ma anche quel certo margine di autonomia che la Carta costituzionale accorda agli enti territoriali⁴⁶.

5.1. Considerazioni generali sull'obbligatorietà della vaccinazione agli operatori sanitari.

Già pochi mesi dopo l'avvio della campagna vaccinale, si è posto il problema della renitenza alla vaccinazione di un certo numero di operatori sanitari. Si è pertanto aperto un intenso dibattito pubblico sull'opportunità di prevedere la vaccinazione contro il SARS-CoV-2 obbligatoria per queste categorie di professionisti.

In generale, la decisione di alcuni professionisti del settore sanitario di non sottoporsi alla profilassi rischia di avere ripercussioni tanto sui pazienti con cui gli stessi entrano in contatto, quanto sugli aspetti che attengono all'organizzazione delle strutture sanitarie. Difatti, prima della diffusione del vaccino le strutture ospedaliere dovevano chiudere i reparti dove comparivano focolai mettendo in quarantena il personale ed i pazienti, e, a causa della carenza di medici ed infermieri, non era più possibile garantire le prestazioni sanitarie.

Dunque, ad un primo sguardo, i presupposti per imporre una obbligatorietà della vaccinazione a questa categoria vi sarebbero tutti.

In primo luogo, la profilassi migliora la condizione di salute del singolo poiché riduce sensibilmente il rischio che la malattia si presenti nella sua forma più grave e, con riguardo alle possibili conseguenze avverse, il rapporto rischi/benefici propende per quest'ultima componente⁴⁷.

In secondo luogo, il trattamento sanitario imposto al singolo recherebbe un vantaggio per la salute della collettività dal momento che, diminuendo il numero di persone ospedalizzate e quindi la pressione sul sistema sanitario, continuerebbe ad

⁴⁶ Fermo restando che, alla luce della sentenza della Corte costituzionale n. 37 del 2021, nell'attuale contesto pandemico, rientrano nelle competenze esclusive statali ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett q) «non soltanto le misure di quarantena e le ulteriori restrizioni imposte alle attività quotidiane, in quanto potenzialmente fonti di diffusione del contagio, ma anche l'approccio terapeutico; i criteri e le modalità di rilevamento del contagio tra la popolazione; le modalità di raccolta e di elaborazione dei dati; l'approvvigionamento di farmaci e vaccini, nonché i piani per la somministrazione di questi ultimi, e così via. In particolare i piani di vaccinazione, eventualmente affidati a presidi regionali, devono svolgersi secondo i criteri nazionali che la normativa statale abbia fissato per contrastare la pandemia in corso».

⁴⁷ Cfr. le *FAQ* pubblicate sul portale ufficiale dell'AIFA consultabili al seguente link: <https://www.aifa.gov.it/vaccini-covid-19>.

essere garantito l'accesso alle cure, soprattutto alle terapie intensive, che presentano un numero limitato di posti letto.

Inoltre, l'interesse della collettività all'imposizione del trattamento sarebbe riconducibile all'esigenza di proteggere le persone fragili con cui questi professionisti entrano costantemente in contatto e di evitare che si inneschino focolai nelle strutture sanitarie che ne compromettano l'operatività (con conseguente difficoltà a garantire il diritto di cura ai pazienti).

Ciò posto, vi sono delle evidenti criticità connesse alla previsione di un obbligo alla vaccinazione contro il SARS-CoV-2.

Innanzitutto, non deve essere sottovalutato che imporre la vaccinazione ad una certa categoria vorrebbe dire dirottare a favore di questa tutte le dosi vaccinali necessarie. Ciò poiché nel momento in cui si impone un obbligo lo Stato deve primariamente mettere i soggetti obbligati in condizione di adempierli. Di conseguenza, in una situazione di scarsità di risorse, questo comporterebbe il rallentamento della vaccinazione di altre categorie di persone su cui non insiste un obbligo. Tale argomentazione assume un certo peso se si tiene presente che in un primo momento la politica vaccinale si poneva come obiettivo quello di ridurre i ricoveri e tenere sotto controllo la pressione nelle terapie intensive, dal momento che non è ancora accertata la capacità del vaccino di arrestare la trasmissione del virus. Per questo, in linea teorica, si potrebbe ritenere maggiormente vantaggioso vaccinare prima una persona anziana e solo dopo un giovane operatore sanitario che lavora in reparti a basso rischio.

In ogni caso, devono essere attentamente ponderate le sanzioni, soprattutto quelle indirette. Ad esempio, sanzionare con l'inidoneità al lavoro chi rifiuta il vaccino, potrebbe arrecare problemi alle strutture sanitarie. Queste ultime, trovandosi in situazione di forte stress e carenza di personale, potrebbero infatti ritenere più conveniente mantenere sul posto di lavoro un soggetto non vaccinato piuttosto che rinunciare totalmente alla risorsa con il rischio di non riuscire ad erogare il servizio.

5.1.1. L'obbligo previsto dall'art. 4 del Decreto-legge 1°.4.2021, n. 44, convertito con modificazioni dalla Legge 28 maggio 2021 n. 76.

In una situazione come quella attuale, in cui il vaccino si presenta ancora come risorsa scarsa, prima ancora di poter parlare di obbligo o raccomandazione, bisognerebbe stabilire ragionevoli e non discriminatori criteri di priorità completando innanzi tutto la campagna vaccinale su base volontaria e raccogliendo ulteriori dati scientifici.

Ciò, a maggior ragione se si ricorda che l'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, l'11 gennaio 2021, ha votato una Risoluzione⁴⁸ in cui, fra le altre cose, ha espresso il suo favore per la non obbligatorietà del vaccino e la non discriminazione verso i renitenti.

Nonostante ciò, il Governo ha deciso di imporre la vaccinazione contro la Covid-19 ai lavoratori impegnati nel settore sanitario operando una solitaria fuga in avanti nel panorama europeo⁴⁹. Ovviamente questa scelta dovrà confrontarsi con una valutazione costi/benefici condotta in assenza di dati relativi ai possibili effetti collaterali sul lungo periodo dal momento che i vaccini contro il SARS-CoV-2 non hanno completato la fase di sperimentazione⁵⁰.

Su questo punto si gioca quindi la differenza fondamentale rispetto ai vaccini "tradizionali": questi ultimi sono profilassi testate in decenni e somministrate a generazioni intere di bambini, pertanto gli effetti collaterali a breve e lungo termine sono più che noti.

Ciò posto, mentre nel trattamento sanitario raccomandato l'individuo sceglie di sottoporvisi e quindi accetta consapevolmente il rischio che la vaccinazione potrebbe presentare effetti collaterali, lo stesso non avviene in presenza di un obbligo. Qui il consenso informato perde la sua strumentalità rispetto all'esplicazione dell'autodeterminazione individuale per ridursi ad una funzione meramente

⁴⁸ *Parliamentary Assembly Council of Europe, Doc. 15212, 11.1.2021, "Covid-19 vaccines: ethical, legal and practical considerations"*.

⁴⁹ L'obbligo vaccinale è contenuto nel Decreto-legge del 1°.4.2021, n. 44, art. 4, convertito con modificazioni dalla Legge di conversione 28 maggio 2021 n. 76.

⁵⁰ Pertanto, secondo G. BARCELLONA, *Osservazioni critiche circa l'obbligatorietà del vaccino contro il Covid-19 e riflessioni sui limiti di ammissibilità di sistemi di disincentivazione e dei licenziamenti*, in *Dir. San. Mod.*, 2021, 61, il trovarsi in corso di sperimentazione «non è privo di conseguenze giuridiche in quanto è proprio questo fatto che preclude la possibilità di introdurre l'obbligatorietà dei vaccini in questione, tanto per ragioni di *soft law* che di *hard law*».

informativa. In questi casi, quindi, è lo Stato che, comprimendo la libertà di cura, si sostituisce al singolo nella scelta ma assume, in nome della collettività e della solidarietà, anche una *responsabilità* nei confronti del soggetto.

Orbene, non può di certo essere trascurato il fatto che le disposizioni sulla vaccinazione obbligatoria al personale sanitario si inseriscono in un contesto difficile, in cui, per ovviare alla renitenza dei sanitari verso la vaccinazione, alcuna dottrina giuslavorista riteneva addirittura che potesse essere desunto un indiretto obbligo alla vaccinazione da una serie di norme generali già presenti nell'ordinamento⁵¹. Pertanto, alcuni datori di lavoro avevano già sospeso dipendenti a causa del loro rifiuto alla vaccinazione, e questi ultimi, a loro volta, avevano adito i Tribunali del lavoro, aprendo la strada ad un incontrollabile contenzioso⁵².

I profili di interesse inerenti alla obbligatorietà disposta dal decreto-legge sono molteplici, essi concernono, in generale, la compatibilità della disposizione all'art. 32 Cost., il fatto che l'imposizione è stata prevista da un decreto-legge e che l'obbligatorietà della profilassi sembrerebbe essere immediatamente operativa⁵³. Ancora, ulteriori questioni sorgono con riguardo alla proporzionalità della sanzione indiretta ed al profilo temporale (la vigenza dell'obbligo coincide con l'attuazione del piano vaccinale e comunque non oltre il 31 dicembre 2021).

Il profilo che qui maggiormente interessa è quello inerente all'indennizzo.

Come si è avuto modo di osservare, in base alla Legge 25 febbraio 1992, n. 210, art. 1, co. 1, il danno da vaccinazione obbligatoria deve essere indennizzato.

Tale conclusione non sembra poter essere scalfita dalla previsione di cui al comma 12 dell'art. 4 del decreto-legge in esame, il quale prevede che non possano derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica. Altresì irrilevante sul punto è l'articolo 3 dello stesso decreto-legge. Tale disposizione prevede l'esonero da responsabilità penale per i fatti di cui agli artt. 589 e 590 c.p. verificatisi a causa della somministrazione di un vaccino per la prevenzione delle infezioni da SARS-CoV-2, effettuata nel corso della campagna vaccinale straordinaria, dunque, «la punibilità è esclusa quando l'uso del vaccino è conforme alle indicazioni contenute nel provvedimento di autorizzazione all'immissione in commercio emesso dalle

⁵¹ P. ICHINO, *Perché e come l'obbligo di vaccinazione può nascere anche solo da un contratto di diritto privato*, in *LavoroDirittiEuropa*, 1, 2021 e R. RIVERSO, *L'obbligo di vaccino anti Covid nel rapporto di lavoro tra principio di prevenzione e principio di solidarietà*, in *Questionegiustizia*, 18.1.2021.

⁵² Cfr. Tribunale di Messina, sez. lavoro, ord. n. 23455 del 12 dicembre 2020, nonché Tribunale di Belluno, sez. lavoro, ord. n. 12 del 19 marzo 2021.

⁵³ In questo senso, M. ABBRUZZESE, *op. cit.*, 13.

competenti autorità e alle circolari pubblicate sul sito istituzionale del Ministero della salute relative alle attività di vaccinazione». Orbene, taluna dottrina ha anche auspicato l'estensione di tale meccanismo di esonero anche al piano civilistico «quanto meno per le condotte che non integrino profili di colpa grave nell'atto dell'inoculazione in sé e per sé considerato»⁵⁴.

Come si è già avuto modo di evidenziare, il diritto all'indennizzo in caso di danno da vaccinazione è slegato dall'eventuale risarcimento del danno, pertanto, non sembra che quanto disposto dall'art. 3 (che peraltro si riferisce alla responsabilità penale) e dallo stesso comma 12 dell'art. 4, possa influire sul riconoscimento dell'indennizzo di solidarietà in caso di danno da vaccinazione obbligatoria contro il SARS-CoV-2.

5.2. L'indennizzo per danno da vaccinazione raccomandata contro il SARS-CoV-2.

Se, dunque, è chiaro che il danno da vaccinazione obbligatoria contro il SARS-CoV-2 debba essere indennizzato ai sensi dell'art. 1, co. 1, della Legge 25 febbraio 1992, n. 210, più complesso risulta invece stabilire se lo stesso valga in tutti gli altri casi in cui tale vaccinazione è solo raccomandata.

Come chiarito dalla Corte costituzionale «il mero riscontro della natura raccomandata della vaccinazione, per le cui conseguenze dannose si domandi indennizzo, non consente ai giudici comuni di estendere automaticamente a tale fattispecie la pur comune ratio posta a base delle precedenti, parziali, declaratorie di illegittimità costituzionale dell'art. 1, comma 1, della legge n. 210 del 1992»⁵⁵.

Ciò vuol dire che il riconoscimento dell'indennizzo in questi casi, in assenza di una legge specifica, non è *diretto* ma passa necessariamente da una declaratoria di illegittimità ad opera della Corte costituzionale.

In sostanza, i Giudici costituzionali si riservano sempre di verificare la corrispondenza delle raccomandazioni, le quali devono concretizzarsi in specifiche campagne informative svolte dalle autorità sanitarie, «ai peculiari caratteri che,

⁵⁴ C. SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità civile e modelli indennitari nella prospettiva della pandemia Covid – 19*, in *Conversazioni sul lavoro a distanza da agosto 2020 a marzo 2021 promosse e coordinate da Vincenzo Antonio Poso*, 12.4.2021, 16.

⁵⁵ Corte cost., sent. n. 118 del 2020.

secondo una costante giurisprudenza costituzionale, finalizzano il trattamento sanitario raccomandato al singolo alla più ampia tutela della salute come interesse della collettività, ed impongono, dunque, una estensione della portata normativa della disposizione censurata»⁵⁶.

In base alla giurisprudenza costituzionale sull'indennizzo già citata nei precedenti paragrafi, è plausibile ritenere che, se investita della questione, la Corte costituzionale possa estendere la tutela indennitaria prevista dalla disciplina legislativa anche alla vaccinazione raccomandata contro il SARS-CoV-2.

Ciò poiché è chiaro che tale vaccinazione è stata raccomandata sia a livello statale sia regionale.

Quindi, a livello statale, i documenti rilevanti sono quelli che compongono in Piano Strategico nazionale dei vaccini per la prevenzione delle infezioni da SARS-CoV-2.

In particolare, il primo documento concerne gli "Elementi di preparazione della strategia vaccinale" su cui, il 2 dicembre 2020, il Ministro della Salute ha reso una informativa al Parlamento. Successivamente tale Piano è stato adottato con Decreto del Ministro della Salute il 2 gennaio 2021. L'art. 1 del decreto specifica che il Piano potrà essere integrato in ragione di nuove evidenze scientifiche, modifiche nelle dinamiche epidemiche o elementi sopravvenuti ritenuti di rilievo per la strategia di contrasto all'epidemia da SARS-CoV-2. Infatti, in data 8 febbraio 2021 è stato pubblicato il documento che aggiornava le categorie e l'ordine di priorità nelle varie fasi della campagna vaccinale⁵⁷.

Il secondo documento è quello adottato in data 10 marzo 2021 con cui sono state prodotte le "Raccomandazioni ad interim sui gruppi target della vaccinazione SARS-CoV-2/COVID19"⁵⁸.

Entrambi i documenti costituiscono il Piano strategico nazionale dei vaccini per la prevenzione delle infezioni da SARS-Cov-2, adottato con decreto del Ministro della Salute del 12 marzo 2021.

Il 13 marzo 2021 è stato altresì diffuso il Piano vaccinale del Commissario straordinario⁵⁹, elaborato in armonia con il Piano strategico nazionale del Ministero

⁵⁶ Corte cost., sent. n. 118 del 2020.

⁵⁷ Disponibile al seguente link: http://www.salute.gov.it/imgs/C_17_pubblicazioni_3014_allegato.pdf.

⁵⁸ Disponibile al seguente link:

<https://www.trovanorme.salute.gov.it/norme/renderPdf.spring?seriegu=SG&datagu=24/03/2021&redaz=21A01802&artp=1&art=1&subart=1&subart1=10&vers=1&prog=002>

⁵⁹ Reperibile al seguente link: <https://www.governo.it/it/dipartimenti/cscovid19-pianovaccini/16417>.

della Salute, esso fissa le linee operative per completare al più presto la campagna vaccinale.

Orbene, in tutti questi documenti, nella maggior parte dei quali sono coinvolte anche altre istituzioni come AIFA, ISS, AGENAS, la vaccinazione è fortemente incentivata e sono individuati i gruppi *target* a cui sottoporre l'inoculazione in via prioritaria.

Come chiarito anche dal Piano Strategico le istituzioni si impegnano a «fornire in modo proattivo informazioni complete, obiettive e accurate, con finalità di favorire un'ampia adesione alla campagna vaccinale da parte della popolazione».

Posto ciò, deve inoltre essere osservato che neppure la peculiare formulazione del consenso informato possa in qualche modo escludere il riconoscimento di un diritto all'indennizzo in caso di danno da vaccinazione contro il SARS-CoV-2. Si tenga presente che il consenso informato è necessario quando la vaccinazione è solo raccomandata dal momento che questa si configura alla stregua di un qualsiasi trattamento sanitario volontario.

Dunque, nella prima versione della nota informativa, allegato 1 al modulo del consenso⁶⁰, per il vaccino Pfizer-BioNTech, al punto 10 era specificato che «non è possibile al momento prevedere danni a lunga distanza».

Tale dicitura, non solo è sparita nella successiva versione della nota informativa⁶¹, ma non è presente neppure in quella relativa agli altri prodotti.

Invece, in tutte le note informative, anche quelle del prodotto di Moderna⁶², Vaxzevria di AstraZeneca⁶³ e Janssen di Johnson&Johnson⁶⁴, il paziente viene invitato a rivolgersi al medico curante o a contattare il centro vaccinale qualora manifesti un qualsiasi effetto indesiderato, anche se non elencato nel documento sottoscritto.

Orbene, neppure ciò può essere considerato in alcun modo idoneo ad escludere la possibilità di estendere la tutela indennitaria anche a questa vaccinazione.

⁶⁰ Allegato 1 della circolare del Ministero della salute 24 dicembre 2020, n. 42164, disponibile al seguente link: <https://www.trovanorme.salute.gov.it/norme/renderNormsanPdf?anno=2020&codLeg=77981&parte=1%20&serie=null>

⁶¹ Nota informativa vaccino Comirnaty, Allegato al modulo di consenso informato della circolare del Ministero della salute 21 aprile 2021.

⁶² Nota informativa vaccino Moderna, Allegato al modulo di consenso informato della circolare del Ministero della salute 21 aprile 2021.

⁶³ Nota informativa vaccino Vaxzevria, Allegato al modulo di consenso informato della circolare del Ministero della salute 21 aprile 2021

⁶⁴ Nota informativa vaccino Janssen, Allegato al modulo di consenso informato della circolare del Ministero della salute 21 aprile 2021

È risultata, poi, particolarmente travagliata l'elaborazione delle modalità di somministrazione e, conseguentemente, della nota informativa del vaccino Vaxzevria. In un primo momento il vaccino era stato raccomandato alle persone dai 18 anni fino ai 55 anni in assenza di patologie che aumentino il rischio clinico associato all'infezione da SARS-CoV-2⁶⁵. Successivamente l'età massima è stata portata a 65 anni⁶⁶ per poi essere estesa universalmente⁶⁷.

Tuttavia, dopo la presentazione di gravi, ma estremamente rari, effetti collaterali, per il vaccino Vaxzevria, approvato comunque a partire dai 18 anni di età è stato «raccomandato un suo uso preferenziale nelle persone di età superiore ai 60 anni»⁶⁸.

Orbene, nonostante queste variazioni poteva ritenersi che il vaccino in questione rimanesse comunque raccomandato per tutti. Una conferma di ciò stava proprio nella nota informativa del consenso informato, aggiornata dopo la manifestazione di effetti avversi gravi su alcuni soggetti, in cui si legge che «il Comitato per la valutazione dei rischi per la farmacovigilanza (PRAC) dell'EMA, nella riunione del 7 aprile 2021, ha concluso che i benefici di Vaxzevria nel combattere la minaccia ancora diffusa del COVID-19 (che a sua volta provoca problemi di coagulazione e può essere fatale) continuano a superare il rischio di effetti indesiderati (<https://www.aifa.gov.it/-/vaccino-covid-19-astrazeneca-ema-trova-un-possibile-collegamento-con-casi-molto-rari-di-trombi-inusuali-associati-a-bassi-livelli-di-piastrine>)».

Successivamente, è stato stabilito che il vaccino Vaxzevria può essere somministrato «solo a persone di età uguale o superiore ai 60 anni (ciclo completo)» e che i minori di 60 anni in attesa della seconda dose possono completare il ciclo con un vaccino a mRNA⁶⁹.

Per quanto concerne questo ultimo punto, non è ancora chiaro se coloro che sotto i 60 anni hanno ricevuto la prima dose di Vaxzevria possano comunque chiedere di farsi inoculare la seconda dose dello stesso prodotto vaccinale, preferendola alla “vaccinazione eterologa” raccomandata dall'autorità sanitaria⁷⁰. A tal proposito, la Regione Lazio ha chiesto un parere al Ministro della salute sulla possibilità di proseguire il ciclo vaccinale con lo stesso vaccino a vettore virale qualora sia richiesto

⁶⁵ Cfr. circolare del Ministero della salute 9 febbraio 2021.

⁶⁶ Cfr. circolare del Ministero della salute 22 febbraio 2021.

⁶⁷ Cfr. circolare del Ministero della salute 8 marzo 2021.

⁶⁸ Cfr. circolare del Ministero della salute 7 aprile 2021.

⁶⁹ Cfr. circolare del Ministero della salute 11 giugno 2021.

⁷⁰ Cfr. circolare del Ministero della salute 14 giugno 2021.

dal paziente. In ogni caso, il vaccino Vaxzervria, come riporta la nota informativa summenzionata, rimane autorizzato dall'EMA dai 18 anni in poi.

In conclusione, la vaccinazione contro il SARS-CoV-2 è sicuramente incentivata e raccomandata dall'autorità sanitaria e lo dimostrano i Piani e le circolari, in continuo aggiornamento, che si muovono in tal senso, nonché la scelta, per di più isolata nel panorama europeo, di disporre l'obbligatorietà per alcune categorie che operano nel settore sanitario.

Inoltre, pur non essendo certo che tutti i vaccini contro il SARS-CoV-2 impediscono totalmente la trasmissione del virus, sicuramente la salute della collettività trae un beneficio anche solo dal rallentamento del contagio. Difatti, il raggiungimento di un certo numero di immunizzati consente di proteggere indirettamente anche i soggetti che non possono ricevere il vaccino. A ciò si aggiunga che la vaccinazione in oggetto reca un ulteriore effetto benefico per la salute della collettività poiché riduce il numero di persone che necessitano della terapia intensiva o di ospedalizzazione. Quindi, tenendo le strutture sanitarie operative, essa consente allo Stato di continuare a garantire il diritto ai trattamenti sanitari.

Alla luce di quanto esposto, gli elementi necessari per poter estendere il diritto all'indennizzo anche in capo a chi è stato danneggiato dal vaccino raccomandato contro il SARS-CoV-2 sembrano essere certamente presenti.

PROBLEMATICHE E PROSPETTIVE DELLA RESPONSABILITÀ ERARIALE: DALLA GESTIONE DELL'EMERGENZA EPIDEMIOLOGICA ALL'ATTUAZIONE DEL PIANO NAZIONALE DI RIPRESA E RESILIENZA (PNRR)*

Luigi Carbone**

ABSTRACT [ITA]: Il contributo analizza le modifiche intervenute in materia di responsabilità erariale durante la stagione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19 dichiaratamente volte a fronteggiarne le conseguenti ricadute anche economiche. In particolare, avvertendosi come prioritaria l'esigenza di semplificazione in materia di responsabilità del personale delle amministrazioni pubbliche, il Governo è a tal fine intervenuto con due distinti decreti-legge, ovvero il d.l. 16 luglio 2020, n. 76 (c.d. "decreto semplificazioni"), che ha apportato delle modifiche di carattere generale riguardanti i pubblici dipendenti nel loro complesso, nonché il d.l. 17 marzo 2020, n. 18 (c.d. "decreto cura Italia") contenente delle previsioni aventi un più ristretto campo di applicazione. Entrambi i decreti-legge, nell'introdurre delle limitazioni alla disciplina in materia di responsabilità erariale con specifico riferimento all'elemento soggettivo, rileverebbero per l'impatto che potrebbero determinare sulla responsabilità dei pubblici dipendenti, essendo possibile ravvisare, in ambedue, i presupposti per uno snaturamento della disciplina della responsabilità erariale, nonché per l'erosione di alcuni principi sia costituzionali che eurounitari. In tale prospettiva, non può non destare perplessità la decisione del Governo di estendere l'efficacia temporale di alcune di queste limitazioni mediante l'adozione di un altro decreto-legge in vista dell'attuazione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR).

ABSTRACT [ENG]: *The paper analyses the amendments on accounting liability which are declaredly aimed at addressing the economic repercussions of Covid pandemic. In particular, having considered the simplification in the area of public employees liability as a priority, the Italian Government intervened to this end with two separate law-decrees: the Law-decree of 16 July 2020, No. 76 (so-called "decreto semplificazioni") regarding public employees as a whole and the Law-decree of 17 March 2020, No. 18 (so-called "decreto cura Italia") having a more restricted field of application. In both law-decrees, which introduce limitations to accounting liability with specific reference to the subjective element, it's possible to recognize the conditions for a distortion of the accounting liability discipline, as well as the erosion of some constitutional and Euro-unitary principles. In this perspective, the Government's decision to extend the temporal effectiveness of some of these limitations by adopting another law-decree in view of the implementation of the National Recovery and Resilience Plan ("PNRR") raises more than a few concerns.*

* Il presente contributo rientra tra le attività del progetto "La tenuta dello Stato costituzionale ai tempi dell'emergenza da Covid19. Profili giuridico-finanziari" (P.I. Prof.ssa A. Ciancio) finanziato grazie al Programma ricerca di Ateneo UNICT 2020-22 linea 2.

** Dottorando di ricerca in Giurisprudenza nell'Università degli Studi di Catania.

SOMMARIO: **1.** Premessa. - **2.** Le modifiche in tema di responsabilità erariale contenute nel “decreto semplificazioni”: la prova del dolo erariale. - **3.** *Segue:* il controverso profilo dell’ambito temporale di applicazione della introdotta modalità di accertamento del dolo erariale. - **4.** *Segue:* la transitoria limitazione della responsabilità erariale sotto il profilo soggettivo. - **5.** Le limitazioni della responsabilità erariale nel “decreto cura Italia”: uno “scudo erariale rinforzato *ad personas*”. - **6.** Il “nuovo” dolo erariale. - **7.** Riflessioni conclusive e alcune prospettive per la disciplina della responsabilità erariale in vista dell’attuazione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR).

1. Premessa.

Nell’ambito degli interventi normativi che si inscrivono nella lotta all’emergenza epidemiologica da Covid-19 si collocano anche le modifiche in tema di responsabilità del personale delle amministrazioni pubbliche, e in particolare quelle che hanno interessato la disciplina della responsabilità erariale.

È possibile parlare di emendamenti al plurale in quanto ad essere intervenuto su tale materia non è soltanto il più noto c.d. “decreto semplificazioni”¹, che ha apportato delle modifiche di carattere generale riguardanti i pubblici dipendenti nel loro complesso, essendo possibile rinvenire nel precedente c.d. “decreto cura Italia”² talune previsioni aventi un più ristretto, per non dire singolare, campo di applicazione.

¹ Decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, convertito con modificazioni dalla legge 11 settembre 2020, n. 120. Per un quadro d’insieme si vedano i contributi di M. MACCHIA, D. GALLI, C. MEOLI, L. SALTARI, P. URBANI, A. BANFI, L. TORCHIA, P. CLARIZIA, G. URBANO, F. DE LEONARDIS, raccolti in *Giorn. dir. amm.*, 2020, 6, dedicati all’analisi normativa di tale decreto-legge. A tal proposito, cfr. anche D. BOLOGNINO, H. BONURA, A. STORTO (a cura di), *I contratti pubblici dopo il decreto Semplificazioni. Le principali novità in materia di contratti pubblici, responsabilità, controlli, procedimento e processo, tra emergenza e sistema “a regime”*, Piacenza, 2020.

² Decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, convertito con modificazioni dalla legge 24 aprile 2020, n. 27.

Ciò che accomuna entrambi gli interventi è quello di inserirsi all'interno della catena di provvedimenti adottati dal Governo per fronteggiare, secondo una logica di accentramento e di speditezza, l'emergenza sanitaria da Covid-19 e, nello specifico, le conseguenti ricadute economiche.

Il Governo, nell'adottare tali decreti-legge, ha ritenuto sussistere la straordinaria necessità e urgenza nell'esigenza di contenere gli effetti negativi che l'emergenza epidemiologica sta producendo sul tessuto socio-economico nazionale anche attraverso l'introduzione di misure di semplificazione in materia di responsabilità del personale delle amministrazioni.

I decreti-legge in esame condividono, dunque, l'idea di voler accelerare i procedimenti amministrativi, e in generale l'azione pubblica, attraverso un alleggerimento del regime di responsabilità dei pubblici dipendenti, da tempo concepita quale fattore alla base di rallentamenti e inerzie nello svolgimento dell'attività amministrativa.

In tale prospettiva, il "decreto semplificazioni" e il "decreto cura Italia" si segnalano in particolare per aver inciso sulla disciplina della responsabilità erariale, circoscrivendone, sia pur con diverse modalità, il relativo ambito di applicazione al fine di scongiurare il c.d. "timore della firma" e di contrastare il fenomeno della "burocrazia difensiva"³.

A fronte di tali modifiche, appare opportuno indagare, sotto questo profilo, i due decreti-legge, i quali meritano una riflessione congiunta, essendo possibile ravvisare, in entrambi, i presupposti per uno snaturamento della disciplina della responsabilità erariale, nonché per l'erosione di alcuni principi sia costituzionali che eurounitari.

2. Le modifiche in tema di responsabilità erariale contenute nel "decreto semplificazioni": la prova del dolo erariale.

Con il "decreto semplificazioni" sono state introdotte diverse misure per la semplificazione e l'innovazione digitale al dichiarato fine, com'è evincibile dal preambolo, di realizzare un'accelerazione degli investimenti e delle infrastrutture attraverso la semplificazione delle procedure in materia di contratti pubblici e di

³ A tal proposito, cfr. S. BATTINI, F. DECAROLIS, *L'amministrazione si difende*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 1, p. 293 ss., e M. CAFAGNO, *Contratti pubblici, responsabilità amministrativa e "burocrazia difensiva"*, in *Il diritto dell'economia*, 2018, 3, p. 625 ss.

edilizia, operando senza pregiudizio per i presidi di legalità, e di introdurre misure di semplificazione procedimentale e di sostegno e diffusione dell'amministrazione digitale, oltre che interventi di semplificazione in materia di responsabilità del personale delle amministrazioni e misure di semplificazione in materia di attività imprenditoriale, di ambiente e di *green economy*⁴.

Sotto il profilo della responsabilità dei pubblici dipendenti, il decreto in parola è intervenuto sia sul versante penalistico, riscrivendo con l'art. 23 il reato di abuso d'ufficio⁵, sia con riferimento alla responsabilità erariale, prevedendo due diverse misure.

Su quest'ultimo fronte, l'art. 21 del decreto-legge, da un lato, con il suo primo comma ha modificato l'art. 1, comma 1, della l. n. 20 del 1994, contenente la disciplina generale in materia di responsabilità erariale, aggiungendo il seguente periodo: *“La prova del dolo richiede la dimostrazione della volontà dell'evento dannoso”*; dall'altro lato, con il secondo comma ha disposto che *“Limitatamente ai fatti commessi dalla data di entrata in vigore del presente decreto e fino al 31 dicembre 2021, la responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti in materia di contabilità pubblica per l'azione di responsabilità di cui all'articolo 1 della legge 14 gennaio 1994, n. 20, è limitata ai casi in cui la produzione del danno conseguente alla condotta del soggetto agente è da lui dolosamente voluta. La limitazione di responsabilità prevista dal primo periodo non si applica per i danni cagionati da omissione o inerzia del soggetto agente”*.

