AmbienteDiritto - Editore©

ANNO - XXI

AMBIENTE DIRITTO

All'interno i contributi dei seguenti autori:

Mattia Gasparro, **Emilio Castorina**, **Daniele Porena**, **Massimo Asaro**, **Giovanni Savarese**, **Giancarlo Antonio Ferro**, **Francesco Ferrara**,**Martina Liaci**, **Giuliano Vosa**, **Antonio Scattaglia**, **Pierre De Gioia Carabellese**, **Simone Davini**, **Biagio Spampinato**, **Gian Paolo Dolso**, **Luana Leo**, **Gaetano Labianca**, **Fabio Carchidi**, **Antonio Gusmai**, **Bruno Ballerini**, **Giuseppina Lofaro**, **Luigi Maria Pepe**, **Salvatore Cimini**, **Carlo Bozzi**.

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

ISSN 1974-9562

AMBIENTEDIRITTO – EDITORE©®

ISSN 1974-9562

AMBIENTE DIRITTO

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)

AmbienteDiritto - Editore©

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

***

COMITATO SCIENTIFICO:

Richard Albert *Full Professor in Constitutional Law at University of Texas at Austin;* **Stefano Agosta** *Professore Associato di Diritto Costituzionale (IUS/08) Università degli Studi di Messina;* **Domenico Amirante** *Professore Ordinario di Diritto Pubblico Comparato (IUS/21) Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli;* **Gaetano Armao** *Professore Associato di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi di Palermo;* **Francisco Balaguer Callejón** *Professore Ordinario di Diritto Costituzionale (IUS/08) Università degli Studi di Granada;* **Michele Belletti** *Professore Ordinario di Istituzioni di Diritto Pubblico (IUS/09) Università degli Studi di Bologna; Raffaele Bifulco* **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 Mazzarolli** *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 Universidada de Castilla-la Mancha;* **Stefano Nespor** *Professore a contratto di Diritto Amministrativo (IUS/10) Politecnico di Milano;* **Dante Flàvio Oliveira Passos** *Professor Adjunto de Administracão, Universidade Estadual de Paraìba;* **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) Unibersità 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 Martìnez** *(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 Girotto** *(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 Leccese** *(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).*

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©®

AmbienteDiritto - Editore©

INDICE GENERALE

Rivista Scientifica Giuridica inserita nell'Area 12 della Classe A - ANVUR *1*
È LEGITTIMA LA REVOCA DELL'INCARICO DI DIRETTORE AMMINISTRATIVO AZIENDALE IN MANCANZA DEI REQUISITI SOGGETTIVI RICHIESTI DALLA LEGGE *di Mattia Gasparro* *10*
IL "FEDERALISMO IMPERFETTO DELL'UNIONE EUROPEA" E IL RISPETTO DEI PRINCIPI DELLO STATO DI DIRITTO *di Emilio Castorina* *19*
LA LEGGE ELETTORALE REGIONALE UMBRA: TRA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE E DUBBI DI LEGITTIMITÀ *di Daniele Porena* *31*
LA SUPREMAZIA DELLA PIANIFICAZIONE PAESAGGISTICA *di Massimo Asaro* *45*
LA CARATTERIZZAZIONE E BONIFICA DEI SITI CONTAMINATI ALLA LUCE DEL DECRETO LEGGE 31 MAGGIO 2021, N. 77 *di Giovanni Savarese* *59*
I «MOTIVI INERENTI ALLA GIURISDIZIONE» E IL GIOCO DELLE TRE CORTI *di Giancarlo Antonio Ferro* *75*
IL PATRIMONIO CULTURALE IMMATERIALE *di Francesco Ferrara* *96*
STRATEGIA EUROPEA PER LA PLASTICA E RIFLESSI NORMATIVI E GIURISPRUDENZIALI NELL'ORDINAMENTO ITALIANO *di Martina Liaci* *113*
LA TUTELA DELL'AMBIENTE COSTIERO NELL'ORDINAMENTO DELLA SPAGNA: prime fondamenta meta-normative di un "diritto del litorale"? *di Giuliano Vosa* *150*
INTERAZIONE PORTO-CITTÀ: FRA PIANIFICAZIONE PORTUALE E NOVITÀ LEGISLATIVE *di Antonio Scattaglia* *176*
DERIVATI SOSTENIBILI, "GREEN-WASHING" E TUTELA LEGALE: DALLO "STAKEHOLDER" AL "GREEN STAKEHOLDER" *di Pierre De Gioia Carabellese e Simone Davini* *184*
PER UN PRIMO INQUADRAMENTO TEORICO DELLA DECISIONE AMMINISTRATIVA ALGORITMICA *di Biagio Spampinato* *208*
FOCUS *225*
LA CORTE COSTITUZIONALE DICHIARA ILLEGITTIMA UNA "DISCRIMINAZIONE" IN BASE ALL'ETA' IN MATERIADI "MASI CHIUSI": DECISIONE CONDIVISIBILE
CON QUALCHE DUBBIO SULLO STYLUS IUDICANDI *di Gian Paolo Dolso* *225*
VERSO LA RINASCITA DEL VOLONTARIATO (IN NOME DELLA SOLIDARIETÀ) *di Luana Leo* *243*
LE DISPOSIZIONI A TUTELA DEL PUBBLICO DIPENDENTE CHE SEGNALA ILLECITI (WHISTLEBLOWER) E IL DIFFICILE BILANCIAMENTO CON IL DIRITTO DI ACCESSODEL LAVORATORE INCOLPATO NEL SISTEMA DISCIPLINARE *di Gaetano Labianca* *261*
PERIMETRO DI SICUREZZA NAZIONALE CIBERNETICA, DAL D.L. 105/2019 AI D.P.C.M. N.131/2020 E N. 81/2021: LA SUBLIMAZIONEDELLE CC.DD. INFORMATION AND COMMUNICATION TECHNOLOGIES *di Fabio Carchidi* *295*
EDILIZIA SOSTENIBILE, URBANISTICA PARTECIPATA E (DIS)ORDINE DELLE COMPETENZE COSTITUZIONALI *di Antonio Gusmai* *306*

AmbienteDiritto - Editore©

IL PGRA E IL CONTRATTO DI FIUME DELL'ARNO: STRUMENTI PER UNA "PREVENZIONE CONSAPEVOLE" DELLE ALLUVIONI *di Bruno Ballerini* ***326***
LA DISCIPLINA DEI LIMITI DIMENSIONALI E REDAZIONALI DEGLI ATTI NEL PROCESSO AMMINISTRATIVO TRA CHIAREZZA E SINTETICITÀ *di Giuseppina Lofaro* ***351***
IL DIRITTO DELL'ENERGIA FONDATO SU PRINCIPI. LA TRANSIZIONE ECOLOGICA COME GIUSTIZIA ENERGETICA *di Luigi Maria Pepe* ***397***
L'EVOLUZIONE DEL CODICE DI COMPORTAMENTODEI PUBBLICI DIPENDENTI E L'INCERTA VALENZA DELLE SUE VIOLAZIONI *di Salvatore Cimini e Carlo Bozzi* ... ***427***
Collaborazione con AMBIENTEDIRITTO.IT – Rivista Giuridica ***443***

È LEGITTIMA LA REVOCA DELL'INCARICO DI DIRETTORE AMMINISTRATIVO AZIENDALE IN MANCANZA DEI REQUISITI SOGGETTIVI RICHIESTI DALLA LEGGE

Nota a Corte di Cassazione, Sez. Lav., sentenza del 6 maggio 2021, n. 12030 – Pres. *Tria* – Rel. *Di Paolantonio* – C.F.F. (avv.ti Criscuolo e Veltri) c. Azienda sanitaria provinciale di (omissis). (avv. Crisci).

Mattia Gasparro

Esperienza nel settore sanitario - Art. 3 del D.Lgs. n. 502 del 1992 s.m.i. - Mancanza requisiti soggettivi - Direttore Amministrativo - Azienda sanitaria - Nullità del contratto - Differenze retributive illegittime.

L'art. 3, comma 7, del D.Lgs. n. 502 del 1992, come modificato dal D. Lgs. n. 517 del 1993, richiede, a pena di nullità del contratto, che l'incarico di direttore amministrativo dell'azienda sanitaria venga conferito a soggetto che in precedenza abbia svolto per almeno 5 anni una qualificata attività di direzione tecnica o amministrativa in materia sanitaria. Quindi, all'esito della riformulazione apportata, si desume che il Legislatore, da un lato ha voluto rendere coincidenti le due figure dirigenziali (sanitario e amministrativo) quanto al settore di maturazione dell'esperienza pregressa, dall'altro ha voluto limitare quest'ultima al solo ambito sanitario, imprescindibile non per il solo direttore sanitario, ma anche per quello amministrativo, in relazione al quale la norma è formulata nei medesimi termini letterali. (Massima a cura dell'A.)

ABSTRACT [ITA]: La sentenza annotata tratta la questione giuridica relativa alla sussistenza dei requisitivi soggettivi, previsti dall'art. 3 del D. Lgs. n. 502 del 1992 s.m.i, per la legittimità della qualifica di Direttore amministrativo. Infatti, la normativa disciplinante la figura del Direttore amministrativo ha subito delle modifiche e delle integrazioni, che hanno trovato il loro culmine nella specializzazione dei requisiti richiesti per lo svolgimento di tale ruolo apicale. In particolare, la nota in commento, si concentrerà sull'analisi dell'evoluzione normativa della materia, sull'essenzialità del criterio dell'esperienza sanitaria per la figura del Direttore amministrativo, ai fini della legittimità del contratto stipulato, nonché – infine – sui criteri interpretativi della norma.

ABSTRACT [ENG]: *The sentence comments the juridical question about the subsitence, or not, of the subjectives legal requirements, as stated by the art. 3, D. Lgs. n. 502 of 1992 (as modified by D. Lgs. n. 517 del 1993), for the legitimate qualification of administrative Director. Infact, the normative that discipline the figure of administrative Director had modification and integration, that was completed with the specialization of the requirements to do this top role. Particurally, the sentence will focus about the analysis of the subject's normative evolution, essentiality of the sanitary experience for the administrative Director in order to stipulate a legal contract, and finally about the interpretation of the law.*

SOMMARIO: 1. L'inquadramento giuridico della fattispecie, il D.Lgs. n. 502 del 1992. – **2.** La riformulazione apportata dal D.Lgs. n. 517 del 1993. – **3.** L'imprescindibilità dell'esperienza sanitaria per la figura del Direttore amministrativo. – **4.** L'interpretazione ermeneutica della norma da parte della Cassazione. – **5.** Conclusioni.

1. L'inquadramento giuridico della fattispecie, il D.Lgs n. 502 del 1992.

La possibilità di contrattualizzare un soggetto lavoratore, quale Direttore amministrativo di un'Azienda sanitaria, ricorre solo in presenza di espliciti criteri individuati dall'art. 3, comma 7, del D.Lgs n. 502 del 1992, il quale prevede che: "*il direttore amministrativo è un laureato in discipline giuridiche o economiche che, all'atto del conferimento dell'incarico, non abbia compiuto il sessantacinquesimo anno di età e che abbia svolto per almeno cinque anni una qualificata attività di direzione tecnica o amministrativa in enti o strutture sanitarie pubbliche o private di media o grande dimensione. Il direttore amministrativo dirige i servizi amministrativi dell'unità sanitaria locale. Nelle aziende ospedaliere, nelle aziende ospedaliero-universitarie di cui all'articolo 2 del decreto legislativo 21 dicembre 1999, n. 517, e negli istituti di ricovero e cura a carattere scientifico pubblici, costituiti da un unico presidio, le funzioni e i compiti del direttore sanitario di cui al presente articolo e del dirigente medico di cui all'articolo 4, comma 9, del presidio ospedaliero sono svolti da un unico soggetto avente i requisiti di legge. Sono soppresse le figure del coordinatore amministrativo, del coordinatore sanitario e del sovrintendente sanitario, nonché l'ufficio di direzione*"[1].

La sentenza in commento, quindi, allineandosi con la Corte territoriale, afferma l'obbligatorietà dei requisiti soggettivi previsti dal D.Lgs. n. 502 del 1992 e s.m.i. per la figura del Direttore amministrativo[2].

Partendo da tale principio normativo, la recente pronuncia della Corte di legittimità, conferma e aggiorna quanto statuito dalla stessa Suprema Corte già nel 2005. Invero, la Giurisprudenza di legittimità ha, ormai da tempo, sposato, la teoria della scissione fra norme di validità e norme di comportamento[3],

[1] Questo comma è stato sostituito dall'art. 4, comma 1, lett. e), D.Lgs. 7 dicembre 1993, n. 517, modificato dall'art. 2, comma 1-quinquies, D.L. 18 novembre 1996, n. 583, convertito, con modificazioni, dalla L. 17 gennaio 1997, n. 4 e dall'art. 3, comma 2, D.Lgs. 19 giugno 1999, n. 229. Successivamente, il presente comma è stato così modificato dall'art. 15, comma 13, lett. f-bis), D.L. 6 luglio 2012, n. 95, convertito, con modificazioni, dalla L. 7 agosto 2012, n. 135, e dall'art. 45, comma 1-quater, D.L. 26 ottobre 2019, n. 124, convertito, con modificazioni, dalla L. 19 dicembre 2019, n. 157

[2] In questo senso, in dottrina, cfr., . MAPELLI, *Il sistema sanitario italiano*, *Il Mulino*, Bologna,1999 e V. RAFTI, *Il processo di aziendalizzazione della sanità attraverso le riforme*, in *Sanità pubblica*, 1999, n. 2.

[3] Detta teoria è stata elaborata al fine di scongiurare le incertezze applicative che potrebbero determinarsi ricorrendo al principio di buona fede (o ad altre clausole generali) nelle valutazioni concernenti la validità del contratto: quando una disposizione impone alcuni schemi di contegno dai contorni non chiaramente definiti, la valutazione della conformità della condotta delle parti alla fattispecie normativa è in gran parte rimessa al

secondo cui il regime sanzionatorio *ex* art. 1418, 1° comma, c.c. si limiterebbe a disciplinare il contrasto tra contratto e norma imperativa, sanzionando con la nullità il regolamento autonomo disapprovato dalla norma, e non interessandosi, invece, del comportamento assunto dalle parti in occasione della conclusione o dell'esecuzione del contratto.

Questo orientamento è stato perfettamente ripreso nella citata sentenza del 2005, la quale ha sancito la nullità del contratto di lavoro stipulato dal Direttore generale di un'Azienda sanitaria locale con un soggetto destinato ad assumere le funzioni di Direttore amministrativo, ma privo dei requisiti necessari di specifica esperienza professionale stabiliti dalla legge, statuendo che, nella fattispecie, la norma "*(...) nella sua rigidità, ha la finalità di assicurare alla fondamentale struttura sanitaria pubblica dirigenti di vertice di comprovata esperienza e capacità e, d'altra parte, attesa l'amplissima discrezionalità attribuita al direttore generale nella individuazione dei suoi collaboratori e il ricorso allo strumento privatistico del rapporto contrattuale, solo la sanzione della nullità può ritenersi idonea ad assicurare effettività alla prescrizione legale*"[4].

Dunque, la sentenza annotata già nella prima parte descrittiva delle ragioni delle decisioni statuisce che la disposizione normativa, come prevista dal 1992, "*persegue la finalità di assicurare alla struttura sanitaria pubblica dirigenti di vertice di comprovata esperienza e capacità e, pertanto, solo la sanzione della nullità può essere ritenuta idonea ad assicurare effettività alla prescrizione legale*".

Il principio enunciato nel ragionamento della Corte si rileva nella sua essenzialità, in quanto si armonizza con l'orientamento, più generale, formatosi in tema di nullità virtuale, ravvisata dalle Sezioni Unite della stessa Corte a fronte di norme inderogabili che in assoluto, oppure in presenza o in difetto di determinate condizioni oggettive o soggettive, direttamente o indirettamente, vietano la stipulazione stessa del contratto[5].

---

giudice, alla valutazione delle circostanze concrete. Per una analitica disamina di detta impostazione dottrinale cfr. L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1989, 9; G. D'AMICO, *La responsabilità precontrattuale*, in *Trattato del contratto*, V. ROPPO (diretto da), Milano, 2006, 1001, secondo cui "*le regole di validità attengono (...) alla fattispecie del contratto (...) le regole di comportamento (o di buona fede) sono dirette invece ad assicurare la correttezza e la "moralità" delle contrattazioni (...) sono regole "elastiche" perché risultanti dalla "concretizzazione" (giudiziale) di una "clausola generale")*.

[4] Cfr., Cass. Sez. lav., sentenza n. 16281 del 3 agosto 2005, in *Foro It.*, 2006, 6, 1, 1814

[5] S. PAGLIANTINI, Una nullità virtuale di protezione? A proposito degli artt. 28 e 34 del c.d. "Cresci Italia", in Oss. Dir. Civ. Comm., 2012, 76-81. Critico rispetto a tale impostazione è V. ROPPO, La nullità virtuale dopo la sentenza Rordorf, in Danno e Resp., 2008, 536, secondo cui l'attuazione del criterio comporterebbe

Al termine di questo *iter* argomentativo, la Corte "*ha ritenuto assorbente rispetto ad ogni altro profilo l'assenza del requisito richiesto dal D.Lgs. n. 502 del 1992, art. 3, comma 7, dalla quale ha fatto discendere la nullità del contratto stipulato dalle parti*".

2. La riformulazione apportata dal D.Lgs. n. 517 del 1993.

I requisiti previsti per il profilo di Direttore amministrativo sono stati successivamente aggiornati. La normativa originaria prevedeva, invero, che il Direttore amministrativo, oltre a possedere un titolo di laurea in discipline giuridiche o economiche e non aver compiuto 65 anni, nel contempo avesse maturato almeno cinque anni di esperienza in una qualificata attività di direzione tecnica o amministrativa in Enti o Strutture, pubbliche o private, di media o grande dimensione.

La disposizione testè menzionata è stata successivamente modificata dal D.Lgs. n. 517 del 1993, art. 4, comma 1, lett. e). I profili giuridici contenuti nella prefata normativa sono stati evidenziati dalla sentenza in commento, la quale ha rilevato, quanto alla natura degli enti e delle strutture in precedenza diretti, che "*si è utilizzata per entrambe le dirigenze la medesima dizione ed è stata richiesta, per il direttore sanitario, la «direzione tecnico-sanitaria» e per quello amministrativo la «direzione tecnica o amministrativa» ma sempre in «enti o strutture sanitarie pubbliche o private di media o grande dimensione»*".

La Corte di legittimità, dunque, riprende la differenziazione apportata dal successivo decreto legislativo, ove ha introdotto la specificità della prestazione effettuata dal direttore amministrativo, che, ai fini della maturazione dell'esperienza quinquennale, deve essere - necessariamente - espletata in Strutture sanitarie e non più, come prima, in qualsiasi Ente pubblico o privato.

---

l'assorbimento della nullità virtuale nella categoria delle nullità strutturali, riducendosi inevitabilmente la disposizione di cui al comma 1 dell'art. 1418 c.c. a lettera morta: non potendo mai derivare la nullità dalla violazione di un obbligo comportamentale, la nullità virtuale interverrà solo per vizio di un requisito comunque strutturale, col risultato che il comma 1 dell'art. 1418 risulterà applicabile esclusivamente negli stessi casi in cui troverà (già) applicazione il comma 2 dello stesso articolo.

La caratteristica dell'esperienza sanitaria diventa condizione necessaria per la carica di Direttore amministrativo, le cui funzioni prevedono la direzione e conseguente responsabilità delle Aziende Sanitarie Locali[6].

Sicchè, le modifiche apportate dal D.Lgs. n. 517 del 1993, hanno posto in rilievo, da un lato, una coincidenza delle due figure (sanitario e amministrativo), dall'altro la necessità di una maggiore e qualificata esperienza del Direttore amministrativo esclusivamente negli Enti sanitari.