⁴ Per un'analisi critica delle principali novità normative introdotte dal “decreto semplificazioni” si veda 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*, n. 36/2020. Per una disamina delle novità introdotte dal “decreto semplificazioni” nel processo amministrativo e della loro possibile incidenza sul riparto di giurisdizione tra giudice amministrativo e giudice ordinario in materia di contratti pubblici si rinvia a F. CINTIOLI, *Il decreto semplificazioni (decreto legge n. 76 del 2020), gli appalti pubblici e il riparto di giurisdizione*, in *federalismi.it*, n. 7/2021. Cfr. anche F. CUSANO, *La complicata semplificazione della contrattualistica pubblica: poveri fiori, gemme de' prati, pur ieri nati, oggi morenti*, in *federalismi.it*, n. 13/2021, e M. BUCCARELLA, *Alcune considerazioni sulle principali novità introdotte dal decreto semplificazioni in materia di diritto ambientale*, in *AmbienteDiritto.it*, n. 1/2021.

⁵ L'art. 23 del “decreto semplificazioni” ha modificato l'art. 323 c.p., sicché affinché ora possa ritenersi integrato il reato di abuso d'ufficio è necessario che il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio agisca in violazione *“di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità”*. Per un commento critico delle modifiche apportate a tale fattispecie incriminatrice si vedano T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2020, 7-8, p. 1 ss.; G. L. GATTA, *Riforma dell'abuso d'ufficio: note metodologiche per l'accertamento della parziale abolitio criminis*, in *www.sistemapenale.it*; A. NISCO, *La riforma dell'abuso d'ufficio: un dilemma legislativo insoluto ma non insolubile*, in *www.sistemapenale.it*; M. GAMBARDELLA, *Simul stabunt simul cadent. Discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale: un binomio indissolubile per la sopravvivenza dell'abuso d'ufficio*, in *www.sistemapenale.it*; C. RIZZO, *Prime osservazioni sul nuovo abuso d'ufficio*, in *federalismi.it*, n. 14/2021.

E, però, se, coerentemente con la linea politica di semplificazione dell'apparato amministrativo, lo scopo perseguito dal Governo mediante il decreto in esame è quello di incrementare l'efficienza dell'azione pubblica anche attraverso la deresponsabilizzazione dei pubblici agenti, lo stesso, sotto tale profilo, potrebbe apparire non facilmente raggiungibile, ove si rifletta sull'idoneità delle modifiche a garantire l'effetto sperato.

Non sembra potersi affermare, infatti, che questo intervento abbia reso più chiaro il quadro normativo in tema di disciplina della responsabilità erariale, sicché possano ritenersi definiti in modo puntuale i requisiti in forza dei quali il pubblico dipendente possa essere chiamato a rispondere dinnanzi alla Corte dei conti.

Ciò troverebbe conferma nel fatto che, già in questi dieci mesi circa della sua vigenza, il decreto-legge ha generato problematiche interpretative, registrandosi diverse posizioni sia in dottrina che nella giurisprudenza contabile in ordine al significato da attribuire alle modifiche apportate dal citato art. 21.

Si pensi alla prima misura con la quale, come espressamente dichiarato nella relazione illustrativa di accompagnamento al "decreto semplificazioni", si è voluto chiarire che il dolo vada riferito all'evento dannoso in chiave penalistica, prendendo così posizione rispetto al contrasto esistente nell'ambito della giurisprudenza contabile in ordine a una delle componenti strutturali dell'illecito erariale, onde superare alcuni orientamenti propensi a ritenere raggiunta la prova del dolo, inteso in chiave civilistica, come dolo del singolo atto compiuto⁶.

⁶ Nella giurisprudenza della Corte dei conti da tempo si registra, infatti, un contrasto in ordine all'individuazione del confine tra dolo e colpa grave, contrapponendosi ad un orientamento aderente ad una figura di dolo contrattuale, ovvero a un dolo atipico e da inadempimento volontario dell'obbligazione contrattuale, un secondo indirizzo propenso a riconoscere la ricorrenza del dolo solo quando la condotta antidoverosa sia accompagnata dalla volontà dell'evento dannoso. Per un'analisi delle diverse posizioni della giurisprudenza contabile si rinvia a A. CANALE, *L'elemento soggettivo della responsabilità amministrativa*, in A. CANALE, D. CENTRONE, F. FRENI, M. SMIROLDO (a cura di), *La Corte dei conti. Responsabilità, contabilità, controllo*, Giuffrè, Milano, 2019, p. 88 ss. Anche in dottrina è possibile rilevare diverse posizioni in punto di interpretazione della nozione di dolo. Così, accanto a chi, come A. VETRO, *Il dolo contrattuale o civilistico: applicazione nei giudizi di responsabilità amministrativa secondo la più recente giurisprudenza contabile*, in www.contabilita-pubblica.it, sembrerebbe favorevole all'applicazione del dolo contrattuale nel processo contabile, vi è chi invece risulta propenso ad accogliere una concezione penalistica di dolo. A tal proposito, cfr. V. TENORE, *La responsabilità amministrativo-contabile: profili sostanziali*, in ID. (a cura di), *La nuova Corte dei Conti: responsabilità, pensioni, controlli*, Giuffrè, Milano, 2018, p. 367 ss.; P. DELLA VENTURA, *La colpa grave e il dolo*, in E. F. SCHLITZER, C. MIRABELLI (a cura di), *Trattato sulla nuova configurazione della giustizia contabile*, Editoriale scientifica, Napoli, 2018, p. 188 ss.; A. POLICE, *La disciplina attuale della responsabilità amministrativa*, in F. G. SCOCA (a cura di), *La responsabilità amministrativa ed il suo processo*, Cedam, Padova, 1997, p. 115.

Innanzitutto, questo intervento non sembra aver sopito il dibattito relativo al concetto di dolo rilevante nell'ambito del processo contabile, continuandosi a discutere in punto di interpretazione della nozione di dolo e su quale debba essere il rispettivo oggetto, ovvero le forme in cui lo stesso debba manifestarsi, al fine di potersi ritenere integrato il requisito soggettivo della responsabilità erariale.

Così, a fronte della chiara adesione a una concezione penalistica di dolo richiedente la consapevolezza dell'evento dannoso, si è evidenziato come, dovendosi fare riferimento all'elaborazione del diritto penale, debba accogliersi un'esegesi che intenda la prova della "volontà dell'evento dannoso" come dimostrazione non soltanto del dolo intenzionale o diretto, ma anche del dolo eventuale quale accettazione del rischio, in quanto, diversamente, si finirebbe per snaturare, se non addirittura per cancellare, il sistema della responsabilità amministrativo-contabile, stante la rarità dei casi in cui la volontà dell'agente è direttamente orientata alla causazione di un danno erariale⁷.

In tale prospettiva, si è rilevato come una norma di questo tipo non possa non apparire, per un penalista, una mera superfetazione, essendo evidente che il dolo è rappresentazione e volontà del fatto tipico, ivi compreso l'evento e il danno⁸, e che quindi detto concetto vada declinato nelle sue diverse forme, comprensive anche del dolo eventuale⁹, ricavandosi comunque dal tenore testuale della novella un'accezione di esso corrispondente al dolo generico, senza che sia necessaria la dimostrazione del cosiddetto *animus nocendi*¹⁰.

⁷ A. GIORDANO, *La responsabilità amministrativa tra legge e necessità. Note sull'art. 21 d.l. n. 76/2020*, in *Riv. C. conti*, 2021, 1, p. 18 ss. In questi termini anche M. ATELLI, F. CAPALBO, P. GRASSO, U. MONTELLA, D. PERROTTA, R. SCHÜLMERS VON PERNWERT, *Il dolo contabile dopo l'art. 21 del decreto-legge semplificazioni fra contraddizioni e incoerenze di sistema*, in *Riv. C. conti*, 2020, 6, p. 31 ss.

⁸ R. TUZZI, *Il potere transattivo della pubblica amministrazione nella risoluzione alternativa delle controversie: spunti per una rinnovata rilettura anche attraverso il prisma della responsabilità amministrativo-contabile*, in *Riv. C. conti*, 2021, 1, p. 31.

⁹ D. LUCIANO, M. BELTRAME, *La responsabilità amministrativa nel contesto dell'emergenza*, in *Relazione scritta della Procura generale della Corte dei conti - Inaugurazione anno giudiziario 2021*, p. 15, che, a seguito della novella recata dal decreto semplificazioni, ritengono sufficiente ad integrare la responsabilità erariale che l'agente, che non operi al fine di cagionare il danno, si rappresenti quest'ultimo come possibile e accetti il rischio del suo verificarsi, sostenendo che il pubblico agente risponderà pertanto, a titolo di dolo, del danno erariale anche quando, pur avendo agito per fini diversi da quello di arrecare danno all'amministrazione, abbia accettato il rischio che il danno si verificasse quale conseguenza della sua azione.

¹⁰ C. PAGLIARIN, *L'elemento soggettivo dell'illecito erariale nel "decreto semplificazioni": ovvero la "diga mobile" della responsabilità*, in *federalismi.it*, n. 10/2021. Così anche L. D'ANGELO, *Il "nuovo" dolo erariale nelle prime decisioni del giudice contabile (nota a Corte dei Conti, Sez. I App., 2 settembre 2020, n. 234)*, in *www.lexitalia.it*.

L'art. 21, c. 1, del decreto semplificazioni avrebbe dunque espunto dall'ordinamento il c.d. dolo contrattuale, divenuto incompatibile in un sistema definitivamente delineato secondo la responsabilità extracontrattuale in favore del dolo aquiliano¹¹.

È stato osservato, inoltre, che alla richiesta di un dolo in chiave penalistica non si accompagnerebbero però corrispondenti poteri probatori, non disponendo il Procuratore contabile degli strumenti d'indagine e istruttori del Procuratore penale¹² e che l'adesione alla concezione penalistica del dolo, trascinando con sé tutte le problematiche di accertamento dell'elemento psicologico tipiche del diritto penale, renderebbe più gravosa la prova da fornire¹³.

Diversamente, si è rilevato come non appaia condivisibile ritenere che il testo riformato imponga un particolare ampliamento dell'onere probatorio del Pubblico Ministero, in quanto per determinare la sussistenza del nuovo dolo erariale in capo al convenuto sarà sufficiente affidarsi a massime di esperienza espressamente previste come elemento di valutazione dall'art. 95 c.g.c.¹⁴.

Segnatamente, potrebbe costituire una lettura riduzionistica quella secondo cui la novella normativa ostacolerebbe l'azione della Corte dei conti a fronte dei differenti poteri intestati alle Procure contabili rispetto a quelle ordinarie, con conseguenti difficoltà probatorie, in quanto fondata su un equivoco di fondo che non tiene in

¹¹ M. BENIGNI, *Prima lettura del d.l. n. 76/2020 tra formante legislativo e interpretazione costituzionalmente orientata*, in *Riv. C. conti*, 2020, 5, p. 3 ss., che a fronte della novella ritiene necessaria la dimostrazione della sussistenza almeno del dolo eventuale e non più di quello semplicemente contrattuale. Secondo l'Autore, l'art. 21, c. 1, assolvendo ad una mera funzione di interpretazione autentica tra i precedenti orientamenti della giurisprudenza contabile e superando l'impostazione che aveva comportato la presenza di un dolo "semplificato" nella responsabilità amministrativa, diverso da quello previsto dagli artt. 2043 c.c. e 43 c.p., avrebbe reso pacifica la configurabilità del dolo eventuale nel diritto contabile, in quanto diversamente si realizzerebbe una irragionevole divaricazione ermeneutica rispetto al dolo penalistico e a quello aquiliano e che non troverebbe corrispondenza nel dato normativo. In tale prospettiva, sarà pertanto sufficiente, per l'attore pubblico, dimostrare che il convenuto abbia trasgredito i doveri di ufficio rappresentandosi almeno la possibilità di uno sviamento delle risorse pubbliche dalla loro corretta utilizzazione, accettandone, conseguentemente il rischio.

¹² A. CANALE, *Il Decreto Semplificazioni e il regime transitorio in tema di responsabilità amministrativo-contabile: i chiaro-scuri della riforma*, *Lectio magistralis* tenuta alla Luiss il 25 marzo 2021, consultabile sul sito www.giuristidiamministrazione.com.

¹³ S. PICCIONE, *La responsabilità erariale alla luce delle modifiche introdotte dal DL Semplificazioni*, in *giustamm.it*, n. 1/2021. Così anche M. T. D'URSO, *La riforma del dolo nei giudizi di responsabilità dopo il d.l. n. 76/2020 (c.d. "decreto semplificazioni")*, convertito dalla legge n. 120/2020, in *Riv. C. conti*, 2021, 2, p. 26, che evidenzia come dall'art. 21, c. 1, del decreto semplificazioni emerga, quale effetto giusprocessuale, un aggravio istruttorio per il P.M. contabile, dovendo egli acquisire una catalogazione più ampia di elementi probatori, che comprenda anche la dimostrazione che l'evento dannoso sia stato non solo previsto, ma anche voluto dall'agente nei suoi effetti, quale conseguenza della sua azione od omissione.

¹⁴ M. BENIGNI, *Prima lettura del d.l. n. 76/2020 tra formante legislativo e interpretazione costituzionalmente orientata*, cit., p. 4.

sufficiente considerazione i caratteri di specialità del processo di responsabilità erariale, in cui vige la regola della prova della preponderanza dell'evidenza o "del più probabile che non", rispetto a quello penale, in cui si applica la diversa regola della prova "oltre ogni ragionevole dubbio", quali modelli processuali quindi sensibilmente diversi e che giustificano il differente armamentario di poteri probatori delle rispettive Procure¹⁵.

Non sono mancate poi considerazioni particolarmente critiche, affermandosi che la nozione di dolo in chiave penalistica rappresenterebbe un non-senso giuridico, non potendo essere applicata all'interno del sistema della responsabilità amministrativa, quale responsabilità da rapporto obbligatorio, e risultando in particolare inapplicabile la teoria del dolo eventuale, essendo inutile argomentare sull'accettazione del rischio di un possibile evento dannoso erariale, che costituendo un evento normativo – "da leggersi: conseguenze dannose erariali" – il funzionario non sarebbe realisticamente nella condizione di rappresentarsi ma che, in ogni caso, non sarebbe ciò che vuole¹⁶.

Inoltre, si è sostenuta l'irragionevolezza della novella per essere incorsa in un errore di concetto, confondendo il dolo come criterio di imputazione con quello inteso come criterio di giustificazione causale della condotta, in quanto l'unico senso attribuibile alla nozione di evento dannoso prevedibile quale oggetto della prova del dolo richiesto dal legislatore sarebbe, perciò, non il cosiddetto danno conseguenza, ma il dolo del singolo atto compiuto, in senso evidentemente contrario al contenuto della relazione illustrativa di accompagnamento al decreto semplificazioni¹⁷.

¹⁵ M. ATELLI, F. CAPALBO, P. GRASSO, U. MONTELLA, D. PERROTTA, R. SCHÜLMERS VON PERNWERT, *Il dolo contabile dopo l'art. 21 del decreto-legge semplificazioni fra contraddizioni e incoerenze di sistema*, cit., p. 34 ss., che evidenziano come negli ultimi anni si sia assistito a contaminazioni penalistiche, in quanto a fronte dell'incremento di fattispecie di derivazione penale, le Procure contabili non hanno mostrato particolare disponibilità ad un autonomo accertamento dei fatti rispetto al processo penale, rendendo di fatto il dolo "cartolare" come anche il procedimento giudiziario finalizzato al suo accertamento. Al fine di superare questo immobilismo della magistratura contabile dinnanzi all'esigenza di accertare condotte *latu sensu* criminose, si propone, anche alla luce della novella normativa, di valorizzare i poteri di cui già dispongono sia le Procure che le Sezioni giurisdizionali della Corte dei conti, sviluppando nuove tecniche di indagine che possano rendere il Pubblico Ministero contabile sempre più *dominus* dell'attività istruttoria, anziché mero recettore passivo di iniziative altrui, e stimolando le Sezioni giurisdizionali a fare un uso sempre più ampio dei mezzi di prova previsti, *in primis* della testimonianza.

¹⁶ C. E. MARRÈ BRUNENGI, *Prime riflessioni critiche sulla nuova responsabilità erariale nel decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76 conv. in legge 11 settembre 2020, n. 120*, in *Bilancio comunità persona*, 2020, 2, p. 162 ss.

¹⁷ *Ibidem*, che, nell'evidenziare come nella nozione penale di dolo si riflettano tutti gli elementi obiettivi positivi posti dalla fattispecie incriminatrice, sostiene quindi l'irragionevolezza della novella legislativa, non soltanto perché il danno erariale sarebbe per definizione atipico e quello penale necessariamente tipico, ma soprattutto per aver l'intervento legislativo confuso il dolo come criterio di imputazione col dolo come criterio di giustificazione causale della condotta, avendo il legislatore delle semplificazioni pensato l'illecito erariale in

La giurisprudenza contabile con talune pronunce intervenute in sede di prima interpretazione del primo comma dell'art. 21, nel ritenere la locuzione contenuta in tale comma fare eco a quella dell'art. 43 c.p. e nel considerarla come disposizione richiedente l'espressa volontà dell'evento non soltanto dannoso ma anche pericoloso, ha sostenuto invece la possibile configurabilità del dolo eventuale, concordemente a quanto già affermato da un orientamento invalso dinnanzi alla Corte dei conti secondo cui *"la stessa violazione delle regole di servizio comporti la prevedibilità dell'evento dannoso quale accettazione del rischio di pregiudizio all'erario pubblico"*¹⁸.

3. Segue: il controverso profilo dell'ambito temporale di applicazione della introdotta modalità di accertamento del dolo erariale.

L'introdotta requisito della prova necessaria ai fini della dimostrazione della sussistenza del dolo erariale ha posto anche problemi di diritto intertemporale, dibattendosi in ordine a quali fatti debba trovare applicazione la misura prevista dal primo comma dell'art. 21 del decreto in esame.

Ad essere controverso è se la prova del dolo erariale, come confezionata dal decreto semplificazioni, debba trovare applicazione per le sole condotte successive alla data di entrata in vigore della nuova disciplina, ovvero possa riguardare anche le condotte antecedenti a tale momento, ferma l'intangibilità dei rapporti esauriti.

La soluzione del dubbio attinente all'ambito temporale di applicazione della nuova previsione è, infatti, influenzata dall'attribuzione della natura processuale o sostanziale, ovvero della natura di norma di interpretazione autentica, al periodo aggiunto all'articolo 1, comma 1, della l. n. 20 del 1994, quale questione che ha registrato diverse interpretazioni nei primi commentatori e nelle prime pronunce del giudice contabile.

Accanto a chi ha sostenuto che, dovendo la prova essere fornita e raggiunta nel giudizio, la norma esibisca una connotazione processuale e non solo sostanziale, come tale destinata a essere applicata in ogni processo e non soltanto ai fatti

termini di danno-evento, più che di danno-conseguenza. In tale prospettiva, questa confusione condurrebbe a un non-senso giuridico, in quanto il dolo della responsabilità da rapporto obbligatorio parteciperebbe della natura della responsabilità senza tuttavia determinarla.

¹⁸ Corte conti, sez. Liguria, 21 ottobre 2020, n. 83; Corte conti, sez. Liguria, 5 ottobre 2020, n. 68.

commessi dalla data di entrata in vigore del decreto¹⁹, vi è chi invece ha ritenuto che, sulla base del consolidato orientamento della Corte di Cassazione propenso a considerare come sostanziali le norme relative alle prove, si possa escludere la natura processuale della previsione, sicché la stessa potrà trovare applicazione per le sole condotte successive all'entrata in vigore della nuova disciplina²⁰.

A tale riguardo, si è osservato come, in assenza di una disposizione di diritto transitorio, debba riconoscersi natura sostanziale al nuovo precetto, quale norma specificante quale debba essere l'oggetto della prova del dolo, con conseguente inapplicabilità ai processi pendenti della novella legislativa in punto di dolo erariale; soluzione ritenuta coerente con la *ratio* volta a disinnesare la "paura della firma" e dunque idonea a svolgere una funzione "esorcizzante", apparendo irragionevole un'applicazione della novella a fatti illeciti pregressi, ovvero a giudizi di responsabilità pendenti²¹.

Secondo una diversa prospettiva, invece, l'indagare la natura sostanziale o processuale del primo comma dell'art. 21 costituirebbe un falso problema, dovendosi piuttosto riconoscere alla previsione la natura di interpretazione autentica, quale carattere che non potrebbe essere messo in discussione in quanto affermato espressamente dal legislatore e come tale implicante efficacia retroattiva, con conseguente immediata applicabilità della disposizione anche ai giudizi in corso²².

Alcuni commentatori hanno, infatti, rilevato che si possa discutere se piuttosto che di un'innovazione non si tratti invero di un chiarimento normativo²³, poiché l'art. 21,

¹⁹ F. FRACCHIA, P. PANTALONE, *La fatica di semplificare: procedimenti a geometria variabile, amministrazione difensiva, contratti pubblici ed esigenze di collaborazione del privato "responsabilizzato"*, cit., che, a sostegno dell'esclusione che la modifica introdotta in punto di elemento soggettivo sia applicabile ai soli fatti commessi dalla data di entrata in vigore del decreto, evidenziano come là dove si è voluto questa limitazione circa l'inizio della vigenza, la legge l'ha espressamente stabilito come nel secondo comma dell'art. 21 relativo alla transitoria limitazione sotto il profilo soggettivo della responsabilità erariale.

²⁰ Cfr. E. AMANTE, *La "nuova" responsabilità amministrativa a seguito del D.L. n. 76 del 2020*, in *Urb. app.*, 2021, 1, p. 69 s., che però giunge comunque a ritenere l'art. 21, c. 1, del decreto semplificazioni applicabile anche ai fatti commessi anteriormente all'entrata in vigore della novella, ma ancora *sub iudice*, sostenendo il carattere interpretativo della previsione relativa alla prova del dolo.

²¹ L. D'ANGELO, *Il "nuovo" dolo erariale nelle prime decisioni del giudice contabile (nota a Corte dei Conti, Sez. I App., 2 settembre 2020, n. 234)*, cit., che a sostegno della natura sostanziale della novella richiama la dottrina processualistica secondo cui le norme sostanziali sono quelle oggetto dell'accertamento giudiziale suscettibili di giudizio, mentre le norme processuali sono quelle che di quell'accertamento "determinano il regime", dovendosi pertanto distinguere ciò che è oggetto di accertamento da ciò che costituisce un limite allo stesso.

²² M. BENIGNI, *Prima lettura del d.l. n. 76/2020 tra formante legislativo e interpretazione costituzionalmente orientata*, cit., p. 4.

²³ F. FRACCHIA, P. PANTALONE, *La fatica di semplificare: procedimenti a geometria variabile, amministrazione difensiva, contratti pubblici ed esigenze di collaborazione del privato "responsabilizzato"*, cit.

c. 1, del decreto in esame, prediligendo un'attribuzione di significato evincibile dalla stessa disposizione già vigente, alla luce della giurisprudenza costituzionale in materia²⁴ finirebbe per svolgere una funzione di interpretazione autentica, con conseguente possibile applicazione a fattispecie di illecito realizzatesi antecedentemente all'entrata in vigore della medesima²⁵.

La possibile applicazione anche retroattiva ai comportamenti commessi anteriormente alla novella, ma non ancora oggetto di giudicato, rappresenterebbe un precipitato del carattere meramente interpretativo della previsione, testimoniato dalla circostanza che l'art. 21, c. 1, si limita a chiarire uno dei possibili significati già desumibili dalla precedente formulazione dell'art. 1, c. 1, l. n. 20 del 1994²⁶.

Di diverso avviso invece la giurisprudenza contabile, anche di appello, che sembra essersi assediata nell'escludere la natura sia di norma di interpretazione autentica che processuale della previsione, riconoscendo invece carattere sostanziale alla novella, in quanto ritenuta incidente su uno degli elementi costitutivi della fattispecie di illecito erariale e come tale inapplicabile rispetto agli illeciti commessi anteriormente alla sua entrata in vigore, ai sensi dell'art. 11 disp. prel. c.c.²⁷.

²⁴ Cfr. Corte cost. 23 maggio 2008, n. 170 secondo cui la disposizione è interpretativa qualora, esistendo una oggettiva incertezza del dato normativo ed un obiettivo dubbio ermeneutico, sia diretta a chiarire il contenuto di preesistenti norme, ovvero ad escludere o ad enucleare uno dei significati tra quelli plausibilmente ascrivibili a queste. Ben potrebbe tuttavia il legislatore emanare norme che precisino il significato di preesistenti disposizioni anche se non siano insorti contrasti giurisprudenziali, ma sussista comunque una situazione di incertezza nella loro applicazione, essendo sufficiente che la scelta imposta rientri tra le possibili varianti di senso del testo interpretato e sia compatibile con la sua formulazione. Il carattere interpretativo della disposizione comporta che essa vada a saldarsi a norme precedenti intervenendo sul significato normativo di queste, dunque lasciandone intatto il dato testuale ed imponendo una delle possibili opzioni ermeneutiche già ricomprese nell'ambito semantico della legge interpretata, in modo che il suo sopravvenire non determina il venir meno delle norme interpretate, in quanto le disposizioni si congiungono, dando luogo ad un precetto unitario. Siffatta configurazione conduce ad escludere che la disposizione sia sostanzialmente innovativa, con effetti retroattivi, ed assume importanza sotto il profilo del controllo di ragionevolezza, in relazione alla quale rileva la funzione di interpretazione autentica che una disposizione sia in ipotesi chiamata a svolgere, in deroga al principio per cui la legge non dispone che per l'avvenire. A tal proposito, cfr. anche Corte cost. sentt. 12 luglio 1995, n. 311; 30 marzo 1995, n. 94 e 23 novembre 1994, n. 397.

²⁵ C. PAGLIARIN, *L'elemento soggettivo dell'illecito erariale nel "decreto semplificazioni": ovvero la "diga mobile" della responsabilità*, cit.

²⁶ E. AMANTE, *La "nuova" responsabilità amministrativa a seguito del D.L. n. 76 del 2020*, cit., p. 69 ss., che, al fine di scongiurare la riforma delle sentenze di condanna di primo grado per difetto di dimostrazione "della volontà dell'evento dannoso" quale conseguenza della soluzione proposta, con riferimento ai giudizi pendenti in appello, a fronte dell'impossibilità di introdurre *nova*, suggerisce un'interpretazione adeguatrice dell'art. 194 c.g.c., riconoscendo nell'innovato contesto interpretativo la "causa non imputabile" alle parti per l'omessa produzione di primo grado.

²⁷ Corte conti, sez. II App., 16 marzo 2021, n. 95 secondo cui "Sebbene il tenore letterale della disposizione sembri conferirle carattere processuale (in quanto si utilizzano termini come "prova" e "dimostrazione"), un'interpretazione logico-sistematica non può non considerare che il legislatore, in un contesto emergenziale e finalità dichiaratamente semplificatorie, ha operato un innesto su una norma sostanziale (art. 1, comma 1, l. n. 20/1994), introducendo una nozione di dolo "erariale" a contenuto tipizzato. Anche qualora vi volesse annettere

A far discutere è stato però anche un altro aspetto attinente alla portata applicativa, sotto il profilo temporale, del primo comma dell'art. 21, come si evince da alcuni arresti che hanno riconosciuto carattere temporaneo a tale previsione, ritenendola limitata ai soli fatti commessi tra la data di entrata in vigore del decreto semplificazioni e il 31 dicembre 2021, al pari della transitoria limitazione sotto il profilo soggettivo della responsabilità erariale di cui al secondo comma del medesimo articolo.

In particolare, proponendosi una lettura congiunta dei due commi, si è evidenziato che la portata applicativa del primo di essi, non contenendo espliciti termini applicativi, possa comunque intendersi limitata al contesto emergenziale che ha giustificato la straordinaria necessità e urgenza per l'adozione del decreto semplificazioni, *“dato che il concetto così delineato influenza direttamente l'applicazione del 2° comma dell'art. 21, per i fatti commessi nella sua vigenza”*²⁸.

Secondo questo orientamento della giurisprudenza contabile, il combinato disposto dei due commi dell'art. 21, in assenza di una specifica disposizione che ne espliciti la natura e l'eventuale retroattività, deve far concludere per il carattere innovativo e transitorio della disciplina introdotta, sia in quanto *“incidente sulle componenti strutturali dell'illecito amministrativo contabile generatrici del diritto e dell'azione, riferendosi in modo diretto alla esenzione della responsabilità per colpa grave, salvo fattispecie omissive, oltre che alla stessa configurabilità del dolo”*, sia perché una diversa ermeneusi della novella sconterebbe un elevato tasso di sospetta illegittimità costituzionale, in considerazione dei limiti imposti al legislatore ordinario in materia di leggi retroattive²⁹.

valore processuale allo jus superveniens, in virtù del principio espresso dal brocardo latinotempus regit actum, la restrizione in questione non potrebbe farsi retroagire al momento in cui essa non operava per il p.m. contabile, al quale, diversamente opinando, sarebbe poi paradossalmente preclusa una integrazione probatoria in appello, giusta il disposto dell'art. 194 c.g.c.”. Così pure Corte conti, sez. I App., 2 settembre 2020, n. 234 secondo cui *“(…) deve ritenersi che la novella invocata non si applica ai rapporti sorti antecedentemente alla modifica della norma in questione perché di carattere sostanziale, a differenza dei rapporti processuali che, al contrario, ben possono essere sempre regolati dalla normativa vigente al momento di pubblicazione della norma, indipendentemente dall'epoca di commissione del fatto. In sostanza, le norme di carattere processuale sono di immediata applicazione e, quindi, si applicano anche ai rapporti in corso e non esauriti, mentre per le norme di carattere sostanziale, come quella in esame, vige il principio di cui all'art. 11, co. 1, delle disp. prel. cod. civ.”.* Cfr. anche Corte conti, sez. I App., 16 novembre 2020, n. 317; Corte conti, sez. I App., 12 ottobre 2020, n. 263; Corte conti, sez. Liguria, 21 ottobre 2020, n. 83; Corte conti, sez. Liguria, 5 ottobre 2020, n. 68; Corte conti, sez. Lombardia, 6 ottobre 2020, n. 152; Corte dei Conti, sez. Sicilia, 10 maggio 2021, n. 584.

²⁸ Corte conti, sez. Liguria, 21 ottobre 2020, n. 83; Corte conti, sez. Liguria, 5 ottobre 2020, n. 68. Cfr. anche Corte conti, sez. I App., 2 settembre 2020, n. 234.

²⁹ Corte conti, sez. Liguria, 5 ottobre 2020, n. 68 secondo cui *“La presenza di una norma che espressamente regola gli effetti temporali della nuova disciplina, dunque, eliminerebbe in radice la questione in ordine alla*

Invero, la tendenza giurisprudenziale a considerare in senso unitario l'ambito di applicazione dei due commi dell'art. 21 sembrerebbe non aver avuto al momento alcun seguito in dottrina, ove si concorda sul fatto che la previsione contenuta al primo comma, introducendo una modifica a regime e ad applicazione generale³⁰, abbia carattere strutturale e non temporaneo, escludendosi di conseguenza che con la stessa, e unitamente al secondo comma di tale articolo, si sia introdotto un unico precetto avente natura temporanea³¹.

natura interpretativa della modifica ed alla sua retroattività. Inoltre, a prescindere dalla valenza interpretativa o innovativa delle norme sopravvenute, la stessa Consulta si è chiaramente pronunciata in materia di limiti imposti al legislatore ordinario nell'emanare leggi retroattive, ove esplicitamente previste come tali o che trovino indici sicuri che ne consentano di postularne con certezza la retroattività: essi attengono alla stabilità dei rapporti giuridici ed alla "salvaguardia, tra l'altro, di fondamentali valori di civiltà giuridica posti a tutela dei destinatari della norma e dello stesso ordinamento, tra i quali vanno ricompresi il rispetto del principio generale di ragionevolezza e di eguaglianza, la tutela dell'affidamento legittimamente sorto nei soggetti quale principio connaturato allo Stato di diritto e il rispetto delle funzioni costituzionalmente riservate al potere giudiziario" (Corte cost., nn. 118/1957, 69/2014, 308/2013, 257/2011, 74/2008). Il legislatore, pertanto, può intervenire nella qualificazione stessa di un rapporto giuridico, ma soltanto se tale esito non metta in discussione, nel suo nucleo essenziale ed irriducibile, la tutela costituzionale che il rapporto stesso riceve in considerazione dei beni che esso abbia ad oggetto. E, comunque, non potrebbe interferire con il potere riservato al giudice di interpretare i fatti e qualificarli giuridicamente, incidendo sui singoli processi in corso, diversamente a seconda della fase e del grado in cui si trovano, con evidente lesione dell'affidamento di chi ha intrapreso un'azione giudiziaria sulla base di regole sostanziali certe e disparità di trattamento non solo tra giudizi, ma anche all'interno dello stesso processo, determinando "irragionevoli riflessi sul fisiologico esercizio della giurisdizione sulla materia" (cfr. Cass. n. 28994/2019 e, per il collegamento con il fatto generatore, Cass. Sez. un., n. 2926/1967, Cass. nn. 16039/2016 e 26517/2017). Tale conclusione, verrebbe confermata in ogni caso anche dall'immanenza del principio di legalità, cui anche la giurisdizione di contabilità è soggetta, da cui la giurisprudenza costituzionale ha tratto i corollari di irretroattività e determinatezza, avuto riguardo alla funzione anche preventiva, di deterrenza, dell'accertamento della responsabilità ed alla possibilità garantita agli agenti pubblici di adeguare i propri comportamenti alla legge vigente (e conosciuta) al momento dei fatti, per l'esigenza di "prevedibilità" delle conseguenze delle proprie scelte e di certezza del diritto".

³⁰ L. TORCHIA, *La responsabilità amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.*, 2020, 6, p. 765.

³¹ Cfr. F. FRACCHIA, P. PANTALONE, *La fatica di semplificare: procedimenti a geometria variabile, amministrazione difensiva, contratti pubblici ed esigenze di collaborazione del privato "responsabilizzato"*, cit.; C. PAGLIARIN, *L'elemento soggettivo dell'illecito erariale nel "decreto semplificazioni": ovvero la "diga mobile" della responsabilità*, cit.; D. LUCIANO, M. BELTRAME, *La responsabilità amministrativa nel contesto dell'emergenza*, cit., p. 17; E. AMANTE, *La "nuova" responsabilità amministrativa a seguito del D.L. n. 76 del 2020*, cit., p. 70; R. TUZZI, *Il potere transattivo della pubblica amministrazione nella risoluzione alternativa delle controversie: spunti per una rinnovata rilettura anche attraverso il prisma della responsabilità amministrativo-contabile*, cit., p. 31; L. D'ANGELO, *Il "nuovo" dolo erariale nelle prime decisioni del giudice contabile (nota a Corte dei Conti, Sez. I App., 2 settembre 2020, n. 234)*, cit.; A. GIORDANO, *La responsabilità amministrativa tra legge e necessità. Note sull'art. 21 d.l. n. 76/2020*, cit., p. 14; S. PICCIONE, *La responsabilità erariale alla luce delle modifiche introdotte dal DL Semplificazioni*, cit.; H. BONURA, *La paura della firma e la "nuova" responsabilità amministrativa: il decreto Semplificazioni tra equilibri ed equilibrismi (primo commento agli articoli 21 e 22 del "decreto Semplificazioni")*, in D. BOLOGNINO, H. BONURA, A. STORTO (a cura di), *I contratti pubblici dopo il decreto Semplificazioni. Le principali novità in materia di contratti pubblici, responsabilità, controlli, procedimento e processo, tra emergenza e sistema "a regime"*, cit., p. 87 ss.

4. Segue: la transitoria limitazione della responsabilità erariale sotto il profilo soggettivo.

L'art. 21, c. 2, del decreto semplificazioni limita, invece, per i fatti commessi dalla data di entrata in vigore dello stesso decreto-legge e fino al 31 dicembre 2021³², alla sussistenza del solo dolo la responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti per quanto attiene alla produzione dei danni conseguenti alla condotta attiva del pubblico dipendente e non anche per le omissioni a quest'ultimo imputabili, con la precipua giustificazione, espressamente dichiarata nella relazione illustrativa, secondo la quale i pubblici agenti hanno maggiori rischi di incorrere in responsabilità in caso di non fare (omissioni e inerzie) rispetto al fare, dove la responsabilità viene limitata al dolo.

A non andare esente da questioni interpretative è stato però anche questo secondo comma dell'art. 21, rispetto al quale si porrebbero maggiori perplessità rispetto al primo comma del medesimo articolo, in quanto a risultare problematica non sarebbe soltanto l'interpretazione della transitoria previsione in essa contenuta, dubitandosi, sotto molteplici profili, anche della legittimità costituzionale della stessa disposizione.

Nonostante il dettato letterale di questo secondo comma limiti transitoriamente la responsabilità erariale al dolo per le condotte attive, mantenendo la relativa integrabilità anche a titolo di colpa grave solo per le condotte omissive, si è evidenziato come a seguito della novella per gli illeciti omissivi, commessi dalla data di entrata in vigore del decreto-legge e fino al 31 dicembre 2021, si potrebbe ipotizzare un addebito erariale, oltretutto per dolo e per colpa grave, anche a titolo di colpa lieve³³.

Si è, infatti, sostenuto che sia un argomento di carattere strettamente letterale sia la *ratio* sottesa al decreto semplificazioni consentirebbero di postulare l'introduzione di una responsabilità erariale a titolo anche di colpa lieve per le condotte omissive, avendo il legislatore operato una rimodulazione dell'elemento soggettivo di questa forma di responsabilità, sempre limitatamente all'arco temporale individuato *ex lege*, sia in senso limitativo (per le condotte dannose commissive per le quali rileverebbe

³² La limitazione temporale della responsabilità amministrativa sotto il profilo dell'elemento soggettivo, originariamente prevista fino al 31 luglio 2021, è stata ulteriormente ampliata dalla legge di conversione del "decreto semplificazioni" fino al 31 dicembre 2021.

³³ L. D'ANGELO, *Danno erariale e c.d. "decreto semplificazioni": i mobili confini della responsabilità amministrativo-contabile*, in www.lexitalia.it.

soltanto il dolo) sia in senso ampliativo (per le condotte dannose omissive per le quali rileverebbe anche la colpa lieve)³⁴.

Una tale interpretazione del secondo comma dell'art. 21 del decreto in esame è sembrata, invece, ad altra attenta dottrina, come un'eccessiva valorizzazione della dicotomia azione-inazione disegnata dalla disposizione, dalla quale pertanto sarebbe stata tratta una conseguenza radicale³⁵.

È stato correttamente osservato, infatti, come questa ricostruzione, non soltanto sconfesserebbe il fine di deresponsabilizzazione perseguito dal legislatore, ma forza lo stesso dato testuale della previsione del citato secondo comma, in quanto l'esclusione della rilevanza, ai fini della responsabilità erariale, del solo dolo per le condotte omissive nel periodo "straordinario", rimanderebbe agevolmente per queste ipotesi all'applicazione della regola generale in termini di elemento soggettivo, contenuta nell'art. 1, comma 1, della legge n. 20 del 1994, quale disciplina ordinaria idonea a consentire un'espansione dell'area dell'illecito alla colpa lieve³⁶.

Ciò che ha fatto altrettanto discutere è stata anche la compatibilità con il dettato costituzionale, e soprattutto la ragionevolezza, della limitazione transitoria prevista dal secondo comma del citato art. 21, quale profilo non condiviso da chi, a fronte del carattere eccezionale e temporaneo della disposizione correlato alla situazione di emergenza sanitaria del Paese, nonché del potere discrezionale del legislatore di conformare l'elemento soggettivo della responsabilità erariale, ha escluso che possano esserci effettivi margini di incostituzionalità della previsione³⁷, idonea soltanto a porre problematiche applicative relativamente a comportamenti

³⁴ *Ibidem* che rileva come la mera lettura del testo normativo consentirebbe di evincere come il legislatore si sia limitato a contemplare *tout court* i danni erariali cagionati "da omissione o inerzia" senza nessuna qualificazione ulteriore in punto di elemento psicologico e che, essendo il decreto semplificazioni il decreto del "fare", così come si giustificerebbe una limitazione di responsabilità erariale per gli illeciti commissivi al tempo stesso apparirebbe coerente argomentare una sorta di "contrappeso", avente la stessa funzione della limitazione di responsabilità, teso ad "inasprire" il trattamento delle condotte lassiste per le quali la colpa lieve potrebbe fungere da "sprone" contro l'inerzia. In tale prospettiva, il giudice contabile potrebbe anche "derubricare" un illecito omissivo contestato a titolo di colpa grave dalla Procura, riqualificandolo come semplicemente colposo, senza incorrere nel vizio di ultra petizione e rimanendo pur sempre nei limiti consentiti del potere di qualificazione della domanda giudiziale.

³⁵ C. PAGLIARIN, *L'elemento soggettivo dell'illecito erariale nel "decreto semplificazioni": ovvero la "diga mobile" della responsabilità*, cit.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ M. BENIGNI, *Prima lettura del d.l. n. 76/2020 tra formante legislativo e interpretazione costituzionalmente orientata*, cit., p. 4, che osserva come un'eventuale sentenza di accoglimento della relativa questione di costituzionalità sarebbe emessa successivamente al 31 dicembre 2021 con conseguenti dubbi di sua applicabilità ai giudizi in corso, laddove il convenuto dovesse eccepire di aver operato conformemente ad una norma in vigore all'epoca della commissione dei fatti.

gravemente colposi protratti nel tempo e da risolvere dalla giurisprudenza con gli ordinari criteri ermeneutici in tema di condotte lesive prolungate e di nesso causale³⁸.

A tale posizione si è contrapposta invece quella apparentemente prevalente, propensa a ravvisare più di un vizio di incostituzionalità di questo secondo comma, sottolineando in particolare come la limitazione della responsabilità sotto il profilo soggettivo, benché temporanea, risulti contrastare con il principio di buon andamento di cui all'art. 97 Cost.³⁹, nonché con il principio di responsabilità dei pubblici dipendenti, sancito all'art. 28 Cost. nell'interpretazione fornita dalla giurisprudenza costituzionale⁴⁰.

La Corte costituzionale, infatti, in diverse occasioni non soltanto ha chiarito che quest'ultima previsione costituzionale, nel rinviare alle fonti ordinarie, demanda alla discrezionalità del legislatore la disciplina della responsabilità dei pubblici agenti, con i limiti della irragionevolezza e non arbitrarietà⁴¹, ma con espresso riguardo a quella erariale ha anche individuato nella scelta legislativa di limitare l'ascrivibilità a titolo di dolo o colpa grave di tutti i soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti un punto di equilibrio tale da rendere, per i pubblici dipendenti, la prospettiva della responsabilità ragione di stimolo e non di disincentivo⁴².

Invero, il giudice costituzionale ha espressamente affermato che l'imputazione della responsabilità erariale ha come limite minimo quello della colpa grave (prevista, in via generale, insieme all'imputazione per dolo), quale principio ormai acquisito nell'attuale sistema normativo, non risultando conseguentemente conforme

³⁸ E. AMANTE, *La "nuova" responsabilità amministrativa a seguito del D.L. n. 76 del 2020*, cit., p. 68 ss.

³⁹ In dottrina da tempo si sottolinea, infatti, il collegamento funzionale tra responsabilità amministrativa e principio di efficienza, in quanto carattere essenziale della prima sarebbe proprio quello di essere funzionale al buon andamento dell'azione pubblica. A tal proposito, cfr. F. TIGANO, *Efficienza amministrativa, principio di buon andamento e ruolo della Corte dei conti*, in *Dir. e proc. amm.*, 2021, 1, p. 127 ss.; M. NUNZIATA, *Buon andamento e danno da disservizio*, Giappichelli, Torino, 2018, *passim*, spec. p. 117 ss.; L. MERCATI, *Responsabilità amministrativa e principio di efficienza*, Giappichelli, Torino, 2002, *passim*, spec. p. 304 ss.; F. G. SCOCA, *Sguardo d'insieme sugli aspetti sostanziali e processuali della responsabilità amministrativa*, in ID. (a cura di), *La responsabilità amministrativa ed il suo processo*, cit., p. 8; C. PINELLI, *Commento all'art. 97 Cost.*, in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione. La Pubblica Amministrazione*, Zanichelli, Bologna, 1991, p. 221 ss.

⁴⁰ Cfr. C. E. MARRÈ BRUNENGI, *Prime riflessioni critiche sulla nuova responsabilità erariale nel decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76 conv. in legge 11 settembre 2020, n. 120*, cit.; M. ATELLI, F. CAPALBO, P. GRASSO, U. MONTELLA, D. PERROTTA, R. SCHÜLMERS VON PERNWERT, *Il dolo contabile dopo l'art. 21 del decreto-legge semplificazioni fra contraddizioni e incoerenze di sistema*, cit., p. 39; S. PICCIONE, *La responsabilità erariale alla luce delle modifiche introdotte dal DL Semplificazioni*, cit.

⁴¹ Cfr. Corte cost. 12 marzo 1975, n. 54; Corte cost. 7 aprile 1988, n. 411; Corte cost. 15 novembre 1988, n. 1032 e Corte cost. 20 novembre 1998, n. 371.

⁴² Corte cost. 20 novembre 1998, n. 371.

ai principi dell'ordinamento "attenuare ulteriormente, in via generale, i casi di responsabilità per colpa grave"⁴³.

Contrariamente da chi ha ritenuto che l'esonero da responsabilità per colpa grave commissiva operato dal decreto semplificazioni, pur ponendosi sotto il profilo teorico in oggettivo contrasto con questa giurisprudenza costituzionale, non si presti a un giudizio di irragionevolezza per via della stretta temporaneità della sua applicazione e poiché con lo stesso si realizzerebbe un discrezionale e ragionevole bilanciamento di interessi volto a favorire una tempestiva ripresa degli investimenti pubblici particolarmente necessari in un periodo di contingenza economica⁴⁴, da più parti si è sottolineato, invece, come il legislatore abbia travalicato i limiti della propria discrezionalità⁴⁵.

Ed è proprio sotto il profilo della ragionevolezza che sono state mosse molteplici critiche alla transitoria limitazione della responsabilità erariale, rilevandosi come tale previsione abbia alterato il punto di equilibrio tra elementi restitutori e di deterrenza, raggiunto con il requisito della colpa grave e individuato quale *minimum* invalicabile dalla Corte costituzionale, sbilanciandolo irragionevolmente sul versante della tutela del dipendente a discapito dell'esigenza di tutela dell'erario pubblico⁴⁶, in quanto il rischio di avveramento del danno erariale rimarrebbe tutto a carico dell'amministrazione⁴⁷.

In tale prospettiva, si è evidenziato come la novella possa porre problemi di conformità anche con l'art. 3 Cost. in ragione dell'innalzamento della soglia di punibilità per tutti i lavoratori pubblici, a prescindere dalla qualifica rivestita o dalle mansioni svolte, con conseguente irragionevole appiattimento in assenza di

⁴³ Corte cost. 24 ottobre 2001, n. 340 che ha dichiarato l'incostituzionalità di una legge della Provincia autonoma di Bolzano, che aveva tentato una tipizzazione delle fattispecie di colpa grave dei pubblici dipendenti, in quanto ritenuta non conforme ai principi dell'ordinamento che individua quale limite minimo della responsabilità per danno erariale quello della colpa grave, per aver in particolare alterato il concetto di colpa grave, precludendo, "nelle singole ipotesi considerate, la configurazione di responsabilità amministrativa per effetto di esclusione della colpa grave che veniva ad assumere caratteristiche rigidamente più ristrette".

⁴⁴ Così M. BENIGNI, *Prima lettura del d.l. n. 76/2020 tra formante legislativo e interpretazione costituzionalmente orientata*, cit., p. 5 ss.

⁴⁵ Cfr. R. TUZZI, *Il potere transattivo della pubblica amministrazione nella risoluzione alternativa delle controversie: spunti per una rinnovata rilettura anche attraverso il prisma della responsabilità amministrativo-contabile*, cit., p. 33.

⁴⁶ Cfr. L. D'ANGELO, *Danno erariale e c.d. "decreto semplificazioni": i mobili confini della responsabilità amministrativo-contabile*, cit.

⁴⁷ C. E. MARRÈ BRUNENGHI, *Prime riflessioni critiche sulla nuova responsabilità erariale nel decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76 conv. in legge 11 settembre 2020, n. 120*, cit., p. 153.

valutazioni specifiche⁴⁸, ovvero perché realizzerebbe una irragionevole disparità di trattamento tra i pubblici dipendenti sulla base del mero dato temporale delle condotte⁴⁹, nonché rispetto ai lavoratori del settore privato, tenuti ai sensi dell'art. 2104, c. 1, c.c., a usare la diligenza richiesta dalla natura della prestazione dovuta e la cui responsabilità risulta pertanto ad essa correlativa⁵⁰.

Sotto il profilo della ragionevolezza, si deve dubitare anche della sussistenza di una ragionevole giustificazione in ordine alla scelta di ritenere censurabili a titolo di colpa grave solo le condotte omissive con esclusione di quelle attive, come se quest'ultime fossero maggiormente commendevoli delle prime, nonché per le difficoltà di coordinamento dell'art. 21, c. 2, del decreto semplificazioni con le ipotesi tipizzate di responsabilità sanzionatoria pura, che risulterebbero escluse dall'ambito applicativo della disposizione⁵¹.

E, però, il secondo comma del citato art. 21, come si è in altra sede tentato di prospettare, non pone problemi soltanto con riferimento alla disciplina sostanziale in tema di responsabilità erariale in esso contenuta, dovendosi anche dubitare della legittimità del ricorso allo strumento della decretazione d'urgenza sia con riferimento al rispetto dei presupposti di necessità e urgenza, trattandosi di una disciplina a carattere eminentemente ordinamentale, come espressamente dichiarato nella relazione tecnica che accompagna il "decreto semplificazioni", sia sotto il profilo della responsabilità governativa *ex art. 77, c. 2, Cost.*, quale vincolo giuridico posto all'azione di governo, che segna il confine e deve indirizzare l'esercizio del potere di decretazione d'urgenza⁵².

⁴⁸ C. PAGLIARIN, *L'elemento soggettivo dell'illecito erariale nel "decreto semplificazioni": ovvero la "diga mobile" della responsabilità*, cit.

⁴⁹ Cfr. D. LUCIANO, M. BELTRAME, *La responsabilità amministrativa nel contesto dell'emergenza*, cit., p. 17; E. AMANTE, *La "nuova" responsabilità amministrativa a seguito del D.L. n. 76 del 2020*, cit., p. 19; S. PICCIONE, *La responsabilità erariale alla luce delle modifiche introdotte dal DL Semplificazioni*, cit.

⁵⁰ C. E. MARRÈ BRUNENGHI, *Prime riflessioni critiche sulla nuova responsabilità erariale nel decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76 conv. in legge 11 settembre 2020, n. 120*, cit., p. 160, che, nel sostenere la collocazione della responsabilità erariale nell'ambito della teoria generale delle obbligazioni civili, evidenzia come la novella recherebbe una forte discriminazione con i lavoratori del settore privato, i quali devono usare la diligenza richiesta ai sensi dell'art. 2104, c. 1, c.c., in quanto l'esclusione della rilevanza della colpa grave finisce per escludere la rilevanza dell'interesse del creditore del rapporto obbligatorio, ovvero per escludere le ragioni di una parte che non è un soggetto privato, ma un soggetto collettore di plurimi interessi, quale è la P.A.

⁵¹ Così anche F. FRACCHIA, P. PANTALONE, *La fatica di semplificare: procedimenti a geometria variabile, amministrazione difensiva, contratti pubblici ed esigenze di collaborazione del privato "responsabilizzato"*, cit.

⁵² A tal proposito, sia consentito il rinvio a L. CARBONE, *Una responsabilità erariale transitoriamente "spuntata". Riflessioni a prima lettura dopo il d.l. 16 luglio 2020, n. 76 (c.d. "decreto semplificazioni")*, in *federalismi.it*, n. 30/2020. In particolare, non può non destare ulteriore perplessità la scelta, contenuta nel "decreto semplificazioni", di introdurre una transitoria limitazione della responsabilità erariale sotto il profilo soggettivo, cioè a una responsabilità nella quale lo stesso Governo potrebbe incorrere e che, per effetto

Anche il giudice contabile è stato chiamato a pronunciarsi in ordine ad eccezioni afferenti alla compatibilità costituzionale dell'art. 21, c. 2, del decreto semplificazioni, respingendole però per non aver ritenuto rilevanti, ai fini della rimessione alla Corte costituzionale, le questioni di costituzionalità avanzate dalle parti convenute rispetto alla previsione per inapplicabilità della stessa ai fatti oggetto dei giudizi pendenti.

La Corte dei conti, infatti, in diversi arresti ha chiarito che il secondo comma del citato art. 21 – nell'innalzare in maniera generalizzata la soglia di responsabilità per le fattispecie commissive, con l'unica eccezione alla eliminazione dell'elemento soggettivo della colpa grave per i danni cagionati con omissioni e inerzie e la testuale limitazione temporale – ha natura sostanziale, tale da escluderne l'applicazione ai fatti pregressi alla sua entrata in vigore⁵³, sicché, pur paventandosi dei rischi di contrasto di questo comma con diversi parametri costituzionali, ha respinto varie eccezioni di incostituzionalità in quanto evocate con riferimento a fatti verificatisi anteriormente alla novella⁵⁴, ovvero a giudizi nei quali oggetto di contestazione erano condotte essenzialmente omissive⁵⁵.

In tale prospettiva, meritano di essere segnalate alcune pronunce che, nel ribadire la natura eccezionale e dunque di stretta interpretazione del secondo comma del citato art. 21, tale da impedire un'estensione retroattiva della sua efficacia, hanno parimenti respinto eccezioni di incostituzionalità di questa disposizione, nella parte in cui non prevederebbe l'estensione ai procedimenti in corso del regime più favorevole da essa introdotto in tema di responsabilità erariale, ritenendo queste questioni non soltanto irrilevanti ma anche manifestamente infondate a fronte della riconosciuta natura patrimoniale-risarcitoria della responsabilità amministrativo-contabile, alla quale, pertanto, non possono applicarsi i principi costituzionali ed europei in materia penale e in particolare di retroattività della *lex mitior*⁵⁶.

dell'intervento dello stesso decreto, risulta esclusa con riguardo alla colpa grave, seppur relativamente alle condotte attive, in maniera manifesta e irragionevole. Il richiamo alla responsabilità contenuto all'art. 77, comma 2, Cost., se non può valere ad escludere, al ricorrere dei relativi presupposti giustificativi, qualsiasi intervento in materia di responsabilità civile, penale e amministrativa, tuttavia comporta un limite nelle modalità con cui tale materia può essere disciplinata, escludendo che il Governo possa con lo strumento della decretazione d'urgenza apportare deroghe a tale disposizione attraverso limitazioni di responsabilità che possano esonerarlo dai meccanismi di responsabilità ai quali deve essere soggetto.

⁵³ Cfr. Corte conti, sez. I App., 16 novembre 2020, n. 317; Corte conti, sez. Lombardia, 6 ottobre 2020, n. 152; Corte conti, sez. Umbria, 19 ottobre 2020, n. 65.

⁵⁴ Cfr. Corte conti, sez. Liguria, 21 ottobre 2020, n. 83; Corte conti, sez. Liguria, 5 ottobre 2020, n. 68; Corte conti, sez. Toscana, 10 novembre 2020, n. 68.

⁵⁵ Corte conti, sez. III App., 16 novembre 2021, n. 204.

⁵⁶ Cfr. Corte conti, sez. III App., 16 novembre 2021, n. 204; Corte conti, sez. II App., 16 marzo 2021, n. 95; Corte conti, sez. Calabria, 27 ottobre 2020, n. 376.

Nonostante, nelle prime occasioni di intervento in ordine alla novella, il giudice contabile abbia finora condivisibilmente respinto le eccezioni di incostituzionalità, occorre sottolineare come ciò si sia verificato per insussistenza delle condizioni ordinariamente richieste per sollevare una questione di legittimità costituzionale e in particolare per irrilevanza delle questioni rispetto a fatti pregressi a cui correttamente è risultata inapplicabile retroattivamente la previsione, anche a fronte della natura risarcitoria della responsabilità erariale, come tale estranea all'applicazione del principio di retroattività favorevole⁵⁷.

Non essendo ancora fugati i dubbi di costituzionalità, che si è tentato di evidenziare, dell'art. 21, c. 2, del decreto semplificazioni, non si può escludere che gli stessi possano essere riproposti con riferimento a fatti rientranti nell'ambito applicativo della novella e che potranno essere di conseguenza portati all'attenzione della Corte costituzionale.

5. Le limitazioni della responsabilità erariale nel “decreto cura Italia”: uno “scudo erariale rinforzato *ad personas*”.

Le perplessità, che si è tentato di rilevare in ordine alle modifiche apportate in tema di responsabilità erariale dal “decreto semplificazioni”, aumentano allorché si passi all'analisi delle modifiche apportate in tale materia dal “decreto cura Italia”.

Detto decreto-legge, contenente misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da Covid-19, dedica, com'è noto, l'art. 122 alla figura del Commissario straordinario per l'attuazione e il coordinamento delle misure di contenimento e contrasto dell'emergenza epidemiologica Covid-19.

Tra i vari aspetti della disciplina del Commissario straordinario per l'emergenza epidemiologica merita in particolare attenzione, in questa sede, la previsione contenuta al comma 8 del citato art. 122, che, con riferimento ai contratti relativi all'acquisto di ogni genere di bene strumentale utile a contenere e contrastare l'emergenza, o comunque necessario in relazione alle misure adottate per contrastarla – e in particolare relativi agli acquisti di farmaci, delle apparecchiature e dei dispositivi medici e di protezione individuale – nonché per ogni altro atto negoziale

⁵⁷ Così anche C. E. MARRÈ BRUNENGI, *Prime riflessioni critiche sulla nuova responsabilità erariale nel decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76 conv. in legge 11 settembre 2020, n. 120*, cit., p. 153.

conseguente alla urgente necessità di far fronte all'emergenza epidemiologica, posto in essere dal Commissario e dai soggetti attuatori, non soltanto sottrae tutti tali atti al controllo della Corte dei conti, fatti salvi gli obblighi di rendicontazione, ma rispetto agli stessi sancisce una significativa limitazione della responsabilità erariale.

In particolare, l'ottavo comma dispone che per tali atti, immediatamente e definitivamente efficaci, esecutivi ed esecutori, non appena posti in essere, *“la responsabilità contabile e amministrativa è comunque limitata ai soli casi in cui sia stato accertato il dolo del funzionario o dell'agente che li ha posti in essere o che vi ha dato esecuzione”*, e che la medesima limitazione di responsabilità vale per gli atti, i pareri e le valutazioni tecnico scientifiche funzionali a queste operazioni negoziali e resi dal Comitato tecnico scientifico, istituito al fine di fornire il necessario supporto ai soggetti preposti a fronteggiare l'emergenza epidemiologica.

Un'analoga previsione è sancita dal medesimo decreto cura Italia all'art. 5-*quater*, c. 5, che tra le misure di semplificazione per l'acquisto di dispositivi medici contempla anche quella di limitare – in relazione ai contratti relativi all'acquisto dei dispositivi di protezione individuali nonché medicali necessari per fronteggiare l'emergenza epidemiologica posti in essere dal Dipartimento della protezione civile della Presidenza del Consiglio dei ministri e dai soggetti attuatori – la responsabilità erariale ai soli casi in cui sia stato accertato il dolo del funzionario o dell'agente che li ha posti in essere o che vi ha dato esecuzione.

In tale direzione si colloca pure l'art. 26, c. 2, del medesimo decreto-legge, secondo cui, laddove la prestazione lavorativa non possa essere resa in modalità agile per i lavoratori dipendenti pubblici e privati in possesso di certificazione rilasciata dai competenti organi medico-legali, attestante una condizione di rischio derivante da determinate patologie o dallo svolgimento di relative terapie salvavita, il periodo di assenza dal servizio è equiparato al ricovero ospedaliero ed è prescritto dalle competenti autorità sanitarie, nonché dal medico di assistenza primaria che ha in carico il paziente. Tale articolo prevede poi proprio con riferimento al medico di assistenza primaria che nessuna responsabilità, neppure contabile, salvo il fatto doloso, possa essergli imputata nell'ipotesi in cui il riconoscimento dello stato invalidante dipenda da fatto illecito di terzi.

Innanzitutto, gli artt. 5-*quater*, c. 5, 26, c. 2, e 122, c. 8, del decreto in esame, nel limitare la responsabilità erariale al solo dolo per diversi soggetti *“qualificati”* e per

situazioni specifiche⁵⁸, introducono deroghe particolari alla disciplina generale contenuta all'art. 1, comma 1, della l. n. 20 del 1994, differenti però rispetto a quella sancita dall'art. 21, c. 2, del decreto semplificazioni, in quanto, senza effettuare alcuna distinzione tra condotte attive od omissive, dispongono la sottrazione dall'imputabilità a titolo di colpa grave soltanto di alcune condotte "a forma vincolata".

Le previsioni contenute negli articoli del decreto cura Italia in materia di responsabilità erariale, benché introdotte anteriormente a quelle del decreto semplificazioni, costituendo disciplina speciale non soggiacciono né alla differenza per condotta della limitazione della responsabilità sotto il profilo soggettivo, né alla durata limitata sino al 31 dicembre 2021, disposte dal secondo comma del citato art. 21, che nel dettare un regime generale, benché temporaneo, riguardante tutti i pubblici dipendenti non risulta applicabile ai casi espressamente previsti in quelli speciali, come appunto quelli contemplati dai suddetti articoli del decreto cura Italia⁵⁹.

Se si considera che con riferimento alle misure contenute all'art. 21, c. 2, del decreto semplificazioni si è parlato di "scudo erariale" e che il decreto cura Italia rispetto a questa disciplina ne ha sancita una speciale comportante una più

⁵⁸ Per un'analogia restrizione della responsabilità erariale al solo dolo dei funzionari dell'Agenzia dell'Entrate cfr. l'art. 29, c. 7, del decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78, convertito con modificazioni dalla legge 30 luglio 2010, n. 122.

⁵⁹ Analoghi problemi di coordinamento pone lo stesso decreto semplificazioni che all'art. 6, dopo aver previsto fino al 31 dicembre 2021 per i lavori diretti alla realizzazione delle opere pubbliche di importo pari o superiore alle soglie di cui all'art.35 del decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50 l'obbligatoria costituzione presso ogni stazione appaltante di un collegio consultivo tecnico e dopo averne dettato la relativa disciplina, dispone come "*l'inosservanza delle determinazioni del collegio consultivo tecnico viene valutata ai fini della responsabilità del soggetto agente per danno erariale e costituisce, salvo prova contraria, grave inadempimento degli obblighi contrattuali; l'osservanza delle determinazioni del collegio consultivo tecnico è causa di esclusione della responsabilità del soggetto agente per danno erariale, salvo il dolo*". Tale ultimo inciso deve pertanto coordinarsi con quanto disposto al successivo art. 21, comma 2, del medesimo decreto che con riferimento a questa ipotesi tipizzata di esclusione della responsabilità per colpa grave sembrerebbe non poter trovare applicazione. E, infatti, l'art. 6 diversamente da quanto sancito dal citato comma 2 dell'art. 21, disponendo la sottrazione dall'imputabilità a titolo di colpa grave soltanto di una condotta "a forma vincolata", senza effettuare alcuna distinzione tra condotte attive od omissive, si qualificherebbe quale disposizione speciale e come tale non derogabile dalla transitoria limitazione della responsabilità erariale sotto il profilo soggettivo contenuta nel suddetto secondo comma. Quest'ultima previsione potrebbe invece trovare applicazione al di fuori di questa condotta tipizzata, con conseguente possibilità che lo stesso pubblico dipendente possa essere sottoposto a diversi regimi di responsabilità erariale a seconda della condotta concretamente compiuta. Ad analoghe conclusioni può giungersi con riferimento alla necessità di coordinare l'art. 21, comma 2, del decreto semplificazioni con l'art. 1, comma 1, legge n. 20 del 1994 nella parte in cui quest'ultimo articolo, nell'escludere la responsabilità per colpa grave con riferimento ad ipotesi specifiche, limita la configurabilità dell'illecito erariale a titolo solo di dolo, quale previsione speciale non soggetta a limitazioni temporali e come tale da ritenere non derogabile ad opera del secondo comma del citato art. 21, che potrà invece trovare applicazione al di fuori di queste ipotesi tipizzate.

significativa limitazione della responsabilità erariale riguardante soggetti determinati, o comunque determinabili, sarebbe possibile allora ritenere che gli articoli di tale ultimo decreto-legge abbiano introdotto uno “scudo erariale rinforzato *ad personas*”.