3. L'imprescindibilità dell'esperienza sanitaria per la figura del Direttore amministrativo.

Il Direttore amministrativo è una figura di essenziale importanza all'interno dell'Azienda sanitaria. Tuttavia, alcune volte e in maniera erronea, si equipara il suo ruolo a quello del Direttore sanitario. Infatti, il Direttore amministrativo e il Direttore sanitario sono entrambi nominati dal Direttore generale, coadiuvandolo nell'espletamento delle sue funzioni e, in caso di vacanza, svolgendole su delega di quest'ultimo[7]. Essi, tutti insieme, rappresentano la cosiddetta direzione strategica[8] e il loro rapporto di lavoro, in quanto autonomo (*ex*. art. 2222 c.c.), è regolato da un contratto di diritto privato[9] .

Anche la sentenza annotata riprende questo "confronto" tra le due figure apicali rapportandolo alla normativa regolatoria, concentrandosi – maggiormente – sulla novità introdotta dal decreto del 1993. Infatti, il D.Lgs. n. 517 del 1993, come accennato nella parte conclusiva del paragrafo precedente, ha reso più specifica l'attività quinquennale che il Direttore amministrativo è chiamato a svolgere, circoscrivendola alle sole Strutture sanitarie in termini letterali identici rispetto a quelli utilizzati per il Direttore sanitario.

Diventa, quindi, essenziale per ricoprire il ruolo di Direttore amministrativo Aziendale l'esperienza maturata in ambito sanitario.

---

[6] Cfr., Cass. n. 7303 del 2020, la quale, seppur in tema trattamenti economici tra Direttore amministrativo e sanitario, specifica le mansioni del primo.

[7] E. APONTE, *Il Direttore generale delle ASL: disciplina e commenti della Giurisprudenza*, in *Lavoro nella Giurisprudenza*, 2000, fasc. 8, p. 726.

[8] N. GASPARRO, *Diritto sanitario*, in *Sole 24 ore*, 2009, p. 122.

[9] Cfr., Cass. n. 16519 del 2004.

D'altronde, non potrebbe essere diversamente data l'importanza e la specificità del compito, finalizzato alla gestione amministrativa di Aziende sanitarie (bilanci, appalti di attrezzature sanitarie, gestione multidisciplinare delle risorse umane, ecc…)[10].

In questo senso si pone la disposizione citata, che ha come finalità quella di assicurare alla fondamentale Struttura sanitaria pubblica una dirigenza apicale dotata di qualificata esperienza e capacità[11].

Per concludere, la norma definisce il Direttore amministrativo quale vertice di tutti i servizi amministrativi dell'Azienda sanitaria locale e ne attribuisce la relativa responsabilità.

Ovviamente, l'output finale dell'Azienda è l'erogazione dei servizi e delle prestazioni sanitarie, per cui il background professionale degli apicali deve essere adeguato ad una concreta esperienza in ambito sanitario, stante la delicatezza e l'importanza dell'interesse in gioco, cioè la tutela della salute.

4. L'interpretazione ermeneutica della norma da parte della Cassazione.

Il tema della necessaria esperienza del Direttore amministrativo all'interno di Enti o Strutture sanitarie, è stato ulteriormente approfondito dalla sentenza annotata anche in correlazione all'aggettivo "sanitarie", individuando la corretta interpretazione della normativa, in risposta alla tesi del ricorrente, il quale sosteneva che l'aggettivo "sanitario" si riferisse ai soli Enti e non anche alle Strutture.

Sul punto, la Corte si è espressa affermando: "*la medesima espressione «enti o strutture sanitarie pubbliche o private di media o grande dimensione» è utilizzata per il direttore amministrativo e per quello sanitario, non è pensabile che alla stessa possa essere attribuito un significato diverso a seconda della natura della dirigenza che viene in rilievo, sicché la limitazione al campo sanitario dell'esperienza pregressa va affermata in entrambi i casi, a fronte di testi sovrapponibili dal punto di vista letterale*".

[10] T. LAVALLE, *Management sanitario e gestione delle risorse umane*, *Carrocci faber*, Roma, 2018.
[11] R. GIORGETTI, *Legislazione ed organizzazione del servizio sanitario nazionale*, *Maggioli editore*, Santarcangelo di Romagna, 2007, p. 139.

Ancora, la Corte di legittimità continua la propria tesi, sostenendo che l'esegesi riformulata trova riscontro anche nei successivi interventi normativi, quali – ad esempio – i D.L. n. 320 del 1995, D.L. n. 411 del 1995, D.L. n. 511 del 1995, D.L. n. 36 del 1996, D.L. n. 178 del 1996, D.L. n. 299 del 1996, D.L. n. 377 del 1996 e D.L. n. 478 del 1996, che cercarono di modificare la normativa, ma senza successo in quanto mai convertiti in Legge. D'altronde, lo stesso Legislatore, con le modifiche al comma 7 introdotte dal D.L. n. 583 del 1996, art. 2, comma 1 *quinques*, dal D.Lgs. n. 229 del 1999, art. 3, comma 2, dal D.L. n. 95 del 2012, art. 15, comma 13, lett. f-*bis*, e, da ultimo dal D.L. n. 124 del 2019, art. 45, comma 1-*quater*, convertito dalla L. n. 157 del 2019 ha sempre lasciato immutato il riferimento agli "*enti o strutture sanitarie pubbliche o private di media o grande dimensione*".

Ordunque, la teoria prospettata dalla Corte di Cassazione supera l'*empasse* interpretativa, richiamando il principio ermeneutico quale strumento risolutivo. Infatti, nel caso di specie, come sostenuto nella sentenza in nota, la regola grammaticale, richiamata dal ricorrente, che impone di concordare al maschile plurale l'aggettivo, ai fini di riferirlo a due soggetti di genere diverso, non comporta una netta equivocità interpretativa della norma.

Tuttavia, anche ove si parlasse di "equivoca interpretazione", quest'ultima sarebbe superabile confrontando il nuovo testo con quello precedente.

5. Conclusioni.

La disciplina della dirigenza pubblica in materia sanitaria costituisce un modello derogatorio rispetto alle generali previsioni dettate dal D. Lgs. n. 165 del 2001.

Il rapporto di specialità[12] della disciplina trattata, delineato chiaramente dall'art. 15, comma 2, del d. lgs. 502/1992 recante "*Riordino della disciplina in materia sanitaria*", è stato messo in evidenza dalle Sezioni Unite, nella sentenza n. 4241/1998, laddove queste hanno chiarito l'autonomia delle figure dirigenziali rispetto alla normativa concernente la riforma del pubblico impiego[13].

[12] G. CILIONE, *Diritto Sanitario*, *Maggioli editore*, Rimini, 2019.
[13] F.R. MONACO, *Il nuovo servizio sanitario nazionale*, *Maggioli editore*, Santarcangelo di Romagna, 2000.

Il criterio di specialità applicato risiede, maggiormente, nella considerazione che i dirigenti agiscono nel terreno dei diritti sociali costituzionalmente garantiti, i quali necessitano di azioni positive da parte dei poteri pubblici per la loro realizzazione.

L'esigenza di garantire un'azione amministrativa efficace ed efficiente, anzitutto per salvaguardare i livelli essenziali di assistenza sanitaria (L.E.A.), deve misurarsi però con la necessità di contenere il disavanzo della spesa pubblica e raggiungere l'equilibrio economico delle singole Aziende, profilo quest'ultimo acclarato nella stessa Carta costituzionale.

Alla luce di siffatte argomentazioni, al Direttore amministrativo vengono richieste elevate capacità manageriali, che contemperino il bisogno di assicurare fondamentali obiettivi, per la soddisfazione di esigenze primarie e costituzionalmente garantite quanto meno nel loro nucleo irriducibile, con l'altrettanto fondamentale occorrenza di assicurare il rispetto dei vincoli di bilancio, a livello nazionale ed europeo, e di contenere la spesa pubblica.

Le predette funzioni costituiscono sia obbligazioni di risultato, dovendo esse garantire il raggiungimento degli obiettivi primari stabiliti dal Piano Sanitario (nazionale, regionale ed aziendale), sia obbligazioni di mezzi, poiché il perseguimento di tali finalità deve essere attuato attraverso una sapiente gestione delle risorse e un'efficiente organizzazione dell'apparato amministrativo.

È per tali motivi che i requisiti indicati dal D. Lgs. n. 502 del 1992 s.m.i, prevedono l'obbligo per il Direttore amministrativo di acquisire un'esperienza quinquennale esclusivamente in Enti o Strutture sanitarie, pubbliche o private.

Una diversa interpretazione della normativa, infatti, non solo sarebbe illegittima, ma – inoltre – farebbe crollare le fondamenta che, già con assoluta fatica, il Legislatore ha costruito negli anni, lasciando, evidentemente, l'Azienda sanitaria in balìa di soggetti apicali non specializzati in materia di sanità.

IL "FEDERALISMO IMPERFETTO DELL'UNIONE EUROPEA" E IL RISPETTO DEI PRINCIPI DELLO STATO DI DIRITTO

Emilio Castorina**

ABSTRACT [ITA]: Il "caso Haider" non ebbe né l'effetto di esercitare una accelerazione sulla strada della federalizzazione dell'Unione europea, né di provocare un convinto allineamento degli Stati membri sotto l'egida di tradizioni costituzionali asseritamente comuni e condivise. L'allargamento all'est europeo, com'è noto, ha ulteriormente aggravato le violazioni, entro i confini dell'Unione, dei principi dello Stato di diritto, senza mai dare luogo all'applicazione del procedimento regolato all'art. 7 TUE.
Appare insoddisfacente la soluzione adottata dal Regolamento (UE, Euratom) 2020/2092 del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 dicembre 2020. Tale strumento, la cui base riposa sull'art. 322, paragrafo 1, lett. a) del TFUE, integra – mediante regole finanziarie in tema di esecuzione del bilancio dell'Unione – le vigenti procedure di infrazione e quella di cui all'art. 7 TUE, aggiungendo uno specifico meccanismo volto a proteggere il bilancio da violazioni dei principi dello Stato di diritto da parte degli Stati membri, che ne possono compromettere la sana gestione o che incidono sulla tutela degli interessi finanziari dell'Unione. Infatti, una visione "dal punto di vista dell'Unione" circa i principi comuni cui si dichiarano fedeli gli Stati membri è possibile solo se si invera un ordinamento monista e federativo, che possa, attraverso i propri organi, far valere non semplicemente un "primato" ma una vera e propria "clausola di supremazia", dalla quale consegua l'invalidità degli atti statali incompatibili, appunto, rispetto alla "visione" che dei principi dello Stato di diritto discende direttamente da una Costituzione dell'Unione europea.

ABSTRACT [ENG]: *The "Haider case" had the effect neither of accelerating the path towards federalization of the European Union, nor of leading the member States to fully embrace all together the alleged common and shared constitutional traditions. The enlargement to Eastern Europe, as it is known, has further aggravated the violations, within the borders of the Union, of the principles of the rule of law, without ever giving rise to the application of the procedure governed by art. 7 TEU.*
The solution adopted by Regulation (EU, Euratom) 2020/2092 of the European Parliament and of the Council of 16 December 2020 appears unsatisfactory. This instrument, whose basis rests on art. 322, paragraph 1, lett. a) of the TFEU, integrates - through financial rules on the implementation of the EU budget - the current infringement procedure, as well as the one referred to in art. 7 TEU, adding a specific mechanism aimed at protecting the budget from violations of the principles of the rule of law by the Member States, which may compromise the Union's sound management or

* Professore ordinario di Diritto costituzionale nell'Università degli Studi di Catania.

affect the protection of its financial interests. In fact, a vision "from the point of view of the Union" about the common principles to which the Member States declare themselves to faithfully abide is legally legit only if a monist and federative system is implemented, whose bodies would be able to enforce not only "primary" clauses, but actual a real "supremacy" ones, resulting in the invalidity of state acts factually incompatible with the "philosophy" that the principles of the rule of law derive directly from a Constitution of the European Union.

SOMMARIO: 1. Premessa. – **2.** La logica internazionalistica del procedimento previsto all'art. 7 Trattato sull'Unione europea. – **3.** *Segue*: la incompiuta federalizzazione. – **4.** Il Regolamento (UE, Euratom) 2020/2092e le impugnazioni di Ungheria e Polonia. – **5.** Dal "primato" alla "clausola di supremazia" dell'ordinamento europeo: una strada ancora aperta.

1. Premessa.

È trascorso più di un ventennio da quando la Risoluzione del Parlamento europeo del 3 febbraio 2000, alla luce dei risultati delle elezioni legislative in Austria, stigmatizzava la proposta di formazione di un governo di coalizione tra l'*ÖVP* (Partito Popolare Austriaco) e l'*FPÖ* (Partito della Libertà Austriaco), rammentando i contenuti della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e, in particolare, i principi di libertà, democrazia e rispetto dei diritti dell'uomo «quali fondamenti di un'Europa moderna, democratica, aperta e tollerante», come prescriveva l'art. 6, par. 1, (ex articolo F) del Trattato sull'Unione europea[1].

Insistendo sulla promozione e difesa dei valori comuni europei, pur riconoscendo l'integrità dei diritti democratici e delle prerogative costituzionali del popolo e dello Stato austriaci, la determinazione suddetta richiamò pressantemente l'attenzione degli Stati membri sulla «gravosa responsabilità politica di assicurare che qualunque governo (…) rispetti lo spirito e la lettera dei principi fondamentali del Trattato». Da qui la condanna di ogni dichiarazione offensiva, xenofoba e razzista e la raccomandazione che si vigilasse attentamente sul rispetto dei valori su cui procedeva l'integrazione comunitaria, con invito al Consiglio e alla Commissione di avviare, eventualmente, lo strumento regolato all'art. 7 del medesimo Trattato, in base al quale uno Stato membro può essere sospeso dall'esercizio dei diritti derivanti dalla sua appartenenza all'organizzazione sovranazionale in caso di violazioni gravi e persistenti dei principi sopra indicati.

Si trattava della primissima presa di coscienza delle istituzioni europee nei confronti di una, invero per nulla ancora sopita, dicotomia – come ebbe a segnalare il Presidente della Commissione Barroso – tra il "potere leggero" della persuasione politica e la "opzione nucleare" del ricorso al procedimento introdotto dal Trattato di Amsterdam, che, com'è noto, era entrato in vigore qualche mese prima che si aprisse il caso Haider e, comunque, sottoscritto in vista dell'ulteriore allargamento dell'Unione[2].

[1] "L'Unione si fonda sui principi di libertà, democrazia, rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dello stato di diritto, principi che sono comuni agli Stati membri", art. 6.1. Trattato sull'Unione europea (versione consolidata 1997).
[2] José Barroso, Presidente della Commissione europea, Discorso 2012 sullo stato dell'Unione - Sessione plenaria del Parlamento europeo, Strasburgo 12 settembre 2012.

2. La logica internazionalistica del procedimento previsto all'art. 7 Trattato sull'Unione europea.

Riflettendo "a caldo" su quegli eventi, Pietro Ciarlo osservava che il monito proveniente dalla istituzione parlamentare, al pari del precedente mosso dalla Commissione, equivaleva sostanzialmente a una sorta di «*wait and see*», la cui ragione fondamentale dipendeva dal fatto che i Trattati non attribuivano all'Unione «alcun potere di intervento a questo stadio della vicenda»[3], quando, per altro, si aveva solo ragione di temere il rischio, generico e potenziale, della partecipazione al governo di uno Stato membro di un partito (quale era il *FPÖ*) di matrice nazionalista e populista.

Non essendosi, infatti, concretizzati, nelle dichiarazioni politiche di Haider e del suo partito, i presupposti del procedimento regolato all'art. 7, che (ancora) sanziona soltanto violazioni gravi e persistenti dei principi fondanti dell'Unione, la disciplina in parola, come osservò Ciarlo, si rivelava sufficiente «soprattutto tenendo conto che l'allargamento dell'Unione coinvolgerà Stati di cultura politica sensibilmente diversa e spesso da poco giunti alla democrazia, cioè all'effettività di quei valori che l'Unione stessa pone a proprio fondamento»[4]. Rispetto all'ampliamento dei confini e al conseguimento di una sempre più stretta integrazione europea, uno strumento di stampo prettamente internazionalistico a presidio dei valori sovranazionali, quale è il procedimento sanzionatorio sopra richiamato, si palesava, infatti, sempre meno in linea con una caratterizzazione «in senso monistico» dell'ordinamento europeo: se, in definitiva, a fronte di gravi e persistenti violazioni si può unicamente rispondere con la limitazione del diritto di voto, «in pratica si è giunti alla denunzia del patto associativo». Certamente, le violazioni non possono essere tollerate, ma allo stesso tempo era difficile ipotizzare che «uno Stato accetti di divenire suddito degli altri in quanto privato in tutto o in parte del diritto di voto»[5].

E, dunque, ad avviso di Ciarlo, nella prospettiva di «un ordinamento di stampo monistico è necessaria una maggiore articolazione degli strumenti atti a dirimere i conflitti» o, per meglio dire, «a ridurre pacificamente i conflitti», evitando che essi giungano a rivelarsi gravi e persistenti: i citati artt. 6 e 7 del Trattato «sono inadatti al

[3] P. CIARLO, *Il caso Haider e il federalismo imperfetto dell'Unione europea*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2000, n. 1, 205.
[4] P. CIARLO, *Il caso Haider e il federalismo imperfetto dell'Unione europea*, cit.
[5] P. CIARLO, *Il caso Haider e il federalismo imperfetto dell'Unione europea*, cit.

perseguimento di questa strategia, perché essi possono intervenire solo quando il conflitto è ormai così estremo da prefigurare una secessione» e, pertanto, essi sono espressione di «una logica ancora tutta internazionalistica e dualistica», poiché senza il consenso il patto viene meno[6].

Secondo Pietro Ciarlo, in definitiva, una più stretta integrazione avrebbe ben autorizzato «una qualche forma di controllo dell'Unione stessa sulla legalità costituzionale degli atti dei singoli Stati» partendo proprio «da un punto di vista europeo»: ma per far ciò sarebbe stato necessario imboccare la strada «della piena federalizzazione dell'Unione»[7].

3. Segue: la incompiuta federalizzazione.

Il "caso Haider" non ebbe né l'effetto di esercitare, come auspicava invece l'Illustre Maestro, una decisa accelerazione sulla strada della federalizzazione dell'Unione europea, né di provocare un convinto allineamento degli Stati membri sotto l'egida di tradizioni costituzionali asseritamente comuni e condivise[8]. L'allargamento all'est europeo, com'è noto, ha ulteriormente aggravato le torsioni, entro i confini dell'Unione, dei principi dello Stato di diritto, senza mai dar luogo all'applicazione della previsione inter-statale: il procedimento ancor oggi scandito all'art. 7 TUE rappresenta l'unico strumento che potrebbe determinare la privazione di diritti derivanti dall'applicazione dei Trattati, poiché coinvolge aspetti di "sovranità non condivisa" e, come tali, rimessi alla esclusiva disponibilità del Consiglio europeo con deliberazione unanime dei Capi di Stato e di governo[9].

Tale procedimento, tuttavia, ha deluso le aspettative, anche per via della oggettiva difficolta` di raggiungere l'unanimità in seno al Consiglio europeo e ciò ne ha rivelato la inidoneità allo scopo; la Commissione europea è sin qui intervenuta con raccomandazioni ai Governi e, più di recente, mediante il c.d. meccanismo europeo per lo Stato di diritto, con cui intende "monitorare" – mediante scambio reciproco di

[6] P. CIARLO, *Il caso Haider e il federalismo imperfetto dell'Unione europea*, cit.
[7] P. CIARLO, *Il caso Haider e il federalismo imperfetto dell'Unione europea*, cit., 207.
[8] In dottrina, B. CARAVITA, *Quanta Europa c'è in Europa*?, Torino, 2015, 15 ss.
[9] Sul punto, sia consentito rinviare a 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 *www.federalismi.it*, 21 ottobre 2020, 59.

informazioni e un metodo dialogico cui fa seguito una relazione annuale – la scarsa indipendenza dei procedimenti giudiziari, l'indebolimento delle Corti costituzionali, il crescente ricorso a ordinanze esecutive o i ripetuti attacchi di un organo dello Stato nei confronti di un altro, in un quadro, più in generale, in cui corruzione ad alto livello e abuso d'ufficio sono legati a «situazioni in cui il potere politico cerca di prevalere sullo Stato di diritto, mentre i tentativi di ridurre il pluralismo e di indebolire funzioni di controllo fondamentali come la società civile e i media indipendenti sono segnali di allarme delle minacce allo Stato di diritto»[10].

L'istituto disciplinato all'art. 7 TUE, non a caso, è stato sottoposto a più di un rilievo sul piano della effettiva idoneità a salvaguardare efficacemente la buona *governance* istituzionale nelle vicende domestiche degli Stati membri, tanto da farne prospettare varie ipotesi di revisione, consistenti o nella riduzione del quorum deliberativo in seno al Consiglio europeo in luogo dell'attuale unanimità, o nel senso di investire esclusivamente la Corte di giustizia della competenza al riguardo o di istituire una sorta di *Copenhagen Commission*, dotata di una limitata serie di *smart sanctions*, ovvero trasferendo a livello di diritto primario dell'Unione la prassi sin qui maturata, secondo cui la Commissione, prima di formulare una proposta di constatazione di gravi violazioni, invia richiesta di chiarimenti allo Stato membro interessato anche al fine di meglio motivare la proposta da indirizzare al Consiglio e, nei limiti del possibile, per far sì di arginare, già in fase embrionale, pericolose derive dal rispetto dei valori europei[11].

Il punto di vista espresso dal Maestro partenopeo appare, ancor oggi, estremamente attuale, allorché si intenda rimarcare che un controllo diretto, per così dire "dal punto di vista europeo", da parte delle istituzioni sovranazionali sull'applicazione dei principi dello Stato di diritto all'interno degli Stati membri presupponga una compiuta federalizzazione dell'Unione, così che ben precise regole di rango costituzionale possano essere fatte valere in un contesto di effettiva "superiorità" rispetto alle Costituzioni degli Stati membri. Uno strumento di stampo prettamente internazionalistico, come quello ancora previsto dal Trattato di Lisbona, non si attaglia a una caratterizzazione, appunto, «in senso monistico»

[10] Comunicazione Comm. eur. COM(2019) 343 *final*, p. 2, del 17 luglio 2019. In argomento e per un ampio e circostanziato quadro d'insieme, I. SPADARO, *La crisi dello Stato di diritto in Ungheria, Polonia e Romania ed i possibili rimedi a livello europeo*, in *www.federalismi.it*, 2 giugno 2021.

[11] Al riguardo, sia consentito rinviare ancora a E. CASTORINA, *Stato di diritto e "condizionalità economica"*,cit., 54.

dell'ordinamento europeo, ma allo stato dell'integrazione esso rappresenta l'unica modalità tuttora compatibile con le "sovranità condivise", onde ottenere il rispetto del nucleo duro degli accordi pattizi ed evitare distorsioni sul piano degli assetti istituzionali.

4. Il Regolamento (UE, Euratom) 2020/2092 e le impugnazioni di Ungheria e Polonia.

Sulla base di queste premesse, appare insoddisfacente la soluzione adottata con l'approvazione del Regolamento (UE, Euratom) 2020/2092 del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 dicembre 2020, relativo a un regime generale di condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione.

Tale strumento, la cui base riposa sull'art. 322, paragrafo 1, lett. a) del TFUE (applicabile alla Comunità europea dell'energia atomica giusta l'art. 106-bis del medesimo), come viene sottolineato al punto 14) del "considerando", integra – mediante regole finanziarie in tema di esecuzione del bilancio dell'Unione – le vigenti procedure di infrazione e quella di cui all'art. 7 TUE, aggiungendo uno specifico meccanismo volto a proteggere il bilancio da violazioni dei principi dello Stato di diritto, da parte degli Stati membri, che ne possono compromettere la sana gestione o che incidono sulla tutela degli interessi finanziari dell'Unione.

A questo scopo, il Regolamento affida alla Commissione il compito di individuare le violazioni ai principi dello Stato di diritto mediante una valutazione – come avverte il successivo punto 16) – che, qualitativamente approfondita, «dovrebbe essere oggettiva, imparziale ed equa e dovrebbe tenere conto delle pertinenti informazioni provenienti dalle fonti disponibili e da enti riconosciuti, comprese le sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea, le relazioni della Corte dei conti, la relazione sullo Stato di diritto e il quadro di valutazione UE della giustizia elaborati annualmente dalla Commissione, le relazioni dell'Ufficio europeo per la lotta antifrode (OLAF) e della Procura europea (EPPO), se del caso, e le conclusioni e raccomandazioni delle organizzazioni e reti internazionali pertinenti, compresi gli organi del Consiglio d'Europa come il gruppo di Stati contro la corruzione (GRECO) del Consiglio d'Europa e la Commissione di Venezia, in particolare il suo elenco di

criteri per la valutazione dello Stato di diritto, e le reti europee delle Corti supreme e dei Consigli di giustizia».

Le violazioni ai principi dello Stato di diritto che non consentano una salvaguardia efficace del bilancio dell'Unione potranno essere sanzionate – tenendo presente il principio di proporzionalità e il potenziale impatto sui destinatari finali e sui beneficiari – con misure che comprendono la sospensione dei pagamenti, degli impegni e dell'erogazione dei versamenti o il rimborso anticipato dei prestiti, la riduzione dei finanziamenti nell'ambito degli impegni esistenti e il divieto di assumere nuovi impegni con i destinatari o concludere nuovi accordi su prestiti o altri strumenti garantiti dal bilancio europeo. Sul piano procedimentale [12], la Commissione, qualora ritenga che siano soddisfatte le condizioni per l'adozione di dette misure, presenta al Consiglio una proposta per l'adozione di esse. Il Consiglio provvede in merito alla proposta della Commissione mediante una decisione di esecuzione entro il termine di un mese, che può essere eccezionalmente prorogato al massimo di altri due mesi. Comminate eventuali misure, la Commissione monitora periodicamente la situazione nello Stato membro interessato e la riesamina nel momento in cui lo Stato membro adotta provvedimenti correttivi o in ogni caso al più tardi un anno dall'adozione delle misure e il Consiglio, sempre proposta della Commissione, revoca le misure che hanno un effetto sospensivo qualora alla situazione che le giustificava siano stato posti adeguati rimedi: il tutto nel rispetto dei principi di obiettività, non discriminazione e parità di trattamento degli Stati membri e secondo un approccio imparziale, basato su elementi di prova (punto 26), tenendo comunque costantemente informato il Parlamento europeo. In base all'art. 6.11 del Regolamento, il Consiglio, a maggioranza qualificata, può modificare la proposta della Commissione e adottare il testo modificato sempre mediante una decisione di esecuzione.

Ungheria e Polonia hanno impugnato innanzi alla Corte di giustizia il Regolamento da ultimo intervenuto, chiedendone l'annullamento con altrettanti ricorsi aventi il medesimo sostanziale tenore[13].

[12] Cfr. i punti 21) e ss. del "considerando" e l'art. 6 del Regolamento 2020/2092.

[13] Ricorso 11 marzo 2021 - Ungheria/Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea (Causa C-156/21); Ricorso 11 marzo 2021 - Repubblica di Polonia/Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea (Causa C-157/21).

I due Stati membri lamentano, in sintesi, l'inadeguatezza della base giuridica sulla quale è intervenuto l'atto regolamentare, osservando che l'art. 322, par. 1, lettera a), TFUE, consente al legislatore dell'Unione di adottare regole finanziarie relative all'esecuzione del bilancio dell'Unione, ma il suddetto Regolamento non conterrebbe disposizioni effettivamente di questo tipo. Osservano, inoltre, che il procedimento così stabilito costituisce un'applicazione, relativa a una fattispecie specifica, del meccanismo regolato all'art. 7 TUE, ma la introduzione di un "procedimento parallelo" da parte dell'impugnato Regolamento eluderebbe, tuttavia, la disposizione pattizia. Allo stesso tempo, il procedimento ivi scandito sarebbe in contrasto con la ripartizione delle competenze definita all'art. 4, par. 1, TUE, così come con i principi di attribuzione (sancito all'art. 5, par. 2, TUE) e dell'equilibrio istituzionale (stabilito nell'art. 13, par. 2, TUE), oltre a porsi in contrasto con l'art. 269 TFUE, che attiene alla competenza della Corte di giustizia. I due Stati membri denunciano, inoltre, la violazione dei principi generali di certezza del diritto e di chiarezza normativa, osservando che i concetti utilizzati dal Regolamento, in parte, non sono definiti e, in altra parte, non possono nemmeno essere oggetto di una definizione uniforme e, pertanto, non sarebbero idonei né a orientare le valutazioni e le misure che possono essere adottate, né a consentire agli Stati membri di identificare, con la certezza necessaria, ciò che ci si attende in relazione ai rispettivi ordinamenti giuridici e al funzionamento delle autorità pubbliche a qualsiasi livello di governo.

Le contestazioni mosse dalla Polonia insistono, in particolare, sulla denuncia della surrettizia creazione di un meccanismo, il cui scopo effettivo non sarebbe, in realtà, quello di proteggere il bilancio dell'Unione ma di eludere i requisiti formali per l'avvio della procedura di cui all'art. 7 TUE e le garanzie ivi previste, e di derogare anche ai requisiti sostanziali della procedura d'infrazione di cui all'art. 258 TFUE. In definitiva, il Regolamento 2020/2092 verrebbe a istituire un nuovo meccanismo, non previsto, per controllare il rispetto dello Stato di diritto da parte degli Stati membri, producendo effetti equivalenti a una irrituale modifica dei Trattati e, in particolare, dell'art. 7 TUE.

In definitiva, la ricorrente osserva come la nozione di «Stato di diritto», che rappresenta un concetto di diritto primario ai sensi dell'art. 2 del TUE, trovi

definizione, tuttavia, mediante una fonte di diritto secondario, ossia il Regolamento 2020/2092[14].

5. Dal "primato" alla "clausola di supremazia" dell'ordinamento europeo: una strada ancora aperta.

Come si è avuto modo di avvertire con riguardo alle *Conclusioni* del Consiglio europeo del 17-21 luglio 2020 (EUCO 10/20), ove era stato preannunciato il ricorso allo strumento di cui all'art. 322, par. 1, lett. a), TFUE[15], la scelta del legislatore europeo di intervenire, appunto, con la fonte regolamentare e di affidare alla Commissione e al Consiglio – sia pur con la "raccomandazione" di oggettività, trasparenza e parità di trattamento – la valutazione, con atti prettamente esecutivi, in merito alla sussistenza di una violazione dei principi dello Stato di diritto determina una vera e propria "scorciatoia" rispetto all'obiettivo, di per sé ineludibile, di far fronte, con adeguati strumenti, alle derive rispetto ai principi dello Stato di diritto sui molteplici fronti in cui essi possono imbattersi e intercettare interessi finanziari affidati all'Unione europea, che richiedono certezza del diritto, non arbitrarietà del potere esecutivo, tutela giurisdizionale effettiva da parte di organi giurisdizionali indipendenti e imparziali anche per quanto riguarda i diritti fondamentali, reale separazione dei poteri, non-discriminazione e uguaglianza di fronte alla legge.

Tuttavia, questioni come quella del rispetto dei principi dello Stato di diritto possono essere appropriatamente affrontate e disciplinate mediante il ricorso agli strumenti che, allo stato dell'integrazione, il sistema all'uopo appresta e non, però, anticipando un assetto monista e federativo, unicamente in presenza del quale potrebbero prefigurarsi specifiche competenze della Commissione, del Consiglio e del Parlamento europeo, volte alla valutazione del rispetto e dell'effettività dei valori

[14] Ai sensi dell'art. 2 del Regolamento 2020/2092, infatti, per «Stato di diritto» va inteso «il valore dell'Unione sancito nell'articolo 2 TUE. In esso rientrano i principi di legalità, in base alla quale il processo legislativo deve essere trasparente, responsabile, democratico e pluralistico; certezza del diritto; divieto di arbitrarietà del potere esecutivo; tutela giurisdizionale effettiva, compreso l'accesso alla giustizia, da parte di organi giurisdizionali indipendenti e imparziali, anche per quanto riguarda i diritti fondamentali; separazione dei poteri; non-discriminazione ed uguaglianza di fronte alla legge. Lo Stato di diritto è, inoltre, da intendersi alla luce degli altri valori e principi dell'Unione sanciti nell'art. 2 TUE».

[15] E. CASTORINA, *Stato di diritto e "condizionalità economica"*,cit. Si veda, sul punto, la *Proposta della Commissione di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio del 2 maggio 2018 (COM(2018) 324 final*).

condivisi, ma che, al momento, non si sono del tutto comunitarizzati a causa della "incompiutezza" dell'assetto ordinamentale europeo sotto il profilo costituzionale[16], come testimonia, del resto, il procedimento di impronta marcatamente intergovernativa (art. 7 TUE) che di decisioni del genere costituisce il potenziale fondamento.

Invero, il Regolamento che dà applicazione all'art. 322, par. 1, lett. a), TFUE, è chiamato a regolare la materia della c.d. "politica di condizionalità democratica" (per riprendere gli spunti sottesi alla *Proposta della Commissione di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio del 2 maggio 2018*), ma non può essere ritenuto la fonte normativa appropriata per autorizzare il Consiglio a deliberare, a maggioranza qualificata, limitazioni ai diritti derivanti dall'applicazione dei Trattati in sede di esecuzione del bilancio europeo, tali essendo, infatti, gli effetti propri delle misure di protezione del bilancio per motivi attinenti al mancato rispetto dei principi dello Stato di diritto: a ciò osterebbe, evidentemente, il principio di diritto primario del rispetto dell'uguaglianza degli Stati membri davanti ai Trattati, sancito all'art. 4, par. 2, TUE[17].

Come dimostrano le impugnazioni del Regolamento 2020/2092, la disciplina in esso contenuta determina una sorta di "sovraesposizione" della Corte di giustizia. Da questo punto di vista, si offre al giudice del Lussemburgo l'opportunità di consolidare le basi del sistema di tutela giudiziaria dell'Unione, poiché da quest'ultimo potrà dipendere, in definitiva, anche il giudizio relativo alla legittimità dei provvedimenti di condizionalità economica in relazione al rispetto dei principi dello Stato di diritto, nel quale potrà essere valutata – in ossequio ai principi di trasparenza, proporzionalità e ragionevolezza – la correlazione tra gli indicatori dello Stato di diritto e le violazioni dei principi ad esso connessi, tali da compromettere o

[16] L. ARCIDIACONO, *La Costituzione europea definita e incompiuta. Intervento introduttivo*, in *Profili attuali e prospettive di diritto costituzionale europeo*, a cura di E. Castorina, Torino, 2007, 3 ss.

[17] Sul punto, si può rinviare al recente contributo monografico di F. SALMONI, *Recovery Fund, condizionalità e debito pubblico. La grande illusione*, Milano, 2021, spec. 31 ss., nel quale si osserva che la violazione dello Stato di diritto e dei valori su cui si fonda l'UE, ai sensi dell'art. 2 TUE, si sarebbe potuta accertare applicando semplicemente le sanzioni previste dal richiamato art. 7 TUE, mentre, nella formulazione adottata dal Reg. 2020/2092, "la tutela dello Stato di diritto è stata *funzionalizzata* alla sana gestione finanziaria e alla tutela del bilancio dell'Unione". Inoltre, secondo l'A., l'obbligo di rispettare i principi dello Stato di diritto "rischia di potere essere persino *aggirato* facendo leva sull'art. 4.2 TUE, che sancisce l'identità nazionale degli Stati membri insita nello loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, con la conseguenza che, se l'autoritarismo caratterizza l'identità costituzionale di uno Stato membro ad esso non potrà essere applicata alcuna sanzione, in spregio al principio democratico e a tutti gli altri principi consustanziali alla locuzione Stato di diritto" (p. 33).

rischiare seriamente di mettere a repentaglio la sana gestione finanziaria del bilancio o comunque la tutela degli interessi finanziari dell'Unione in uno Stato membro (art. 4, Reg. cit.). Tuttavia, l'attuale configurazione del diritto europeo non conosce sanzioni o misure che la Corte di giustizia, oltre all'eventuale annullamento dell'atto, di volta in volta possa pronunciare con effetti incidenti sulla titolarità dei diritti sovrani di partecipazione, *pleno iure*, alla comunità di diritto europea, tra le quali indubbiamente rientrano le misure di esecuzione del bilancio dell'Unione.

Esattamente allora – come ebbe a notare il Maestro partenopeo, cui il presente scritto è dedicato – una visione "dal punto di vista dell'Unione" circa i principi comuni, cui dichiarano di aderire gli Stati membri, è possibile solo se si invera un ordinamento monista e federativo che possa, attraverso i propri organi, far valere non semplicemente un "primato" ma una vera e propria "clausola di supremazia", dalla quale consegua l'invalidità degli atti statali incompatibili, appunto, rispetto alla "visione" che dei principi dello Stato di diritto discende direttamente da una Costituzione dell'Unione europea[18].

[18] In argomento, E. DI SALVATORE, *La prevalenza del diritto europeo nel Trattato che adotta una Costituzione per l'E*uropa, in *www.associazionedeicostituzionalisti.it*.

LA LEGGE ELETTORALE REGIONALE UMBRA: TRA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE E DUBBI DI LEGITTIMITÀ

Note a margine dell'ordinanza 23 aprile 2021 del Tribunale civile di Perugia.

Daniele Porena[*]

Abstract [ITA]: Il presente contributo analizza l'Ordinanza 23 aprile 2021 del Tribunale di Perugia pronunciata su vertenza relativa alla legge elettorale dell'Umbria. In particolare, si analizzano gli elementi di criticità della predetta Ordinanza alla luce della giurisprudenza costituzionale maturata negli ultimi anni in materia di legislazione elettorale.

Abstract [ENG]: The essay analyzes the Ordinance 23 April 2021 of the Civil Court of Perugia pronounced on a dispute relating to the electoral law of the Umbria Region. In particular, the critical elements of the aforementioned Ordinance are analyzed in the light of the constitutional jurisprudence developed in recent years in the field of electoral legislation.

SOMMARIO: 1. La questione. – **2.** Il problema della forma di governo regionale. – **3.** Sul principio *aut simul stabunt aut simul cadent* e sul premio di maggioranza. – **4.** Elementi di criticità dell'Ordinanza 23 aprile 2021: la giurisprudenza della Corte costituzionale. – **5.** Brevi cenni ai sistemi elettorali adottati nelle altre regioni d'Italia. – **6.** Ancora sul premio di maggioranza. Conclusioni.

[*] Professore associato di Istituzioni di Diritto pubblico, Università degli Studi di Perugia.

1. La questione.

Con ordinanza del 23 aprile 2021, pronunciata ad esito del giudizio iscritto al n.r.g. 1738/2015, il Tribunale civile di Perugia ha dichiarato inammissibile il ricorso *ex* art. 702-bis c.p.c. proposto da cinquantacinque cittadini umbri con cui si insisteva, previa rimessione delle questioni di costituzionalità esposte, per la disapplicazione della legge elettorale regionale dell'Umbria.

In estrema sintesi, la principale questione di costituzionalità sollevata dai ricorrenti ruotava intorno al meccanismo premiale introdotto dalla L.R. n. 4 del 2015, avente ad oggetto "*Modificazioni ed integrazioni alla legge regionale 4 gennaio 2010, n. 2 (Norme per l'elezione del Consiglio regionale e del Presidente della Giunta regionale)*".

In particolare, l'art. 14[1] della predetta legge prevede l'automatica attribuzione di 12 seggi (oltre a quello del Presidente eletto) alla coalizione di liste, o lista non unita in coalizione, collegata al candidato alla Presidenza della Giunta regionale risultato eletto.

L'art. 14 prevede dunque un premio di maggioranza in percentuale fissa, pari al 62%, alla lista o coalizione di liste collegate al candidato eletto, senza prevedere alcuna soglia di voti minima per l'assegnazione del detto premio.

La circostanza, alla luce della nota giurisprudenza costituzionale maturata sul punto[2], era sottoposta al vaglio del Giudicante affinché, previa rimessione alla Corte costituzionale, accertasse il diritto dei ricorrenti di esercitare il proprio diritto di voto libero, eguale, personale e diretto: ciò, dunque, con conseguente disapplicazione della legge elettorale nelle parti ritenute incostituzionali.