Invero, detto “scudo” rispetto a quello sancito dal decreto semplificazioni, da un lato, si presenta come rinforzato in quanto i citati articoli del decreto cura Italia limitano la perseguibilità alle sole condotte sorrette da dolo senza operare alcuna distinzione tra condotte attive od omissive e senza individuare espressamente un limite di natura temporale; dall’altro lato, i medesimi circoscrivono questa limitazione a specifiche condotte diversamente tipizzate dalle rispettive previsioni, la cui concreta applicazione non sembrerebbe però esente dal porre problemi interpretativi.

Le disposizioni di tale ultimo decreto-legge, in particolare, non prevedono alcun limite di carattere temporaneo, ma in considerazione della relativa *ratio*, essendo stati espressamente introdotti al fine di assicurare la più elevata risposta sanitaria all’emergenza epidemiologica, potrebbero pertanto ritenersi avere una efficacia limitata al periodo dell’emergenza stessa.

Si pensi poi alla necessità di dover distinguere, con riferimento agli atti, ai pareri e alle valutazioni tecnico scientifiche resi dal Comitato tecnico scientifico, quando gli stessi possano dirsi funzionali alle operazioni negoziali poste in essere dal Commissario straordinario e dai soggetti attuatori per far fronte all’emergenza epidemiologica, quale distinzione da cui dipende l’applicazione o meno del c.d. “scudo erariale rinforzato” e che rende incerta dunque la relativa estensione.

In generale, comunque tutte le richiamate previsioni del decreto cura Italia pongono il problema della esatta perimetrazione delle condotte tipizzate, rendendo possibile che uno stesso soggetto possa essere sottoposto a diversi regimi di responsabilità erariale a seconda della condotta concretamente compiuta e del tempo della relativa commissione.

Infatti, al di fuori del campo di applicazione del decreto cura Italia, ovvero delle condotte tipizzate, la previsione contenuta al secondo comma dell’art. 21 del decreto semplificazioni potrebbe trovare applicazione con riferimento ai soggetti “qualificati” considerati dal primo decreto-legge.

In disparte i problemi interpretativi, risultano diversi i dubbi di costituzionalità che i citati articoli del decreto cura Italia possono sollevare, condividendoli in parte con quelli mossi con riferimento all’art. 21, c. 2, del decreto semplificazioni, ovvero

dubbi non soltanto attinenti al merito delle scelte in esso contenute, ma anche in relazione al ricorso alla decretazione d'urgenza quale strumento per farvi fronte.

Il decreto cura Italia, infatti, nel contenere deroghe alla disciplina generale in materia di responsabilità erariale con riferimento a soggetti determinati, o comunque determinabili, si qualifica come atto avente forza di legge-provvedimento di carattere innovativo, rientrando in particolare in una delle due categorie individuate da autorevole dottrina per distinguere le leggi aventi contenuto concreto, ovvero quella categoria di leggi provvedimento che, con riferimento a singoli soggetti e a specifici rapporti, derogano al diritto comune e per i quali quindi l'elemento della singolarità si presenta sotto il duplice e congiunto aspetto della personalità e della eccezionalità, nonché rispetto a cui è il principio di eguaglianza a porsi come fondamentale parametro di giudizio⁶⁰.

È proprio l'esigenza dell'eguaglianza che pone, infatti, problemi di compatibilità con il dettato costituzionale delle norme "personali", che si riferiscono espressamente o implicitamente ad uno o più soggetti determinati o determinabili, ciò in quanto in virtù dell'art. 3 Cost. le disposizioni normative devono presentarsi in termini del tutto impersonali a fronte del divieto costituzionale di leggi personali o individuali⁶¹, ovvero del divieto di operare distinzioni in base alle condizioni personali, soprattutto allorché si risolvano in un privilegio di favore o sfavore tanto da risultare sformate di qualsiasi giustificazione obiettiva⁶².

⁶⁰ Così C. MORTATI, *Le leggi provvedimento*, Giuffrè, Milano, 1968, p. 1 ss., che individua invece l'altra categoria con riferimento alle leggi rivolte a dare applicazione concreta ad altre leggi e tali da conferire all'atto carattere di legge solo formale, in quanto carente dei requisiti tipici della generalità ed innovatività. Tale importante distinzione proposta da Mortati, come rilevato da G. BERNABEI, *Legge provvedimento e tutela giurisdizionale nell'ordinamento costituzionale italiano*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, 4 p. 1306, è stata poi nuovamente ripresa da quella corrente di pensiero che distingue tra l'ipotesi in cui la legge apporta una deroga per una situazione particolare e concreta rispetto ad una precedente disciplina generale, che evoca il principio di eguaglianza quale parametro di giudizio, e l'ipotesi in cui la legge si limita a provvedere alla semplice applicazione od alla esecuzione per un caso specifico di norme già esistenti, che concerne la valutazione del principio della separazione dei poteri.

⁶¹ F. MODUGNO, *Norme singolari, speciali, eccezionali*, in *Enc. dir.*, XXVIII, 1978, p. 511 ss., per il quale le norme personali, quale *species* del *genus* norme del caso singolo o a fattispecie esclusiva, finiscono quasi per perdere la loro connotazione normativa, "se si contrappone appunto la norma come regola tendenzialmente generale ed astratta al precetto individuale e concreto e si riserva l'uso del termine «norma» per quella prima categoria con esclusione della seconda, considerando l'espressione «norma individuale» come una vera e propria *contadictio in adiecto*". Cfr. anche V. CRISAFULLI, *Principio di legalità e «giusto procedimento»*, in *Giur. cost.*, 1962, p. 136, che sostiene come dall'art. 3 Cost. si ricavi direttamente il divieto di leggi personali.

⁶² C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Cedam, Padova, 1976, p. 1028, secondo il quale le leggi personali non sarebbero *tout court* in contrasto con l'art. 3 Cost., dovendosi ritenere ammissibili non solo quando dispongano su singoli rapporti, in esecuzione e con l'osservanza di precetti predisposti da precedenti leggi generali, ma anche allorché innovino a queste, purché non assumano carattere di privilegio, tanto da risultare sformate di qualsiasi giustificazione obiettiva.

La differenziazione di trattamento disposta da atti con forza di legge aventi carattere personale pone dunque il problema della loro “giustificatezza”⁶³, che dovrà essere valutata, allorché tali atti conferiscano vantaggi al singolo, in relazione al contesto ed alla *ratio* che ha determinato la scelta del legislatore⁶⁴.

Alla luce di tali coordinate, si dovrebbe dunque indagare il decreto cura Italia nelle parti in cui realizza una sottrazione alla disciplina generale in materia di responsabilità erariale per specifiche condotte poste in essere da soggetti determinati o determinabili, soprattutto con riferimento alle previsioni riguardanti il Commissario straordinario per l'emergenza epidemiologica e i soggetti attuatori, i componenti del CTS, i funzionari o gli agenti attuatori del Dipartimento della protezione civile della Presidenza del Consiglio dei ministri, rispetto alle quali il confine tra limitazione di responsabilità e privilegio finisce per dissolversi se consideriamo che in diversi di questi casi la limitazione di responsabilità riguarda un solo possibile titolare di ufficio singolo, personalmente individuabile e non come appartenente a una categoria di pubblici dipendenti.

In queste particolari ipotesi, l'eccezione al principio di eguaglianza potrebbe accentuare il rischio di configurazione di una disciplina di vantaggio, se non addirittura talora di un privilegio *ad personam*, data la perfetta e immediata identificazione, *pro tempore*, di organo e persona, con gli inevitabili precipitati in punto di rispetto della ragionevolezza e non arbitrarietà secondo il pur restrittivo indirizzo della giurisprudenza costituzionale in tema di leggi provvedimento aventi contenuto personale singolare⁶⁵. In disparte il profilo dell'ammissibilità nell'ordinamento costituzionale⁶⁶, le leggi provvedimento devono essere sindacate,

⁶³ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., p. 1021.

⁶⁴ F. ZAMMARTINO, *Le leggi provvedimento nelle giurisprudenze delle Corti nazionali ed europee tra formalismo interpretativo e tutela dei diritti*, in *rivistaaic.it*, n. 4/2017.

⁶⁵ Sebbene la Corte costituzionale con riferimento a leggi a contenuto provvedimentale abbia in diverse occasioni rilevato il rischio di disparità di trattamento intrinseco in previsioni di tipo particolare e derogatorio (cfr. Corte cost. 10 gennaio 1997, n. 2; Corte cost. 9 febbraio 2012, n. 20; Corte cost. 9 maggio 2013, n. 85), la stessa, secondo un proprio orientamento ormai consolidato, ha però affermato che (*ex multis* Corte cost. 10 ottobre 2014, n. 231) “*La natura di “norma-provvedimento”, da sola, non incide sulla legittimità della disposizione; invero, la legittimità costituzionale delle “leggi-provvedimento” – le quali non sono incompatibili in sé e per sé, con l’assetto dei poteri stabilito dalla Costituzione – deve essere valutata in relazione al loro specifico contenuto, essenzialmente sotto i profili della non arbitrarietà e della non irragionevolezza della scelta del legislatore*”. Per una critica a tale giurisprudenza costituzionale cfr. M. ESPOSITO, *Legge ad personam e garanzie costituzionali: la Consulta sceglie la via di fuga*, in *Giur. it.*, 2015, p. 182 ss., ed anche G. BERNABEI, *Legge provvedimento e tutela giurisdizionale nell’ordinamento costituzionale italiano*, cit., p. 1320 ss.

⁶⁶ Nonostante la giurisprudenza costituzionale abbia nel tempo avallato un indirizzo favorevole all'ammissibilità delle leggi provvedimento, la dottrina (cfr. G. BERNABEI, *Legge provvedimento e tutela giurisdizionale nell’ordinamento costituzionale italiano*, cit., p. 1320 ss., e S. CALDARELLI, *L’illegittimità costituzionale della*

infatti, con riferimento alla non arbitrarietà del contenuto, ma soprattutto alla congruità dello strumento adoperato rispetto al fine da raggiungere⁶⁷ e che questo sindacato risulta necessariamente intrecciato con quello attinente alla sussistenza dei presupposti del decreto-legge, stante l'ascrivibilità, operata dalla Corte costituzionale, alla classe delle leggi provvedimento anche degli atti aventi forza di legge⁶⁸.

Con riferimento a questi ultimi e in particolare ai decreti-legge, la presenza di previsioni derogatorie, di dettaglio, ovvero a contenuto concreto o particolare, incidenti su un numero limitato di destinatari, non dovrebbe generare sospetto, in quanto proprio il carattere provvedimentale dei decreti renderebbe ancora più evidenti le sottostanti ragioni "emergenziali", sicché occorrerebbe concentrare l'attenzione sulla verifica dei presupposti di necessità e urgenza che devono sorreggere gli stessi, nonché sulla necessaria omogeneità del singolo decreto-legge, al fine di evitare l'abuso del ricorso alla decretazione d'urgenza⁶⁹.

*legge-provvedimento e la "riserva" di procedimento amministrativo (Nota a Corte Costituzionale n. 116/2020), in www.giustiziainsieme.it) evidenzia invece come queste rappresentino un'anomalia nell'ordinamento costituzionale, dubitandosi della relativa compatibilità con il dato costituzionale e in particolare con il principio di effettività e pienezza della tutela, come predicato anche a livello sovranazionale, con il principio di imparzialità di cui all'art. 97 Cost. e con il concetto stesso di amministrazione delineato in Costituzione, nonché con l'art. 28 Cost. in quanto tali leggi provvedimento annullerebbero il relativo meccanismo di imputabilità e responsabilità diretta. Per F. ZAMMARTINO, *Le leggi provvedimento nelle giurisprudenze delle Corti nazionali ed europee tra formalismo interpretativo e tutela dei diritti*, cit., le leggi provvedimento, oltre ad essere un sintomo della crisi della legge, porrebbero anche problemi di compatibilità con il principio di separazione dei poteri e quello democratico, che delinerebbero il perimetro di un'area riservata all'amministrazione, quale limite invalicabile per il legislatore, nonché con il principio di uguaglianza. Secondo autorevole dottrina (V. CRISAFULLI, *Principio di legalità e «giusto procedimento»*, cit., p. 131), il principio del giusto procedimento, quale possibile sviluppo del principio di uguaglianza dinanzi alla legge, vieterebbe alla legge di farsi, essa, concreto provvedimento per singoli casi dell'esperienza reale, sopprimendo quello *hiatus* tra norma e azione che condizionerebbe la piena ed effettiva realizzazione del principio di legalità, in quanto eliminerebbe la raffrontabilità dell'atto alla norma che lo prevede e lo regola. Sulla concezione crisafulliana del giusto procedimento e sul relativo fondamento costituzionale, ovvero quale principio del sistema costituzionale, in quanto avente radice nel principio di legalità a sua volta risultante da norme costituzionali si veda E. CASTORINA, *Il pensiero di Vezio Crisafulli sul «giusto procedimento»: la sua influenza nella giurisprudenza della Corte e nella legge n. 241 del 1990*, in AA. VV., *Il contributo di Vezio Crisafulli alla scienza del diritto costituzionale*, Cedam, Padova, 1994, p. 215 ss.*

⁶⁷ F. ZAMMARTINO, *Le leggi provvedimento nelle giurisprudenze delle Corti nazionali ed europee tra formalismo interpretativo e tutela dei diritti*, cit.

⁶⁸ M. LOSANA, *Questioni ambientali e «amministrazione per (atti aventi forza di) legge»*. (nota a Tar Campania, sentenza n. 1471/2016), in osservatorioaic.it, n. 2/2016, che evidenzia come le disposizioni solitamente qualificate dalla Corte costituzionale quali leggi provvedimento sono contenute in leggi regionali oppure proprio in atti aventi forza di legge, rilevando che agli occhi del giudice costituzionale il fenomeno dell'«amministrazione per legge» parlamentare è quasi del tutto sconosciuto, a fronte della provenienza prevalentemente governativa delle leggi provvedimento.

⁶⁹ M. LOSANA, *Il contenuto dei decreti legge: norme oppure provvedimenti?*, in osservatorioaic.it, n. 2/2021, per il quale, infatti, più un decreto-legge è "cucito" su un evento imprevedibile più apparirebbe giustificato, trovando questa ricostruzione fondamento letterale e sistematico nel testo costituzionale. In tale prospettiva, il

In tale prospettiva, il decreto cura Italia, inserendosi nella catena di quei decreti-legge espressione del fenomeno della c.d. «amministrazione per (atti aventi forza di legge)», finisce per condividere le perplessità che tale fenomeno pone in quanto strumento attraverso cui il Governo, esercitando la funzione legislativa e amministrativa – in modo autonomo e immediato se si considera che il decreto-legge è normalmente seguito da un disegno di legge di conversione rinforzato dalla questione di fiducia –, realizza il proprio indirizzo politico, con conseguente progressivo spostamento della produzione normativa dal Parlamento al Governo e quale indice della torsione “maggioritaria” della nostra forma di governo⁷⁰.

Nonostante queste perplessità e quanto osservato dalla stessa Corte costituzionale in ordine all’esigenza di svolgere su tali atti provvedimentali un sindacato di costituzionalità particolarmente rigoroso, a fronte del fatto che in previsioni siffatte “è insito il pericolo di un arbitrio, connesso alla potenziale deviazione, in danno di determinati soggetti, dal comune trattamento riservato dalla legge a tutti i consociati”⁷¹, è stato osservato come a queste impegnative affermazioni di principio del giudice costituzionale non sia poi seguito, molto spesso, un sindacato particolarmente severo⁷².

Ciò è quanto si sarebbe verificato nel giudizio di costituzionalità concernente il c.d. “decreto Genova”⁷³, contenente alcune previsioni analoghe a quelle presenti nel “decreto cura Italia”, come in particolare la disposizione relativa al Commissario per l’emergenza epidemiologica e alla sua limitazione di responsabilità erariale sotto il profilo soggettivo che risulterebbe analoga a quella riguardante il Commissario straordinario per la ricostruzione del Ponte Morandi, il quale addirittura potrebbe ritenersi del tutto sottratto alla disciplina generale in materia di responsabilità erariale, a fronte della riconosciuta possibilità di operare, ai sensi dell’art. 1, c. 5, del citato “decreto Genova”, in deroga ad ogni disposizione di legge diversa da quella

termine “provvedimento” contenuto all’art. 77, c. 2, Cost. potrebbe essere inteso non solo come un rafforzativo del carattere provvisorio delle misure emergenziali, ma anche come indice del carattere normalmente provvedimentale delle misure contenute nei medesimi decreti, ovvero la previsione costituzionale disegnerebbe un modello di produzione legislativa emergenziale dal contenuto tipicamente provvedimentale. Così, a generare maggiore sospetto di incompatibilità con il dettato costituzionale sarebbero principalmente i decreti-legge che si discostino da questo modello, ovvero quelli contenenti disposizioni generali e astratte dietro ai quali si nasconderebbe il rischio del difetto dei presupposti di necessità e urgenza.

⁷⁰ Cfr. F. ZAMMARTINO, *Le leggi provvedimento nelle giurisprudenze delle Corti nazionali ed europee tra formalismo interpretativo e tutela dei diritti*, cit., e M. LOSANA, *Il contenuto dei decreti legge: norme oppure provvedimenti?*, cit.

⁷¹ Così Corte cost. 27 luglio 2020, n. 168.

⁷² Cfr. M. LOSANA, *Il contenuto dei decreti legge: norme oppure provvedimenti?*, cit.

⁷³ Decreto-legge 28 settembre 2018, n. 109, convertito con modificazioni dalla legge 16 novembre 2018, n. 130.

penale, fatto salvo il rispetto delle disposizioni del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione.

Nonostante la Corte costituzionale abbia rigettato le questioni di legittimità costituzionali sollevate con riferimento a tale ultimo decreto-legge⁷⁴ e il decreto cura Italia si inserisca nel solco del modello emergenziale a cui appartiene il decreto Genova, condividendo disposizioni di analogo tenore, per quanto si è tentato di rilevare, le previsioni contenute nel decreto cura Italia sembrerebbero mostrare diversi profili di irragionevolezza⁷⁵, sia per la presenza di disposizioni a carattere provvedimentale riguardanti una molteplicità di materie eterogenee, sia con particolare riferimento alle limitazioni di responsabilità erariale perché le stesse finiscono per tradursi in una sostanziale esclusione di tale responsabilità in violazione del limite minimo della colpa grave e dunque dell'art. 28 Cost. nell'interpretazione fornita dal giudice costituzionale⁷⁶.

Tale ultimo profilo solleva, infatti, l'interrogativo se durante un periodo di emergenza il principio di responsabilità, quale aspetto qualificante della forma democratica di governo⁷⁷, sia sacrificabile, in quale misura e con quali strumenti

⁷⁴ Cfr. Corte cost. 27 luglio 2020, n. 168 che, sebbene abbia dichiarato non fondata la questione di costituzionalità dell'art. 1, c. 5, del c.d. decreto Genova nella parte in cui consente al Commissario straordinario per la ricostruzione del Ponte Morandi di operare in deroga ad ogni disposizione di legge diversa da quella penale, fatto salvo il rispetto delle disposizioni del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, non ha però affrontato la specifica questione afferente alla compatibilità costituzionale di tale comma sotto il profilo della possibile desumibilità dallo stesso di una totale limitazione di ogni altra forma di responsabilità diversa da quella penale. Per un commento a questa pronuncia si veda M. LOSANA, *Il contenuto dei decreti legge: norme oppure provvedimenti?*, cit.

⁷⁵ *Contra* L. TORCHIA, *La responsabilità amministrativa*, cit., p. 766, secondo cui la scelta operata dal decreto semplificazioni di riprodurre, sempre in via temporanea, la limitazione di responsabilità ai casi di dolo già prevista dal decreto cura Italia, relativamente agli atti negoziali del Commissario straordinario e dei soggetti attuatori posti in essere per l'emergenza sanitaria, per gli atti e gli interventi necessari a far fronte all'emergenza economica e sociale, sembrerebbe ragionevole.

⁷⁶ Secondo la Corte costituzionale (*ex multis* Corte cost. 14 marzo 1968, n. 2; Corte cost. 6 luglio 1972, n. 123; Corte cost. 22 ottobre 1982, n. 164; Corte cost. 14 marzo 1968, n. 2; Corte cost. 18 gennaio 1989, n. 18; Corte cost. 24 ottobre 2001, n. 340), sebbene il rinvio contenuto nell'art. 28 Cost. alle leggi ordinarie non escluda che "la responsabilità sia disciplinata in modo vario per categorie di soggetti e per speciali situazioni", ciò tuttavia deve avvenire pur sempre tenendo conto della complessità delle esigenze e degli interessi a confronto e soprattutto purché ciò non si traduca in "una esclusione più o meno manifesta di ogni responsabilità", ovvero in "una negazione totale, che violerebbe apertamente quel principio o peccherebbe di irragionevolezza". Per un'analisi della giurisprudenza costituzionale in ordine all'interpretazione dell'art. 28 Cost. con riferimento alla questione della relativa riferibilità alla responsabilità amministrativa si veda M. BENVENUTI, *Commento all'art. 28 Cost.*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), AA. VV., *Commentario alla Costituzione*, I, Utet giuridica, Torino, 2006, p. 594. Cfr. anche F. MERUSI, M. CLARICH, *Commento all'art. 28 Cost.*, in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione. Rapporti civili*, Zanichelli, Bologna, 1991, *passim*, spec. p. 368.

⁷⁷ Cfr. A. CARIOLA, *Il legame potere-responsabilità nel dibattito sulle riforme istituzionali*, in *Orientamenti sociali*, 1991, p. 196.

normativi, al quale probabilmente dovrebbe darsi risposta avendo riguardo alla circostanza che dal sistema delineato dalla Carta costituzionale emerge una linea continua che vede la responsabilità come regola per tutti i soggetti che esercitano il potere e l'irresponsabilità come l'eccezione, giustificabile solo se necessaria a garantire l'esercizio indipendente della funzione che richiede tutela⁷⁸ e che, quindi, a tale principio non appaia possibile, con molta probabilità, derogare nemmeno in periodi emergenziali, soprattutto mediante lo strumento della decretazione d'urgenza.

Le limitazioni di responsabilità che normalmente accompagnano i soggetti chiamati a fronteggiare eventi emergenziali contribuiscono a incrementare quindi le già rilevate criticità afferenti all'amministrazione dell'emergenza, a fronte della sempre più frequente "normalizzazione" delle soluzioni emergenziali per porre rimedio a casi di inefficienza e inefficacia amministrativa che, da un lato, spinge a ricorrere a strumenti straordinari in situazioni che richiederebbero l'utilizzo di mezzi ordinari e, dall'altro, evidenzia come il modello ordinario sia quello che veramente necessita maggiormente di semplificazione e riduzione della complessità delle regole⁷⁹.

6. Il "nuovo" dolo erariale.

A fronte delle limitazioni della responsabilità erariale sotto il profilo soggettivo, ovvero della transitoria limitazione al dolo solo per le condotte commissive e della limitazione al dolo per specifiche condotte diversamente tipizzate poste in essere da soggetti determinati o comunque determinabili, rispettivamente operate dal decreto semplificazioni e dal decreto cura Italia, e in considerazione dell'introdotta requisito della prova necessaria per la dimostrazione della sussistenza di tale elemento soggettivo, appare opportuno effettuare alcune riflessioni sul dolo rilevante ai fini della realizzazione di questa particolare forma di responsabilità.

⁷⁸ L. CARLASSARE, *Responsabilità giuridica e funzioni costituzionali*, in ID. (a cura di), *Diritti e responsabilità dei soggetti investiti di potere*, Cedam, Padova, 2003, p. 20 ss.

⁷⁹ Cfr. D. BOLOGNINO, *Il c.d. Decreto "Genova": tra intervento per la salvaguardia e la ripresa economica della città e l'implementazione sistematica della sicurezza per le infrastrutture nazionali*, in www.amministrazioneincammino.luiss.it, e G. BERTINI, *Gestione commissariale e gestione amministrativa della prevenzione di eventi emergenziali*, in www.amministrazioneincammino.luiss.it.

Diversamente dal secondo comma dell'art. 21 del decreto semplificazioni, il primo comma, introducendo con riguardo alla prova del dolo erariale una disciplina a regime e ad applicazione generale, avente carattere strutturale e non derogata dalle previsioni del decreto cura Italia, ben potrà, infatti, trovare applicazione rispetto alle fattispecie ricadenti nell'ambito di previsione di quest'ultimo decreto anche se verificatesi anteriormente all'entrata in vigore del decreto semplificazioni, dato che la nozione di dolo comprendente la volontà dell'evento dannoso costituiva opzione interpretativa possibile già prima delle modifiche introdotte dal primo comma del citato art. 21.

Il dibattito che accompagna la definizione della nozione di dolo rilevante ai fini dell'integrazione della responsabilità erariale sembrerebbe avere ormai assunto i connotati di una vera e propria diatriba, che non pare essere sopita neanche a seguito della richiamata novella, rinvenendone invero in quest'ultima nuova linfa se si considera che si sta continuando a discutere in ordine a tale elemento costitutivo e lo si sta continuando a fare con una certa continuità con il passato.

Si allude al fatto che le soluzioni in punto di interpretazione della nozione di dolo sono state spesso influenzate dalla concezione che le diverse posizioni maturate in dottrina e in giurisprudenza hanno avuto della natura della responsabilità amministrativa⁸⁰ e che una linea di continuità con questo atteggiamento è ravvisabile anche nel dibattito sorto tra i primi commentatori della novella, ove è possibile distinguere tra chi ha guardato con favore alle modifiche normative, sostenendosi che nell'aver espunto dall'ordinamento il dolo contrattuale in favore di un dolo aquiliano si sarebbe eliminata un'incompatibilità rispetto a un sistema ritenuto delineato secondo la responsabilità extracontrattuale⁸¹, e chi invece ha "bollato" come un non-senso giuridico la nozione di dolo in chiave penalistica, in quanto considerata

⁸⁰ Sulla discussa natura della responsabilità amministrativo-contabile si rinvia a V. TENORE, *La responsabilità amministrativo-contabile: profili sostanziali*, cit., p. 59 ss.; M. SMIRALDO, *Le tecniche di protezione delle risorse patrimoniali erariali*, in A. CANALE, D. CENTRONE, F. FRENI, M. SMIRALDO (a cura di), *La Corte dei conti. Responsabilità, contabilità, controllo*, cit., p. 28 ss.; S. PILATO, *La responsabilità amministrativa: dalla clausola generale alla prevenzione della corruzione*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 40 ss.; A. ODDI, *Il "giusto processo" dinanzi alla Corte dei conti*, Jovene, Napoli, 2010, p. 139 ss.; F. GARRI, G. DAMMICCO, A. LUPI, P. DELLA VENTURA, L. VENTURINI, *I giudizi innanzi alla Corte dei conti. Responsabilità, conti, pensioni*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 229 ss.; P. MADDALENA, *La sistemazione dogmatica della responsabilità amministrativa*, relazione alla giornata di studio sul tema "La nuova conformazione della responsabilità amministrativa ed il problema della graduazione della condanna in base alla gravità della colpa" (Cagliari, 12 novembre 2001), disponibile sul sito www.lexitalia.it; V. RAELI, *Il modello della responsabilità amministrativa come "clausola generale" e le fattispecie sanzionatorie*, in www.lexitalia.it.

⁸¹ M. BENIGNI, *Prima lettura del d.l. n. 76/2020 tra formante legislativo e interpretazione costituzionalmente orientata*, cit., p. 4.

inapplicabile all'interno del sistema della responsabilità erariale, ritenuta quale responsabilità da rapporto obbligatorio⁸².

Invero, l'adesione a una delle diverse interpretazioni del concetto di dolo rilevante nell'ambito del processo contabile, come si è tentato di evidenziare in altra occasione, non può farsi discendere dalle divergenti soluzioni prospettate alle più generali questioni attinenti alla natura e alla funzione della responsabilità amministrativo-contabile⁸³, essendo parimenti opportuno evitare di richiamare categorie proprie di altre branche del diritto, soprattutto quando le stesse risultino controverse⁸⁴, in quanto tale rimando non costituirebbe ausilio utile alla risoluzione di problematiche proprie della responsabilità amministrativo-contabile.

Si deve piuttosto risolvere il problema, avendo riguardo al quadro normativo e quindi innanzitutto alla specifica disciplina della responsabilità erariale⁸⁵, potendosi solo dopo spostare eventualmente lo sguardo ad altre branche del diritto, ma pur sempre guardando al dettato normativo delle disposizioni di riferimento che in ordine allo specifico problema definitorio del dolo di questa forma di responsabilità possano consentirne una soluzione alla luce di un'interpretazione anche sistematica.

In tale prospettiva, il punto di partenza necessario è rappresentato dall'art. 1, comma 1, della l. n. 20 del 1994 che – già nella versione anteriore alla novella e nella

⁸² C. E. MARRÈ BRUNENGI, *Prime riflessioni critiche sulla nuova responsabilità erariale nel decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76 conv. in legge 11 settembre 2020, n. 120*, cit., p. 162 ss.

⁸³ A tal proposito, sia consentito il rinvio a L. CARBONE, *Profili ricostruttivi ed aspetti problematici della responsabilità amministrativo-contabile dei consiglieri regionali per illecita utilizzazione dei contributi pubblici destinati al funzionamento dei gruppi consiliari*, in *giustamm.it*, n. 3/2016.

⁸⁴ Si pensi infatti che nella stessa dottrina e giurisprudenza civile non risulta pacifica la definizione della natura della responsabilità contrattuale stante il contrapporsi tra tesi soggettiva e tesi oggettiva. Per un'attenta ricostruzione del dibattito si rinvia a C. M. BIANCA, *Diritto civile*, V, *La responsabilità*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 13 ss.

⁸⁵ Cfr. A. POLICE, *La natura della responsabilità amministrativa*, in F. G. SCOCA (a cura di), *La responsabilità amministrativa ed il suo processo*, cit., p. 156, che evidenzia come la l. n. 20 del 1994 nel codificare una disciplina «speciale» della responsabilità amministrativa, ovvero un suo diritto speciale, abbia svuotato di ogni concretezza sul piano degli effetti giuridici la disputa sulla natura di tale responsabilità. Sul carattere autonomo e specifico della responsabilità erariale si vedano anche F. GARRI, G. DAMMICCO, A. LUPI, P. DELLA VENTURA, L. VENTURINI, *I giudizi innanzi alla Corte dei conti*, cit., p. 233, secondo gli Autori “la responsabilità amministrativa va costruita come fattispecie assolutamente specifica, di presidio al buon andamento e dell'imparzialità della P.A.(...), unitamente al contrasto verso le devianze finanziarie e la destinazione dei beni pubblici, queste ultime formule riassumibili come tutela dei bilanci quali(...) atti di destinazione e di organizzazione”, e V. TENORE, *La responsabilità amministrativo-contabile: profili sostanziali*, cit., p. 79, che “individua nell'illecito amministrativo-contabile un «terzo genere» permeato sia di profili civilistici (contrattuali o extracontrattuali non ha concreta rilevanza sul piano applicativo) che penalistici, tendenzialmente ben coordinati tra di loro e funzionali al peculiare oggetto del giudizio contabile(...)”. Cfr. anche M. A. SANDULLI, *La responsabilità della Pubblica amministrazione dal danno civile al danno erariale. L'elemento soggettivo della responsabilità*, in *federalismi.it*, n. 22/2005, per la quale la disciplina della responsabilità amministrativa sembrerebbe più coerentemente inquadrabile in modo autonomo rispetto sia a quella risarcitoria che a quella sanzionatoria come un *tertium genus*.

parte in cui quest'ultima non vi ha apportato alcuna modifica e quindi ancora in vigore – utilizza un concetto di fatto comprensivo del danno accostandolo all'elemento soggettivo necessario ai fini dell'integrazione della responsabilità erariale, ovvero allorché riferisce il fatto dannoso alla valutazione della sussistenza della gravità della colpa, come testimoniato dallo stesso articolo nella parte in cui sancisce che *“in ogni caso è esclusa la gravità della colpa quando il fatto dannoso tragga origine dall’emanazione di un atto vistato e registrato in sede di controllo preventivo di legittimità, limitatamente ai profili presi in considerazione nell’esercizio del controllo. La gravità della colpa e ogni conseguente responsabilità sono in ogni caso escluse per ogni profilo se il fatto dannoso trae origine da decreti che determinano la cessazione anticipata, per qualsiasi ragione, di rapporti di concessione autostradale, allorché detti decreti siano stati vistati e registrati dalla Corte dei conti in sede di controllo preventivo di legittimità svolto su richiesta dell’amministrazione precedente”*.