Con ordinanza conclusiva del procedimento, il Tribunale oltreché dichiarare l'inammissibilità del ricorso per ragioni sulle quali in questa sede non occorre

[1] Ai sensi del quale «1. L'articolo 15della l. n. 108/1968, come già modificato dall'articolo 7della l.r. 2/2010, è sostituito dal seguente: (..) *5. L'Ufficio centrale regionale, ricevuta la documentazione di cui al comma 4, da parte dell'Ufficio unico circoscrizionale: (...) d) verifica se il totale dei seggi complessivamente conseguiti dalla coalizione di liste, o lista non unita in coalizione, collegata al candidato alla presidenza della Giunta risultato eletto, sia pari o superiore a 12 seggi. Assegna, quindi, alla coalizione di liste, o lista non unita in coalizione, collegata al candidato alla presidenza della Giunta regionale risultato eletto, 12 seggi».*

[2] Oltre alla nota sentenza della Corte costituzionale n. 1/2014, si veda in dottrina, sulla normativa elettorale umbra, tra gli altri, il commento di E. CATELANI, *Le modifiche alla legge elettorale della Regione Umbria del 23 febbraio 2015 n. 4 fra profili formali e dubbi di costituzionalità*, fasc. 1/2015, reperibile in *www.osservatoriosullefonti.it*;

soffermarsi, si pronunciava anche sulla manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale prospettata.

In particolare - ed è su questi aspetti che si intende articolare il presente breve approfondimento - il Tribunale valorizzava il dato offerto dalle peculiarità della forma di governo regionale per concludere circa l'inapplicabilità, a livello di elezioni regionali, dei principi enunciati dalla Corte costituzionale con sentenza n. 1/2014.

Ancor più nel dettaglio, constatato il regime giuridico di elezione diretta del Presidente della Giunta regionale, le prerogative a questi affidate circa la nomina e la revoca degli assessori nonché la regola *aut simul stabunt aut simul cadent* che ne legano le sorti a quelle del Consiglio regionale, il Tribunale riteneva in generale ragionevoli leggi elettorali che prevedano un premio di maggioranza finalizzato a consentire al presidente eletto di avere la fiducia, quantomeno, della maggioranza dei consiglieri.

Le particolarità della forma di governo regionale sarebbero dunque di per sé sufficienti, ad avviso del Tribunale, a giustificare un regime giuridico della legge elettorale diverso da quello imposto per le elezioni del Parlamento nazionale alla luce della sentenza della Corte costituzionale n. 1/2014.

2. Il problema della forma di governo regionale.

Invero, non sembra che le predette peculiarità arrivino a poter capovolgere la logica sottesa al ragionamento operato dalla Consulta nella nota sentenza sopra richiamata.

Ciò, proprio a partire dall'analisi della forma di governo applicata alla quasi totalità delle regioni in base al disposto di cui all'art. 122, ultimo comma, della Costituzione.

Non sembra, in effetti, che per le Regioni sia stata prefigurata una architettura ordinamentale di tipo schiettamente presidenzialista.

Carattere peculiare dei sistemi presidenzialisti, in uno con la elezione diretta del presidente, risiederebbe infatti nella assenza di rapporto fiduciario tra quest'ultimo e il parlamento: i due organi costituzionali, in conseguenza dell'origine diversificata della propria legittimazione istituzionale (*id est*, elezioni separate) vivono, per così

dire, di "vita propria" nell'ambito di un sistema ispirato alla più rigorosa separazione tra poteri fondamentali[3].

Ancora, non sembra che il sistema che la Costituzione ha predisposto per gli ordinamenti regionali possa essere accostato a quello semi-presidenzialista: il nucleo concettuale di quest'ultimo sembra infatti risiedere in una sorta di "spacchettamento" del potere esecutivo. Una parte è affidato al presidente, che rimane estraneo al circuito fiduciario, altra parte rimane in capo al governo, legato invece al parlamento dal voto di fiducia[4].

Non si tratta, ancora, di premierato: in questa variante parlamentarista, caratteristica del sistema è infatti quella di chiamare a ricoprire la *premiership* non chi sia stato direttamente eletto dal popolo ma chi sia stato designato quale leader del partito di maggioranza.

Si tratterebbe, invero, di una formula ibrida, fondata sulla coesistenza di un elemento tipico dell'ordinamento presidenziale (l'elezione diretta del presidente) e di uno peculiare dei regimi parlamentari (il rapporto di fiducia tra l'assemblea rappresentativa e l'esecutivo): una formula, questa, che appare essenzialmente riconducibile alla forma di governo "neoparlamentare" sperimentata in Israele tra il 1992 e il 2001[5].

L'originale alchimia che ha dato vita alla predetta forma di governo sembra invero raccogliere le preoccupazioni alla base della disposizione, contenuta nella legge n. 165/2004, rivolta alla costruzione di un sistema elettorale che agevoli la formazione di stabili maggioranze nel Consiglio regionale.

Appare comprensibile, nel delicato equilibrio istituzionale prefigurato dal legislatore costituzionale, un *favor* per formule elettorali di impronta essenzialmente maggioritaria atte ad agevolare scenari di continuità politica tra un presidente eletto direttamente dal popolo e un consiglio regionale nella disponibilità del quale continua a sopravvivere lo strumento della mozione di sfiducia.

---

[3] Cfr. M. VOLPI, *Libertà e autorità. La classificazione delle forme di Stato e delle forme di governo*, Torino, 2007, pp. 143 e ss.

[4] Come osserva M. VOLPI, *Libertà e autorità. La classificazione delle forme di Stato e delle forme di governo*, *cit.*, pp. 163 e ss. «il potere esecutivo è dualistico, in quanto accanto al Presidente vi è il governo che "determina e dirige la politica nazionale" ed il Primo ministro che "dirige l'azione del governo"».

[5] Sulla forma di governo israeliana nel periodo sopra indicato, e sull'uso criticabile dell'espressione neoparlamentarismo con riferimento alla predetta forma, si veda M. VOLPI, *Libertà e autorità. La classificazione delle forme di Stato e delle forme di governo*, *cit.*, pp. 138 e ss.

3. Sul principio *aut simul stabunt aut simul cadent* e sul premio di maggioranza.

Cionondimeno, nel quadro di un'analisi volta a scrutinare la solidità dell'ordinanza in esame, emergono elementi cui sembra necessario prestare la dovuta attenzione.

Anzitutto, la legge 165 del 2004 non richiede una legge elettorale strutturata in maniera tale da *imporre* una maggioranza stabile ed in linea con gli orientamenti del presidente. Al contrario (e significativamente), il legislatore non è andato oltre rispetto all'impegno ad una legge elettorale che *agevoli* la formazione di una tale maggioranza.

Se le parole hanno un senso (e non si dubita che debbano averne, quanto meno nel lessico del legislatore) la preoccupazione per la stabilità delle maggioranze risulta temperata, nella predetta legge, dalla necessaria osservanza di quell'ampio patrimonio di principi che, nella legislazione elettorale e nei caratteri fondamentali del diritto di voto, sono stati nel tempo enunciati dalla Corte costituzionale.

Il linguaggio prudente del legislatore suggerisce quindi che la formazione di maggioranze stabili ed in linea di continuità con il presidente eletto rappresenti senz'altro un obiettivo preferenziale, appunto da *agevolare*, ma non costituisca l'altare sul quale poter sacrificare le più essenziali condizioni di rappresentatività che qualunque collegio democratico deve assolvere.

Ancora, sulla regola *aut simul stabunt aut simul cadent*.

Il principio che lega le sorti dell'assemblea a quelle del presidente eletto con suffragio universale sembra posto per operare proprio in senso opposto a quello valorizzato dal Giudicante.

In presenza di una maggioranza ampia ed in linea con gli orientamenti del presidente non occorre, di norma, alcuna "minaccia" contro assai improbabili intemperanze della maggioranza.

Viceversa, è proprio laddove è possibile che si formino raggruppamenti assembleari non esattamente in linea con il vertice dell'esecutivo che soccorre, come un monito circa la gravità delle conseguenze di una mozione di sfiducia, la regola *aut simul stabunt aut simul cadent*.

In ultimo, il premio di maggioranza.

Sul punto, da quanto consta, le doglianze dei ricorrenti non erano rivolte al premio di maggioranza in sé considerato ma, al contrario, alla sua abnormità rispetto alla soglia del 50% e alla sua potenziale idoneità, in assenza di una soglia minima di voti, a generare un divario non tollerabile tra voti espressi in favore della lista vincitrice e numero di seggi a quest'ultima assegnati.

Sotto il primo profilo, come anche si sosterrà nel seguito, giova constatare che il premio di maggioranza non costituisce un trofeo atto a gratificare il vincitore di una competizione sportiva ma, al contrario, una "alterazione" del risultato elettorale in vista della formazione di una maggioranza assembleare. Se questo è il senso dell'istituto, appaiono allora non tollerabili premi di maggioranza che vadano ben oltre quanto indispensabile a garantire la formazione delle maggioranze predette.

In questa direzione, un premio del 62% (non del 60%, come erroneamente sostenuto dal Giudice, nel cui computo difetta l'inclusione del seggio attribuito al presidente) sembra andare ben al di là, come meglio si illustrerà a breve, rispetto a quanto solitamente considerato sufficiente a garantire un'estensione sufficientemente ampia alla maggioranza assembleare.

Sotto il secondo profilo, permangono severe perplessità circa il meccanismo "validato" dal Tribunale di Perugia ed imperniato sulla assenza di una soglia minima di voti per l'attribuzione del premio di maggioranza.

La potenzialità lesiva dell'impianto normativo risiede, in questo caso, nella possibilità che si generi un divario eccessivo, non tollerabile in base a un ragionevole apprezzamento, tra la maggioranza "reale" e quella "legale".

4. Elementi di criticità dell'Ordinanza 23 aprile 2021: la giurisprudenza della Corte costituzionale.

Debole, dunque, appare la giustificazione operata dal Giudice circa la diversità tra forma di governo regionale e forma di governo statuale: ciò, soprattutto, tenuto conto del fatto che le constatazioni che precedono traggono origine dalla enunciazione di principi che, per loro portata costituzionale, sembrano invero dover innervare l'intera materia elettorale e non soltanto alcune pieghe della stessa.

Ma converrà, a questo punto, rivolgere l'attenzione proprio a quegli approdi, raggiunti dalla Corte costituzionale nel corso degli anni, che maggiormente sollevano dubbi sulla solidità dell'impianto motivazionale della ordinanza in esame.

Come noto, e come anche recentemente confermato dalla Corte Costituzionale[6], la materia elettorale non sfugge al pieno rispetto dei principi costituzionali.

Rilevano, tra gli altri, il principio di uguaglianza – e le connesse valutazioni sulla ragionevolezza di un impianto normativo – il principio democratico enunciato dalla prima norma della Carta e l'art. 48, 2 comma, Cost. in relazione al principio eguaglianza, libertà e segretezza del voto.

Proprio nell'osservanza dei predetti principi, la Consulta si è pronunciata sulla legittimità costituzionale della l. 270/2005, concludendo per la caducazione, tra le altre, della norma di cui all'art. 83, comma 1, n. 5, e comma 2, del d.P.R. n. 361 del 1957, nella parte in cui prevede che l'Ufficio elettorale nazionale verifica «se la coalizione di liste o la singola lista che ha ottenuto il maggior numero di voti validi espressi abbia conseguito almeno 340 seggi» (comma 1, n. 5) e stabilisce che, in caso negativo, ad essa viene attribuito il numero di seggi necessario per raggiungere tale consistenza.

Come noto, la Corte costituzionale ha largamente (e, per quanto qui rileva, assai persuasivamente) motivato le proprie conclusioni.

È pur vero che la determinazione delle formule elettorali rappresenta un ambito nel quale si esprime con un massimo di evidenza la politicità della scelta legislativa[7]. Ciononostante, il principio costituzionale di eguaglianza del voto esige che l'esercizio dell'elettorato attivo avvenga in condizione di parità, in quanto «ciascun voto contribuisce potenzialmente e con pari efficacia alla formazione degli organi elettivi», ma «non si estende […] al risultato concreto della manifestazione di volontà dell'elettore […] che dipende […] esclusivamente dal sistema che il legislatore ordinario, non avendo la Costituzione disposto al riguardo, ha adottato per le elezioni politiche e amministrative, in relazione alle mutevoli esigenze che si ricollegano alle consultazioni popolari»[8].

La Carta, come noto, non impone un particolare sistema elettorale: si tratta di una scelta che, saggiamente, è stata affidata alla discrezionalità del legislatore cui spetta il

[6] Si veda, in particolare, Corte cost., sent. n. 1/2014.
[7] Cfr. Corte cost., sent. n. 242 del 2012; ord. n. 260 del 2002; sent. n. 107 del 1996.
[8] Cfr. Corte cost., sent. n. 43 del 1961.

compito di adeguare il sistema, di volta in volta, alle evoluzioni del contesto storico-politico. Tuttavia, il sistema elettorale non è esente da controllo: in particolare, la normazione elettorale è senz'altro censurabile laddove risulti manifestamente irragionevole[9].

È sulla scorta di tali premesse che la Consulta ha ritenuto censurabili quei meccanismi fondati sull'«attribuzione dei premi di maggioranza senza la previsione di alcuna soglia minima di voti e/o di seggi»[10].

Conclusione, questa, cui la Consulta è giunta sul presupposto che il predetto meccanismo premiale conduce ad una eccessiva sovra-rappresentazione della coalizione di maggioranza relativa: ciò, in particolare, poiché permette ad una lista che abbia ottenuto un esiguo numero di voti di acquisire la maggioranza assoluta dei seggi. Da ciò deriverebbe dunque una concreta distorsione fra voti espressi ed attribuzione di seggi che, pur essendo presente in qualsiasi sistema elettorale, nella specie assume una misura tale da comprometterne la compatibilità con il principio di eguaglianza del voto [11] e tale da determinare irragionevolmente un'eccessiva alterazione della rappresentanza democratica.

Sullo sfondo della giurisprudenza costituzionale di cui si è detto risiede il concetto secondo cui, nel bilanciamento tra valori e principi costituzionali in potenziale conflitto, è conforme alla Carta quella soluzione che consenta la realizzazione dell'un valore senza la totale compromissione dell'altro. Tale giudizio deve svolgersi «attraverso ponderazioni relative alla proporzionalità dei mezzi prescelti dal legislatore nella sua insindacabile discrezionalità rispetto alle esigenze obiettive da soddisfare o alle finalità che intende perseguire, tenuto conto delle circostanze e delle limitazioni concretamente sussistenti»[12].

Sono coerenti con il dettato della Carta quelle disposizioni normative volte ad *agevolare* la formazione di adeguate maggioranze consiliari: ciò, allo scopo di garantire stabilità al governo regionale e di rendere più rapido il processo decisionale. Detto obbiettivo, come poc'anzi ricordato, è peraltro coerente con il principio enunciato all'art. 4, l. n. 165/2004 che, in attuazione dell'art. 122 della Costituzione, richiede l'individuazione di un sistema elettorale che «agevoli la

[9] Così Corte Cost., sent. n. 242 del 2012 e n. 107 del 1996; ord. n. 260 del 2002.
[10] Cfr. Corte cost., sent. n. 13 del 2012.
[11] Così Corte cost., sent. n. 15 e n. 16 del 2008.
[12] Così Corte Cost., sent. n. 1130 del 1988.

formazione di stabili maggioranze nel Consiglio regionale e assicuri la rappresentanza delle minoranze»[13].

Come detto, lo scopo del meccanismo premiale è quello di garantire l'attribuzione di seggi aggiuntivi a quella lista che abbia ottenuto anche un solo voto in più delle altre.

Tuttavia, le disposizioni in esame non si limitano ad introdurre un correttivo[14] al sistema di trasformazione dei voti in seggi «in ragione proporzionale» al fine di favorire la formazione di una stabile maggioranza. Dette disposizioni, al contrario, permettono in ipotesi anche un'eccessiva divaricazione tra la composizione dell'organo di rappresentanza e le risultanze del voto: ciò, specie nel caso in cui il quadro politico-elettorale risulti particolarmente frammentato.

Ed infatti, le disposizioni in esame, non imponendo il raggiungimento di una soglia minima di voti alla lista (o coalizione di liste) di maggioranza relativa, consentono anche ad una formazione che abbia conseguito una percentuale pur molto ridotta di suffragi di "trasformarsi" in quella che raggiunge la maggioranza assoluta dei componenti dell'Assemblea[15].

---

[13] Ai sensi dell'art. 4, l. 165 del 2004, «le regioni disciplinano con legge il sistema di elezione del Presidente della Giunta regionale e dei consiglieri regionali nei limiti dei seguenti principi fondamentali: a) individuazione di un sistema elettorale che agevoli la formazione di stabili maggioranze nel Consiglio regionale e assicuri la rappresentanza delle minoranze; b) contestualità dell'elezione del Presidente della Giunta regionale e del Consiglio regionale, se il Presidente è eletto a suffragio universale e diretto. Previsione, nel caso in cui la regione adotti l'ipotesi di elezione del Presidente della Giunta regionale secondo modalità diverse dal suffragio universale e diretto, di termini temporali tassativi, comunque non superiori a novanta giorni, per l'elezione del Presidente e per l'elezione o la nomina degli altri componenti della Giunta; c) divieto di mandato imperativo. (c-bis) promozione delle pari opportunità tra donne e uomini nell'accesso alle cariche elettive, disponendo che:1) qualora la legge elettorale preveda l'espressione di preferenze, in ciascuna lista i candidati siano presenti in modo tale che quelli dello stesso sesso non eccedano il 60 per cento del totale e sia consentita l'espressione di almeno due preferenze, di cui una riservata a un candidato di sesso diverso, pena l'annullamento delle preferenze successive alla prima; 2) qualora siano previste liste senza espressione di preferenze, la legge elettorale disponga l'alternanza tra candidati di sesso diverso, in modo tale che i candidati di un sesso non eccedano il 60 per cento del totale; 3) qualora siano previsti collegi uninominali, la legge elettorale disponga l'equilibrio tra candidature presentate col medesimo simbolo in modo tale che i candidati di un sesso non eccedano il 60 per cento del totale).

[14] Correttivo ulteriore, peraltro, rispetto a quello già costituito dalla previsione di soglie di sbarramento per l'accesso alla rappresentanza.

[15] Secondo E. CATELANI, *Le modifiche alla legge elettorale della Regione Umbria del 23 febbraio 2015 n. 4 fra profili formali e dubbi di costituzionalità*, fasc. 1/2015, reperibile in *www.osservatoriosullefonti.it*, *p. 3* «le disposizioni che presentano tuttavia maggiori perplessità riguardano due aspetti che, direttamente o indirettamente, sono già stati presi in considerazione da parte della Corte costituzionale in fase di dichiarazione di incostituzionalità della legge elettorale nazionale (sent. n. 1 del 2014, già richiamata), che attengono al problema dell'assenza di una soglia minima di voti per accedere al premio di maggioranza e viceversa l'introduzione di una sorta di premio di minoranza».

Le norme in esame, consentendo una illimitata compressione della rappresentatività dell'Assemblea legislativa, appaiono dunque difficilmente compatibili con i principi costituzionali poc'anzi richiamati[16].

In particolare, il meccanismo di attribuzione del premio di maggioranza prefigurato dalle norme in esame, in quanto combinato con l'assenza di una ragionevole soglia di voti minima per competere all'assegnazione del premio, appare tale da determinare un'alterazione del circuito democratico definito dalla Costituzione e basato sul principio fondamentale di eguaglianza del voto (art. 48, secondo comma, Cost.). Detto principio, infatti, pur non vincolando il legislatore ordinario alla scelta di un determinato sistema, esige comunque che ciascun voto contribuisca potenzialmente e con pari efficacia alla formazione degli organi elettivi ed assume sfumature diverse in funzione del sistema elettorale prescelto[17].

Le norme in esame, pur perseguendo un obiettivo di rilievo costituzionale qual è quello della stabilità del governo regionale e dell'efficienza dei processi decisionali in ambito legislativo, sembra dettino una disciplina che non rispetta il vincolo del minor sacrificio possibile degli altri interessi e valori costituzionalmente coinvolti, ponendosi in contrasto, in particolare, con gli artt. 1, secondo comma, 3 e 48, secondo comma, Cost.

In definitiva, la disciplina in esame non appare proporzionata rispetto all'obiettivo perseguito: ciò, in quanto determina una compressione della funzione rappresentativa dell'Assemblea (nonché dell'*eguale diritto di voto*) eccessiva e tale da produrre un'alterazione profonda della composizione della rappresentanza democratica, su cui si fonda l'intera architettura dell'ordinamento costituzionale vigente[18].

---

[16] Cfr. V. LUBELLO, *La legge elettorale della Regione Umbria: la ricerca di un'armonia in fatto e in diritto*, in *Diritti regionali - Rivista di diritto delle autonomie territoriali*, n. 1/2018, p. 298, secondo cui «specie alla luce delle sentenze 1/2014 e 35/2017, un premio di maggioranza così come congegnato dalla legge elettorale umbra si presta ad un esito incerto nel possibile giudizio di legittimità costituzionale. Il rischio potenziale, ma tutto da dimostrare, è quello di trasformare una minoranza elettorale in una maggioranza consiliare».

[17] Così Corte cost., sent. n. 1/2014, dove è altresì ribadito che «il giudice costituzionale ha espressamente riconosciuto, da tempo, che, qualora il legislatore adotti il sistema proporzionale, anche solo in modo parziale, esso genera nell'elettore la legittima aspettativa che non si determini uno squilibrio sugli effetti del voto, e cioè una diseguale valutazione del "peso" del voto "in uscita", ai fini dell'attribuzione dei seggi, che non sia necessaria ad evitare un pregiudizio per la funzionalità dell'organo parlamentare».

[18] Così, Corte cost., sent. 1/2014. Ancora, come osserva E. CATELANI, *Le modifiche alla legge elettorale della Regione Umbria del 23 febbraio 2015 n. 4 fra profili formali e dubbi di costituzionalità*, reperibile in *www.osservatoriosullefonti.it*, fasc. 1/2015, *p. 3*, «la Corte costituzionale tuttavia ha posto nell'interpretazione dell'art. 48 Cost. dei paletti che ormai costituiscono delle soglie insormontabili e la legge umbra, in realtà è parsa

Né può ritenersi che il sistema sia comunque coerente con la disposizione della legge statale n. 165 del 2004 (che ha attuato l'art. 122 Cost.) laddove impone al legislatore regionale di individuare "un sistema elettorale che agevoli la formazione di stabili maggioranze nel Consiglio regionale e assicuri la rappresentanza delle minoranze" (art. 4, comma 1, lett. a): non sembra, infatti, che le esigenze legate alla governabilità possano incidere in misura eccessivamente consistente, e potenzialmente illimitata, sull'esito elettorale.

5. Brevi cenni ai sistemi elettorali adottati nelle altre regioni d'Italia.

In altre regioni, la garanzia della rappresentanza democratica è tutelata mediante opzione per elezione di Presidente ed Assemblea con doppio turno e ballottaggio (è questo il caso della Toscana); con la previsione di un premio di maggioranza variabile assegnato alla coalizione di liste che abbia raggiunto una soglia minima di voti (è questo il caso di Marche, Puglia, Emilia Romagna, Val d'Aosta, Veneto, e Sicilia); mediante assegnazione di un premio variabile in base al numero di voti ottenuti (così la legge elettorale della Regione Lombardia); mediante ripartizione proporzionale dei seggi (si veda la legge regionale Trentino Alto Adige); mediante assegnazione del premio di maggioranza corretto in base al numero di voti ottenuti dalla coalizione vincitrice (c.d. "Tatarellum", tutt'ora vigente in Liguria e Molise).

Un *unicum*, se possibile, sembra rappresentato dalla legge elettorale umbra che, in sintesi, introduce un premio di maggioranza "fisso" e la cui assegnazione non è in alcun modo condizionata dal numero dei voti ottenuti dalla coalizione vincitrice.

6. Ancora sul premio di maggioranza. Conclusioni.

In aggiunta a quanto osservato, val la pena precisare quanto segue.

---

superarli senza, peraltro, introdurre contrappesi sufficienti a giustificare tale violazione. Non solo infatti, non si giustifica, l'assenza di una soglia minima per accedere al premio di maggioranza che può alterare in modo significativo "il circuito democratico", ma si riduce anche la rappresentatività delle forze di minoranza in quanto si riconosce un seggio di diritto al candidato Presidente "miglior perdente", indipendentemente dai voti ottenuti dalla lista collegata e, di fatto, sottraendo un seggio alla distribuzione dei seggi fra i partiti di minoranza».

Il c.d. premio di maggioranza è assai variabilmente previsto e disciplinato nel contesto di discipline tese, nel loro complesso, a renderlo compatibile con le esigenze di rappresentatività democratica dei collegi.

Ed infatti, le soglie di voti necessari alla assegnazione del premio di maggioranza sono normalmente articolate in modo variabile, secondo una logica progressiva, atta a garantire che la consistenza del premio rifletta il favore elettorale ottenuto e riconoscendo dunque uno spazio di rappresentanza, oltre che di governabilità, alla lista vincitrice anche in relazione alla diversa percentuale di voti ottenuta.

Niente di ciò emerge dalla legislazione umbra.

Il premio di maggioranza è infatti assegnato in misura fissa, e pari a 13 membri complessivi, indipendentemente dal fatto che la coalizione vincitrice abbia superato, ad esempio, la soglia del 37, 40 o 45% dei voti validi.

Come detto, la funzione del meccanismo premiale è quella di garantire alla coalizione vincitrice un numero di seggi superiore alla maggioranza assoluta al fine di preservare la stabilità e la governabilità dell'ente.

Coerentemente con la detta finalità, e nel rispetto dei principi di democrazia e rappresentatività delle assemblee legislative, il premio di maggioranza assolve alla propria funzione senza infirmare i richiamati principi a condizione che lo stesso sia determinato in misura tale da garantire la soglia di maggioranza da un lato, con il minimo sacrificio imposto a carico della rappresentatività dell'Organo dall'altro.

Questi due elementi, in altre parole, rappresentano i termini del ragionevole bilanciamento al quale il legislatore non può sottrarsi laddove sia chiamato a contemperare, nell'ambito della mediazione legislativa, il peso dei due interessi costituzionalmente protetti e tra loro in potenziale conflitto.

In linea con le predette osservazioni, il meccanismo premiale nella ripartizione dei seggi è legislativamente codificato, ai fari livelli, in misura solitamente non superiore al 55%.

È questo ad esempio il caso di quanto disposto dall'art. 83, comma 1, n. 5, e comma 2, del d.P.R. n. 361 del 1957 che, dichiarato illegittimo in ragione dell'assenza di una soglia minima di voti necessari per l'assegnazione del premio di maggioranza, limitava tuttavia la consistenza dello stesso al 54% dei seggi assegnati presso la Camera dei Deputati.

Stesso dicasi per le disposizioni di cui all'art. 17, commi 2 e 4, del d.lgs. n. 533 del 1993, relativo alla composizione del Senato della Repubblica e che disponeva un premio di maggioranza in favore della coalizione vincitrice pari al 55% dei seggi.

Ancora, al 55% si assesta il premio di maggioranza assegnato dalla legge elettorale delle Regioni Lazio, Veneto, Toscana, Lombardia, Liguria, Calabria, Friuli Venezia Giulia, Basilicata; è fissato al 54% (premio variabile in base al numero dei voti) dalla legge elettorale della Regione Puglia e della Regioni Emilia Romagna, al 53,33% (premio variabile in base al numero dei voti) dalla legge elettorale della Regione Marche; si spinge al 60% il premio di maggioranza assegnato dalla legge elettorale della Campania, dell'Abruzzo, della Sicilia e Val d'Aosta (premio variabile in base al numero dei voti)[19].

In relazione alla disciplina nazionale vigente in materia di elezione dei sindaci e dei consigli comunali la normativa prevede che, laddove il sindaco venga eletto al primo turno ma la lista o le liste collegate non raggiungano il 50% dei voti, i seggi siano ripartiti con metodo proporzionale ed è dunque possibile che il consiglio comunale sia composto per la maggioranza da esponenti dell'opposizione (e ciò, precisamente, nel caso in cui la lista o le liste di uno dei candidati sconfitti abbiano ottenuto più del 50% dei voti).

Laddove il sindaco venga invece eletto in sede di "ballottaggio" alle liste collegate è riconosciuto un premio di maggioranza pari al 60% dei seggi in consiglio comunale.

Anche in relazione alla normativa da ultimo citata, il premio di maggioranza – come visto comunque non superiore al 60% dei seggi - è assegnato solo a seguito di ballottaggio e, dunque, in favore della coalizione che abbia ottenuto, comunque, il 50% più uno dei voti validi. Viceversa, laddove il sindaco sia eletto al primo turno senza tuttavia che la coalizione collegata superi la soglia della maggioranza dei voti, la rappresentatività dell'assemblea è garantita mediante ripartizione proporzionale dei seggi[20].

---

[19] Per un'ampia ricognizione sulla legislazione elettorale nelle diverse regioni d'Italia, cfr. N. A. CUNIAL – R. TERREO, *I sistemi elettorali nelle regioni a statuto ordinario: un'analisi comparata*, in *Quaderni dell'Osservatorio elettorale*, n. 75/2016, pp. 85 e ss.

[20] Sebbene sul punto occorra tener presente quanto ricordato da V. LUBELLO, *La legge elettorale della Regione Umbria: la ricerca di un'armonia in fatto e in diritto*, in *Diritti regionali - Rivista di diritto delle autonomie territoriali*, n. 1/2018, p. 302, secondo cui «occorre tenere a mente la diversità delle forme di governo parlamentare, che caratterizza l'ambito nazionale, e quella neoparlamentare che invece caratterizza le Regioni. La stessa Corte, infatti, laddove si è trovata a giudicare la legge elettorale di una forma di governo simile a quella regionale, vale a dire la forma di governo dei Comuni di maggiori dimensioni, ha avuto modo di avallare positivamente i premi di maggioranza ivi previsti. Circostanza peraltro ribadita nella sentenza 35/2017: «ciò che

***

Alla luce dei rilievi svolti, non sembra dunque che la legge elettorale umbra, dopo la pronuncia in commento, possa finire di far parlare di sé: pur nelle strettoie rappresentate da un numero particolarmente esiguo di consiglieri regionali, appare quanto mai opportuna una correzione di rotta che, nell'agevolare la formazione di maggioranze consiliari stabili, consenta il pieno svolgimento dei principi costituzionali a quali poc'anzi si è fatto breve cenno.

più conta è che quel sistema si colloca all'interno di un assetto istituzionale caratterizzato dall'elezione diretta del titolare del potere esecutivo locale, quindi ben diverso dalla forma di governo parlamentare prevista dalla Costituzione a livello nazionale» (p.to 9.2 del considerato in diritto)». In ogni caso, lo stesso Autore, a conclusione del suo saggio, evidenzia che «la domanda cui i giudici costituzionali dovranno eventualmente rispondere non è delle più semplici: a fronte dell'attuale e/o della futura composizione della compagine politica regionale, la forma di governo della Regione può ammettere una potenziale eccessiva divaricazione tra l'elettorato e i suoi rappresentanti?».

LA SUPREMAZIA DELLA PIANIFICAZIONE PAESAGGISTICA

(nota a Consiglio di Stato, Sez. IV, 29 marzo 2021, sentenza n. 2640)

Massimo Asaro[*]

ABSTRACT [ITA]: L'assetto dei valori ambientali, culturali, paesaggistici, urbanistici e di uso del territorio determina una gerarchia degli atti amministrativi a loro presidio. Le scelte costituzionali sul riparto di competenze legislative riverberano i loro effetti anche sugli atti a contenuto generale e programmatori. Il posizionamento di tali valori è predeterminato, non può essere alterato da scelte regionali o comunali, e vede la pianificazione paesaggistica inderogabile dalla pianificazione urbanistica.

ABSTRACT [ENG]: *The structure of the values regarding the environment, culture, the landscape, the urban context and the use of the territory gives rise to a hierarchy of administrative acts and their overseeing. The constitutional choices regarding the legislative competences also affect the acts of a general and programmatic nature. The positioning of these values is predetermined, and cannot be changed by regional or local/municipal changes, landscape planning being rendered a mandatory part of urban planning*

SOMMARIO. 1. Il fatto. – **2.** Il paesaggio e le fonti: cenni. – **3.** La tutela del paesaggio, tra cultura e ambiente. – **4.** La pianificazione paesaggistica. – **5.** La gerarchia nella pianificazione. – **6.** La posizione del Consiglio di Stato.

[*] Avvocato pubblico, specialista in Scienza delle autonomie costituzionali.

1. Il fatto.

La sentenza conclude un contenzioso sorto a seguito del provvedimento comunale di diniego dell'autorizzazione all'ampliamento di un manufatto edilizio destinato a struttura ricettiva alberghiera. Il provvedimento era fondato essenzialmente sulla riscontrata incompatibilità dell'ampliamento, consistente di maggiore volumetria per sopraelevazione, con le prescrizioni del Piano paesaggistico regionale (PPR). Per l'accertamento dell'impatto dell'opera ampliativa sul paesaggio esistente, in particolare su contesto e visuali panoramiche, i giudici si sono avvalsi della verificazione giudiziale, accogliendone in gran parte le conclusioni. L'appello è stato respinto, è stata confermata la legittimità del provvedimento negativo per vari motivi tra i quali, di maggior interesse, appare quello della inderogabilità della pianificazione paesaggistica da parte della pianificazione urbanistica. La sussistenza di un vincolo paesistico ambientale disposto da provvedimento statale non può essere superata dalla legislazione regionale, ancorché di regione a statuto speciale, ma, al più, da una pianificazione congiunta statale-regionale, ex artt. 135 e 143 del Codice dei beni culturali e del paesaggio.

2. Il paesaggio e le fonti: cenni.

Il paesaggio è oggetto di studio da parte di una pluralità di discipline, oltre al diritto, e assume significati differenti[1] a seconda dell'ambito tematico di riferimento, in quanto esprime forma, linguaggio, comunicazione, messaggio, terreno di rapporto fra gli individui; è il contesto che cementa il gruppo[2]. Il paesaggio rappresenta la totalità di entità fisiche, ecologiche e geografiche che integrano tutti i processi naturali e umani e i loro *pattern*[3]; esso va dunque considerato non come una semplice sommatoria di oggetti naturali e artificiali bensì va letto in una visione sistematica, intendendolo innanzitutto come una serie di sistemi di elementi e di relazioni (spaziali, funzionali, ecologico-ambientali, visive, simboliche etc.), che si sono susseguiti e intrecciati nel corso dei secoli sullo stesso territorio[4].

Per il diritto, l'elemento primario del paesaggio è quello materiale, costituito dalla

[1] Paesaggio è un termine polisemico che interessa storici, urbanisti, agronomi, ecologi, artisti, antropologi, sociologi, letterati, musicisti, fotografi. La parola paesaggio nasce ad inizio del 1500 in ambito nord europeo esattamente quando si sviluppa la pittura del paesaggio, duplicando così il significato della parola: paesaggio indica sia ciò che ci circonda nella realtà sia la sua riproduzione.
[2] Caruso P., *L'analisi antropologica del paesaggio*, in Edilizia moderna, nn. 87-88/1966.
[3] Naveh Z., *A.S. Lieberman Landscape Ecology. Theory and Application*, New York, 1984.
[4] AA.VV., *Alcune buone pratiche relative a significativi paesaggi rurali storici*, Ismea, 2018.

porzione di territorio fisico. Il paesaggio *"designa una determinata parte di territorio, così come è percepita dalle popolazioni, il cui carattere deriva dall'azione di fattori naturali e/o umani e dalle loro interrelazioni"* [5]. La percezione è altro elemento essenziale del concetto ed è una percezione non solo degli evidenti elementi fisici e materiali ma anche degli elementi evocativi e identificativi dei luoghi[6] (paesaggio percettivo). Nel quadro normativo italiano, il concetto di paesaggio oggi indica, innanzitutto, la morfologia del territorio, riguarda cioè l'ambiente nel suo aspetto visivo; in sostanza, è lo stesso aspetto del territorio, per i suoi contenuti ambientali e culturali, che è di per sé un valore costituzionale (art. 9)[7]. Con l'assetto legislativo dato dal Codice del 2004[8] e s.m.i. vi è stata infatti una definizione aggiornata del concetto di paesaggio[9] e poi l'individuazione espressa dei beni paesaggistici[10], all'interno della più ampia

[5] V. Convenzione europea del paesaggio, sottoscritta a Firenze, il 20 ottobre 2000 e ratificata dall'Italia con L. 9 gennaio 2006, n. 14. La Convenzione estende la nozione di paesaggio a *"tutto il territorio delle Parti"*, compresi *"gli spazi naturali, rurali, urbani e periurbani ... i paesaggi terrestri, le acque interne e marine"*; considera altresì *"sia i paesaggi che possono essere considerati eccezionali, che i paesaggi della vita quotidiana e i paesaggi degradati"*. Herrero de la Fuente A., *La Convenzione europea sul paesaggio (20 ottobre 2000)*, in Riv. giur. ambiente, n. 6/2001; Priore R., *Verso l'applicazione della Convenzione europea del paesaggio in Italia*, 5 marzo 2005, in www.fbsr.it; Sciullo G., *Il paesaggio fra la Convenzione e il Codice*, in Aedon.it, n. 3/2008, Feroni G. C., *l paesaggio nel costituzionalismo contemporaneo. Profili comparati europei*, in Federalismi.it, n. 8/2019.

[6] Ciuti R., *Il Paesaggio. Problematiche e indirizzi di intervento*, Pisa, 2020. Secondo l'Autore, per il benessere delle persone è necessario un paesaggio armonico, ove per armonia si intende un rapporto proporzionato ed equilibrato tra i componenti di un insieme. Cfr. anche Settis, S., *Paesaggio, Costituzione, cemento,* Torino, 2010.

[7] V. C.Cost., sent. n. 367/2007. Sandulli A. M., *La tutela del paesaggio nella Costituzione*, in Riv. giur. dell'edilizia, 1967 pt. II; Predieri A., *Significato della norma costituzionale sulla tutela del paesaggio*, Firenze, 1969; Giannini, M.S., *«Ambiente»: saggio sui diversi suoi aspetti giuridici*, in Riv. trim. Dir. pubbl., n. 15/1973; Merusi F., *Commento all'art. 9 della Costituzione,* in Branca G. (a cura di), *Commentario della Costituzione. Principi Fondamentali*, Bologna - Roma, 1975; *Cirillo G.P.*, *La «cultura» nell'ordinamento giuridico*, in www.giustizia–amministrativa.it, 2003; Carpentieri P., *La tutela del paesaggio e del patrimonio storico e artistico della Nazione nell'articolo 9 della Costituzione*, in www.giustizia–amministrativa.it, 2005; Cartei G.F., *Paesaggio*, in Diz. dir. pubbl. Cassese, V, Milano, 2006. Sul progetto di riforma dell'art. 9 Cost. (A.C. 3156), la cui nuova formulazione vedrebbe venir meno la parola "paesaggio", v. Rescigno F., *Quale riforma per l'art. 9*, e Frosini T. E., *La Costituzione in senso ambientale. Una critica*, in Federalismi.it, 23 giugno 2021.

[8] D.Lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 recante Codice dei beni culturali e del paesaggio, ai sensi dell'articolo 10 della legge 6 luglio 2002, n. 137. Giampietro P., *Dal testo unico al «Codice dei beni culturali e del paesaggio»*, in Ambiente e svil., n. 7/2004; G., *I principi del Codice dei beni culturali e del paesaggio*, in Giorn. Dir. amm., n. 5/2004; Torsello M.L., *Il codice dei beni culturali e del paesaggio*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2004 e *Profili generali del Codice dei beni culturali e del paesaggio*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2005; Cartei G.F., *Paesaggio*, in Diz. dir. pubbl. Cassese, V, Milano, 2006; Marzuoli C., *Il Paesaggio nel nuovo Codice dei beni culturali*, in Aedon.it, n. 3/2008.