Ai sensi del presente articolo, la fattispecie idonea a integrare una responsabilità erariale da intendersi quale complesso degli elementi che delineano il volto dell'illecito erariale, ovvero quale complesso dei presupposti oggettivi e soggettivi necessari a produrre il diritto al risarcimento del danno erariale, deve infatti ritenersi comprensiva dell'evento dannoso.

Del resto, il citato art. 1, nell'individuare le componenti di questa forma di responsabilità, postula che il diritto al risarcimento del danno sorge non per effetto della sola esistenza della condotta dell'agente, ma per l'effetto del danno che la condotta ha causato, ovvero il fatto non può prescindere dal danno, in quanto illecito è il fatto dannoso ed è solo con la produzione del danno che sorge l'obbligo di risarcirlo.

Per tale ragione, occorre rifuggire da alcuni tentativi emersi nella giurisprudenza contabile in sede di prima interpretazione della novella, secondo cui il primo comma del citato articolo 21, in quanto contenente una locuzione ritenuta fare eco a quella dell'art. 43 c.p., richiederebbe l'espressa volontà non soltanto dell'evento dannoso ma anche pericoloso⁸⁶, prospettando la possibile configurabilità di una responsabilità amministrativo-contabile per pericolo di danno erariale che però non troverebbe alcun supporto normativo nella disciplina generale in materia, neanche a seguito delle modifiche introdotte con questo primo comma.

⁸⁶ Cfr. Corte conti, sez. Liguria, 21 ottobre 2020, n. 83; Corte conti, sez. Liguria, 5 ottobre 2020, n. 68.

Se, dunque, l'attribuibilità soggettiva deve riguardare il fatto come descritto dall'art. 1, comma 1, della l. n. 20 del 1994 e questo ai fini della configurabilità di una responsabilità erariale ai sensi del medesimo articolo deve essere comprensivo del danno⁸⁷, sembrerebbe chiaro che il dolo erariale debba avere ad oggetto il fatto dannoso e quindi ai fini della relativa sussistenza necessiti della consapevolezza del danno.

L'interpretazione letterale risulta rafforzata dalla scelta legislativa di circoscrivere l'ascrivibilità a titolo di dolo o colpa grave di questa forma di responsabilità, cioè a dire dalla già avvenuta generalizzazione del criterio della colpa grave, quale intervento normativo a cui ha guardato con favore il giudice costituzionale⁸⁸, che non può non orientare verso una definizione più rigorosa e stringente del dolo che ricomprenda la volontà dell'evento dannoso, richiedendo un *quid pluris* rispetto a un comportamento caratterizzato da massima negligenza che non può che identificarsi nella consapevolezza del danno⁸⁹.

⁸⁷ La dottrina da tempo sottolinea, infatti, che la costruzione delle fattispecie di responsabilità amministrativa, come confermato dalla legge n. 20 del 1994 che pone in evidenza il "fatto dannoso", cioè il fatto, puro e semplice, dell'essersi verificato un danno per gli enti pubblici, risulti basata su di un fatto dannoso, ovvero su di un danno alla Pubblica amministrazione (diminuita o mancata utilità dell'azione pubblica), e che tale costruzione, fondata su un evento dannoso e su un'obbligazione di risarcimento, risponda a principi di civiltà giuridica. A tal proposito, cfr. F. GARRI, G. DAMMICCO, A. LUPI, P. DELLA VENTURA, L. VENTURINI, *I giudizi innanzi alla Corte dei conti*, cit., p. 229 ss.; P. MADDALENA, *La sistemazione dogmatica della responsabilità amministrativa*, cit.; V. RAELI, *Il modello della responsabilità amministrativa come "clausola generale" e le fattispecie sanzionatorie*, cit.; M. NUNZIATA, *Buon andamento e danno da disservizio*, cit., p. 40 ss.

⁸⁸ Corte cost. 20 novembre 1998, n. 371 che ha dichiarato infondata la questione di legittimità afferente alla riforma della disciplina generale in materia di responsabilità erariale che ha generalizzato il criterio della colpa grave, introdotta con il decreto-legge 23 ottobre 1996, n. 543, convertito con modificazioni dalla legge 20 dicembre 1996, n. 639. Sull'evoluzione della disciplina in tema di elemento soggettivo si veda C. PAGLIARIN, *L'elemento soggettivo dell'illecito erariale nel "decreto semplificazioni": ovvero la "diga mobile" della responsabilità*, cit., che, dopo aver sottolineato come la limitazione generalizzata della responsabilità alla colpa grave abbia determinato la necessità di definizioni più rigorose del concetto, essendo divenuto il discrimine tra lecito e illecito, osserva che il carattere "personale" della responsabilità amministrativa, espressamente sancito all'art. 1, comma 1, della legge n. 20 del 1994, imponga una valutazione della colpa grave secondo le condizioni soggettive dell'agente e le circostanze oggettive sussistenti nel momento in cui lo stesso ha operato. A tal proposito, cfr. anche C. PAGLIARIN, *Colpa grave ed equità*, Cedam, Padova, 2002; M. A. SANDULLI, *La responsabilità della Pubblica amministrazione dal danno civile al danno erariale. L'elemento soggettivo della responsabilità*, cit.; A. CIARAMELLA, *La colpa grave nella responsabilità amministrativa: condizioni per una sopravvivenza normativa*, in www.lexitalia.it.

⁸⁹ In questi termini anche F. GARRI, G. DAMMICCO, A. LUPI, P. DELLA VENTURA, L. VENTURINI, *I giudizi innanzi alla Corte dei conti*, cit., p. 217 ss., per i quali, avendo il legislatore con l'avvenuta generalizzazione del criterio della colpa grave lanciato un messaggio preciso, "il dolo non può essere costruito se non in una dimensione che, per l'imputazione del danno al soggetto agente, richieda un comportamento oggettivamente di maggiore riprovevolezza (...) rispetto a quello che concretizza la colpa grave". In tale prospettiva, appare quindi corretto seguire l'indirizzo giurisprudenziale secondo cui "il dolo consiste nella volontà dell'evento dannoso, che si accompagna alla volontarietà della condotta antidoverosa".

Una conferma di tale lettura può essere poi rinvenuta all'art. 43 c.p. quale referente normativo contenente una definizione di dolo che riferisce la volontà colpevole all'"evento dannoso o pericoloso", identificando l'oggetto del dolo nel fatto tipico da ricostruire quindi tenendo contemporaneamente presenti le diverse caratteristiche strutturali dei reati di azione e dei reati di evento, sicché in tale ultimo caso il dolo dovrà pertanto coprire anche l'evento⁹⁰.

Si deve, tuttavia, considerare, da un lato, che la definizione del dolo contenuta nell'art. 43 c.p., come rilevato da autorevole dottrina penalistica, è parziale, rendendo necessario ricavare la stessa alla luce di un'interpretazione sistematica, ovvero alla luce del complesso delle disposizioni, cioè a dire degli artt. 5, 47 e 59 c.p., che, in positivo o in negativo, attribuiscono rilevanza alla conoscenza (o mancata conoscenza) di determinati elementi costitutivi di fattispecie, dall'altro lato, che in ossequio al principio di tassatività della fattispecie penale di cui all'art. 25 Cost. quello penale deve essere un illecito tipico⁹¹.

Con riferimento quindi alla responsabilità erariale, allorché si afferma, nella relazione illustrativa di accompagnamento al decreto semplificazioni, che si è voluto chiarire che il dolo vada riferito all'evento dannoso in chiave penalistica, occorre tuttavia tenere presente quanto rilevato in ordine alla definizione del dolo *ex art. 43 c.p.*, nonché alla necessaria tipicità dell'illecito penale, dovendo dunque tale affermazione essere adatta all'illecito erariale quale illecito per definizione atipico, almeno quello conforme al modello tradizionale di responsabilità erariale delineato dall'art. 1, comma 1, della legge n. 20 del 1994⁹².

La ricostruzione dell'oggetto del dolo erariale non può, infatti, non riflettere le caratteristiche di struttura dell'illecito erariale che, ai sensi del citato art. 1, contempla un concetto di fatto dannoso riferendolo all'elemento soggettivo, sicché è il dettato

⁹⁰ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, Bologna, 2014, p. 360 ss., che evidenziano come la ricostruzione dell'oggetto del dolo finisca con il riflettere le caratteristiche di struttura dei diversi tipi delittuosi, sicché in definitiva tale oggetto è costituito da tutti gli elementi obiettivi positivamente richiesti per l'integrazione delle singole figure di reato.

⁹¹ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., *passim*.

⁹² Cfr. M. A. SANDULLI, *La responsabilità della Pubblica amministrazione dal danno civile al danno erariale. L'elemento soggettivo della responsabilità*, cit., che sottolinea l'atipicità della disciplina della responsabilità amministrativa, nonché il carattere condizionante che assume ai fini dell'azione contabile l'esistenza di un danno (patrimoniale o meno) alla P.A., e F. GARRI, G. DAMMICCO, A. LUPI, P. DELLA VENTURA, L. VENTURINI, *I giudizi innanzi alla Corte dei conti*, cit., p. 154 ss., che rilevano come il modello normativo esistente sia caratterizzato da due dati determinanti, ovvero il concretarsi della disciplina della responsabilità amministrativa in una clausola generale del settore pubblico e non nella previsione di tipici fatti costituenti illeciti, nonché il fondarsi di tale responsabilità su di un fatto dannoso, costituito dagli elementi della condotta e dell'evento lesivo.

normativo che lascia desumere come l'evento dannoso debba costituire oggetto del dolo ed è solo avendo ferme tali coordinate che può dirsi che il dolo vada riferito all'evento dannoso in chiave penalistica, come del resto già propugnato dalla prevalente e più pragmatica giurisprudenza contabile⁹³.

Ciò, se rende possibile la trasponibilità di alcuni concetti propriamente penalistici – quali il dolo generico come coscienza e volontà di realizzare gli elementi costitutivi della fattispecie, ovvero il dolo eventuale come accettazione dell'evento, cioè a dire come consapevole e ponderata adesione all'evento⁹⁴, senza che sia necessario provare il dolo specifico cioè a dire il fine di cagionare l'evento dannoso – onde evitare di portare però i problemi che in diritto penale concernono il relativo accertamento, occorre che questo avvenga avendo pur sempre riguardo alla diversa natura pienamente risarcitoria e restitutoria della responsabilità erariale, idonea ad esplicitare un'efficacia deterrente⁹⁵, ma soltanto nei limiti in cui assolverà alla propria funzione riparatoria, reintegrando l'erario per il danno effettivamente subito⁹⁶.

Diversamente, nel codice civile non si rinviene una definizione di dolo, come nel codice penale, e la disposizione che fa riferimento a questo criterio di imputazione soggettiva è l'art. 2043 c.c., ma il concetto di dolo contemplato in questo articolo non può però accostarsi alla responsabilità erariale in quanto tale previsione – fatto doloso o colposo che cagiona ad altri un danno ingiusto – riferisce l'elemento soggettivo solo al fatto e non all'evento, non al danno, ovvero lo riferisce alla condotta, rendendo quindi sufficiente il dolo della condotta ai fini dell'integrazione di una responsabilità extracontrattuale⁹⁷.

⁹³ Cfr. V. TENORE, *La responsabilità amministrativo-contabile: profili sostanziali*, cit., p. 367 ss.

⁹⁴ Cfr. Cass. pen., sez. I, sent. n. 9049 del 2020 con nota di F. MORETTI, *Il confine tra colpa cosciente e dolo eventuale alla luce del caso Vannini*, in www.salvisjuribus.it.

⁹⁵ Sul ruolo della responsabilità amministrativa quale strumento di contrasto e prevenzione alla cattiva amministrazione si rinvia a R. MORZENTI PELLEGRINI, *La responsabilità amministrativa tra funzione di deterrenza e di garanzia nelle ipotesi di cattiva amministrazione: un'introduzione*, in M. ANDREIS, R. MORZENTI PELLEGRINI (a cura di), AA. VV., *Cattiva amministrazione e responsabilità amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 2 ss.

⁹⁶ Cfr. Cass. civ., Sez. Un., ord. n. 1414 del 2019 che ha ribadito lo scopo risarcitorio del giudizio di responsabilità dinanzi alla Corte dei conti.

⁹⁷ A tal proposito, cfr. F. CARINGELLA, L. BUFFONI, *Manuale di diritto civile*, Dike, Roma, 2015, p. 1496 ss., secondo i quali il dolo di cui all'art. 2043 c.c. è generalmente inteso come dolo generico, ossia coscienza e volontà del fatto materiale, senza che sia necessaria la previsione delle conseguenze negative in capo alla vittima o del vantaggio per l'autore. Cfr. anche G. CHINÈ, M. FRATINI, A. ZOPPINI, *Manuale di diritto civile*, Nel diritto editore, Roma, 2016, p. 2192 ss., che, nell'escludere che il dolo sia una figura unitaria nell'ambito sia del diritto civile sia del diritto penale, rilevano come il dolo, in considerazione della formulazione generale dell'art. 2043 c.c. e dell'applicazione pratica di tale disposizione, svolga il ruolo di componente di una clausola generale di responsabilità, parallela e autonoma rispetto alla colpa. In generale sul dolo di cui all'art. 2043 c.c. si veda P. CENDON, *Il dolo nella responsabilità extracontrattuale*, Giappichelli, Torino, 1976.

Tale conclusione risulterebbe in linea con quanto già avvertito da autorevole dottrina che, nel respingere i tentativi di avvicinamento talvolta al dolo extracontrattuale e talvolta al dolo contrattuale, nonché le “elucubrazioni giurisprudenziali” sull’avvicinamento al dolo civilistico, predica da tempo che il dolo debba consistere nella volontà dell’evento dannoso che si accompagna alla volontarietà della condotta antidoverosa – anche nella sua forma di dolo eventuale –, finendo così per coincidere con la nozione penalistica delineata dall’art. 43 c.p.⁹⁸.

Così, il primo comma dell’art. 21 del decreto semplificazioni nell’aggiungere un periodo all’art. 1, comma 1, della legge n. 20 del 1994, prevedendo espressamente che la prova del dolo richiede la dimostrazione della volontà dell’evento dannoso, non può ritenersi aver apportato una reale novità, in quanto che il dolo erariale debba coprire anche l’evento dannoso era già desumibile da prima della novella, rientrando tra le opzioni interpretative possibile del citato art. 1, che però ora nella sua nuova versione la configura come unica soluzione praticabile.

Con riferimento a tale ultimo aspetto, allora, a far discutere non è la nozione di dolo accolta dalla novella, che, nell’assegnare al citato art. 1 un significato in esso già contenuto, riconoscibile come una delle possibili varianti di senso, non può dirsi porre problemi, sotto questo profilo, di ragionevolezza o di lesione dell’affidamento dei destinatari secondo l’orientamento invalso nella giurisprudenza costituzionale⁹⁹.

Suscita però perplessità il combinarsi di tale scelta con quella della limitazione temporale sotto il profilo soggettivo, poiché ciò rischia di vanificare non soltanto la portata chiarificatrice dell’intervento, ma la stessa funzione della responsabilità erariale, in quanto dietro al combinato disposto del primo e del secondo comma dell’art. 21 del decreto semplificazioni, piuttosto che introdursi un criterio che possa facilitare l’individuazione del confine tra dolo e colpa grave, si celerebbe la volontà di circoscrivere la responsabilità erariale.

Dalla lettura congiunta dei due commi del citato art. 21 emerge, infatti, che la finalità dell’intervento riformatore non sia tanto quella di dissipare un contrasto giurisprudenziale con una disposizione che possa mettere chiarezza, quanto piuttosto quella di attuare un indirizzo governativo volto a deresponsabilizzare i

⁹⁸ V. TENORE, *La responsabilità amministrativo-contabile: profili sostanziali*, cit., p. 366 ss. Così anche L. BALESTRA, *Responsabilità per danno erariale e prerogative della Corte dei conti*, in *Riv. C. conti*, 2019, 4, p. 16, per il quale ai fini della definizione del dolo parrebbe ragionevole ed equilibrato richiamare non già la volontà di cagionare l’evento dannoso, bensì la consapevolezza che dalla condotta possa scaturire l’evento dannoso.

⁹⁹ Cfr. Corte cost. 23 maggio 2008, n. 170.

pubblici dipendenti, quale circostanza che non può non far dubitare della ragionevolezza¹⁰⁰ di un intervento che risolve a livello normativo un contrasto giurisprudenziale e che interviene dopo oltre vent'anni dall'entrata in vigore della disciplina generale in materia di responsabilità erariale contenuta all'art. 1, l. n. 20 del 1994¹⁰¹, nonché dunque della legittimità del suo inserimento in un decreto-legge che voglia dirsi rispettoso dei presupposti di cui all'art. 77 Cost.

7. Riflessioni conclusive e alcune prospettive per la disciplina della responsabilità erariale in vista dell'attuazione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR).

Emerge dai due decreti-legge un sistema composito e a geometria variabile della responsabilità erariale, sulla cui ragionevolezza appare lecito dubitare.

Innanzitutto, ciò su cui riflettere è se il fine dichiarato dal Governo a giustificazione dell'adozione di questi decreti, ovvero la finalità di contenere gli effetti negativi che l'emergenza epidemiologica sta producendo sul tessuto socio-economico nazionale e quella della conseguente ripresa economica da perseguire anche attraverso l'introduzione di misure di semplificazione in materia di responsabilità del personale delle amministrazioni, poggia su assunto corretto, quale la considerazione di tale responsabilità come fattore alla base di rallentamenti e inefficienze nello svolgimento dell'attività amministrativa.

Si è infatti osservato che tale premessa, spesso presentata come una verità assoluta, risulta essere indimostrata in quanto non è stata oggetto di alcun serio approfondimento, né supportata da alcuna analisi o da alcun dato, sicché, senza disconoscersi la problematica esistenza e il necessario contrasto della "paralisi del fare", quest'ultima è piuttosto ascrivibile in larga misura alla farraginosità delle regole, all'esondazione o ipertrofia normativa, alla tortuosità dei percorsi decisionali, alla riduzione dei controlli preventivi, all'inadeguata preparazione professionale, all'insufficienza degli organici; in tale prospettiva quindi la limitazione della

¹⁰⁰ Analoghi dubbi di ragionevolezza sono sollevati da M. ATELLI, F. CAPALBO, P. GRASSO, U. MONTELLA, D. PERROTTA, R. SCHÜLMERS VON PERNWERT, *Il dolo contabile dopo l'art. 21 del decreto-legge semplificazioni fra contraddizioni e incoerenze di sistema*, cit., p. 32.

¹⁰¹ Si consideri infatti che la possibilità di essere chiamati a rispondere dinanzi alla Corte dei conti a titolo di dolo sussisteva già prima della riforma del 1996 con la quale si è intervenuto sull'art. 1, l. n. 20 del 1994, derogando al principio generale della responsabilità per dolo o colpa.

responsabilità erariale per contrastare il fenomeno della “paralisi del fare” è apparsa non la migliore soluzione, ma quella più facilmente praticabile¹⁰².

In disparte l’esigenza di ricercare altrove le cause della c.d. “paura della firma”, occorre in ogni caso dubitare che questi decreti-legge, mediante le previsioni relative alle limitazioni della responsabilità erariale, possano comunque fornire un contributo in punto di effettivo incremento dell’efficacia dell’azione pubblica, poiché, sebbene rilevino per il riconoscimento del ruolo della Corte dei conti confermandone l’importanza quale istituzione di garanzia della finanza pubblica, come autorevolmente evidenziato non risulterebbero idonei a far recuperare ai pubblici agenti il “coraggio perduto” della firma¹⁰³.

A ciò si aggiunga che tale contributo in termini di efficienza deve escludersi se si considera che le previsioni concretamente assunte in tema di responsabilità erariale, come si è tentato di evidenziare, risultando foriere di incertezze interpretative, nonché di dubbi di costituzionalità, non possono non tradire la perseguibilità del fine dichiarato dal Governo.

In particolare, il decreto semplificazioni, mantenendo inalterata la disciplina generale della responsabilità erariale con riferimento alle condotte omissive, da un lato, contribuisce al rischio di creare piuttosto una pleora di pubblici dipendenti “firmaioli” e disposti a firmare qualunque cosa, mossi dalla logica del fare “non importa come e con quali risultati”, a totale detrimento della professionalità, del

¹⁰² A. CANALE, *Il Decreto Semplificazioni e il regime transitorio in tema di responsabilità amministrativo-contabile: i chiaro-scuri della riforma*, cit. Cfr. anche l’Audizione della Corte dei conti sul disegno di legge n. 1883, ovvero relativa all’esame del c.d. “decreto semplificazioni”. In tale prospettiva, assume rilievo quanto evidenziato da G. BOTTINO, *La responsabilità amministrativa come strumento di prevenzione, e contrasto, alla cattiva amministrazione: una “mitologia giuridica” da decostruire alla luce dei dati quantitativi di riferimento*, in M. ANDREIS, R. MORZENTI PELLEGRINI (a cura di), AA. VV., *Cattiva amministrazione e responsabilità amministrativa*, cit., p. 47 ss., che, all’esito di un’analisi quantitativa relativa all’intero iter giurisdizionale della Corte dei conti e delle somme effettivamente recuperate a fronte dei danni erariali accertati, ha dimostrato come uno degli elementi, causa di inefficienza della responsabilità amministrativa, sia proprio rappresentato dalla già avvenuta generalizzazione del criterio della colpa grave, quale tipico esempio di “socializzazione” del rischio, sicché l’attuale configurazione di tale responsabilità, e in particolare la disciplina in ordine all’elemento psicologico, rivelerebbe l’inidoneità della stessa a costituire un efficace strumento di prevenzione e contrasto alla “cattiva amministrazione”.

¹⁰³ A. POLICE, *Una nuova stagione per la Corte dei conti e per la sua funzione di garanzia “nelle fasi avverse del ciclo economico”*, in *Riv. C. conti*, 2020, 4, p. 1 ss., che evidenzia come risulti semplicistica la posizione propensa ad attribuire alla Corte dei conti, soprattutto nell’esercizio della giurisdizione nei giudizi di responsabilità amministrativa, la “colpa” ultima del deficit di efficienza della Pubblica amministrazione, a fronte dell’estrema complessità delle cause dell’inefficienza amministrativa nel nostro Paese. In tale prospettiva, ricordando la lezione manzoniana messa sulle labbra di un curato di campagna secondo cui se uno il coraggio non ce l’ha “non se lo può dare”, si rileva che le limitazioni di responsabilità introdotte con il decreto semplificazioni non potranno pertanto restituire fiducia e serenità ai pubblici dipendenti.

merito e della capacità¹⁰⁴, dall'altro lato, data la frequente difficoltà di qualificazione delle condotte, cioè a dire di distinguere tra azione ed omissione, soprattutto nelle ipotesi di condotte miste o di danno causato da più persone attraverso condotte di diversa natura o che si dispiegano per lunghi lassi temporali, finisce per non assicurare la realizzabilità del fine prefissato, contraddicendo la *ratio* di maggior favore¹⁰⁵.

Tale assetto, benché temporaneo, potrebbe giungere financo al paradosso di legittimare l'azione contabile verso il concorrente a titolo di omissione e non verso l'autore della condotta lesiva, come nel caso di un dirigente che ometta, a titolo di *culpa in vigilando*, di esercitare il potere di direttiva, ovvero di denunciare, la negligente attività, commissiva, di un proprio responsabile del procedimento, causativa del danno erariale¹⁰⁶.

Si è addirittura sostenuto che l'intento sotteso alla riforma risulterebbe ulteriormente vanificato in quanto, non essendo stato accompagnato da una parallela innovazione della responsabilità civile, alla luce della giurisprudenza del giudice della giurisdizione propenso ad ammettere la c.d. "alternatività" dell'azione erariale a quella spettante all'amministrazione danneggiata dinnanzi al giudice ordinario, quest'ultima potrebbe agire in sede civile esponendo così il pubblico dipendente al più grave rischio del risarcimento del danno contestabile anche in base alla semplice colpa, sicché "uscita dalla porta, la colpa grave e finanche lieve, rientrerebbe dalla finestra"¹⁰⁷.

¹⁰⁴ R. TUZZI, *Il potere transattivo della pubblica amministrazione nella risoluzione alternativa delle controversie: spunti per una rinnovata rilettura anche attraverso il prisma della responsabilità amministrativo-contabile*, cit., p. 32. Cfr. anche l'Audizione della Corte dei conti sul disegno di legge n. 1883, ovvero relativa all'esame del c.d. "decreto semplificazioni", ove si evidenzia come le previsioni contenute in tale decreto-legge rischino di dar vita a una maggiore "disinvoltura" nell'adozione dei provvedimenti amministrativi, con probabile successivo interessamento della magistratura amministrativa.

¹⁰⁵ Cfr. C. PAGLIARIN, *L'elemento soggettivo dell'illecito erariale nel "decreto semplificazioni": ovvero la "diga mobile" della responsabilità*, cit.; A. GIORDANO, *La responsabilità amministrativa tra legge e necessità. Note sull'art. 21 d.l. n. 76/2020*, cit., p. 19.

¹⁰⁶ M. ATELLI, F. CAPALBO, P. GRASSO, U. MONTELLA, D. PERROTTA, R. SCHÜLMERS VON PERNWERT, *Il dolo contabile dopo l'art. 21 del decreto-legge semplificazioni fra contraddizioni e incoerenze di sistema*, cit., p. 33.

¹⁰⁷ Cfr. L. D'ANGELO, *Art. 21 del decreto legge c.d. "semplificazioni": il vincolo assolutorio per il giudice contabile alla prova dell'alternatività delle tutele*, in www.lexitalia.it; A. GIORDANO, *La responsabilità amministrativa tra legge e necessità. Note sull'art. 21 d.l. n. 76/2020*, cit., p. 19; M. ATELLI, F. CAPALBO, P. GRASSO, U. MONTELLA, D. PERROTTA, R. SCHÜLMERS VON PERNWERT, *Il dolo contabile dopo l'art. 21 del decreto-legge semplificazioni fra contraddizioni e incoerenze di sistema*, cit., p. 32, che evidenziano come tale circostanza finisca per "traslare" il rischio della responsabilità erariale in capo al personale delle amministrazioni danneggiate che, tenuto ad intraprendere e coltivare i rimedi dinnanzi al giudice ordinario, rimanga inerte.

Sebbene quest'ultima ricostruzione non appaia pienamente condivisibile, in quanto, nel negare l'esclusività dell'azione erariale dinnanzi al giudice contabile, la stessa non terrebbe in considerazione sia che la competenza giurisdizionale per la responsabilità del pubblico agente verso l'amministrazione per i danni derivanti da violazioni di obblighi di servizio è demandata espressamente alla Corte dei conti¹⁰⁸ sia che la responsabilità civile dei pubblici dipendenti è comunque limitata al dolo e alla colpa grave secondo quanto disposto dagli artt. 18 ss. del d.P.R. 10 gennaio 1957 n. 3 – quale disciplina ancora viva e vitale per tutti i pubblici agenti anche dopo la c.d. privatizzazione del rapporto di pubblico impiego¹⁰⁹ – restano tuttavia fermi i rilevati dubbi di ragionevolezza degli interventi normativi in esame.

Che l'effetto sperato perseguito dal Governo risulti vanificato trova conferma anche nelle modifiche apportate dal decreto semplificazioni relativamente al reato di abuso d'ufficio per le incertezze interpretative dallo stesso generate in sede di prima interpretazione¹¹⁰.

¹⁰⁸ Si consideri infatti che potrebbe apparire più corretto ritenere riservata alla giurisdizione contabile l'azione di recupero dei danni erariali a fronte non soltanto degli artt. 18, 19 e 22, d.P.R. n. 3 del 1957 ma anche in considerazione dell'art. 1, c. 1, d.lgs. n. 174 del 2016 che, in ossequio all'art. 103 Cost., attribuisce *ex lege* alla Corte dei conti la generale giurisdizione sulla responsabilità amministrativa per danno all'erario. Sull'indirizzo favorevole all'esclusività dell'azione dinnanzi alla Corte dei conti, nonché sulle diversità dei regimi sostanziali e processuali tra illecito civile ed amministrativo-contabile si rinvia a V. TENORE, *La responsabilità amministrativo-contabile: profili sostanziali*, cit., p. 41 ss. Cfr. anche E. ROMANI, *Il sistema del doppio binario civile e contabile in materia di responsabilità, tra giurisdizione esclusiva della Corte dei conti e diritto di difesa dell'amministrazione danneggiata, in federalismi*, n. 15/2021.

¹⁰⁹ V. TENORE, *La responsabilità civile della pubblica amministrazione e dei suoi dipendenti*, in V. TENORE, L. PALAMARA, B. MARZOCCHI BURATTI, *Le cinque responsabilità del dipendente pubblico*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 7, nt. 9, che sostiene la permanente vigenza degli artt. 22 ss., d.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3 in materia di responsabilità civile dei pubblici dipendenti anche dopo l'avvenuta privatizzazione del rapporto di pubblico impiego, in forza dell'espressa previsione contenuta all'art. 55, c. 2, d.lgs. n. 165 del 2001, secondo cui resta "ferma la disciplina in materia di responsabilità civile, amministrativa, penale e contabile". È stato infatti evidenziato sempre da V. TENORE, *Atti gestionali del personale pubblico non privatizzato: applicabilità (in parte) del d.lgs. n. 165/2001 e conseguente passaggio di competenze dal Ministro alla dirigenza*, in *lavorodirittieuropa.it*, n. 2/2021, come con riferimento al pubblico impiego, privatizzato e non, tra i pochi comuni denominatori che unirebbero tali carriere vi sarebbe proprio il frequente richiamo, nei rispettivi ordinamenti, al "vecchio" d.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3, i cui precetti però, nella parte in cui non risultino abrogati o disapplicati, debbono oggi essere comunque letti alla luce delle modifiche sistemiche intervenute sul lavoro pubblico in generale e, soprattutto, alla luce del d.lgs. n. 165 del 2001 e dei suoi principi portanti, vere e proprie regole generali del pubblico impiego, privatizzato o meno, che non possono non influenzare l'ermeneusi dei testi normativi più risalenti, quali il d.P.R. n. 3 del 1957.

¹¹⁰ Cfr. T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, cit., p. 1 ss.; G. L. GATTA, *Riforma dell'abuso d'ufficio: note metodologiche per l'accertamento della parziale abolitio criminis*, cit.; A. NISCO, *La riforma dell'abuso d'ufficio: un dilemma legislativo insoluto ma non insolubile*, cit.; M. GAMBARDELLA, *Simul stabunt simul cadent. Discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale: un binomio indissolubile per la sopravvivenza dell'abuso d'ufficio*, cit.; C. RIZZO, *Prime osservazioni sul nuovo abuso d'ufficio*, cit.

Sorprende poi che lo stesso Governo non sembra credere nell'effetto sperato allorché nel contesto del medesimo decreto semplificazioni finisce per ricorrere alla responsabilità in funzione di monito ed incentivo all'esercizio delle funzioni pubbliche laddove introduce misure specifiche il cui mancato rispetto, per espressa previsione, deve essere valutato ai fini della responsabilità per danno erariale del responsabile unico del procedimento¹¹¹, nonché ai fini della responsabilità erariale, dirigenziale e disciplinare del dirigente preposto¹¹².

Con riferimento al decreto semplificazioni, lo scollamento tra intento dichiarato e intento perseguito è stato rilevato anche rispetto alle misure dallo stesso apportate in materia di controllo di legittimità e regolarità finanziaria delle Sezioni regionali della Corte dei conti, nella parte in cui ne sospende i relativi poteri di controllo senza però che ciò possa trovare legittimazione costituzionale nell'emergenza sanitaria, esponendo quindi il decreto, pure sotto tale angolazione, a rilievi di costituzionalità per violazione degli artt. 3 e 97 Cost., nonché dei vincoli eurounitari in materia di finanza pubblica¹¹³.

Analoghe perplessità in punto di idoneità a perseguire il fine prefissato dal Governo pone anche il decreto cura Italia che con le previsioni in tema di limitazioni della responsabilità erariale, oltre a contribuire a rendere, unitamente alle previsioni contenute nel decreto semplificazioni, la disciplina in tale materia assai frastagliata e di difficile coordinamento, nel contemplare disposizioni aventi contenuto personale singolare, così da perdere i caratteri di generalità ed astrattezza, è destinato ad avere un'applicazione incerta e incoerente, non essendo in grado di assicurare imparzialità e ancora meno efficienza¹¹⁴.