[9] V. art. 131, commi 1 e 2, secondo cui: "*Per paesaggio si intende il territorio espressivo di identità, il cui carattere deriva dall'azione di fattori naturali, umani e dalle loro interrelazioni.*
Il presente Codice tutela il paesaggio relativamente a quegli aspetti e caratteri che costituiscono rappresentazione materiale e visibile dell'identità nazionale, in quanto espressione di valori culturali.".

[10] V. art. 134 secondo cui: "*Sono beni paesaggistici:*
a) gli immobili e le aree di cui all'articolo 136, individuati ai sensi degli articoli da 138 a 141;
b) le aree di cui all'articolo 142;
c) gli ulteriori immobili ed aree specificamente individuati a termini dell'articolo 136 e sottoposti a tutela dai piani paesaggistici previsti dagli articoli 143 e 156.".

nozione di patrimonio culturale[11]. Come si vedrà più avanti, il paesaggio si relazione tuttavia anche con l'ambiente. Il paesaggio e il patrimonio sono anche ritenuti una proprietà collettiva il cui vero scopo è soddisfare ai diritti fondamentali delle persone; sarebbero, dunque, beni comuni strumentali alla realizzazione di interessi superiori e generali[12]. In ambito sovranazionale, con la Convenzione per la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale[13], l'UNESCO ha valorizzato gli aspetti immateriali dei beni culturali, derivanti da una tradizione fatta di immagini evocative o di valori identitari[14], e tale innovazione è stata recepita dal Codice nel 2008. Nel 2004 il legislatore ha conferito nuovo significato alla nozione giuridica di paesaggio che nella prima legislazione era quasi esclusivamente collegato a connotati estetici[15], a un binomio arte-natura, e di conseguenza la relativa tutela.

Il paesaggio, così come l'ambiente[16], non è considerato una materia legislativa autonoma ma, date le intersezioni e i collegamenti, esso è un valore[17] trasversale riconducibile alla materia dei beni culturali[18] e pertanto valgono anche per il paesaggio le criticità derivanti dalla scelta di separare tutela e valorizzazione[19]. Prima

[11] Sandulli M.A., (a cura di) *Il Codice dei beni culturali e del paesaggio (D.Lg. 22 gennaio 2004, n. 42 modificato con i DD.Lgs. 24 marzo 2006, nn. 156 e 157)*, Milano, 2006.

[12] Montanari T., *Il paesaggio e il patrimonio storico e artistico: un unico bene comune*, in Questione Giustizia, n. 2/2017.

[13] V. L. 27 settembre 2007, n. 167 recante Ratifica ed esecuzione della Convenzione per la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale, adottata a Parigi il 17 ottobre 2003 dalla XXXII sessione della Conferenza generale dell'Organizzazione delle Nazioni Unite per l'educazione, la scienza e la cultura (UNESCO). De Paolis M., *Il patrimonio culturale immateriale e il ruolo delle autonomie locali*, in Azienditalia, n. 6/2019.

[14] Boscolo E., *Appunti sulla nozione giuridica di paesaggio identitario*, in Urban. e app., n. 7/2008; Perfetti L.R., *Premesse alle nozioni giuridiche di ambiente e paesaggio. Cose, beni, diritti e simboli*, in Riv. giur. ambiente, n. 1/2009; Fattibene R., *L'evoluzione del concetto di paesaggio tra norme e giurisprudenza costituzionale: dalla cristallizzazione all'identità*, in Federalismi.it, n. 10/2016.

[15] Predieri A., Significato della norma costituzionale sulla tutela del paesaggio, Firenze, 1969; Amorosino S., *Massimo Severo Giannini e la fondazione, in Italia, del diritto urbanistico, del paesaggio e dei beni culturali*, su Riv. giur. edilizia, n. 4/2000; Melani R., *L'arte del paesaggio*, Bologna, 2001; D'Angelo P., *Estetica della natura. Bellezza naturale, paesaggio, arte ambientale*, Roma-Bari, 2001; Jakob M., *Il paesaggio*, Bologna, 2009; Severini G., *"Paesaggio": storia italiana, ed europea, di una veduta giuridica*, Aedon.it, n. 1/2019.

[16] V. C.Cost., sent. n. 407/2002 e sent. n. 398/2006.

[17] Malo M., *Paesaggio: la Corte costituzionale ne ribadisce il valore costituzionale fondamentale, ma "avalla" il procedimento semplificato di autorizzazione paesaggistica, in nome dei "livelli essenziali delle prestazioni"*, in Forumcostituzionale.it, 2012; Carrer M., *Delenda potestas. Guida alla lettura dei principi fondamentali delle materie di potestà legislativa concorrente in quindici anni di giurisprudenza costituzionale*, in Federalismi.it, n. 23/2016.

[18] V. art. 2 del Codice secondo cui "*Il patrimonio culturale è costituito dai beni culturali e dai beni paesaggistici".*

[19] Aicardi N., *Recenti sviluppi sulla distinzione tra "tutela" e "valorizzazione" dei beni culturali e sul ruolo del Ministero per i beni culturali in materia di valorizzazione del patrimonio culturale di appartenenza statale*, in Aedon.it, n.1/2003; Severini G., in op. cit., usa il termine "scissione"; Casini L., *La valorizzazione del paesaggio*, in Riv. trim. Dir. pubbl., 2014; Cammelli M., *Il diritto del patrimonio culturale: sfide aperte, risposte possibili*, in Aedon.it, n. 3/2017; Cavallaro M.C., *I beni culturali: tra tutela e valorizzazione economica*, in Aedon.it, n. 3/2018.

della riforma costituzionale del 2001 e della riforma codicistica del 2004, la Consulta[20] si era già espressa sull'importanza del valore affermando che i beni culturali sono «valori costituzionali primari» e che non possono essere «subordinati ad altro valore costituzionalmente tutelato». Il paesaggio va dunque «rispettato come valore primario, attraverso un indirizzo unitario che superi la pluralità degli interventi delle amministrazioni locali»[21]. La relazione paesaggio-ambiente è stata confermata dal c.d. Codice dell'ambiente [22] nel 2006 (art. 27 in materia di provvedimento unico ambientale) sia successivamente in occasione della modifica della definizione di impatto ambientale (art. 1, comma 5, lett. c). L'art. 1 del Codice, nel dettare i principi della nuova disciplina legislativa unitaria, al comma 2, ha stabilito che *"la tutela e la valorizzazione del patrimonio culturale concorrono a preservare la memoria della comunità nazionale e del suo territorio e a promuovere lo sviluppo della cultura"*. Il contenuto della disposizione implica, per un verso, il riferimento a un "patrimonio" intrinsecamente comune, non suscettibile di frantumazioni ma, nello stesso tempo, naturalmente esposto alla molteplicità e al mutamento e, perciò stesso, affidato, senza specificazioni, alle cure della "Repubblica"; e, per altro verso, una sorta di ideale contiguità, nei limiti consentiti, fra le distinte funzioni di "tutela" e di "valorizzazione" di questo "patrimonio" medesimo, ciascuna identificata nel proprio ambito. Per quanto attiene agli aspetti sistematici delle fonti di produzione, il Codice si autoproclama norma primaria di attuazione dell'art. 9 della Costituzione ove è presente il principio fondamentale della *"tutela del paesaggio"*, senza alcun'altra specificazione, cosicché le disposizioni codicistiche assumono connotazioni tipiche del «parametro interposto», alla stregua del qual misurare la compatibilità costituzionale delle altre norme primarie con esso eventualmente in contrasto[23].

3. La tutela del paesaggio tra cultura e ambiente.

Essa era già presente sin nella prima legislazione del '900[24] e impostata sull'endiadi arte-natura[25], ha un riconoscimento costituzionale specifico e parallelo rispetto a quella del patrimonio storico-artistico, tra i principi fondamentali. Poi, con la riforma

[20] V. C.Cost, sent. n. 151/1986. Cfr. anche sent. n. 118/1990, in cui si afferma che il concetto di cultura non può essere scisso da quello di bene culturale. Luceri C., *Tutela e valorizzazione del patrimonio culturale per la digitalizzazione e l'accessibilità*, in il Chiasmo, Treccani, 2021.
[21] V. C.Cost, sent. n. 182/2006.
[22] V. D.Lgs. 3 aprile 2006, n. 152 recante Norme in materia ambientale.
[23] V. C.Cost., sent. n. 194/2013.
[24] L. 11 giugno 1922, n. 778 per la tutela delle bellezze naturali e degli immobili di particolare interesse storico (c.d. legge Croce); L. 1 giugno 1939, n. 1089, Tutela delle cose d'interesse artistico o storico e L. 29 giugno 1939, n. 1497 sulla protezione delle bellezze naturali (c.d. Bottai).
[25] Severini G., *"Paesaggio": storia italiana, ed europea, di una veduta giuridica,* cit..

costituzionale del 2001, alla tutela si è aggiunta, seppur senza indicazione specifica del paesaggio, la valorizzazione così determinando finalmente un'apertura dalla visione conservativa-statica a quella funzionale-dinamica[26]. Individuare esattamente l'estensione del concetto di tutela paesaggistica resta un'analisi evolutiva, in ragione delle diverse sfumature della nozione giuridica di paesaggio, accennate sopra, per cui residua la dicotomia tra il contesto culturale-artistico-estetico e il contesto ambientale-fisico-biologico [27] . Tuttavia, la tendenza verso quest'ultima contestualizzazione, soprattutto dopo la riforma del 2001 e sotto la vigenza del Codice, appare prevalente ancorché intrisa di elementi identitari-testimoniali[28]. Il legame paesaggio-ecosistema, che hanno il territorio quale substrato comune, viene espresso chiaramente nell'Accordo Stato Regioni del 2001 ove, tra le premesse, le parti indicano che la tutela «comporta il perseguimento di obiettivi di sviluppo sostenibile sulla base di equilibrate e armoniose relazioni tra bisogni sociali, attività economiche e ambiente;» [29]. Copiosa anche la giurisprudenza costituzionale sul tema[30]. Tale legame è essenzialmente prodotto dal nuovo testo dell'art. 117, comma 2, lett. s) della Costituzione che ha allineato ambiente-ecosistema-beni culturali [31], riprendendo insegnamenti dati dalla Consulta anni prima [32]. Successivamente la

[26] Cabiddu M.A., *Diritto alla bellezza*, Riv. AIC, n. 4/2020.

[27] C. Cost., sent. n. 85/1998, secondo cui la tutela del bene culturale è nel testo costituzionale contemplata insieme a quella del paesaggio e dell'ambiente come espressione di principio fondamentale unitario dell'ambito territoriale in cui si svolge la vita dell'uomo e tali forme di tutela costituiscono una endiadi unitaria. Carpentieri P., *Paesaggio, ambiente e transizione ecologica*, in Giustiziainsieme.it, 04.05.2021.

[28] Perfetti L.R., *Premesse alle nozioni giuridiche di ambiente e paesaggio. Cose, beni, diritti e simboli*, in Riv. giur. ambiente, n. 1/2009; Pileri F. M., *Beni culturali ed ambientali*, su Riv. giur. ambiente, n. 5/2013; Paolantonio N., *Beni culturali, beni paesaggistici e tutela dell'ambiente*, in (a cura di Scoca F.G.) Diritto amministrativo, Torino, 2008.

[29] Accordo 19 aprile 2001 tra il Ministro per i beni e le attività culturali e le regioni e le province autonome di Trento e Bolzano sull'esercizio dei poteri in materia di paesaggio. C. Cost., sent. n. 407/2002.

[30] La tutela del paesaggio «va intesa nel senso lato della tutela ecologica» (C. Cost., sent. n. 430/1990) e della «conservazione dell'ambiente» (C. Cost., sent. n. 391/1989), ha «una strettissima contiguità con la protezione della natura, in quanto contrassegnata da interessi estetico-culturali», ed è «basata primariamente sugli interessi ecologici e quindi sulla difesa dell'ambiente come bene unitario, pur se composto da molteplici aspetti rilevanti per la vita naturale e umana» (C. Cost., sent. n. 1029/1988) e per la salute (C. Cost., sent. n. 391/1989); l'art. 9 della Costituzione «tutela il paesaggio-ambiente, come espressione di principio fondamentale dell'ambito territoriale in cui si svolge la vita dell'uomo e si sviluppa la persona umana» (C. Cost., sent. n. 378/2000).

[31] V. C.Cost., sent. n. 9/2004, in materia di (nuovo) riparto di competenze legislative. La riforma costituzionale del 2001 non conteneva riferimenti diretti al paesaggio. Sciullo G., *Beni culturali e riforma costituzionale*, in Aedon.it, n. 1/2001; Cammelli M., *La riforma del vigente Titolo V Cost. Nuove proposte e vecchi problemi*, in Aedon.it, n. 1/2003; Maddalena P., *L'interpretazione dell'art. 118 della Costituzione secondo la recente giurisprudenza costituzionale in tema di tutela e di fruizione dell'ambiente*, in Federalismi.it, n. 9/2010; Conte L., *Il paesaggio e la Costituzione*, Napoli, 2018.

[32] V. C.Cost., sent. n. 210/1987 nella quale si afferma che in Costituzione è rinvenibile un riconoscimento specifico della salvaguardia dell'ambiente come diritto fondamentale della persona ed interesse fondamentale della collettività. Si tende, cioè, ad una concezione unitaria del bene ambientale, comprensiva di tutte le risorse naturali e culturali. Esso comprende la conservazione, la razionale gestione ed il miglioramento delle condizioni naturali, la esistenza e la preservazione dei patrimoni genetici terrestri e marini, di tutte le specie animali e

Corte Costituzionale ha affermato che per tutela del paesaggio si intende «la conservazione della morfologia del territorio e dei suoi essenziali contenuti ambientali» e che essa è riconducibile al principio fondamentale contenuto nell'art. 9 della Costituzione[33]. La tutela del paesaggio, che è dettata dalle leggi dello Stato, trova poi la sua espressione nei piani territoriali, a valenza ambientale, o nei piani paesaggistici, redatti dalle Regioni alle quali spetta la concreta individuazione e la collocazione dei beni paesaggistici in tali piani. Essa dovrebbe attuarsi dinamicamente e cioè tenendo conto delle esigenze poste dallo sviluppo socio-economico del Paese, per quanto la soddisfazione di esse può incidere sul territorio e sull'ambiente [34]. Oltre alla pianificazione, altri strumenti di tutela sono la dichiarazione di notevole interesse pubblico (art. 140) e poi l'autorizzazione paesaggistica che, in concreto, compie una valutazione di compatibilità complessiva della nuova opera su bene/luogo vincolato, tenendo in considerazione soprattutto il dato della percezione visiva della modificazione dello stato dei luoghi[35].

La tutela del paesaggio è ritenuta recessiva rispetto a quella dell'ambiente che inerisce a un interesse pubblico di valore costituzionale primario ed assoluto, e deve garantire un elevato livello di tutela, come tale inderogabile da altre discipline di settore [36]. Recentemente la Consulta, a proposito della materia della protezione dell'ambiente sotto il profilo della incidenza sui presupposti del rilascio della autorizzazione paesaggistica, ha ribadito la necessità che le Regioni rispettino in modo rigoroso il riparto di competenze delineato dalla Costituzione in materia di protezione dell'ambientale e del paesaggio[37]. Invece, la tutela del paesaggio è ritenuta prevalente rispetto alla pianificazione dell'uso del territorio, come si spiegherà nel prosieguo.

4. La pianificazione paesaggistica.

Il principio di pianificazione in ambito paesaggistico è stato introdotto nel nostro ordinamento nel 1939 [38], mediante un *"piano territoriale paesistico"* quale atto

vegetali che in esso vivono allo stato naturale ed in definitiva la persona umana in tutte le sue estrinsecazioni.
[33] V. C.Cost., sent. n. 367/2007 cit..
[34] C. Cost., sent. n. 437/2000.
[35] Cons. Stato, Sez. IV, sent. 11/10/2018, n. 5850 e 28/09/2020, n. 5651.
[36] C. Cost., sentt. nn. 151/1986, 210/1987 e 378/2007. Cfr. Rota R., *Profili di diritto comunitario dell'ambiente*, in AA.VV. *Trattato dell'ambiente*, Padova 2012; Mengozzi, *Il "Governo del territorio" e la sua intersezione strutturale con la "tutela dell'ambiente": linee di continuità e di evoluzione*, in Federalismi.it, n. 15/2017; Morrone, *Il coordinamento tra attività edilizia ed i vincoli paesaggistici ed ambientali nel recente contesto d'emergenza*, AmbienteDiritto.it, n. 1/2020.
[37] C. Cost., sent. n. 74/2021.
[38] L. 29 giugno 1939, n. 1497 sulla protezione delle bellezze naturali (c.d. Bottai).

regolamentare con il fine di impedire che le *"bellezze naturali"* fossero *"utilizzate in modo pregiudizievole alla bellezza panoramica"*[39]. Nel 1985[40] la legislazione, sopravvenuta con lo scopo di classificare le bellezze naturalistiche in base alle loro caratteristiche peculiari suddividendole per classi morfologiche, ha imposto alle Regioni di sottoporre a specifica normativa d'uso e di valorizzazione ambientale il territorio su cui ricadono i beni vincolati *ex lege* mediante la redazione di Piani paesistici o di Piani urbanistico-territoriali[41]. La legge aveva previsto un sistema di protezione del paesaggio basato essenzialmente sulla realizzazione dei Piani e sull'autorizzazione regionale, prevedendo il successivo controllo e l'eventuale annullamento da parte dello Stato[42].Tale legislazione ha rappresentato il primo, importante, tentativo di andare oltre la tutela di singoli "beni" o "cose", considerati da un punto di vista meramente estetico, e ha delineato una disciplina organica di salvaguardia dei "beni ambientali" intesi in senso lato. La pianificazione è stata confermata dal T.U. del 1999[43], con efficacia prescrittiva diretta per i privati[44] e non quale mera programmazione a efficacia interna; il Piano aveva modalità operative ed effetti simili a quelli dei piani urbanistici, seppur preordinano alla salvaguardia di valori estetico-culturali. Tale Piano era obbligatorio solo per i beni vincolati *ex lege*.

Il Codice del 2004 è intervenuto significativamente sul quadro normativo preesistente, sia sotto il profilo delle finalità e dei contenuti che sotto il profilo delle competenze Stato-Regioni[45] e dei rapporti con la pianificazione territoriale-urbanistica. Come accennato sopra, il Codice tiene necessariamente conto sia della Convenzione europea sia del nuovo riparto di competenze legislative di cui agli artt. 117 e 118 Cost. La prima novità riguarda l'efficacia territoriale dei Piani e l'obbligo di considerare, a tal fine, l'intero territorio regionale. La seconda novità riguarda la

[39] V. anche il successivo DPR 24 luglio 1977, n. 616 recante Attuazione della delega di cui all'art. 1 della legge 22 luglio 1975, n. 382. Cfr. Cons. Stato, A.P., 9/2001.

[40] L. 8 agosto 1985, n. 431 Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 27 giugno 1985, n. 312, recante disposizioni urgenti per la tutela delle zone di particolare interesse ambientale. Sulla distinzione tra distinzione tra Piano paesistico e Piano urbanistico-territoriale, v. C. Cost., sent. n. 327/1990.

[41] De Bonis L., Gisotti M.R., Mason R., Magnaghi A (a cura di) *La pianificazione paesaggistica in Italia: stato dell'arte e innovazioni*, Firenze, 2016; Guzzo G. e Del Greco E., *La tutela del paesaggio nell'attuale codificazione legislativa: diritto fondamentale o diritto cedevole?*, in AmbienteDiritto.it, 2017; Severini G., *"Paesaggio": storia italiana, ed europea, di una veduta giuridica*, Aedon.it, n. 1/2019.

[42] Fabrizio M., Stato, *Regioni e tutela del paesaggio: un difficile equilibrio – commento*, in Amb. e svil., n. 11/1997.

[43] V. art. 149 del D.Lgs. 29 ottobre 1999, n. 490 recante Testo unico delle disposizioni legislative in materia di beni culturali e ambientali, a norma dell'articolo 1 della legge 8 ottobre, n. 352.

[44] C.Cost., sent. n. 37/2000.