¹¹¹ Cfr. artt. 1, 2 e 6 del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, convertito con modificazioni dalla legge 11 settembre 2020, n. 120. Per una specifica analisi della responsabilità erariale del responsabile unico del procedimento si rinvia a F. FRACCHIA, S. VERNILE, *Una rilettura della figura del responsabile del procedimento dal punto di vista dell'illecito erariale*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2020, 1, p. 83 ss., e a G. TANZARELLA, *Il responsabile del procedimento e la responsabilità amministrativa*, in E. F. SCHLITZER, C. MIRABELLI (a cura di), *Trattato sulla nuova configurazione della giustizia contabile*, cit., p. 333 ss.

¹¹² Cfr. artt. 4, 22 e 30 del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, convertito con modificazioni dalla legge 11 settembre 2020, n. 120. Per uno studio sulla responsabilità dirigenziale si veda V. TENORE, *La responsabilità dirigenziale*, in V. TENORE, L. PALAMARA, B. MARZOCCHI BURATTI, *Le cinque responsabilità del pubblico dipendente*, cit., p. 469 ss. Cfr. anche A. MEALE, *La responsabilità dirigenziale e quella amministrativa*, in E. F. SCHLITZER, C. MIRABELLI (a cura di), cit., p. 325 ss.

¹¹³ G. COLOMBINI, *I decreti semplificazione e rilancio alla luce dei principi generali di contabilità pubblica ovvero dei falsari di parole*, in *federalismi.it*, n. 8/2021, che evidenzia come la sospensione dei poteri di controllo della Corte dei conti, unitamente anche al depotenziamento della relativa funzione giurisdizionale, si traduce in un depotenziamento del "principio di legalità contabile-finanziaria".

¹¹⁴ Cfr. G. BERNABEI, *Legge provvedimento e tutela giurisdizionale nell'ordinamento costituzionale italiano*, cit., p. 1312.

Il decreto semplificazioni e il decreto cura Italia, nel combinarsi delle loro disposizioni in tema di responsabilità erariale, appaiono mancare l'obiettivo prefissato e tradire la *ratio* ispiratrice quale sintomo di irragionevolezza¹¹⁵, finendo per snaturare il sistema di questa forma di responsabilità in diverse delle sue caratteristiche peculiari, come l'elemento soggettivo ma anche il potere riduttivo, dubitandosi in particolare della permanenza in vita nel periodo di vigenza di tali previsioni anche di quest'ultimo istituto a fronte del consolidato atteggiamento della giurisprudenza contabile che ne esclude l'applicabilità nel caso di accertamento della condotta dolosa del responsabile¹¹⁶.

Tali decreti-legge condividono poi le criticità afferenti al ricorso allo strumento della decretazione d'urgenza, non potendosi ritenere integrati i presupposti giustificativi di cui all'art. 77 Cost. dall'esigenza di condurre con speditezza il programma politico e il cui difetto non può considerarsi emendato dalle leggi di conversione alla luce della consolidata giurisprudenza costituzionale propensa a negarne un'efficacia sanante¹¹⁷.

Infatti, l'esigenza di semplificazione dell'azione pubblica e la riforma della responsabilità erariale può essere divenuta più avvertita a causa dell'emergenza epidemiologica, ma le stesse non possono qualificarsi come situazioni straordinarie

¹¹⁵ Cfr. Corte cost. 20 febbraio 1997, n. 43.

¹¹⁶ M. ATELLI, F. CAPALBO, P. GRASSO, U. MONTELLA, D. PERROTTA, R. SCHÜLMERS VON PERNWERT, *Il dolo contabile dopo l'art. 21 del decreto-legge semplificazioni fra contraddizioni e incoerenze di sistema*, cit., p. 36 ss., che sottolineano come, a seguito della limitazione della responsabilità erariale sotto il profilo soggettivo, la prospettiva sia proprio quella di un notevole ridimensionamento dell'istituto del potere riduttivo.

¹¹⁷ È ormai consolidato infatti nella giurisprudenza della Corte costituzionale l'orientamento che considera la mancanza dei necessari presupposti costituzionali del decreto-legge come vizio *in procedendo*, negandosi pertanto efficacia sanante alla relativa legge di conversione. Tale indirizzo è stato inaugurato dalla sent. 27 gennaio 1995, n. 29 e poi chiaramente confermato dalle sent. 23 maggio 2007, n. 171 e sent. 30 aprile 2008, n. 128, le prime ad aver dichiarato l'illegittimità costituzionale di alcune disposizioni contenute in decreti-legge perché adottate in evidente mancanza dei presupposti straordinari di necessità e urgenza. Con riferimento alla sentenza del 2007, la prima in assoluto ad aver dichiarato l'illegittimità costituzionale di un decreto-legge per mancanza dei suoi presupposti, si rinvia, senza pretesa di esaustività, ai commenti di R. ROMBOLI, *Una sentenza "storica": la dichiarazione di incostituzionalità di un decreto-legge per evidente mancanza dei presupposti di necessità ed urgenza*, in *Foro it.*, 2007, 7-8, p. 1985 ss.; A. CELOTTO, *C'è sempre una prima volta... (La Corte costituzionale annulla un decreto-legge per mancanza dei presupposti)*, in *Cass. pen.*, 2007, 10, p. 3559 ss.; P. CARNEVALE, *Il vizio di "evidente mancanza" dei presupposti al debutto quale causa di declaratoria di incostituzionalità di un decreto-legge. Il caso della sentenza n. 171 del 2007*, in *Giur. it.*, 2007, 12, p. 2677 ss.; A. RUGGERI, *Ancora una stretta (seppur non decisiva) ai decreti-legge, suscettibile di ulteriori, ad oggi per vero imprevedibili, implicazioni a più largo raggio (a margine di Corte cost. n. 171 del 2007)*, in *Foro it.*, 2007, 10, p. 2664 ss.; A. CONCARO, *La Corte costituzionale e il decreto-legge privo dei presupposti di necessità ed urgenza*, in *Quad. cost.*, 2007, p. 831 ss.; S. BOCCALATTE, *Tra norma e realtà: riflessioni sulla motivazione del decreto-legge alla luce della sentenza n. 171/2007*, in *federalismi.it*, n. 17/2007.

in quanto problemi endemici del nostro ordinamento¹¹⁸, come tali richiedenti interventi di carattere ordinamentale ed un dibattito più approfondito in sede parlamentare piuttosto che il ricorso all'utilizzo di decreti-leggi.

In ogni caso, non pare che con i decreti in esame si sia operato in conformità con lo scopo prefissato, anzi, come è stato attentamente rilevato, sembra essersi ottenuto l'effetto specularmente contrario a quello proclamato, in quanto per semplificare l'azione della Pubblica amministrazione è prima necessario semplificare la legislazione e che comunque si semplifica eliminando, mai aggiungendo¹¹⁹.

In tale prospettiva, il decreto semplificazioni e il decreto cura Italia non hanno semplificato il quadro normativo in materia di responsabilità erariale, ma l'hanno piuttosto frammentato, introducendo diverse previsioni che pongono problemi interpretativi e di costituzionalità, sotto il profilo della ragionevolezza, del ricorso allo strumento della decretazione d'urgenza, nonché del rispetto del principio di responsabilità e dei valori costituzionali e sovranazionali di salvaguardia dell'interesse finanziario pubblico.

È proprio in un'ottica di tutela degli interessi finanziari europei che non può non preoccupare la dichiarata intenzione del Governo di "stabilizzare" la limitazione di responsabilità erariale contenuta nel decreto semplificazioni, ovvero di prorogarne l'efficacia fino al 2023, con un nuovo decreto-legge da adottare entro maggio 2021 in vista dell'attuazione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) e in particolare del perseguimento degli obiettivi in esso contemplati di realizzazione delle riforme abilitanti nella P.A. e di semplificazione in materia di contratti pubblici¹²⁰.

Ciò pone, infatti, il problema dell'esigenza di assicurare la tutela delle risorse rese disponibili con i finanziamenti che l'Unione europea ha messo a disposizione agli Stati membri con il programma *Next Generation EU* in particolare con il dispositivo *Recovery and resilience facility* (RRF).

¹¹⁸ Cfr. A. CELOTTO, *Emergenza e Pubblica amministrazione*, in *rivistaaic.it*, n. 1/2021, che sottolinea come la Pubblica amministrazione fosse già gravemente ammalata e che "la pandemia altro non è che un grande amplificatore: che ha messo in ulteriore risalto e in evidenza i problemi già noti".

¹¹⁹ Così L. A. MAZZAROLLI, *Considerazioni generali sul «semplificare»...ma all'italiana*, in *AmbienteDiritto.it*, n. 4/2020. Cfr. anche A. CELOTTO, *Emergenza e Pubblica amministrazione*, cit., che evidenzia come il c.d. "decreto semplificazioni" non abbia realizzato una vera semplificazione, né un cambio di visione, in quanto lo stesso conterrebbe tutte misure di auto-organizzazione, che perderebbero di vista il risultato finale, ovvero il servizio della Nazione, garantendo buon andamento e imparzialità.

¹²⁰ Cfr. il testo del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) consultabile sul sito istituzionale del Governo (https://www.governo.it/sites/governo.it/files/PNRR_0.pdf). A tal proposito, cfr. anche S. STAIANO, *Il Piano nazionale di ripresa e resilienza guardato da Sud*, in *federalismi.it*, n. 14/2021.

Segnatamente, il regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio n. 2021/241, che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza, pone condizionalità particolarmente stringenti¹²¹ ed impone, ai sensi dell'art. 8, che la relativa attuazione avvenga in particolare nel rispetto del regolamento finanziario e del regolamento n. 2020/2092 del Parlamento europeo e del Consiglio, che tra le misure previste, onde non incorrere in una violazione dei principi dello Stato di diritto, contempla proprio all'art. 4: il corretto funzionamento delle autorità preposte al controllo, l'effettivo controllo giurisdizionale delle azioni e omissioni compiute dalle autorità, la prevenzione e la sanzione delle frodi, comprese le frodi fiscali, della corruzione o di altre violazioni del diritto dell'Unione che riguardano l'esecuzione del bilancio dell'Unione o la tutela dei suoi interessi finanziari, nonché l'imposizione di sanzioni effettive e dissuasive nei confronti di destinatari da parte degli organi giurisdizionali nazionali o delle autorità amministrative, nonché il recupero dei fondi indebitamente versati.

In tale prospettiva, la preannunciata e recente adozione del decreto-legge 31 maggio 2021, n. 77 (c.d. "decreto semplificazioni 2021", ovvero "decreto semplificazioni-bis")¹²², con cui si è, in particolare, disposta l'estensione temporale della limitazione della responsabilità erariale contenuta al secondo comma dell'art. 21 del decreto semplificazioni fino al 30 giugno 2023¹²³ non soltanto ripropone quindi i dubbi di costituzionalità che si è tentato di rilevare, ma ne aggiunge di nuovi, cioè a dire, oltre al profilo attinente alla sua attuazione mediante un reiterato utilizzo di un decreto-legge, quello relativo al rispetto della richiamata disciplina eurounitaria.

Se fino ad ora tutte le questioni di costituzionalità prospettate sono state correttamente ritenute dal giudice contabile inammissibili per insussistenza delle condizioni ordinariamente richieste per sollevare una questione di legittimità costituzionale, e in particolare per irrilevanza delle questioni rispetto a fatti pregressi,

¹²¹ Cfr. E. CASTORINA, *Stato di diritto e "condizionalità economica": quando il rispetto del principio di legalità deve valere anche per l'Unione europea (a margine delle Conclusioni del Consiglio europeo del 21 luglio 2020)*, in *federalismi.it*, n. 29/2020.

¹²² Decreto-legge 31 maggio 2021, n. 77 recante la *Governance* del Piano nazionale di rilancio e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure. Per un'analisi delle novità normative introdotte da tale decreto-legge in materia di appalti pubblici si veda F. GAVIOLI, *Decreto semplificazioni in G.U.: le novità principali in tema di appalti*, in *Quotidiano giuridico*, 1 giugno 2021, disponibile sul sito www.quotidianogiuridico.it.

¹²³ Cfr. art. 51, c. 1, l. h), del decreto-legge 31 maggio 2021, n. 77. Cfr. anche la lettera e) del medesimo comma che estende sempre al 30 giugno 2023 l'efficacia temporale dell'ipotesi tipizzata di limitazione della responsabilità erariale sotto il profilo soggettivo prevista dall'art. 6 del decreto semplificazioni.

non si può escludere che per fatti rientranti nell'ambito di applicazione della novella le medesime questioni possano essere riproposte.

Allo stesso modo, a fronte del rilevato contrasto non potrebbe neanche escludersi che la Corte dei conti in sede giurisdizionale, nella sua veste di "giudice dell'Unione", in un'ottica di dialogo e di maggiore partecipazione¹²⁴ possa effettuare, ai sensi dell'art. 267 TFUE, un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, onde richiedere se una tale disciplina in materia di responsabilità erariale osti alla corretta tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea al cui rispetto *ex art.* 325 TFUE sono tenuti gli Stati membri, nonché contrasti con il regolamento n. 2021/241, che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza, se non addirittura spingersi sino alla disapplicazione delle previsioni modificative afferenti a questa forma di responsabilità proprio per il contrasto con tale regolamento quale disposizione dell'UE direttamente efficace.

Al fine di evitare frodi nell'utilizzo delle ingenti risorse europee previste nell'ambito del programma *Next Generation EU* e di assicurarne una corretta gestione sarebbe allora più opportuno ripensare all'attuale quadro normativo in tema di responsabilità erariale e attuare una vera semplificazione mediante il riordino della disciplina che consegna un impianto organico conforme ai valori costituzionali ed eurounitari.

¹²⁴ Cfr. R. ROMBOLI, *Corte di Giustizia e giudici nazionali: il rinvio pregiudiziale come strumento di dialogo*, in *rivistaaic.it*, n. 3/2014.

REPORT

1. Report Vera Fanti: *"The precautionary principle in the work of the public administration: risk management in climate change"*.

2. Report Maddalena Ippolito: *"Environmental simplification in digital transition"*.

3. Report Adriana Ciafardoni: *"The waste cycle management and the protection of health and environment: the role of the precautionary principle"*.

1. Report

THE PRECAUTIONARY PRINCIPLE IN THE WORK OF THE PUBLIC ADMINISTRATION: RISK MANAGEMENT IN CLIMATE CHANGE

Vera Fanti

ABSTRACT [ENG]: *This report aims to highlight the fundamental role played by the precautionary principle in the issue of the climate emergency and how this principle is increasingly used in international governance policies to counter unpredictable phenomena, that could lead to environmental disasters, in connection with the evolution of the climate. The first part of the paper is dedicated to the analysis of the main historical and political stages in which the prediction of the precautionary principle has been related to the climate issue in order to face up to the problem of global warming. Then, the paper examines how this principle is currently employed by the most important acts, in particular the so-called European Green Deal. Finally, the essay reflects on the links between precautionary and proportionality principles, which are both of a relational nature, and necessary tools in the political decision-making processes for dealing with the global climate emergency.*

TABLE OF CONTENTS: **1.** Introduction. Precaution and climate emergency. **-2.** Precaution and climate: brief historical explanation of the main international political decisions. - **3.** European Green Deal. - **4.** Precaution and proportionality. A conclusion.

1. Introduction. Precaution and climate emergency.

For a long time, environmental protection has been considered to be a matter of exclusively internal interest of the Member States, mostly regulated within the individual States with their own legal systems. It is only since the 1960s that the international community has become aware that environmental protection requires a global approach. Since all States contribute, in different ways, to the environmental deterioration, it is necessary for everyone to act for the protection of the environment, which is understood as a common heritage of humanity. So, only recently, the international community has begun to cooperate on environmental protection, including the issue of climate change, and all states have realised that only synergistic action can minimise costs and maximise results.

This has created a common regulatory framework, the so-called international environmental law¹, the sources of which are customary and conventional standards, general principles, and other acts of non-binding effect (the so-called soft law acts: for example, Declarations of Principles, Action Plans, etc.).

Among the general principles of environmental law at international level (principles which are found in the Treaties or which are the result of elaborations at the level of case-law), we find the precautionary principle². It has its historical origin and its political affirmation in the Federal Republic of Germany in the 1970s, as a result of the discovery of extensive continental environmental damage, such as the pollution of the North Sea and deforestation by acid rain.

This principle, in the German term *Vorsorge* (that means caring and taking care of something in advance) also included semantically the principle of prevention³. Only in the

¹ See, R. FERRARA, *I principi comunitari della tutela dell'ambiente*, in *Dir. amm.*, 2005, 3, 509-555, especially 525-544; P. DELL'ANNO, *Principi del diritto ambientale europeo e nazionale*, Giuffrè, Milan, Italy, 2004, *passim*; G. CORDINI, *Diritto ambientale comparato*, III, Cedam, Padua, Italy, 2002, *passim*.

² V. FANTI, *Dimensioni della proporzionalità. Profili ricostruttivi tra attività e processo amministrativo*, Giappichelli, Turin, Italy, 2012, 179-187; F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell'amministrazione di rischio*, Giuffrè, Milan, Italy, 2005, *passim*; M. SIMONCINI, *La regolazione del rischio e il sistema degli standard. Elementi per una teoria dell'azione amministrativa attraverso i casi di terrorismo e dell'ambiente*, Editoriale Scientifica, Naples, Italy, 2010, *passim*; F. TRIMARCHI, *Principio di precauzione e "qualità" dell'azione amministrativa*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2005, 6, 1673-1707; M. ANTONIOLI, *Precauzionalità, gestione del rischio e azione amministrativa*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2007, 1, 51-76; I.M. MARINO, *Aspetti propedeutici del principio giuridico di precauzione*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, Editoriale Scientifica, Naples, Italy, 1511-1544; P. DELL'ANNO, *Diritto dell'ambiente. Commento sistematico al d. lgs. 152/2006 integrato dal d. lgs. 4/2008, 128/2010, 205/2010, 121/2011*, Cedam, Padua, Italy, 2016, *passim*.

³ E. BUOSO, *I principi di prevenzione e di precauzione nel diritto ambientale tedesco*, in S. BUDELLI (edited by), *Società del rischio. Governo dell'emergenza*, vol. I, Ambientediritto Editore, Tortorici, Italy, 2020, 163 et seq.; A. GRAGNANI,

law of the European Union (in particular, art. 191, paragraph 2, of the Treaty of Functioning of the European Union) the two concepts - prevention and precaution - are distinguished. In this perspective, it is specified that the principle of prevention acts in situations where the feared damages are certain and the effects of a given activity are known. Conversely, the precautionary principle operates in areas where damage is only potential or where scientific evidence of damage is lacking⁴.

Thus, the precautionary principle establishes an obligation for Member States⁵ to prevent serious and irreversible environmental damage, regardless of scientific certainty as to its cause, or by prohibiting actions that, according to an existing scientific assessment, could lead to serious harm to the environment.

The ideal area for environmental risk⁶ assessment is urban planning in the defence against natural disasters and the promotion of climate resilience⁷. In relation to climate change, land management is concerned with the analysis of risk categories represented by landslides, drought, soil erosion, fires, flooding, etc., all phenomena that could pose a hydrogeological risk. Hence, the precautionary principle is used in international government policies, to prevent these natural events from degenerating into environmental disasters with regard to the evolution of the climate.

Before verifying the scope of this principle, let us consider, in summary, the historical progression of the precautionary principle, seen in connection with the issue of climate emergency, source of considerable damage to the environment or the occurrence of those “unusual circumstances” in the context of risk awareness⁸.

Il principio di precauzione come modello di tutela dell'ambiente, dell'uomo, delle generazioni future, in *Riv. dir. civ.* 2003, 1, 16-24.

⁴ F. DE LEONARDIS, *Principio di prevenzione e novità normative in materia di rifiuti*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, Editoriale Scientifica, Naples, Italy, 2011, *passim*; L. GIANI, *Il ruolo del principio di prevenzione e di precauzione nelle politiche pubbliche ambientali nel diverso contesto del “diritto del rischio”*, in S. BUDELLI (edited by), *Società del rischio. Governo dell'emergenza*, 141 et seq.

⁵ See, R. CARANTA, *The Precautionary Principle in Italian Law*, in M. PAQUES (edited by), *Le principe de précaution en droit administratif. Rapport International et rapports nationaux*, Bruylant, Brussels, 2007, 199.

⁶ See, A. BARONE, *Il diritto del rischio*, II, Giuffrè, Milan, Italy, 2006, *passim*.

⁷ R. FERRARA, *Precauzione e prevenzione nella pianificazione del territorio: la “precauzione inutile”?*, in *Riv. giur. ed.*, 2012, 2, 61-77.

⁸ N. LUHMANN, *Sociologia del rischio*, Bruno Mondadori, Milan, Italy, 1996, *passim*.

2. Precaution and climate: brief historical explanation of the main international political decisions.

Below I will outline the main historical and political stages in which the prediction of the precautionary principle has been related to the climate issue in order to face up to the problem of global warming⁹.

1979: World Meteorological Conference (WMO): climate change became the subject of international scrutiny and discussion.

28 October 1982: World Nature Charter adopted by the United Nations General Assembly. One of the first references to the precautionary principle at international level is contained in article 11, letter b): «activities involving a high degree of risk to nature must be preceded by an in-depth examination and their promoters must demonstrate that the benefits of the activity outweigh any damage to nature. And where the harmful effects of such activities are imperfectly known, they should not be undertaken».

1988: IPCC, The International Panel on Climate Change, was established. It is a body whose main purpose is to investigate and make public discoveries on climate change and possible international actions. The IPCC has only formulated hypotheses about the possible effects of human activity on the climate. On the basis of what was pointed out by that body, which applied the precautionary principle, the Framework Convention was adopted in 1992.

1992: at the Rio Conference (*UN Conference on Environment and Development, UNCED, c.d. Earth Summit*), the **United Nations Framework Convention on Climate Change, (UNFCCC)** was adopted, which was the first and main international treaty through which it was decided to focus on reducing greenhouse gas emissions¹⁰. Principle n. 15 establishes: «the Parties should take precautionary measures to anticipate, prevent or minimize the causes of climate change and mitigate its adverse effects. Where there are threats of serious or irreversible damage, lack of full scientific certainty should not be used as a reason for postponing such measures, taking into account that policies and measures to deal with climate change should be cost-effective so as to ensure global benefits at the lowest

⁹ About the development of the precautionary principle see, F. SPAGNOLI, *Il principio di precauzione nel diritto internazionale ed europeo: il ruolo della scienza e del diritto nell'emergenza climatica*, in *DPCE Online*, vol. 44, 2020, 3, 3497-3500; F. DE LEONARDIS, *L'evoluzione del principio di precauzione tra diritto positivo e giurisprudenza*, in F. MERUSI and V. GIOMI (edited by), *Principio di precauzione e impianti petroliferi costieri*, Giappichelli, Turin, Italy, 2011, 3-13; R. TITOMANLIO, *Il principio di precauzione fra ordinamento europeo e ordinamento italiano*, Giappichelli, Turin, Italy, 2018, *passim*.

¹⁰ See, T. TREVES, *Il diritto all'ambiente a Rio e dopo Rio*, in *Riv. giur. ambiente*, 1993, 3-4, 577-583; M. TALLACCHINI, *Earth Summit '92*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1992, 2, 527-544; S. MARCHISIO, *Gli atti di Rio nel diritto internazionale*, in *Riv. dir. inter*, 1992, 3, 581-621.

possible cost. To achieve this, such policies and measures should take into account different socio-economic contexts, be comprehensive, cover all relevant sources, sinks and reservoirs of greenhouse gases and adaptation, and comprise all economic sectors. Efforts to address climate change may be carried out cooperatively by interested Parties». As is clear in the text, the precautionary principle is explicitly referred to only as protection of the environment. However, over time, the scope of this principle has increased widely, also affecting the policy of consumer protection, human, animal and plant health.

1997 (entered into force in 2005): the **Kyoto Protocol**. It was the first international document to impose emission reduction obligations on countries party to the agreement¹¹. Specifically, the Kyoto Protocol called for a 5% reduction in greenhouse gas emissions, compared with 1990 levels and to be achieved by 2012. The ratification of the Protocol by the countries has been very slow. The Kyoto Protocol obtained the necessary signatures to enter into force only in 2005.

1998: Wingspread Conference on the implementation of the precautionary principle: the Wingspread Consensus Statement on the precautionary principle states: «therefore it is necessary to implement the Precautionary Principle: where an activity raises threats of harm to the environment or human health, precautionary measures should be taken even if some cause-and-effect relationships are not fully established scientifically».

2000: Cartagena Protocol on Biodiversity: this document provides for the progressive international recognition of the “risk assessment” phase as an essential element in the application of the precautionary principle¹².

2009: Copenhagen Accord: For the first time there is talk of trying to keep the increase in the world average temperature below 2 degrees Celsius. The commitments made by the countries on this occasion are not binding.

2011: Cancùn Climate Conference: a special body was set up, the Cancùn Adaptation Committee, which is responsible, among other things, for formulating a programme of study and intervention on the damage and losses that will be suffered by countries particularly exposed to climate change. This is the subject of loss and damages that are the subject of specific treatment in the Paris Agreement.

December 2011: Durban Platform (an agreed outcome) marked the definitive overtaking of the Kyoto Protocol and, above all, of the interpretation of the CBDR formulated in the Berlin Mandate. It provides that all the States of the international

¹¹ See, P. GALIZZI, *La terza Conferenza delle Parti della Convenzione sul cambiamento climatico (Kyoto - 1/10 dicembre 1997)*, in *Riv. giur. ambiente*, 1998, 3-4, 561-568.

¹² See, S. NESPOR, *La Conferenza di Copenhagen: un accordo fallimentare o la base di un nuovo ordine internazionale per il contenimento del cambiamento climatico?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2010, 2, 467-475.

community will proceed together in the negotiation of a Global Agreement, which, if not binding, must in any case have legal effect in 2020.

September 2015: 2030 Agenda for Sustainable Development was an action programme for people, the planet and prosperity, signed in September 2015 by the governments of the 193 member countries of the United Nations. It incorporates 17 Sustainable Development Goals. In particular, the Objective 13 provides for the “fight against climate change”.

13 December 2015: Paris Climate Agreement. The XXI Conference of the Parties (COP) of the United Nations Framework Convention on Climate Change¹³ took place held in Paris from 30 November to 12 December 2015 and produced the first universal text to limit the increase in global warming to less than 2 degrees Celsius from 2015 to 2100 (2,900 billion tonnes of CO₂, which translates into a cut of between 40 and 70% of emissions by 2050). The objectives must be reviewed within the framework of national commitments every 5 years, with the aim of making them increasingly ambitious. The Paris Agreement came into force in 2016, following ratification by at least 55 countries that together account for at least 55% of global greenhouse gas emissions. On October 5, the European Union formally ratified the agreement, allowing it to enter into force on 4 November 2016 and pledging to reduce greenhouse gas emissions by at least 40% by 2030 (base year 1990).

2017: Towards a Global Compact for the Environment. It was a pact that was presented by French President Macron at a launch summit on 19 September 2017 in New York at the UN General Assembly. The Pact is part of the 2030 Sustainable Development Action Programme.

2018: Global Pact for the Environment: Article 6 – Precaution: «Where there is a risk of serious or irreversible damage, lack of scientific certainty shall not be used as a reason for postponing the adoption of effective and proportionate measures to prevent environmental degradation».

3. European Green Deal.

¹³ See, S. NESPOR, *La lunga marcia per un accordo globale sul clima: dal protocollo di Kyoto all'accordo di Parigi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2016, 1, 81-121; M. MONTINI, *Riflessioni critiche sull'accordo di Parigi sui cambiamenti climatici*, in *Riv. dir. intern.*, 2017, 3, 719-754.

Within the European Union's climate-environmental policy, an ambitious investment plan is represented by the **European Green Deal**, promoted by the European Commission on 11 December 2019 and approved by the European Parliament on 15 January 2020¹⁴.

The European Union is committed to achieve climate neutrality by 2050. The European Commission's communication on the European Green Deal sets out strategic initiatives to help the EU achieve its climate neutrality target by 2050. The European Green Deal provides for an action plan to promote the efficient use of resources by moving to a clean and circular economy and to restore biodiversity and reduce pollution¹⁵. Activities carried out under the Green Deal include:

- European Climate Pact (9 December 2020)¹⁶;
- 2030 Climate Targets Plan (presented on September 17, 2020);
- Proposal for a European climate law to ensure a climate-neutral European Union by 2050 (4 March 2020).

The Commission's text makes no explicit mention of the precautionary principle, referring in general terms to the need to direct the Union's actions and policies towards limiting emissions and the transition to sustainable development¹⁷. On the other hand, the European Parliament has stressed the fundamental role of the precautionary principle as a guide to the European Union's actions in all policies, linked to the principle of "do no harm", to safeguard health and the environment¹⁸. This principle is valued within a coherent and integrated environmental policy vision, together with all the other principles set out in the Treaty on the Functioning of the European Union (prevention, correction, "polluter pays").

In the near future, in November 2021, the 26th **United Nations World Climate Conference (COP 26)** will be held in **Glasgow** from 1 to 12 November 2021. The USA will take a leading role; in fact, after Trump had initiated the US exit procedure from the Paris

¹⁴ European Commission, Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, «*The European Green Deal*», Brussels, 11.12.2019, COM (2019) 640 final.

¹⁵ See, S. MORATTI, *Green deal europeo: nuove prospettive per la fiscalità dell'energia nelle politiche di gestione dei rischi climatici*, in *Riv. dir. fin.*, 2020, 4, 439-463.

¹⁶ European Commission, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, «*European Climate Pact*», Brussels, 9.12.2020, COM (2020) 788 final.

¹⁷ F. SPAGNOLI, *Il principio di precauzione nel diritto internazionale ed europeo*, 3500.

¹⁸ European Parliament, *European Parliament resolution of 15 January 2020 on the European Green Deal (2019/2956(RSP))*, Strasbourg, 15 January 2020, especially, section 'Do no harm' – mainstreaming sustainability in all EU policies, paragraph 101.

Agreement in November 2019, in January 2021 the US President Biden signed the return order.

Recent policy measures taken by the European Union on climate change include:

- Circular economy (May 2019): the ban on single-use plastic products;
- April 2019: stricter emission limits for cars and vans to ensure that, from 2030, cars and vans generate CO₂ emissions at 37.5% lower and 31% lower than 2021 levels respectively. Between 2025 and 2029, cars and vans will have to generate, on average, CO₂ emissions, which are 15% lower.

4. Precaution and proportionality. A conclusion.

In all indicated measures, although almost never directly recalled, the general scope of the precautionary principle is evident. In the presence of interventions that has a potentially prejudicial effect to the environment in the face of climate change, Community institutions must take appropriate measures to prevent the risks, as far as possible¹⁹. In doing so, however, all relevant interests in that case must be carefully balanced, in order to avoid a disproportionate²⁰ and, therefore, unreasonable²¹ choice. The potential danger²² is thus taken into account, since it is by no means certain that the damage which has been

¹⁹ See, F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell'amministrazione di rischio*, 322; ID, *Tra precauzione e ragionevolezza*, in *Federalismi.it*, 2016, 2; ID, *Il principio di precauzione*, in M. RENNA and F. SAIITA (edited by), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Giuffrè, Milan, Italy, 2012, 419-424.

²⁰ About the proportionality principle see, V. FANTI, *Dimensioni della proporzionalità*, *passim*; A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Cedam, Padua, Italy, 1998, *passim*; ID., (item) *Proporzionalità*, in S. CASSESE (edited by), *Dizionario di diritto pubblico*, vol. V., Giuffrè, Milan, Italy, 2006, *passim*; D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Giuffrè, Milan, Italy, 1998, *passim*; ID, *Il principio di proporzionalità*, in M. RENNA and F. SAIITA (edited by), *Studi sui principi di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milan, Italy, 2012, *passim*; G. SCACCIA, *Il principio di proporzionalità*, in S. MANGIAMELI (edited by), *Ordinamento Europeo. L'esercizio delle competenze*, vol. II, Giuffrè, Milan, Italy, 2006, 228; A. SAU, *La proporzionalità nei sistemi amministrativi complessi. Il caso del governo del territorio*, FrancoAngeli editore, Milan, Italy, 2013, *passim*; F. NICOTRA, *I principi di proporzionalità e ragionevolezza dell'azione amministrativa*, in *Federalismi.it*, 2017, 12; G. DEBÛRCA, *The principle of proportionality and its application in EC law*, in *Yearbook of European law*, 1993, 13, 105-150; E. ELLIS, *The principle of proportionality in the European Law*, Hart Publishing, Oxford, England, 1999, *passim*; S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità*, Giappichelli, Turin, Italy, 2011, *passim*.

²¹ About the reasonableness principle see, F. MERUSI, *Ragionevolezza e discrezionalità amministrativa*, Editoriale Scientifica, Naples, Italy, 2011, *passim*; V. FANTI, *Dimensioni della proporzionalità*, 116-124; P.M. VIPIANA, *Introduzione allo studio del principio di ragionevolezza nel diritto pubblico*, Cedam, Padua, Italy, 1993, *passim*; G. LOMBARDO, *Il principio di ragionevolezza della giurisprudenza amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, 4, 939-986; A. SPADARO, *I diritti della ragionevolezza e la ragionevolezza dei diritti*, in *Ars Interpretandi*, 2002, 7, 325-345; L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Giuffrè, Milan, Italy, 2005, *passim*; S. COGNETTI, *Clausole generali nel diritto amministrativo. Principi di ragionevolezza e di proporzionalità*, in *Giur. it.*, 2012, 5, 1197-1213; F. ASTONE, *Principio di ragionevolezza nelle decisioni giurisdizionali e giudice amministrativo*, in *Federalismi.it*, 2018, 17.

²² A. GRAGNANI, *Il principio di precauzione come modello di tutela dell'ambiente*, 24.

avoided by means of the precautionary principle will actually occur, but this does not prevent all the necessary and proportionate precautions from being taken²³.

In other words, precautionary measures must be risk-related, provisional, and rapid, and must also be based on an appropriate weighting of the cost-benefit ratio²⁴. It is precisely from these characteristics that the relational character of the precautionary principle emerges in a complete way, which is based on the comparison between the risk - which, by its own nature, may be possible or even probable - and the implementation of instruments to contain it²⁵. In this area there is no certainty, but only risk forecasts and, however, even the mere hypothesis of danger justifies the carrying out of a report and, therefore, the adoption of proportionally appropriate instruments: in other words, future actions are prepared that are not only adequate, but also proportionate to the risk, even if they are potential.

However, it has been pointed out that, with regard to climate policies, both at international level (with the United Nations Framework Convention on European Change and the IPCC), and at European level (with the Paris Agreement and the European Green Deal), the precautionary principle constitutes a general principle for the direction of public authorities, even if it did not have a practical application. It is therefore necessary that, on the basis of the relational character, this principle should in practice be applied, re-establishing the objective of reducing emissions that are harmful to the environment with the protection of mainly economic interests, according to discretionary assessments by the public authorities²⁶.

Within the Horizon Europe support programme (35% of which is allocated to climate research) instruments have been provided to implement certain objectives. For example, Section II of the Green Deal: - "From producer to consumer": designing a fair, healthy and environmentally friendly food system; - "Real pollution" for an environment free of toxic substances; - "Stimulating research and innovation", etc.

²³ See, R. FERRARA, *Etica, ambiente e diritto: il punto di vista del giurista*, in R. FERRARA and C.E. GALLO (edited by), *Trattato di diritto dell'ambiente - Le politiche ambientali, lo sviluppo sostenibile e il danno*, I, Giuffrè, Milan, Italy, 2014, 28.

²⁴ R. FERRARA, *Modelli e tecniche della tutela dell'ambiente: il valore dei principi e la forza della prassi*, in *Foro amm. T.A.R.*, 2009, 6, 1947.

²⁵ V. FANTI, *Dimensioni della proporzionalità*, 179-187, especially 181-182.

²⁶ A. BARONE and G.A. ANSALDI, *The european "nomofilachia" and the principle of proportionality*, in *Transylvanian review of administrative sciences*, 2009, 210-235. On the relationship between precautionary principle and discretion (technical), see S. COGNETTI, *Potere amministrativo e principio di precauzione fra discrezionalità tecnica e discrezionalità pura*, in S. COGNETTI, A. CONTIERI, S. LICCIARDELLO, F. MANGANARO, S. PERONGINI and F. SAIITA (edited by), *Percorsi di diritto amministrativo*, Torino, 2014, 142 et seq.

Well, in order to prepare the means to achieve these objectives, it is necessary to involve various stakeholders with experimental approaches, as well as to prepare an action to raise public awareness of schools, training institutes and universities.

In fact, it is only through the meeting of science (that has the skills to carry out a scientific risk assessment) with politics (administration that is the receptor of the risk assessment carried out by the technical body) that it will be possible to put in place concrete measures to combat excessive global warming, which is a source of considerable damage to the environment²⁷. Law enforcement measures, through politics, will have to be accepted by the public on which radical changes in living standards cannot be imposed without democratic participation in that decision.

In conclusion, becomes fundamental to rethink the dialogue between technology, science, law (i.e. the subjects involved in evaluation) and political administration which takes the planning decision. So, all legal systems should provide for a fruitful exchange of knowledge and perspectives between scientists and politicians, in order to cooperate in the better application of the precautionary principle. The use of this principle, in fact, should take place in a more “courageous” way²⁸, introducing common models of decision-making and action that, while involving potential economic and social trade-offs, can ensure the balance, in a proportionate way, between land development, promotion and guarantee of economic activities and protection of the environment²⁹.

²⁷ See, F. SPAGNOLI, *Il principio di precauzione nel diritto internazionale ed europeo*, 3500-3503; R. FERRARA, *Etica, ambiente e diritto: il punto di vista del giurista*, 26; M. TALLACCHINI, *Ambiente e diritto della scienza incerta*, in S. GRASSI, M. CECCHETTI and A. ANDRONIO (edited by), *Diritto e ambiente*, Olschki, Florence, Italy, 1999, 59-100; S. GRASSI, *Prime osservazioni sul “principio di precauzione” come norma di diritto positivo*, in *Dir. gest. ambiente*, 2001, 38-67; M. CECCHETTI, *Principio di precauzione e produzione pubblica del diritto*, in G. GUERRA, A. MAURANTONIO, E. PARIOTTI, M. PICCINI, and D. RUGGIU (edited by), *Forme di responsabilità, regolazione e nanotecnologie*, Il Mulino, Bologna, Italy, 2011, 121-158; M. CECCHETTI, *La produzione pubblica del diritto dell’ambiente: tra expertise tecnico-scientifico, democrazia e responsabilità politica*, in *DPCE online*, 2020, 3, 3399-3416; L. GIANI, *Il ruolo del principio di prevenzione e di precauzione nelle politiche pubbliche ambientali nel diverso contesto del “diritto del rischio”*, 151.

²⁸ F. SPAGNOLI, *Il principio di precauzione nel diritto internazionale ed europeo*, 3502.

²⁹ L. GIANI, *Il ruolo del principio di prevenzione e di precauzione nelle politiche pubbliche ambientali nel diverso contesto del “diritto del rischio”*, 153 et seq., speaks about a correct consideration of the risk and the institutionalization of his correct assessment, with a view to sustainability and responsibility: overlapping the scope of the precautionary principle, the balance could operate not only by including short-term costs, but also potential risk-related social costs, the so-called “interests” of future generations. Therefore, the development must be compatible with the protection of the environment, in a dimension that guarantees a full satisfaction of the community interests.

2. Report

ENVIRONMENTAL SIMPLIFICATION IN DIGITAL TRANSITION

Maddalena Ippolito

ABSTRACT [ENG]: *The aim of the paper is to highlight, in the wake of the multiple European and national initiatives, the need for administrative simplification in environmental matters in order to pursue greater speed of proceedings relating to activities with environmental impacts and a "new" simplification of administrative authorizations. In this context the author proposes to underline the potential of Blockchain technology in order to reconfigure environmental protection according to a multipolar logic, preventing and reducing cases corruption or maladministration.*

TABLE OF CONTENTS: **1.** Introduction. – **2.** Systematic framework and historical-evolutionary notes of environmental policies in the digital transition. – **3.** The "distributed" EIA procedure and the digital simplification of the *Autorizzazione Integrata Ambientale* (AIA). – **4.** Some concluding remarks.

1. Introduction.

One of the main factors that hinder and slow down the full and correct application of an European and national environmental legislation is the complexity of the administrative system; so the need arises to proceed, in a common strategy that leads to a sustainable economic model, to administrative simplification in environmental matters.

This choice is part of a digital transition path aimed, first of all, at pursuing a greater speed of procedures relating to activities with environmental impacts and a “new” simplification of administrative authorizations and, secondly (in a more ambitious perspective), towards algorithmic applications in the context of an environmental monitoring system based on distributed ledger technologies capable of identifying any anomalies or violations. In this sense, the connection to the solutions adopted overseas is undoubtedly decisive, where the delicate issue relating to the protection of personal data or industrial interests does not seem to affect the prospect about the inclusion of artificial intelligence in environmental matters, that would be able to bring positive effects in terms of neutrality, efficiency and transparency of the administrative activity.

These forms of integration of environmental legislation are well reconciled with the attention paid more recently to environmental protection and to the green economy, intended as simplification actions instrumental to the growth of our country's competitiveness, and with the aim of overcoming the administrative risk of organizational deficiencies and dysfunctions.

It is, in this context, that the use of emerging technologies - among which we include Blockchain - aims to reconcile the multiple public-private needs in order to promote collaboration/interaction, falling within the framework of principle of horizontal subsidiarity pursuant to art. 118 (4) of the Constitution¹, to the environmental decision-making process by contributing to the prevention and reduction of pollution.

With a view to a digital (r)evolution, even in delicate sectors such as environmental protection, this new paradigm in relations between citizens and public administration, concerning the sharing of data and information through the creation of a network, could

¹ On the principle of horizontal subsidiarity, intended as a vehicle for the transformation of the “methods of democracy”, see the approach of Council of State, Section consultative for regulatory acts, 25 August 2003, in *Giur. it.*, 2004, 716 ss., on which see, for further details, G. RAZZANO, *Il Consiglio di Stato, il principio di sussidiarietà e le imprese*. For a further study on the principle of horizontal subsidiarity, see, *ex plurimis*, E. FOLLIERI, *Le funzioni amministrative nel nuovo Titolo V della parte seconda della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2-3, 2003, 444 ss.; G.U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 19 ss.; S. CASSESE, *L'aquila e le mosche. Principio di sussidiarietà e diritti amministrativi nell'area europea*, in *Foro it.*, V, 373 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Sussidiarietà (dir. amm.)*, in *Enc. giur.*, Agg. XII, 2004.

act as an incentive to create the conditions for a more effective collaboration of citizens with the responsible authorities for environmental protection plans.

Having said all this, the regulatory process followed in an European and national level about the centrality of environmental protection and the future prospect of a digital simplification² of administrative procedures in environmental matters, it deserves to be carefully examined, with simultaneous expansion of the forms of control on the pursuit of institutional functions and on the effective use of public resources, which can be experienced through the distribution of environmental data and information among the various states.

2. Systematic framework and historical-evolutionary notes of environmental policies in the digital transition.

One of the factors that contributed to the growth of administrative reforms is, without doubt, internationalization which requires, on the one hand, to adjust national systems to those of other countries and, on the other hand, to coordinate with each other. Each national administration must adapt to the developments of the other administrations, under penalty of disadvantageous conditions for its users³.

It is, undoubtedly, merit of EU environmental policies to underline, starting from the 1970's, the importance of issues relating to environmental protection by introducing the theme of the rational use of natural resources to ensure their use by future generations⁴. With the Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment were codified, for a first time, a series of principles underlying the so-called Sustainable Development, from which emerges a highly precautionary approach as a strategy to preserve the earth's resources⁵.

In this context, the Maastricht Treaty, given the interest in promoting the economic and social progress of peoples, elevates the protection of the environment to an expressed

² For acute reflections on the digital simplification, see A.G. OROFINO, *La semplificazione digitale*, in *Il diritto dell'economia*, 3, 2019, 87-112.

³ See the approach of S. CASSESE, *La semplificazione amministrativa e l'orologio di Taylor*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, 84

⁴ See, on the matter, F. DE LEONARDIS, *Tutela delle generazioni future e soggetti preposti alla tutela*, in *Diritti interni, diritto comunitario e principi sovranazionali*, edited by V. Parisio, Giuffrè, Milan, Italy, 2009 85 ss.

⁵ See, on this topic, *Declaration on the Responsibilities of the Present Generations towards future generations*, in www.ohchr.org, adopted by Unesco on 12 November 1997, in which was promoted a general principle of intergenerational solidarity.

principle of the European Community and, therefore, to a sector of Community policies⁶: the art. 2 of the Maastricht Treaty provides that «the Community shall have as its task, by establishing a common market and an economic and monetary union and by implementing the common policies or activities [...] to promote throughout the Community a harmonious and balanced development of economic activities, sustainable and non-inflationary growth respecting the environment». The need to protect the environment is combined by the objectives and values of environmental action that are based to the art. 191 (2) TFEU, «on the precautionary principle and on the principles that preventive action should be taken, that environmental damage should as a priority be rectified at source and that the polluter should pay». A formulation that echoes the need to make up for the constant depletion of natural resources, amplified by the serious problems of compatibility of today's development model with the fate of the planet⁷. These issues involve all the principles on which the new action plan for the circular economy is based today⁸.

In full harmony with the euro-unit trend, the peculiarities of the changed relationship between citizen and administration, in terms of procedural participation (and simplification), emerge with particular evidence in environmental administrative law, as well as, more recently, the numerous provisions relating to the digital transition and the implementation of artificial intelligence and algorithms.

In a perspective of opening up administrative activities, in environmental matters, to the participatory influences of private individuals, at the end of the 1990's, the Aarhus Convention, drawing inspiration from Principle 10 of the Rio Declaration, highlights the importance of participation that is extrinsic in public access to decision-making processes and justice in environmental matters⁹. An approach that is part of EU policies (the Single

⁶ In legal literature see M.P. CHITI, *L'ambiente nel Trattato di Maastricht*, in *Ambiente e sviluppo*, 6, 1995, 33 ss.

⁷ See the important paper by F. BENVENUTI, *Studi dedicati ai problemi dell'ambiente*, in *Arch. giur.*, 1982, 3-6, 255.

⁸ See *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European economic and social committee and the committee of the regions. A new Circular Economy Action Plan. For a cleaner and more competitive Europe*, COM (2020)98 final, in *www.eur-lex.europa.eu*, Brussels, 11 March 2020, according to which «the EU needs to accelerate the transition towards a regenerative growth model that gives back to the planet more than it takes, advance towards keeping its resource consumption within planetary boundaries, and therefore strive to reduce its consumption footprint and double its circular material use rate in the coming decade. [...] This progressive, yet irreversible transition to a sustainable economic system is an indispensable part of the new EU industrial strategy [...] Building on the single market and the potential of digital technologies, the circular economy can strengthen the EU's industrial base and foster business creation and entrepreneurship among SMEs. Innovative models based on a closer relationship with customers, mass customisation, the sharing and collaborative economy, and powered by digital technologies, such as the internet of things, big data, blockchain and artificial intelligence, will not only accelerate circularity but also the dematerialisation of our economy and make Europe less dependent on primary materials».

⁹ *Convention on access to information, public participation in decision-making and access to justice in environmental matters* (Aarhus Convention), Decision 2005/370/EC, in *www.eur-lex.europa.eu*. See, on the concept of public

European Act, first, and the Maastricht Treaty, then), aimed at recognizing the principle of subsidiarity as a general principle in environmental protection. In the same sense, the European Communication on the precautionary principle (COM/2000/0001)¹⁰, at Point 5 (3) of the Preamble, provides that the «the decision-making procedure should be transparent and should involve as early as possible and to the extent reasonably possible all interested parties». How not to see, in these provisions, the tangible sign of the need to provide guarantees of transparency and verification in the management of complex situations such as, among others, environmental protection.

Transparency of the processes assumes the double declination of a barrier to maladministration and a tool for the total accessibility of information concerning the organization and activity of public administration: this is in order to favour widespread forms of control in the pursuit of institutional functions and in the use of public resources¹¹.

Moreover, within the community institutions, in the last five years, the unstoppable potential of Artificial Intelligence (AI) has emerged for practical applications that improve the work of public administrations, combining large volumes of data and information from different sources and guaranteeing their correctness and accuracy.

For this purpose, the European Union (EU) is committed to “building trust with disintermediation”, marking an important European involvement in the process of modernization of public administrations thanks to greater transparency and greater effectiveness at the procedural level, which can be pursued with use of automation.

In this direction, the EU has observed the applicability of Blockchain technology as an important guide in the administrative simplification process: in fact, the Resolution of the European Parliament of 3 October 2018 on distributed ledger and Blockchain technologies (2017/2772 (RSP)) which recognizes that «the potential of DLT and Blockchain can constitute a tool that strengthens the autonomy of citizens, giving them the opportunity to control their data and decide which ones to share in the register, as well as the to choose who can see such data» and underlines that the aforementioned technologies can modify some existing paradigms in the administrative procedure, encouraging the disintermediation and decentralization of some activities and some sectors in order to favour both the simplification of procedures (in particular by streamlining the preliminary

participation emerging from the Aarhus Convention, E. ORLANDO, *Il dibattito pubblico nella Convenzione di Aarhus e nella legislazione europea*, in *Istituzioni del federalismo*, 3, 2020, 571-605.

¹⁰ See *Communication from the Commission on the precautionary principle*, COM/2000/0001 final, in *www.eur-lex.europa.eu*, Brussels, 2 February 2000.

¹¹ In these terms, clearly, see V.M. BOMBARDELLI, *Fra sospetto e partecipazione: la duplice declinazione del principio di trasparenza*, in *Istituzioni del federalismo*, 3-4, 2015, 657 s.

phase), and the democratic participation of citizens. In the wake of these initiatives, the “environment”¹² value intensely conforms the “new” relationship between citizens and public administration aimed at a significant reduction of the information asymmetry in terms of sustainable development and environmental integrity: in the context of the art. 6.2 of the Paris Agreement, there is a space for distributed ledger and Blockchain technologies, in which information relating to carbon emissions converge, providing a guarantee of transparency and verifiability of the same¹³.

Given this minimum core, it should be emphasized that the latest project act, in the context of the fight against climate change, for the enhancement of distributed ledger technologies is represented by the considerations of the UNFCCC Secretariat which recognized «the potential of Blockchain technology for contribute to greater action and sustainability for the climate» as a useful tool in carbon emissions trading, clean energy trading, climate finance and monitoring of greenhouse gas emissions.

After having framed the measures adopted in terms of environmental protection, participation, transparency and digital transition in the supranational context, it is appropriate to conclude this reconstruction with an analysis of the Italian legislation on the subject. Given the need to fully implement the European Directive no. 2014/52/EU of the European Parliament and of the Council, the guiding principles and criteria of legislative delegation, pursuant to the art. 14, 9 July 2015, no. 114, were the simplification, harmonization and rationalization of environmental impact assessment procedures with the consequent strengthening of the quality of the procedure by aligning with the principles of smart regulation and coherence and synergies with other European and national regulations and policies.

In a similar context, as part of the broad reform program outlined in the *Legge Madia* no. 124/2015¹⁴ - implemented by Leg. Dec. no. 179/2016 and by Leg. Dec. no. 217/2017 - the preferred option was to put administrative simplification in the foreground¹⁵, understood as halving the procedural and computerization phases of communication processes.

¹² See G. MORBIDELLI, *Il regime amministrativo speciale dell'ambiente*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, Giappichelli, Turin, Italy, 1 ss. especially 11 ss.

¹³ See., *amplius*, M. SCHLETZ, L.A. FRANKE and S. SALOMO, *Blockchain application for the Paris Agreement Carbon Market Mechanism – A decision framework and architecture*, in *Sustainability*, 12, 2020.

¹⁴ For a general overview of the so-called Madia Reform see E. FOLLIERI, *La riforma della pubblica amministrazione nella L. 7 agosto 2015, n. 124 ed il ruolo della dottrina*, in *www.giustamm.it*, 2015; M.A. SANDULLI, *Gli effetti diretti della legge 7 agosto 2015, n. 124 sulle attività economiche: le novità in tema di s.c.i.a., silenzio assenso e autotutela*, in *www.federalismi.it*, 2015; B.G. MATTARELLA, *Il contesto e gli obiettivi della riforma. La riforma della Pubblica Amministrazione (l. 7 agosto 2015, n. 124)*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 5, 621 ss.; A. TRAVI, *La semplificazione amministrativa come strumento per far fronte alla crisi economica*, in *www.giustamm.it*, 2016.

¹⁵ On the conclusions reached in the White Paper of the European Commission (1993), a group of experts from the EC Commission, chaired by the German Bernhard Molitor, recognize regulatory and administrative simplification as an

The need was also felt to revolutionize the administrative function in the democratic order by strengthening transparency, collaboration and procedural participation and enhancing (especially in art. 1 (1b) of Law no. 124 of 2015) the principle of digital first as a promotional tool towards the digital transition. This process generates the foundations for a digital and totally accessible administration.

The reform process of administrative simplification culminates, in the environmental administrative discipline, with the approval of Leg. Dec. no. 104/2017: in this context, the Italy's Executive branch undertakes to regulate, in an innovative way, the environmental impact assessment (EIA)¹⁶ procedures, focusing (with particular reference to the relationships between the proposing subject and the proceeding administration) on the reduction of the maximum procedural deadlines and charges document production, on the dematerialization of analogue documents favouring the digital transition and on a pre-screening procedure aimed, in the absence of potential significant or negative environmental impacts, to carry out a preliminary assessment to identify the procedure to be started. These are the cornerstones of the administrative simplifications in environmental matters from which subsequent amendments to the legislation in force originate.

More recently the attention of the national legislator, on the environmental matter, has turned to a further simplification of administrative procedures, with particular attention to the modification of the EIA regulations pursuant to Articles 50 and ss. of Law Decree no. 76/2020, converted in Law no. 120/2020, and the re-engineering and digitization of the cataloguing processes of administrative procedures (these are the focus of the *Agenda per la semplificazione 2020-2023*)¹⁷.

From an innovative perspective, the Simplifications Law Decree focuses, among other things, on the reduction of the timing imposed on the screening and EIA procedures (while not neglecting changes aimed at ensuring certainty of the terms for the conclusion of the aforementioned procedures), on the simplification of environmental, landscape and related authorizations remediation of contaminated sites, as well as the acceleration of interventions for the development of renewable energy and mobility. For these reasons, in an organic process of system's revision, we could continue with the "rise" of the digital transition, whose evolutionary process includes the enhancement of the once-only

integral part of the growth of the competitiveness of member countries. See, on this point, COM(95) 288 final/2, *Report of the group of independent experts on legislative and administrative simplification*, in *eur-lex.europa.eu*, 1995.

¹⁶ See R. DIPACE, A. RALLO and A. SCOGNAMIGLIO (edited by), *Impatto ambientale e bilanciamento di interessi. La nuova disciplina della Valutazione di impatto ambientale*, Editoriale scientifica, Naples, Italy, 2018.

¹⁷ For a review of the *Agenda per la semplificazione 2020-2023*, see G. VESPERINI, *L'Agenda per la semplificazione 2020-2023*, in *Giorn. dir. amm.*, 2, 2021, 151 ss.

principle with the consequent development of digital networks that allow interconnected environmental monitoring and interoperable capable of communicating automatically, exchanging information and sharing resources¹⁸.

The most recent stages of the articulated reform process are the actions of the *Agenda per la semplificazione* - provided in art. 15 Leg. Dec. no. 76/2020 and approved, on 23 November 2020, by the Italian Unified Conference and the objectives of the *Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza* (PNRR) - aimed at a profound simplification of the provisions concerning the EIA.

The basic idea that runs through the “Simplification and digitalization” chapter of the new *Agenda per la semplificazione* is congenial to the preparation of a sustainable economic model and advocates the need to proceed with administrative simplification in the sectors of environmental protection and green economy which produces the virtuous effect of accelerating investments and works functional to sustainable development, in a certain and transparent framework of rules within which operators and the public administration are able to carry out their social functions effectively.

Furthermore we cannot fail to add the Mission of the PNRR to provide for the digitization and the “green revolution” of the country: the Plan imposes to provide for the simplification and rationalization of environmental regulations, emphasizing, first of all, that the works envisaged by the PNRR in how much urgent measures require a speeding up of the procedure’s conclusion times and, secondly, that the attribution of competences in energy matters to the MITE will allow both a unitary discipline of the related authorization procedures and an integration, between the competences in environmental matters and those relating to energy, functional to ensure a significant simplification of the legal system and sustainable growth of the country in harmony with the pursuit of the ecological transition¹⁹.

At an overview glance, the imprint of the Green New Deal is striking, which has transformed climate policies and environmental challenges into opportunities for all policy sectors of the Member States²⁰, intended as a driving force for the circular economy and which require us to rethink environment (not only as an opportunity for profit, but as a field of experimentation for the development of new models of sustainability)²¹ and to enhance the private contribution (not only in terms of mere collaboration in the adoption

¹⁸ In these terms see F. CARDARELLI, *Usa della telematica*, in *Codice dell'azione amministrativa*, edited by M.A. Sandulli, Giuffrè, Milan, Italy, 2010, 427

¹⁹ See *Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, in www.governo.it, 69 s.

²⁰ *A European Green Deal. Striving to be the first climate-neutral continent*, in www.ec.europa.eu, 2019.

²¹ See, once again, G. VESPERINI, *L'Agenda per la semplificazione 2020-2023*, 156.

of measures, that directly affect their sphere juridical, but also as the management of the administrative function itself to make it more adequate with respect to the public interests pursued)²².

3. The “distributed” EIA procedure and the digital simplification of the Autorizzazione Integrata Ambientale (AIA).

The EIA procedure²³, as clarified by the Constitutional Court with sentence no. 198/2018, on the one hand, it retains a participatory and informative dimension, aimed at involving and bringing out the various interests underlying the creation of a work with an environmental impact in the administrative procedure; for another hand, it has an authorization function with respect to the single project examined²⁴.

As for the so-called “phase” participatory, the subjects, public and private, involved in the EIA proceedings, standardize their behaviour, which we could understand as “concatenated”, to an action based on compliance with the precautionary principle pursuant to the articles 3-ter and 301 of the Italian Environmental Code²⁵.

In this context, the inclusion of recent technological innovations could progress simultaneously to the new forms of interconnection between citizens and public

²² See the interesting observations made on the matter by the Regional Administrative Court of Liguria, Genoa, Div. I, 18 March 2004, no. 267, in *Foro amm. TAR*, 2004, 642 e in *Giur. merito*, 2004, 1511.

²³ The EIA was introduced by *Council Directive 85/337/EEC on the assessment of the effects of certain public and private projects on the environment*, in *eur-lex.europa.eu*, 27 June 1985; implemented in Italy with Law 8 July 1986, no. 349; modified with *Council Directive 97/11/EC amending Directive 85/337/EEC on the assessment of the effects of certain public and private projects on the environment*, in *eur-lex.europa.eu*, 3 March 1997; *Directive 2003/35/EC of the European Parliament and of the Council providing for public participation in respect of the drawing up of certain plans and programmes relating to the environment and amending with regard to public participation and access to justice Council Directives 85/337/EEC and 96/61/EC*, in *eur-lex.europa.eu*, 26 May 2003; *Directive 2009/31/EC of the European Parliament and of the Council on the geological storage of carbon dioxide and amending Council Directive 85/337/EEC, European Parliament and Council Directives 2000/60/EC, 2001/80/EC, 2004/35/EC, 2006/12/EC, 2008/1/EC and Regulation (EC)*, in *eur-lex.europa.eu*, 23 April 2009. Environmental legislation was harmonized with the *Directive 2011/92/EU of the European Parliament and of the council on the assessment of the effects of certain public and private projects on the environment (codification)*, in *eur-lex.europa.eu*, 13 December 2011; and most recently amended with *Directive 2014/52/UE of the European Parliament and of the council amending Directive 2011/92/EU on the assessment of the effects of certain public and private projects on the environment*, in *eur-lex.europa.eu*, 16 April 2014.

²⁴ In the case-law of that time, this approach was endorsed by Constitutional Court, 14 November 2018, no. 198, par. 5.2 of *Cons. in dir.*, in *Giur. cost.*, 6, 2018, 2415 and in *Riv. giur. ed.*, 1, 2019, 57.

²⁵ On the precautionary principle see, mainly, V. FANTI, *Dimensione della proporzionalità. Profili ricostruttivi tra attività e processo amministrativo*, Giappichelli, Turin, Italy, 2012, 179-187; R. FERRARA, *I principi comunitari della tutela dell'ambiente*, in ID. (edited by) *Tutela dell'ambiente*, Giappichelli, Turin, Italy, 2005; ID., *Precauzione e prevenzione nella pianificazione del territorio: la “precauzione inutile”?*, in *Riv. giur. ed.*, 2012, 76 ss.; M.A. SANDULLI, *Tutela dell'ambiente e sviluppo economico e infrastrutturale: un difficile ma necessario contemperamento*, in *Riv. giur. ed.*, 2, 2000, 3 ss.

administration, offering a high degree of transparency²⁶ in mutual interactions and a disintermediation of processes. Added to this is the need for EU Member States to proceed with the definition of an adequate procedure for monitoring «the significant adverse effects on the environment resulting from the construction and operation of a project, inter alia, to identify unforeseen significant adverse effects, in order to be able to undertake appropriate remedial action²⁷».

Given these premises, there is a need for a reshaping of the administrative procedure for Environmental Impact Assessment (EIA), more daring than the one carried out with the Leg. Dec. Simplifications and consistent with the requests made by the European Green Deal for a new sustainable industrial policy.

In the digital transition process of the EIA procedure, it is hoped the introduction of the Blockchain technology which can be inserted, in the context of the management and classification of data and information relating to the environment, ensuring an adequate level of IT security, online with national and international best practices. Blockchain technology, allowing to trace the input and output of each process, combines a block 0 and successive blocks with all information relating to a specific operation, in a linear and interconnected way. A unique signature is affixed to each block and all the operations carried out are stored there, creating an interconnected chain that makes the choices unchangeable. The data is unchangeable and, after being validated, flows into a distributed database that is not physically located on a single server, but on several perfectly synchronized computers; therefore, any sudden or fraudulent modification or alteration would emerge only from a comparison with the matrices held by the other blocks²⁸.

This solution, applied to environmental proceedings, would allow, after the creation of an interoperable network, to proceed with a proactive transparency of environmental information, overcoming the numerous limits imposed on the display of the same.

This reform intervention would be inserted in the perspective of reducing the complexity of the administrative procedure in environmental matters, imposing the use of

²⁶ See, for full clarification on this matter, V. FANTI, *La pubblicità e la trasparenza amministrativa in funzione del contrasto alla corruzione: una breve riflessione in attesa del legislatore delegato*, in www.giustamm.it, 3, 2016.

²⁷ Recitals no. 35, *Directive 2014/52/UE of the European Parliament and of the council amending Directive 2011/92/EU on the assessment of the effects of certain public and private projects on the environment*.

²⁸ For a technical reconstruction of the Blockchain technology, see L. PAROLA, *Blockchain e contratti intelligenti: uno sguardo al mercato dell'energia*, in *Il teleriscaldamento, la Blockchain e i contratti intelligenti*, edited by E. Bruti Liberati, M. De Focatiis and A. Travi, Wolters Kluwer, Padua, Italy, 2019, 93 ss.; F. FAINI, *Il diritto nella tecnica: tecnologie emergenti e nuove forme di regolazione*, in www.federalismi.it, 27 maggio 2020, 93 ss.; M. FAIOLI, E. PETRILLI and D. FAIOLI, *Blockchain, contratti e lavoro. La ri-rivoluzione del digitale nel mondo produttivo e nella PA*, in *Economia e lav.*, 2016, 143 ss.

common and standardized participatory models, and of encouraging a form of participation which, involving all the nodes of the chain, would determine a sort of co-management, with the administration, of the environmental impact assessment.

A digitized EIA procedure, making use of the tools of procedural participation and monitoring of any negative effects of the processes and systems implemented after the implementation of the project, would allow to carry out more in-depth investigations on the shared information, perfectly compatible with the timescales envisaged for the environmental impact assessment procedure.

The “nodes in the chain” undertake to share all the information and knowledge in their possession about the potentially harmful effects of a given activity, including the results of information on risk situations²⁹ and the aspects of the intervention that require constant monitoring. It is common, in fact, that the information in the possession of environmental associations about the state of some natural resources may suggest anomalies or gaps in the documentation produced.