[45] Secondo l'Accordo Stato-Regioni del 2001, l'equilibrio tra competenza statale e competenza regionale in materia si era posizionato ritenendo che gli interventi di trasformazione del paesaggio potessero essere realizzati solo se coerenti con le disposizioni dettate dalla pianificazione paesistica nella quale devono essere individuati i valori paesistici del territorio, definiti gli ambiti di tutela e valorizzazione, esplicitati per ciascun ambito gli obiettivi di qualità paesaggistica, nonché' le concrete azioni di tutela e valorizzazione

sintesi dei due atti pianificatori in un "unico" Piano paesaggistico (artt. 135, 143 e 145)[46]. Il Piano è lo strumento di protezione giuridica uniforme a struttura composita, sia di piano urbanistico di area vasta sia di strumento di salvaguardia culturale della superficie regionale, con contenuti conoscitivi, propositivi (linee guida) e prescrittivi, prevedendosi azioni di conservazione, recupero e ripristino dirette alle amministrazioni locali e persino ai privati, esso racchiude scelte destinate a conformare sia il territorio che la proprietà[47] (si pensi al tema centrale della vestizione dei vincoli). La coesistenza del Piano paesaggistico "puro" e del Piano "urbanistico-territoriale" con specifica considerazione dei valori paesaggistici –equiparati dal Codice (art. 135, comma 1)– fa sì che oggi lo strumento di pianificazione paesaggistica regionale, qualunque delle due forme esso assuma, presenti contenuti e procedure di adozione sostanzialmente uguali[48]. La disciplina prescrittiva non riguarda più solo i beni paesaggistici in senso stretto ma anche altri oggetti ritenuti dal Piano meritevoli di tutela[49]. Il Piano attribuisce a ciascun ambito, secondo il valore riconosciuto all'area su cui insiste o di cui si compone, obiettivi di qualità paesaggistica con riguardo alla conservazione ambientale, allo sviluppo urbanistico/edilizio compatibile e alle attività di riqualificazione delle aree degradate[50]. I Piani paesaggistici sono di competenza regionale, salvi i casi nei quali vi sia l'elaborazione congiunta (copianificazione, previo accordo ai sensi dell'art. 11 della L. 8 agosto 1990, n. 241) con lo Stato[51], al quale spetta comunque l'individuazione delle linee fondamentali dell'assetto del territorio nazionale in materia di tutela del paesaggio; tali linee sono un (presupposto) atto di indirizzo

[46] Severini G., *Il codice dei beni culturali e del paesaggio*, in Giorn. Dir. amm., n. 5/2004; sulla pianificazione paesaggistica in particolare Milani V. *Il codice dei beni culturali e del paesaggio*, in Giorn. Dir. amm., n. 5/2004; Dini V., *Il «Codice Urbani»: contenuti della riforma*, in Ambiente e svil., n. 7/2004; Mazzarelli V., *Il «nuovo» Codice dei beni culturali e del paesaggio – commento*, in Giorn. Dir. amm., n. 10/2006 e *Le nuove modifiche al Codice dei beni culturali e del paesaggio - la disciplina del paesaggio dopo il d.lgs. n. 63/2008*, in Giorn. Dir. amm., n. 10/2008; Comporti G.D., *Piani paesaggistici*, Enc. del diritto, Annali, Milano, 2012; Guzzo G. e Del Greco E., *La tutela del paesaggio nell'attuale codificazione legislativa*, su AmbienteDiritto.it, 2017; Vettori N., *Il piano paesaggistico alla prova. I modelli della Toscana e della Puglia*, in Aedon.it, n. 1/2017.

[47] Tuccillo S., *Piani territoriali paesistici e vincoli di inedificabilità. Il difficile contemperamento tra "limitazioni amministrative" e diritti dei privati*, in Riv. giur. dell'edilizia, n. 2/2004; Caracciolo La Grotteria A., *Aspetti della tutela paesaggistica*, in Foro amm. TAR 7-8/2009; Cabiddu M.C. (a cura di), *Diritto del governo del territorio*, Torino, 2010; Pagliari G., Sollini M., Farri G., *Regime della proprietà privata tra vincoli e pianificazione dall'unità d'Italia* ad oggi, in Riv. giur dell'edilizia, n. 6/2015; Chirulli P., *Il governo multilivello del patrimonio culturale*, in Dir. amm, n. 4/2019; Di Giovanni L., *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione nel procedimento di pianificazione paesaggistica*, in Riv. giur. dell'edilizia, n. 6/2019; Stella Richter P., *Conformare*, in Dir. Proc. amm, n. 1/2020.

[48] C. Cost., sent. n. 11/2016.

[49] Urbani P., *La costruzione del Piano paesaggistico*, in Urban. e app., n. 4/2006.

[50] Amorosino S., Piani paesaggistici e concetti giuridici indeterminati: le "aree compromesse e degradate" e gli "ulteriori contesti" di paesaggio (oltre quelli vincolati) da tutelare, in Riv. giur. dell'edilizia, n. 4/2014.

[51] Limitatamente ai beni paesaggistici di cui all'articolo 143, comma 1, lettere b), c) e d), nelle forme previste dal medesimo articolo 143.

statale della pianificazione regionale. Il Piano è adottato con delibera del Consiglio regionale, non ha rango legislativo ma è atto generale non regolamentare. In presenza di un Piano paesaggistico, gli enti locali territoriali conformano e adeguano i propri strumenti urbanistici e territoriali alle sue previsioni secondo le procedure stabilite dalla Regione, con la necessaria partecipazione degli organi ministeriali[52]. L'inserimento di un'area o di un bene quale bene paesaggistico ha effetto di vincolo relativo[53] che ammette, previa autorizzazione, le manutenzioni straordinarie e le ristrutturazioni dei manufatti purché senza alterazione della sagoma, cioè a impatto visivo zero. Vi è una rigorosa tipizzazione delle ipotesi vincolistiche, alla quale corrisponde una altrettanto dettagliata previsione di casi, ugualmente nominati e tassativi, di deroga[54].

L'esercizio pianificato, in sede generale e preventiva, della tutela paesaggistica e ambientale, costituisce la modalità più corretta di applicazione delle misure che l'esistenza dei relativi vincoli comporta. La predeterminazione di priorità e modalità di tutela aiuta a esercitare successivamente la discrezionalità, in sede di dichiarazione o di autorizzazione. Invece, l'assenza del Piano determinerebbe una tutela inevitabilmente frazionata, realizzata mediante provvedimenti singoli e quindi puntuali, per ciascuna istanza edilizia o di uso del territorio, intuibilmente esposti a diversità di trattamento con grave incertezza nell'esercizio dei diritti reali e delle attività economiche insistenti sul territorio[55]. Conseguentemente, l'esercizio di una facoltà così strutturata come quella della pianificazione paesaggistica costituisce espressione di una discrezionalità lata, volta a fondare un regime di certezza delle situazioni giuridiche private e pubbliche[56].

L'attività di pianificazione delle Pubbliche Amministrazioni è, oltre a quanto stabilito dalle legislazioni di settore, una competenza generale rimessa agli organi di indirizzo politico-amministrativo [57] e i relativi atti sono riconducibili agli atti amministrativi a contenuto generale[58], di cui all'art. 3 della L. 8 agosto 1990, n. 241.

---

[52] Cons. Stato, Sez. IV, sent. 29/03/2021, n. 2633.

[53] Giovagnoli F., *Sul contenuto e i limiti nell'imposizione del vincolo di tutela indiretta*, su Rassegna Avvocatura di Stato, n. 1/2010; Sciullo, *La distinzione fra vincoli conformativi ed espropriativi negli strumenti urbanistici*, su Urban. e appalti, 2013; Urbani P., *Conformazione dei suoli e finalità economico sociali*, Urban. e app., n. 1/2013; Follieri E., *L'Adunanza plenaria, "sovrano illuminato", prende coscienza che i principi enunciati nelle sue pronunzie sono fonti del diritto - il commento*, in Urban. e app., n. 3/2018; Urbani P., *L'edilizia*, su Giorn. di Dir. amm., n. 6/2020.

[54] C. Cost., sent. n. 66/2012 e Cons. Stato, Sez. IV, sent. 04/11/2020, n. 6801. Iervolino A., *La tipicità del regime dei vincoli paesaggistici e delle sue deroghe*, in CamminoDiritto.it, 2020.

[55] TAR Lazio, Roma, Sez. II bis, sent. 24/05/2021.

[56] Saitta F., *Governo del territorio e discrezionalità dei pianificatori*, in Riv. giur. dell'edilizia, n. 6/2018.

[57] Art. 4 del D.Lgs. 30/03/2001, n. 165, Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche e art. 42 del D.Lgs. 18/08/2000, Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali.

[58] Giannini M.S., *Provvedimenti amministrativi generali e regolamenti ministeriali*, Milano, 1953; Sandulli

Tale tipologia di atti, sebbene priva (a differenza dell'atto normativo) dell'astrattezza, si caratterizza per la generalità dei destinatari, intesa come indeterminabilità dei destinatari *ex ante*, ma non e*x post*[59]. Dunque, a essi si applicano i principi in materia di procedimenti amministrativi che ne impongono la complessiva verifica di legittimità, la soggezione alle norme sulla competenza, il rispetto dei canoni di ragionevolezza, la garanzia di imparzialità e ne legittimano il corrispondente sindacato giurisdizionale da parte del giudice amministrativo[60], anche in punto di adeguatezza delle premesse istruttorie e di idoneità giustificativa sul piano motivazionale, ancorché la motivazione non sia indispensabile[61]. Altrettanto a dirsi per gli aspetti processualistici della giurisdizione, dell'interesse ad agire per l'impugnazione, nei soli casi di immediata lesività, e per gli effetti, tendenzialmente *erga omnes*, del giudicato[62]. Infatti gli atti a contenuto generale, diversamente da quelli a carattere puntuale, non sono tendenzialmente idonei a incidere a titolo particolare sulla posizione degli interessati; che vale indipendentemente dal tipo di attività disciplinata[63]. Atti del genere hanno necessariamente una lata discrezionalità programmatica che può comportare la necessità di un confronto comparativo di posizioni e di interessi pubblici e privati, propria della logica della determinazione conclusiva dei procedimenti a efficacia esterna.

5. La gerarchia nella pianificazione.

L'ultimo comma dell'art. 143 del Codice reca una norma di maggior rilievo ai fini del caso trattato dal Consiglio di Stato: *"A far data dall'adozione del piano paesaggistico non sono consentiti, sugli immobili e nelle aree di cui all'articolo 134, interventi in contrasto con le prescrizioni di tutela previste nel piano stesso. A far data dalla approvazione del piano le relative previsioni e prescrizioni sono immediatamente cogenti e prevalenti sulle previsioni dei piani territoriali ed urbanistici."*[64], da leggersi in parallelo con quanto stabilito dall'art. 145, comma 3, del medesimo Codice. I termini del rapporto fra tutela

A.M., *Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, in Foro it., vol. 77, n. 10, 1954; Santaniello G., *Gli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, Milano, 1963; Ramajoli M. e Tonoletti B., *Qualificazione e regime giuridico degli atti amministrativi generali*, in Riv. trim. Dir. amm., 2013; Cocconi M., *Garanzie procedurali e atti amministrativi a contenuto generale*, in Istit. di feder., n. 1/2018.

[59] Cons. Stato, Sez. VI, sent. 23/06/2021, n. 4818.

[60] Baccarini S., *Sindacabilità della discrezionalità del potere di pianificare e legittimità della normativa*, in Riv. giur. dell'edilizia, n. 5/2013.

[61] Cons. Stato, Sez. V, sent. 12/06/2009, n. 3728.

[62] Amorosino S., *Note in tema di impugnabilità degli atti di indirizzo e programmazione*, in Dir. proc. amm., n.3/2009.

[63] Cons. Stato, Sez. III, sent. 20/04/2021, n. 3190.

[64] Comma inserito dall'art. 2, comma 1, lett. p), del D.Lgs. 26 marzo 2008, n. 63.

paesaggistica e disciplina urbanistica comporta che nella disciplina delle trasformazioni del territorio, la tutela del paesaggio assurge a valore prevalente. Conseguentemente le previsioni del Piano sono cogenti per i piani urbanistici e altri strumenti di pianificazione territoriale di competenza comunale e spetta alla normativa regionale disciplinare le modalità conformative e di adeguamento[65].

Queste disposizioni sono spesso sotto la lente dei Giudici che si sono espressi variamente ma sempre riconoscendo che i piani paesaggistici sono sovraordinati gerarchicamente ad altri atti mediante i quali gli enti governano il territorio.La pianificazione urbanistica ha infatti la finalità di disciplinare, in coerenza con i valori paesaggistici e ambientali alla base dello strumento di pianificazione paesaggistica, la diversa destinazione urbanistica delle zone del territorio comunale secondo principi di gestione complessiva ed armonica dello stesso.

La Corte Costituzionale fa discendere l'ordine gerarchico dei Piani dal carico ponderale dei valori che essi presidiano. La separatezza tra pianificazione territoriale-urbanistica e tutela paesaggistica e la prevalenza dell'impronta unitaria della pianificazione paesaggistica si esprimono appunto nel principio di gerarchia degli strumenti di pianificazione dei diversi livelli territoriali[66]. L'impronta unitaria della pianificazione paesaggistica «è assunta a valore imprescindibile, non derogabile dal legislatore regionale in quanto espressione di un intervento teso a stabilire una metodologia uniforme nel rispetto della legislazione di tutela dei beni culturali e paesaggistici sull'intero territorio nazionale» [67] . La Consulta ha recentemente confermato il principio di prevalenza della tutela paesaggistica, cosicché al legislatore regionale è impedito non solo adottare normative che deroghino o contrastino con norme di tutela paesaggistica che pongono obblighi o divieti, ma anche introdurre limiti o condizioni senza che ciò sia giustificato da più stringenti ragioni di tutela[68].

Anche i Giudici amministrativi hanno trattato la tematica, sotto il profilo attizio prima che sotto quello valoriale, ricordando primariamente che la tutela del paesaggio costituisce competenza riservata alla potestà legislativa esclusiva statale e limite inderogabile alla disciplina che le Regioni possono dettare nelle materie di loro competenza[69]. Inoltre hanno affermato che «in cima alla piramide degli strumenti di pianificazione del territorio e ad essi devono conformarsi in caso di contrasto gli altri strumenti urbanistici.»[70]. La pianificazione urbanistica ha la finalità di disciplinare, in

[65] Angiuli A., *Piani territoriali tra valore paesaggistico, interessi rivali e partecipazione*, in *Scritti in memoria di Roberto Marrama*, Napoli, 2012; Cartei G. F., *Autonomia locale e pianificazione del paesaggio*, in Riv. trim. dir. pubbl., n. 3/2013.
[66] C. Cost., sent. n. 180/2008 e sent. n. 11/2016 cit.
[67] C. Cost., sent. n. 197/2014.
[68] C. Cost., sent. n. 74/2021.
[69] Cons. Stato, Sez. IV, sent. 14/05/2021, n. 3820;
[70] Cons. Stato, Sez. IV, sent. 24/02/2020, n. 1355 e giurisprudenza richiamata, con nota di Sola A., *Il rapporto di*

coerenza –dunque senza derogarvi– con i valori paesaggistici e ambientali alla base dello strumento di pianificazione territoriale, la diversa destinazione urbanistica delle zone del territorio comunale secondo principi di gestione complessiva e armonica dello stesso[71]. Così come le Regioni non possono introdurre disposizioni peggiorative dei livelli minimi stabiliti legislazione statale, ma possono innalzare tali livelli di tutela statale, altrettanto gli strumenti di pianificazione territoriale possono, al più, contenere disposizioni aggiuntive, anche più restrittive, dello strumento regionale sovraordinato[72]. I principi cardine ai quali detto coordinamento tra pianificazione paesaggistica e pianificazione territoriale si ispira sono:

a) l'espressa inderogabilità delle previsioni contenute nei piani paesaggistici di cui agli articoli 143 e 156 del Codice da parte di piani, programmi e progetti nazionali o regionali di sviluppo economico;

b) l'espressa cogenza delle previsioni medesime rispetto agli strumenti urbanistici degli Enti territoriali minori (comuni, città metropolitane e province);

c) l'espressa prevalenza delle stesse sulle disposizioni difformi eventualmente contenute negli strumenti urbanistici e sulle normative di settore;

d) l'obbligo di conformazione e di adeguamento degli strumenti di pianificazione urbanistica e territoriale degli Enti locali minori alle previsioni dei piani paesaggistici, secondo le procedure previste dalla legge regionale[73].

La giurisprudenza ha pure evidenziato che, specularmente, all'interno della pianificazione urbanistica devono trovare spazio anche esigenze di tutela ambientale ed ecologica. In tale contesto, spetta all'ente esponenziale effettuare una mediazione tra i predetti valori e gli altri interessi coinvolti, quali quelli della produzione o delle attività antropiche più in generale, che comunque non possono ritenersi equiordinati in via assoluta[74].

6. La posizione del Consiglio di Stato.

La sentenza in commento non si discosta dai precedenti[75] e conferma che la risoluzione dell'antinomia tra atti a presidio di diversi interessi pubblici, non rilevando la posizione del privato nella specifica situazione, avviene applicando il criterio gerarchico, di cui ai già citati articoli 143 e 145 del Codice. Tale criterio

primazia dei piani paesaggistici, in AmbienteDiritto.it, 2020.

[71] Cons. Stato, Sez. IV, sent. 18/05/2021, n. 3864.

[72] Cons. Stato, Sez. IV, sent. 08/07/2019, n. 4778 e 18/05/2021, n. 3864.

[73] Cons. Stato, Sez. IV, sent. 14/05/2021, n. 3820 cit..

[74] Cons. Stato, Sez. VI, sent. 28/06/2021, n. 4887.

[75] Non risultano precedenti divergenti.

prevale su quello cronologico di base. L'inderogabilità della pianificazione paesaggistica, anche nelle Regioni a Statuto speciale, non può essere scalfita neppure da disposizioni regionali di rango primario (es. materia di c.d. "piano casa"[76]) quando si tratti di vincoli paesaggistici derivanti direttamente dalla legislazione nazionale che, ai sensi dei già citati artt. 117 e 118 Cost., contengono norme fondamentale di riforma economico-sociale.

[76] L. Regione Sardegna, 23 aprile 2015, n. 8, recante Norme per la semplificazione e il riordino di disposizioni in materia urbanistica ed edilizia e per il miglioramento del patrimonio edilizio, e smi.. Cass. pen., sez. III, sent. 10/01/2020, n. 14242.

LA CARATTERIZZAZIONE E BONIFICA DEI SITI CONTAMINATI ALLA LUCE DEL DECRETO LEGGE 31 MAGGIO 2021, N. 77

Giovanni Savarese*

ABSTRACT [ITA]: Tra i vari aspetti salienti riguardo l'attuazione degli interventi del Piano di Ripresa e Resilienza potrebbe avere una rilevanza significativa quello della bonifica dei siti contaminati. Il tema è centrale perché riguarda il potenziale riutilizzo di aree industriali dismesse e il loro risanamento, l'abbattimento di consumo di suolo, il miglioramento delle condizioni di salute e di giustizia sociale delle popolazioni che abitano tali territori. Le affinità con gli Obiettivi dell'Agenda 2030 dell'ONU che l'Italia si è impegnata a perseguire sono sostanziali. Uno dei maggiori ostacoli ai percorsi di risanamento è, secondo opinione diffusa, la complessità degli iter normativi e la farraginosità delle procedure. Ciò, nonostante rispetto alla prima regolamentazione coordinata del 2006 con il Decreto Legislativo n. 152 si siano susseguiti numerosi interventi volti a semplificare o a completare il quadro normativo. Scopo del presente contributo è illustrare gli aspetti di alcune novità normative introdotte dal Decreto Legge 31 maggio 2021, n. 77, discuterne i contenuti evidenziando punti di forza e criticità.