In this context, it is desirable that distributed ledger technologies (Blockchain) suitable for avoiding opportunistic or illegal behaviours detected through *ex post* monitoring actions can be appropriately implemented. These are monitoring related to the implementation of the conditions of the EIA measures conducted with the specific purpose of promptly identifying significant and unexpected negative environmental impacts and adopting the appropriate corrective measures³⁰. Starting from these considerations, this application model can be particularly useful, based on total accessibility to the data and on the distributed validation of information, because it would involve not only a significant decrease in anomalies and/or inconsistencies connected with activities that are inherently dangerous for the environment, but, in the perspective of complying with a careful

²⁹ See F. DELEONARDIS, *Tra precauzione, prevenzione e programmazione*, in *Dal diritto dell'emergenza al diritto del rischio*, L. GIANI, M. D'ORSOGNA and A. POLICE (edited by), Editoriale scientifica, Naples, Italy, 2018, 199 ss.

³⁰ Art. 28 (1) Leg. Dec., 3 April 2006, no. 152.

reporting of environmental problems, it could act as a deterrent for potential polluters³¹ and could even contribute to the prevention of environmental damage³².

There is a need for administrative simplification of the *Autorizzazione Integrata Ambientale* (so-called AIA) procedure³³: this is a change in the sign of the digital transition. The procedural authorization action is aimed at carrying out preventive technical assessments by analysing the potential risks of environmental administrative action.

The authorization issuing process established, pursuant to art. 29-ter of Leg. Dec. no. 152/2006, that would be provided for a non-technical summary of the data collected in the request for information to the public, with the consequent possibility of submitting observations. This phase, of which it is composed the AIA release procedure, lends itself to the application of Blockchain technology: capillary validation, so-called timestamp, of the data contained in the application allows, in fact, to the nodes a cross and decentralized control of the operations carried out and the immutability of the data entered in the distributed register, together with the use of asymmetric cryptography, makes any subsequent alteration aimed, for example, to obscure any polluting emissions. Further confirmation of the potential of the application of the Blockchain platform to the AIA is given by the Italian's *Conferenza decisoria di servizi in forma simultanea*, pursuant to the art. 14-ter Law no. 241/1990, convened by the competent authority for the purpose of issuing the integrated environmental authorization.

The Italian's *Conferenza di servizi*, as a preordained venue to ensure the transparent comparison of potentially conflicting interests, is well reconciled with the implementation of this technology, favouring, through the validation of the data and information provided, undoubted benefits in terms of transparency and reduction of procedural timing.

Lastly, it is possible to incentivize the use of the Blockchain for any control, inspection or *ex post* monitoring activity, compliance with the conditions and obligations imposed by the AIA, carried out by ISPRA, for state-owned plants, and by ARPA, for plants located in

³¹ For a detailed analysis of the potential of Blockchain technology in environmental matters, see M. ALLENA, *Blockchain technology for environmental compliance: towards a "choral" approach*, in *Environmental Law Review*, 2020. The A. says that «the "dispersed verification" mechanism made possible by the blockchain is particularly important within a context, such as the current one, in which technological development already makes it possible to involve the general public and regulated entities on a broad scale in the collection of environmental data by facilitating the mechanisms for detecting pollution as well as those for processing, managing and distributing the information concerned. This will be discussed in the first instance in order to demonstrate how the exponential increase in the data available – concerning both environmental conditions as well as the degree of compliance with environmental law – within modern society has not yet however been accompanied by the implementation of effective systems for verifying the reliability of those data».

³² See, in legal literature, A. POSTIGLIONE, *Il manuale dell'ambiente*, in *La Nuova Italia Scientifica*, Milan, Italy, 1984, 51.

³³ For a reconstruction of the EU and national legislation on AIA, see C. ZANETTE, *L'ambiente. Manuale normativo*, edited by E. Blasizza, Wolters Kluwer, Milan, Italy, 2020, 204 ss.

the sea. In the context of environmental controls, it is, in fact, desirable to support public authorities by associations and individuals to guarantee the formal correctness and timeliness of the data entered in the register³⁴.

The above arguments can be adequately reflected in a system of controls structured in a distributed register, in which a renewed pact between citizens and public administration is substantiated, emancipated from the original model and inserted in a renewed system of environmental authorizations.

4. Some concluding remarks.

The discussions held in this paper take on a particular significance precisely about the incessant process of simplification in environmental matters which sees as direct protagonists both the EU Member States and European citizens, engaged in the search of new horizons that allow greater knowledge and verifiability of the data and documents included in the registers distributed, with the primary aim of proposing new environmental protection mechanisms.

For decades, juridical institutions conceived for environmental protection preferred, compared to *diritto amministrativo paritario*³⁵, the use of forms of authoritarian organization irreconcilable with the constitutionally oriented subsidiary perspective³⁶.

But the stratified and intense simplification of environmental legislation, while acknowledging that environmental protection is one of the fundamental rights of the person and one of the fundamental interests of the community, had the advantage of undermining, even if in small steps, the idea that environmental protection can rise to a negative limit to procedural participation. A simplification which, on the basis of the conclusions reached with the Mandelkern report, «cannot be a one shot policy³⁷», has developed on a regular basis with consequent periodic evaluation and possible correction of the results achieved over time³⁸.

³⁴ See, in particular, M. ALLENA, *Blockchain technology for environmental compliance: towards a “choral” approach*.

³⁵ See, in these terms, the fundamental paper by F. BENVENUTI, *Per un diritto amministrativo paritario*, in *Studi in memoria di E. Guicciardi*, Cedam, Padua, Italy, 1975, 807 ss.

³⁶ The issue of administrative subsidiarity emerges in the context of institutional coordination, see, mainly, G. BERTI, *Il coordinamento, parola-simbolo tra gerarchia ed equiordinazione*, in *L'amministrazione della società complessa*, edited by G. Amato and G. Marongiu, Il Mulino, Bologna, Italy, 1982, 34 s.

³⁷ *Mandelkern Group on Better Regulation, Final Report*, Part. II, *Recommended practices*, 13 November 2001, in www.federalismi.it.

³⁸ On the theme of simplification as a “permanent revolution”, see F. MERUSI, *La semplificazione: problema legislativo o amministrativo?*, in *Nuove Aut.*, 2008, 3-4, 335 ss.

For these reasons, in the pursuit of the United Nations Sustainable Development Goals (SDGs), the need to incentivize “new” forms of collaboration that help to reduce fraudulent episodes and discourage behaviours that cause pollution or violation of human rights, making it possible - through accessibility - the transparency and traceability of global supply chains, favouring a sort of general monitoring of the work of administrations³⁹. Furthermore, we cannot fail to add that the implementation of emerging technologies - among which the Blockchain stands out - although it affects the transparency of shared data, it moves on a harmonious level compared to the security of the same: a security guaranteed both by the exclusivity recovery of information of close interest and from the cryptographic system for the protection of the privacy of each citizen.

In conclusion, it can be argued that the use of Blockchain technology undoubtedly represents an optimal solution to facilitate the simplification process of environmental authorizations, guaranteeing a plurality of benefits capable of facilitating the interoperability of data (even between the different states Union). The future applications of artificial intelligence, Blockchain and smart contracts in environmental matters require, on the one hand, a rethinking of procedural models and, on the other hand, an overcoming, in the context of the articulated system of environmental controls, of the many limitations of command and control tools.

The choice of the Blockchain paradigm represents, at present, the most proportional option, given the ability to provide positive solutions where traditional approaches have shown their shortcomings (or have even failed) and to offer the greatest number of advantages, in qualitative terms, for the safety and ease of access to information relating to national and international financing in environmental matters ⁴⁰ .

³⁹ See, among the many, A. ROMANO TASSONE, *Il controllo del cittadino sulla nuova amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2002, 269 ss.

⁴⁰ See S. BRADEN, *Blockchain potentials and limitations for selected climate policy instruments*, in *www.climateledger.org*, 2019, 46 in which it is specified that «a Blockchain-based solution facilitates the link of payments to concrete results via a decentralized platform. Beneficiaries of climate finance such as individuals, communities or entities could input their feedback peer-to-peer in a safe and reliable way, while making it available to others».

3. Report

THE WASTE CYCLE MANAGEMENT AND THE PROTECTION OF HEALTH AND ENVIRONMENT: THE ROLE OF THE PRECAUTIONARY PRINCIPLE

Adriana Ciafardoni

ABSTRACT [ENG]: *This paper aims to analyse the role that the precautionary principle can play in the waste management activity, which is considered an integral part of environment and ecosystem protection actions. After a careful analysis of the function of the principle in the various phases of the so-called waste cycle, with particular reference on the theme of classification of waste coded with mirror entries, the reflection focuses on the impact of the Covid-19 emergency. As the last, is treated the relationship between the precautionary principle and the circular economy.*

TABLE OF CONTENTS: **1.** Introductory considerations. – **2.** The application of the precautionary principle in the complex waste cycle management. – **3.** The impact of the Covid-19 emergency – **4.** Protection of health and the environment, between the precautionary principle and the circular economy. Brief concluding remarks.

1. Introductory considerations.

The precautionary principle has become an essential criterion for the management of any human activity that – directly or indirectly – may have an impact on the environment¹. In fact, this Principle works in situations of uncertainty, due to the lack of scientific knowledge². It imposes on States, whenever potential risks may occur, to ensure a high level of protection for human health and the environment³. In addition, demanding the adoption of precautionary measures in cases of scientific uncertainty about the occurrence of harmful events, it indirectly represents the level of acceptability of the risk that the performance of anthropogenic activities typical of human settlements may pose to the community. On the other hand, it is common ground that the precautionary principle, as well as the principle of preventive protection, are “strong” rules of the European system in the field of environmental protection⁴.

Therefore, it cannot be denied the role that this principle can play in the (very complex) waste management activity, which is considered an integral (and central) part of environment and ecosystem protection actions⁵.

In this way, the precautionary principle becomes a tool which can reduce (and control) the negative consequences for health and the environment that may arise in the various phases of the so-called waste cycle (waste collection, treatment and recovery or final disposal). In fact, in accordance with the provisions of the Community Law⁶ and as provided by Article 178 of the Italian Environmental Code,

¹ L. BUTTI, *Principio di precauzione, Codice dell’ambiente e giurisprudenza delle corti comunitarie e della Corte Costituzionale*, in *Riv. Giur. Amb.*, 2006, 5, 809-826.; F. DE LEONARDIS, *Coordinamento e sussidiarietà per l’amministrazione di emergenza*, in *Foro amm. – Cons. Stato*, 2005, 10, 3118-3130; R. FERRARA, *Emergenza e protezione dell’ambiente nella «società del rischio»*, in *Foro amm. – Tar*, 2005, 10, 3356-3364.

² F. FOLLIERI, *Precauzione, prevenzione e legalità nell’emergenza da Covid-19*, in *PA- Persona e Amministrazione*, 2020, 2, 84.

³A. GRAGNANI, *Il principio di precauzione come modello di tutela dell’ambiente, dell’uomo, delle generazioni future*, in *Riv. dir. civ.* 2003, 1, 9.

⁴ R. FERRARA, *I principi comunitari della tutela dell’ambiente*, in *Dir. amm.*, 2005, 3, 526.

⁵ *Ex multis*, Constitutional Court, 23 December 2019, no. 289; Constitutional Court, 26 November 2018, no. 215.

⁶ At first, the Art. 3 (1) of the European Council Directive 75/442/EEC of 15 Jul. 1975, imposes Member States to take «appropriate steps to encourage the prevention, recycling and processing of waste, the extraction of raw materials and possibly of energy therefrom and any other process for the re-use of waste». Later, the Art. 4 (2) of the European Parliament and Council Directive 2008/98/EC of 19 Nov. 2008, provides that «Member States shall take into account the general environmental protection principles of precaution and sustainability, technical feasibility and economic viability, protection of resources as well as the overall environmental, human health, economic and social impacts».

waste management should be done in accordance with the principles of precaution, prevention, sustainability, proportionality, accountability and cooperation of all parties involved.

In particular, the precautionary principle plays a primary role as a procedural pre-principle⁷ that the public administration and the judicial authorities must (logically) apply in advance of any other, as an element capable of assessing the abstract possibility of concrete damage⁸.

Furthermore, with regard to waste management, the precautionary principle is expressly regulated by Article 301 of the Italian Environmental Code. This article, on the one hand, admits the intervention of the administration in the event of even potential dangers (first paragraph) and, on the other hand, states that the risk must be concretely identified following a preliminary objective scientific assessment (second paragraph). In this way, the concept of “probable risk” was introduced, causing the overcoming of the maximalist and minimalist version of this principle. The first and the largest version of this principle has been also defined by careful doctrine⁹ as the “green version” of the principle and requires that, in case of doubt, the application of the precautionary measure is always necessary, implying an absolute intolerability of the risk. The second version runs diametrically contrary to the first one and aims to exclude the State intervention before the damage or danger is ascertained.

At present, however, a “certain” or “possible” degree of danger cannot legitimate the administration’s intervention, but it must be the “probable” and balanced with other principles¹⁰, such as that of reasonableness¹¹, prevention¹² and proportionality¹³.

⁷ F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell’amministrazione di rischio*, Giuffrè, Milan, Italy, 2015, 322.

⁸ V. FANTI, *Dimensioni della proporzionalità. Profili ricostruttivi tra attività e processo amministrativo*, Giappichelli, Turin, Italy, 2012, 182-183.

⁹ F. DE LEONARDIS, *Tra precauzione e ragionevolezza*, in *Federalismi.it*, 2016, 2, 5; ID., *Il principio di precauzione*, in M. RENNA and F. SAITTA (edited by), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Giuffrè, Milan, Italy, 2012, 419-424.

¹⁰ On the relational nature of the precautionary principle, see V. FANTI, *Dimensioni della proporzionalità. Profili ricostruttivi tra attività e processo amministrativo*, 179-187.

¹¹ Criminal Court of Cassation, Div. III, 09 October 2019, no. 47288.

¹² Council of State, Div. VI, 05 December 2002, no. 6657; Criminal Court of Cassation, Div. IV, 15 May 2014, no. 20223. In doctrine see, A. MURATORI, *Divagando sul concetto di deposito temporaneo e connessi requisiti (nota a cass. Pen. N. 20223/2014)*, in *Ambiente&Sviluppo*, 2014, 8-9, 593-602.

¹³ Regional Administrative Court of Tuscany, Florence, Div. II, 31 August 2010, no. 5145.

2. The application of the precautionary principle in the complex waste cycle management.

After these considerations, the question is how the precautionary principle operates in the area of waste management.

This principle requires an action on the potentially negative consequences of waste management impact on the environment, through a comprehensive risk assessment based on available scientific and technical data and the latest research findings.

Rebus sic stantibus, this principle operates at every stage of the waste cycle: from its creation and, therefore, classification, to its disposal/recovery. It will therefore be necessary to focus on those fractions of waste cycle that best enable us to understand the operation of the precautionary principle.

First, the use of this principle can be found in the treatment and handling of the product and in the more delicate disposal phase. At this point, it cannot be denied the possible harmful effects for the community, which the treatment of hazardous material (and others) can cause.

In particular, it is during the phases of waste storage and disposal that there are the most problematic aspects, especially about the possible environmental, health, and socioeconomic effects.

Specifically, the disposal phase – and in the same way the storage phase –, as an intrinsically dangerous activity, requires the adoption of necessary precautions and prudential measures to prevent polluting phenomena that may damage the territory and the health of the community¹⁴, as well as that of ecological operators.

However, the most interesting aspect for doctrine and jurisprudence is the delicate (and debated) theme of classification of waste coded with mirror entries. On this theme, the Court of Justice of the European Union has recently intervened¹⁵. In particular, waste can be coded with mirror entries when is identifiable with a pair of codes of the European Waste Code, which permit to classify a waste like “dangerous” or “not dangerous”, depending on the higher or lower concentration of harmful

¹⁴ Council of State, Div. IV, 04 December 2017, no. 5668; Regional Administrative Court of Liguria, Genoa, Div. II, 15 October 2010, no. 9501.

¹⁵ F. GIAMPIETRO, *Sui rifiuti con codice a specchio: cronistoria di un dibattito processuale*, in *Ambiente & Sviluppo*, 2020, 8-9, 597-605; L. GIAMPIETRO and A. POERIO, *I rifiuti con codici a specchio: la Corte UE boccia le tesi della “presunzione di pericolosità” e della “certezza” (nota a CGUE 28 marzo 2019, c 487 - 488 - 489/17)*, in *Ambiente & Sviluppo*, 2019, 5, 349-361; A. GALANTI, *La classificazione dei rifiuti con “codice specchio”*. *Dalla commissione europea un contributo di chiarezza*, in *DPC*, 2018, 5, 177-216.

substances in the waste concerned. Thus, this classification includes waste that cannot be aprioristically classified as necessarily harmful or not harmful to health.

In particular, the Court of Justice was asked to rule on a reference for a preliminary ruling by the Italian Court of Cassation¹⁶, on the waste producer's obligations regarding classification and treatment. This is a particularly delicate situation, both for the uncertain nature of mirror coded waste and the possible economic implications related to producer's obligations.

The Court of Justice, in its ruling of 28 March 2019¹⁷, established the need for the producer to carry out a prior analysis of the waste for the assignment of the European code, to analyse the composition of the waste and understand its degree of hazardousness.

In this sense, the use of the indicative hazard code is only admissible when following a complete risk assessment, also considering the specific circumstances of the concrete case, there are objective elements that make this classification necessary, in accordance with a probabilistic risk assessment. Therefore, there is not a presumption of hazardousness of the waste, but in any case, the waste producer must search hazardous substances that may reasonably be found in it.

On the other hand, the Court specified that where technical and scientific data resulting from studies carried out, are not sufficient to determine with certainty the existence and extent of the risk, the application of the precautionary principle justifies the adoption of stricter measures to protect the public health. Thus, in accordance with that approach, which was also adopted by subsequent national case law¹⁸, the precautionary principle operates as a parachute and intervenes, residually, if the uncertainty of waste composition may threaten health and the environment.

3. The impact of the Covid-19 emergency.

The foregoing is worsened by the spread of the Covid-19 emergency, which is characterised by the absence of empirical certainties on the possibility of preventing

¹⁶ Criminal Court of Cassation, Div. III, 27 July 2017, Ordinance no. 37460.

¹⁷ Court of Justice of the European Union, 28 March 2019, Joined Causes C-487/17 to C-489/17.

¹⁸ In the same way, see also, Italian Criminal Court of Cassation, Div. III, 21 November 2019, no. 47288. On this point, see in doctrine, F. GIAMPIETRO, *Codici a specchio: la Cassazione interpreta la sentenza della Corte di Giustizia Ue (nota a Cass. pen. n. 47288/2019)*, in *Ambiente & Sviluppo*, 2020, 1, 12-20.

and managing risks for human health¹⁹, with repercussions in various sectors, even far from the medical one.

In this sense, the administrative law of the emergency²⁰, understood as the organisational structure of the public administration functional to respond to *extra ordinem* situations, makes it necessary to use extreme measures, because the concrete circumstances preclude the possibility of resorting to the usual institutions of administration. In addition, the general condition of uncertainty places the precautionary principle at the basis of the public administration activity²¹.

Among other things, it should be borne in mind that, although the health emergency is not an environmental emergency²², the impact has been particularly negative even, for example, in the sector of waste management²³. In fact, the spread of the pandemic emergency led new needs, such as the management of the complex processes of collection, treatment, and disposal of potentially contaminated waste (as urban waste from homes where covid-19 positive individuals live or stay in compulsory isolation, or waste from healthcare facilities subject to infectious risk). In this new context, there is a need to protect the public health, also in relation to the protection of waste system operators, who are personally engaged in the treatment of infected material.

The exponential increase in the use of personal protective equipment²⁴, which is not yet recyclable and, moreover, can be infected or potentially infected, requires a new approach to the treatment of waste material, inspired by the precautionary principle.

In doctrine, it has been underlined how the administrative jurisprudence, developed during the emergency, favours an approach inspired by the principles of

¹⁹ A. BARONE, *Emergenza pandemica, precauzione e sussidiarietà orizzontale*, in *PA- Persona e Amministrazione*, 2020, 1, 187.

²⁰ See, M. RICCI, *Il potere di ordinanza nella gestione delle emergenze ambientali*, in *AmbienteDiritto.it*, 2019, 2, 9-10.

²¹ See, F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell'amministrazione di rischio, passim*.

²² D.E. TOSI, *Emergenza e tutela ambientale nel sistema delle fonti tra problemi definitivi e rapporto tra ordinamenti*, in *AmbienteDiritto.it*, 2019, 4.

²³ Report of "Istituto Superiore della Sanità", *Indicazioni ad interim per la gestione dei rifiuti urbani in relazione alla trasmissione dell'infezione da virus SARS-CoV-2*, 31 May 2020. In the text, it is written that the virus is able to survive from 48 hours to 9 days on surfaces.

²⁴ According to the report of Italian Commission Ecomafie on "*Emergenza epidemiologica Covid-19 e ciclo di rifiuti*", every day in Italy are used approximately 37,5 millions of face masks and approximately 80 million of surgical gloves, that approximately are equivalent to 1.240 tonnes every day.

precaution, prevention and proportionality²⁵. These principles have a central importance also – and especially – in the field of waste management: it is the need to prevent risks, for example, through exceptional instruments such as contingent and urgent ordinances and to assess "precautionary" the possible consequences of the adopted measures²⁶.

Indeed, contingent and urgent ordinances have become a valve²⁷ with regard to exceptional and unforeseeable situations such as the pandemic emergency, being an unspecified act in its content and able to derogate from the ordinary rules²⁸. In fact, the Circular of the Ministry of the Environment no. 22276 of 2020 identifies, in the ordinances regulated by Article 191 of Leg. Dec. no. 152 of 2006²⁹, a necessary tool to overcome this moment of great criticality of the system and allow the plants to manage any overloads.

Moreover, the possibility of resorting to these ordinances is justifiable in the light of the precautionary principle. This principle allows, in exceptional situations, the possibility of resorting to acts that are indeterminate and atypical in the content, which may derogate from primary legislation and this allow, in cases of scientific uncertainty, to ensure the protection of health and the environment.

In this way, most of the Regions started to issue *extra-ordinem* ordinances to meet the needs arising from the pandemic³⁰, regulating (in a completely disorganised manner) the waste issue. In particular, on the one hand, they intervened to increase the storage capacity of the plants, to increase the quantity and timing of the storage at the collection centres and the maximum thermal capacity. On the other hand, in order to protect covid-19 positive individuals and the operators of waste sector, have been laid down the precautions that ecological operators must take, as well as the

²⁵ M.S. BONOMI, G. BUTTARELLI, M. MARLANNA, M.C. POLLICINO, C. RAMOTTI and A. RENZI, *Diritti fondamentali e Covid-19*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2020, 5, 681.

²⁶ M.P. CHITI, *Il rischio sanitario e l'evoluzione dall'amministrazione dell'emergenza all'amministrazione precauzionale*, in *Riv. ita. dir. pubbl. com.*, 2006, 1, 2.

²⁷ M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milan, Italy, 1950, 102.

²⁸ See 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, now in *Scritti*, II, Giuffrè, Milan, Italy, 1939-1948, 954.

²⁹ The norm follows the Article 13 of the Leg. Dec. no. 22/1997 (so-called Ronchi decree), that in turn follows the article 12 of the Presidential Decree no. 915/1982, with reference to art. 5 of Law no. 225/1992, as well as the addition of the Prime Minister, the Minister of Productive Activities among the subjects to communicate the issue of orders.

³⁰ *Ex plurimis*, Order of Lombardy Region, no. 520 of 1 April 2020 e no. 554 of 9 May 2020; Order of Apulia Region, no. 206 of 11 April 2020; Order of Latium Region, no. 22 of 1 April 2020; Order of Sicily Region, no. 1/Rif of 27 March 2020 and no. 2/Rif of 25 September 2020.

practices that those who are positive to covid-19 or in compulsory isolation must follow and the guidelines that operators of health facilities subject to infectious risk must precautionary put in place.

In fact, the use of such orders has always been the subject of extensive debate in doctrine and jurisprudence, aimed at identifying the limits of their operability. It is possible to identify a limit in the necessary respect for the general principles of the system and those laid down in environmental legislation, according to the provisions of the Art. 3 *bis* par. 2 of Leg. Dec. no. 152 of 2006.

Instead, from a practical point of view, in jurisprudence the hypotheses of illegitimacy of this ordinances are, for the most part, traced to the lack of the necessary prerequisites for the adoption of the act³¹, to the absence or inadequacy of the preliminary investigation³² and, above all, to the violation of the principles of proportionality, reasonableness and adequacy³³. The precautionary principle, on the other hand, operates as a pre-principle, logically preordained to the application of any other which, even if it is not sufficient to legitimise recourse to an *extra-ordinem* power³⁴, remains, however, an essential and indispensable criterion of legitimacy for the use of these instruments.

4. Protection of health and the environment, between the precautionary principle and the circular economy. Brief concluding remarks.

In the light of the just described picture, some brief considerations can be made.

First, the waste sector seems to live in a state of permanent emergency, due to the possible interference of organised crime, the hypertrophy of regulations typical of

³¹ Council of State, Div. V, 26 July 2016, no. 3369.

³² Regional Administrative Court of Campania, Naples, Div. I, 6 July 2009, no. 3732.

³³ See the analysis conducted by R. CAVALLOPERIN, *Il diritto amministrativo e l'emergenza derivante da cause e fattori esterni all'amministrazione*, in *Dir. Amm.*, 2005, 1, 799-800 and by S. GARDINI, *Le ordinanze sindacali contingibili e urgenti. Nuovi scenari e nuovipoteri*, in *federalismi.it*, 2018, 15, 11. In the most recent jurisprudence see, Regional Administrative Court of Abruzzo, Pescara, Div. I, 28 November 2019, no. 290; Regional Administrative Court of Campania, Naples, Div. V, 5 June 2019, no. 3041; Regional Administrative Court of Sardinia, Cagliari, Div. I, 4 May 2018, no. 406; Regional Administrative Court of Campania, Salerno, Div. II, 10 October 2018, no. 1406; Regional Administrative Court of Campania, Naples, Div. V, 6 March 2018, no. 1409; Regional Administrative Court of Piedmont, Turin, Div. II, 24 November 2017, no. 1271.

³⁴ Council of State, Div. IV, 11 January 2021, no. 344.

this sector³⁵ and the inadequacy of existing plants and structures. An inadequate (or illegal) waste management has undoubted repercussions on the environment and health. Moreover, the situation described above is worsened by the proliferation of the current pandemic emergency. In fact, on the one hand, the progressive increase in the production of infected (or potentially infected) waste shows the inadequacy of the existing regulatory and plant structure, and, on the other hand, the increase in national and international investment aimed at filling the gaps in the system further exposes the sector to illegal activities.

Hence the necessary application of the precautionary principle in the various phases of the so-called waste cycle, which makes it necessary, in the presence of potential environmental and health hazards, to adopt measures to prevent and control possible risks. This principle thus becomes a rule of administration and management of the danger intrinsic to the individual activity, capable of developing a structured strategy³⁶ of control and prevention of the problem.

In other words, it is necessary to evaluate and (eventually) apply all necessary precautions when, due to uncertainty and incomplete scientific knowledge about the effects of the treatment, storage and disposal of the waste, it is not possible to reasonably determine or exclude in advance the existence of a risk to the environment or health³⁷.

Thus, the public health and the protection of the environment find a sure bulwark in the application of the precautionary principle, to be balanced, however, with other principles, requiring that the precautionary measures adopted are reasonable and proportionate to the risk³⁸. In this way it is possible to find the right balance in order to legitimise interventions where there is a probable risk, and not merely possible or even certain.

However, if we look closely, it is on the higher and more general level of prevention that it is possible to implement an effective protection of health and the environment, through the adoption of policies that, in a precautionary and

³⁵ See the succession of state legislative reforms (Law no. 308/2004; Leg. Dec. no. 152/2006; Leg. Dec. no. 4/2008; Leg. Dec. no. 205/2010; Leg. Dec. no. 121/2011; Leg. Dec. no. 68/2015) and the transposition into national law of the so-called “*Pacchetto rifiuti*” (EU Directive 2018/849; EU Directive 2018/850; EU Directive 2018/851; EU Directive 2018/852).

³⁶ R. FERRARA, *Emergenza e protezione dell’ambiente nella «società del rischio»*, 3358.

³⁷ V. FANTI, *Dimensioni della proporzionalità. Profili ricostruttivi tra attività e processo amministrativo*, 17-18.

³⁸ V. FANTI, *Dimensioni della proporzionalità. Profili ricostruttivi tra attività e processo amministrativo*, 181-182.

preventive manner³⁹, make it possible to limit the production and the subsequent disposal of waste. A higher level of community well-being can only be achieved by intervening upstream of the problem, i.e. by reducing the use of non-reusable material and by intervening indirectly to reduce potentially dangerous activities such as waste incineration and the construction of plants and landfills.

While measures, such as the use of controlled landfills and modern incineration plants, can be considered solutions to minimise the impact of waste on the environment, it is only through the development of a system that can, where possible, recover used materials that action to protect the environment and health can be taken.

The European Union's most recent measures on waste have moved in this direction⁴⁰. In fact, the transition to a circular economy, which had already begun with two communications in 2014 and 2015⁴¹, was concretely achieved through the approval of the so-called "second package on the circular economy"⁴². For its part, the Italian legislator, with Legislative Decree no. 116 of 3 September 2020 – in implementation of Directive (EU) no. 2018/851 – has influenced *funditus* on part IV of Legislative Decree no. 152/2006, with a view to developing a new approach to waste management aimed at increasing the so-called circular economy⁴³.

Therefore, while on the one hand the precautionary principle must be applied to waste management, given the complexity and sensitivity of the material, on the other

³⁹ On the distinction between prevention and precaution, F. DE LEONARDIS, *Principio di prevenzione e novità normative in materia di rifiuti*, 14-42

⁴⁰ F. DE LEONARDIS, *Il diritto dell'economia circolare*, in *riv. quadr. dir. ambiente*, 2020, 1, 62; ID., *Economia circolare: saggio sui suoi tre diversi aspetti giuridici. Verso uno stato circolare?*, in *Dir. amm.*, 2017, 1, 163.

⁴¹ European Commission, Communication of the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, «Towards a circular economy: a zero waste programme for Europe», Brussels, 25.9.2014, COM (2014) 398 final/2; European Commission, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, «Closing the loop - An EU action plan for the Circular Economy», Brussels, 2.12.2015 COM (2015) 614 final.

⁴² Directive (EU) 2018/851 of the European Parliament and of the Council of 30 May 2018 and Directive (EU) 2018/852 of the European Parliament and of the Council of 30 May 2018.

⁴³ A. PIEROBON, *Prime notazioni sul D.Lgs. 116 del 2020 sui rifiuti e sull'economia circolare*, in *AmbienteDiritto.it*, 2020, 4, 553; V. CAVANNA, *Economia verde, efficienza delle risorse ed economia circolare: il rapporto Signals 2014 dell'Agenzia europea dell'ambiente*, in *Riv. giur. ambiente*, 2015, 6; F. DELEONARDIS, *Il futuro del diritto ambientale: il sogno dell'economia circolare*, in F. DE LEONARDIS (edited by), *Studi in tema di economia circolare*, EUM, Macerata, Italy, 2017, 11; R. FERRARA, *Brown economy, green economy, blue economy: l'economia circolare e il diritto dell'ambiente*, in F. DE LEONARDIS (edited by), *Studi in tema di economia circolare*, EUM, Macerata, Italy, 2017, 39.

hand the green revolution is pushing towards an enhancement of the integrated waste cycle, to make it as safe and environmentally sustainable as possible.

In the light of the above, the precautionary principle, which must operate in conjunction with the parameters of reasonableness and proportionality⁴⁴, and circular economy criteria must run in parallel, in order to minimise risk situations and make protection of health and the environment not only potential, but effective.

⁴⁴ R. FERRARA, *Etica, ambiente e diritto: il punto di vista del giurista*, in R. FERRARA and C.E. GALLO (edited by), *Trattato di diritto dell'ambiente - Le politiche ambientali, lo sviluppo sostenibile e il danno*, Giuffrè, Milan, Italy, I, 2014, 28.



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^{©®}

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, Accredimento (AVA); Abilitazione Scientifica Nazionale (ASN). Repertorio del Foro Italiano 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 della Dott. Ssa Piccozzi.