ABSTRACT [ENG]: *The issue of contaminated sites is very important in the context of the Italian Recovery and Resilience Plan. The theme is central because it concerns the potential reuse of abandoned industrial areas and their rehabilitation, the abatement of land consumption, the improvement of the health and social justice conditions of the populations who inhabit these territories. The affinities with the Objectives of the 2030 Agenda of the UN, that Italy is committed to, are substantial. According to widespread opinion, one of the major obstacles to remediation of contaminate sites is the complexity of the regulatory process. This, despite the first coordinated regulation of 2006 with Legislative Decree no. 152, there have been numerous interventions aimed at simplifying or completing the regulatory framework. The purpose of this contribution is to illustrate the aspects of some legislative innovations from the Law Decree no 77 of 2021, discuss some of its contents highlighting its strengths and criticalities.*

Parole chiave: ambiente, aree agricole, sito di interesse nazionale, interventi, procedure amministrative. ***Key word****: environment, agricultural land, site of national interest, intervention administrative procedures.*

* 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.

SOMMARIO. – **1.** Introduzione. – **2.** Il contesto (un breve richiamo). – **3.** Il D.L. 31 maggio 2021, n. 77 in tema di siti contaminati. – **3.1.** Aree Agricole. – **3.2**. Sulle previsioni da ricomprendere nell'atto autorizzatorio degli interventi di bonifica. – **3.3.** Integrazioni in merito ad interventi ed opere nei siti contaminati – **3.4.** Sulla certificazione di avvenuta bonifica. – **3.5.** Sulle procedure nei Siti di Interesse Nazionale. – **4.** Conclusioni.

1. Introduzione.

Il tema della "*Bonifica dei siti contaminati*" è quanto mai complesso. Le sue ricadute sono trasversali: ecosistemiche naturali, sociali, sanitarie ed economiche. È un fenomeno che, traguardando l'orizzonte sovranazionale più immediato, interessa l'Europa in 2.8 milioni di siti potenzialmente contaminati dei quali il 14% (più di 300 mila) richiede interventi di bonifica[1]. In Italia i dati dell'Istituto Superiore per la Ricerca e la Protezione Ambientale (ISPRA) certificano circa 5.000 siti che hanno avuto bisogno di intervento per ridurre le concentrazioni delle sostanze contaminati o trovare un nuovo equilibrio con l'ambiente circostante e con l'uomo mediante azioni di messa in sicurezza. A questi si aggiungono circa 15.000 siti in attesa di interventi[2]. Ma i numeri dovrebbero considerare anche quelli dei Siti di Interesse Nazionale (SIN): aree ad eccezionale livello di compromissione della qualità ambientale che si estendono per più dello 0,5% del territorio italiano.

Se a livello comunitario manca ancora una direttiva specifica, nell'ordinamento italiano la disciplina è trattata al Titolo V alla Parte IV del d.lgs. 3 aprile 2006 n. 152 (c.d. Codice o Testo Unico dell'Ambiente[3]). Dal 2006 ad oggi si sono succeduti un gran numero di interventi normativi volti, nella maggior parte dei casi, a regolamentare specifiche circostanze in un'ottica di auspicata *semplificazione*. Meno frequentemente si è assistito ad interventi di *razionalizzazione* e *armonizzazione*. Le indicazioni per la conduzione del c.d. "*procedimento di caratterizzazione e bonifica*" si sono così infittite, a volte dando luogo ad "*universi paralleli*" ben distinti (è il caso di

[1] *The European environment – state and outlook 2020*, European Environmental Agency, 2019.
[2] F. Araneo, E. Bartolucci, Lo stato delle bonifiche dei siti contaminati in Italia: i dati regionali, Edizione 2021. ISPRA, Rapporti 337/21, 2021
[3] Definizione divisiva, agli albori si veda F. Giampietro, *Né Testo Unico Ambientale né Codice dell'ambiente … Ma un unico contenitore per discipline differenziate*, Rivista Ambiente e Sviluppo – IPSOA, 2006, per una valutazione più recente M. Vanini, *Il proprietario "incolpevole" nei procedimenti di bonifica*, Dottorato di ricerca in Diritto e Scienze Umane XXIX Ciclo, Università degli Studi dell'Insubria, 2015-2016, nota 31.

quelle *ex* art. 252 «*relative alla rete di distribuzione carburanti*»[4]) altre volte generando delle "*galassie*" nelle quali le tante disposizioni specifiche sono tenute insieme dall'ossatura fondante del Titolo V (è il caso di quelle per i Siti di Interesse Nazionale).

Se anche non si tiene conto della concorrenza costituzionale che la materia riveste nelle attribuzioni "*stato-regioni*" e se si escludono dal novero della valutazione tutti gli interventi di *soft law* che accompagnano (fortunatamente) il tema, è di tutta evidenza che la complessità normativa (che si riflette in ogni prospettiva) ha origini a livello di amministrazione centrale. Il Titolo V ha subito importanti interventi con il Decreto Legge 16 luglio 2020, n. 76 recante «*Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale*», che affronta al Capo II «*Semplificazione in materia ambientale*»[5].

Orbene a tali interventi si aggiungono, trascorsi appena 11 mesi, quelli del Decreto Legge 31 maggio 2021, n. 77 che non solo espandono le previsioni del Titolo V ma modificano ed integrano anche quelle del precedente decreto legge come convertito nella Legge 120/2020.

Il lavoro non tratterà di tutti gli impatti apportati dal D.L. 77/2021 in materia di "*siticontaminati*", ma si occuperà di quelle ricadute più o meno dirette sugli aspetti procedurali. E peraltro, data la caratteristica di "*temporaneità*" dello strumento normativo, quanto riportato ha soprattutto l'obiettivo di mettere in luce le principali criticità necessarie di cui tenere conto in fase di conversione in legge[6]. Il carattere di novità del testo esaminato e la specificità degli argomenti in esso trattati hanno concorso a rendere estremamente rarefatta la possibilità di attingere e far ricorso ad elementi di dottrina e giurisprudenza circoscritti.

2. Il contesto (un breve richiamo).

La disciplina del Titolo V alla Parte IV è emersa a valle di un intenso lavoro seguito alla prima sistematizzazione normativa introdotta appena 7 anni prima dal Decreto Ministeriale 25 ottobre, n. 471[7]. Nella valutazione degli ultimi aggiornamenti

[4] Introdotto dall'art. 36 del D.L. 83/2012 e che hanno trovato concreta definizione nel Decreto del Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare 12/02/2015, n. 31.
[5] 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 luglio 2020, n. 76, AMBIENTEDIRITTO.it – Editore AMBIENTEDIRITTO, 2021.
[6] Disegno di legge: "Conversione in legge del decreto-legge 31 maggio 2021, n. 77, recante governance del Piano nazionale di ripresa e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure" (3146)
[7] Scaturito dal Decreto legislativo 5 febbraio 1997, n. 22 recante «Attuazione delle direttive 91/56/CEE sui rifiuti, 91/698/CEE sui rifiuti pericolosi e 94/62/CE sugli imballaggi e sui rifiuti di imballaggio»

normativi appare interessante muovere i primi passi dal richiamo (sintetico) dei contenuti della legge di delega legislativa (Legge 15 dicembre 2004, n. 308) da cui è scaturito il Titolo V.

I principi e criteri generali di predisposizione degli atti delegati avrebbero dovuto fare riferimento ad obiettivi di miglioramento della qualità dell'ambiente e utilizzazione accorta e razionale delle risorse naturali, di maggiore efficienza e tempestività nei controlli e nelle azioni di tutela dell'ambiente e di sostenibilità dello sviluppo, alla necessità di veder affermarsi il principio "*chi inquina paga*".

Sul piano dei principi e criteri specifici, per il tema dei siti contaminati, si affermava tra gli altri aspetti la necessità di definire obietti di bonifica tramite «*valutazione dei rischi sanitari e ambientali connessi agli usi previsti dei siti stessi, tenendo conto dell'approccio tabellare*», favorire «*la conclusione di accordi di programma tra i soggetti privati e le amministrazioni interessate" e "incentivare il ricorso a risorse finanziarie private per la bonifica ed il riuso anche ai fini produttivi dei siti contaminati*». Ma anche «*raggiungere la piena operatività degli organi amministrativi e tecnici preposti alla tutela e al risanamento del suolo e del sottosuolo*» e coordinare i piani settoriali di rilievo ambientale con i piani urbanistici.

Trascorsi 15 anni dall'emanazione del Codice è difficile dare un giudizio complessivo. Anche perché nel tempo si è assistito ad una progressiva opera di correzione, aggiustamento ed integrazione della normativa e ad oggi il quadro risulta significativamente mutato e, forse, frammentato. Parallela è stata l'evoluzione del sistema istituzionale preposto alla tutela dell'ambiente: un ruolo centrale è ora affidato Sistema Nazionale a rete per la Protezione dell'Ambiente[8]. Non solo. Trattandosi di una materia ad alto contenuto scientifico e ingegneristico le evoluzioni tecniche e tecnologiche hanno consentito da un lato l'individuazione più precisa di potenziali problemi dall'altro l'offerta di soluzioni più performanti. Ed ancora, l'accresciuta sensibilità della cittadinanza alle tematiche ambientali, talvolta come ricaduta delle evidenze negative sulla salute delle popolazioni[9], ha fatto emergere aspetti anche "sociali"[10].

[8] Istituito con Legge 28 giugno 2016, n. 132, che però manca ancora della maggior parte dei Decreti attuativi previsti.

[9] Il Progetto SENTIERI (Studio Epidemiologico Nazionale dei Territori e Insediamenti Esposti a Rischio da Inquinamento), troppo poco conosciuto, «*ha messo in evidenza eccessi di patologie in territori caratterizzati dalla presenza nell'ambiente di fonti di esposizione ambientale*», nell'opera di A. Zona, R. Pasetto, L. Fazzo, I. Iavarone, C. Bruno, R. Pirastu, P. Comba,*Sentieri, Quinto Rapporto*, Epidemiologia & Prevenzione, 2019, 43 (2-3) marzo-giugno Suppl. 1.

[10] Si suggerisce la lettura di R. Pasetto, A. Fabri, *Environmental Justice nei siti contaminati: documentare le disuguaglianze e definire gli interventi*, Rapporti IstiSan, 2020, 20/21.

Come detto l'espressione di un giudizio è opera ardita e, in ogni caso, fuori dal contesto. Può però essere utile un richiamo ad alcune delle conclusioni cui è giunta la "Commissione Parlamentare di Inchiesta sulle Attività Illecite Connesse al Ciclo dei Rifiuti". Nel 2012[11] questa giudicava il settore delle bonifiche «*fallimentare*» e le procedure come pesanti e vischiose. In particolare, la Commissione rilevò la necessità di rivedere le perimetrazioni dei Siti di Interesse Nazionale e divenire ad una semplificazione delle procedure senza però «*avere come prezzo un minore livello di salvaguardia degli interessi costituzionali oggetto di tutela*». Ed ancora si riteneva centrale l'opportunità di dimensionare gli interventi di bonifica in relazione al prevedibile futuro utilizzo del sito. I lavori della commissione nel 2018[12] hanno «*dovuto registrare una serie di problemi in buona parte sovrapponibili a quelli allora evidenziati* (nel 2012 N.d.R.)» aggiungendo, tra gli altri aspetti, la identificazione quale «*punto critico*» dello strumento della conferenza di servizi giudicato inopportuno per il settore. Interessante, ai fini della nostra analisi, la valutazione sulla necessità che si sospendesse una *policy* fatta da «*interventi normativi primari e secondari randomizzati*». Su questo ultimo aspetto, il sopravvenuto Ministro dell'Ambiente Generale Sergio Costa si era fatto promotore nel 2020 di una proposta di disegno di legge denominata *"Green New Deal e transizione ecologica del Paese" (Collegato Ambientale 2020)* tramite la quale divenire ad una legge delega che conducesse alla riforma, tra altri aspetti, proprio del Titolo V in questione. Si trattava di una riforma che faceva tesoro anche di quanto emerso dai lavori della Commissione suddetta ma guardava ad una più profonda riorganizzazione, anche delle competenze, del settore. Alcune di queste prospettive sembrano emergere negli interventi normativi succeduti[13], ma molte altre sarebbero necessarie. E soprattutto non sembrerebbe proprio colto il suggerimento del principio metodologico «*Entia non sunt multiplicanda praeter necessitatem*» di Guglielmo di Occam al quale si fa riferimento nella pregevole e calzante opera di Ainis[14]. E in ogni caso nel *Collegato Ambientale 2020* non se ne è saputo più nulla.

[11] *Relazione sulle bonifiche dei siti contaminati in Italia: i ritardi nell'attuazione degli interventi e profili di illegalità*, XVI Legislatura, Doc. XXIII, n. 14, 12 dicembre 2012.
[12] *Relazione sulle bonifiche nei siti di interesse nazionale*, XVII Legislatura, Doc. XXIII, n. 50, 1 marzo 2018.
[13] È il caso, ad esempio, della possibilità di eseguire nei Siti di Interesse Nazionale un *Piano di Indagini Preliminari* tramite il quale definire sito specificamente il reale stato di contaminazione e quindi definire le reali necessità. Tale opzione è entrata nell'ordinamento con il D.L. 76/2020 che ha introdotto il comma 4-bis all'art. 252 del Codice. Ed ha trovato applicazione, sia nel D.L. 76/2020 che nel D.L. 77/2021, l'auspicato «*intervento normativo che disciplini il procedimento della conferenza dei servizi per i SIN, attraverso un regime speciale semplificato*» visto che è ora possibile presentare gli esiti del Piano della Caratterizzazione unitamente a quelli dell'Analisi di Rischio Sito specifica (comma 4-ter all' art. 252) o eseguite il piano stesso sottoponendolo ad una "comunicazione inizio attività" (comma 4 art. 252 come modificato dal D.L. 77/2021).
[14] M. Ainis, *La semplificazione complicante*, Federalismi.it – Società editoriale federalismi, 2014.

In questo contesto, così complesso, si è sviluppata l'opportunità legata all'attuazione del *Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza* (PNRR). Con la necessità di dare massima capacità attuativa ai progetti in esso previsti. Il PNRR è stato predisposto come parte di una più ampia strategia per l'ammodernamento del Paese che include l'aggiornamento delle strategie nazionali in tema di sviluppo sostenibile. Ciò per contribuire al raggiungimento degli obiettivi ambientali fissati a livello UE tra i quali rientra la prevenzione dell'inquinamento. Invero poi, relativamente a questo aspetto, la "*Missione 2: Rivoluzione vede e transizione ecologica*" prevede interventi residuali. L'attenzione è per contro principalmente posta sull'impostare percorsi di *transizione ecologica* ed *economia circolare* del settore produttivo, a «*rendere più robuste le infrastrutture critiche, le reti energetiche e tutte le altre infrastrutture esposte a rischi climatici ed idrogeologici*» e a «*sviluppare una leadership tecnologica e industriale nelle principali filiere della transizione*». Sfiorano il tema *siti contaminati* alcune misure della "*Componente 4: Tutela del Territorio e della Risorsa Idrica*". Lo 0,2% delle risorse dell'intera Missione 2 è infatti destinato alla Bonifica dei Siti Orfani[15]. Ma si tratta in sostanza di un incremento di risorse finanziarie su un ambito "marginale" se confrontato con quelli di cui all'analisi dei precedenti paragrafi. E, come si vedrà nel seguito, che non ha molti legami con i dettami decretati d'urgenza dal D.L. 77/2021 che pure tratta, secondo la Relazione, di «*misure di semplificazione che incidono sui settori più sensibili toccati dagli assi del PNRR*». Orbene, atteso che dovrà pure esserci un nesso tra *Siti Contaminati* e *PNRR*, evidentemente esso va ricercato altrove. E probabilmente si trova nel novero delle *Riforme Abilitanti*[16] che hanno uno dei propri cardini nella *Semplificazione e Razionalizzazione* delle normative in materia ambientale[17]. Ed infatti si legge nel PNRR che «*Gli interventi di semplificazione più urgenti … saranno adottati attraverso un decreto-legge … entro maggio e convertito in Legge entro metà luglio. Gli altri interventi saranno realizzati attraverso leggi ordinarie...*». Con questa breve, meno di quanto si sarebbe voluto, contestualizzazione si può ora passare all'analisi del tema. Lasciando, per quanto possibile, che ciascuno faccia la propria valutazione.

[15] Definizione data dal Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare con Decreto 29 dicembre 2020, *Programma nazionale di finanziamento degli interventi di bonifica e ripristino ambientale dei siti orfani*. Si tratta di siti potenzialmente contaminati per i quali il responsabile dell'inquinamento non è individuabile o non provvede agli adempimenti previsti dalla Legge. Tale decretazione nasce a valle di una rivisitazione delle modalità di trasferimento di risorse da applicare per il recupero ambientale di siti, imputabile all'art. 53, comma 3, del D.L. 76 /2020. In base al Decreto vengono destinate risorse per circa 100 milioni di euro

[16] Ovvero, secondo il PNRR, «*gli interventi funzionali a garantire l'attuazione del Piano e in generale a rimuovere gli ostacoli amministrativi, regolatori e procedurali*»

[17] Seconde solo a quelle in materia di *contratti pubblici*

3. Il D.L. 31 maggio 2021, n. 77 in tema di siti contaminati.

Il 1 giugno 2021 è stato pubblicato in Gazzetta Ufficiale il testo del D.L. n. 77/2021. Questo, recante «*Governance del Piano nazionale di ripresa e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure*», affronta alla Parte II, Titolo I, Capo VIII «*Misure di semplificazione per la riconversione dei siti industriali*». Si tratta dell'art. 37, nel quale dei due commi che lo compongono, il primo influenza direttamente la gestione del c.d. "*procedimento di caratterizzazione e bonifica*" intervenendo sulla composizione del T.U.A, come illustrato, agli interessi del presente lavoro, nella tabella seguente. Gli effetti dell'aggiornamento normativo sono trattati nei seguenti paragrafi.

D.L. n. 77/2021		D.Lgs. 152/06	Oggetto dell'intervento normativo
art. 37 com. 1	lett. a) →	art. 241	Sulle aree agricole non utilizzate a tal scopo
			Sulle previsioni da ricomprendere nell'atto autorizzatorio degli interventi di bonifica
	lett. b) →	art. 242	Sulla certificazione di avvenuta bonifica disgiunta tra matrice insatura e satura
			Sul procedimento di certificazione avvenuta bonifica
	lett. c) →	art. 242-ter	Integrazioni in merito ad interventi ed opere nei siti contaminati
	lett. f) →	art. 248	Sulla certificazione di avvenuta bonifica e sui controlli
	lett. h) →	art. 252	Sulle procedure nei Siti di Interesse Nazionale

Tabella 1 Quadro d'insieme degli impatti del D.L. 77/2021 in tema di procedimento di caratterizzazione e bonifica, trattati dal presente contributo.

3.1. Aree Agricole.

La lettera a) dell'art. 37 opera sulle disposizioni in materia di "*Aree Agricole*". Viene in particolare aggiunto il comma 1-bis all'art. 241 nel Titolo V. Secondo tale previsione nel caso di aree agricole così classificabili secondo gli strumenti urbanistici ma non utilizzate a tale scopo (da almeno 10 anni dal 16/06/2021), si applicano le procedure di caratterizzazione e bonifica di cui al Titolo V. Non si applicano quindi quelle specifiche previste dall'art. 241 e poi realizzatesi nel Decreto dell'allora Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare (oggi Ministero della Transizione Ecologica, MiTE) del 1/03/2019, n. 46. Ciò è la naturale conseguenza del fatto che il decreto ministeriale è rivolto a disciplinare interventi nei siti con una destinazione agroalimentare fattuale. Tale disposizione è pacifica e peraltro la giurisprudenza aveva già riconosciuto l'assenza di dubbi in questo caso.[18]

Ulteriore passaggio sul tema, introdotto dal D.L. in esame, riguarda l'attribuzione dei limiti di riferimento per la valutazione dello stato di potenziale contaminazione. Ad onor del vero si esce dalla specificità delle "*aree agricole*" per affrontare quella delle Concentrazioni Soglia di Contaminazione (CSC) definite nella Tabella 1 dell'Allegato 5 al Titolo V[19]. Questa, riferita alla matrice insatura, distingue massimi valori ammessi a seconda che il sito abbia una destinazione d'uso «*Verde pubblico, privato e residenziale*» (Colonna A)oppure «*Commerciale e industriale*» (Colonna B). Una dicotomica distinzione che, notoriamente, non esaurisce tutte le casistiche degli strumenti regolatori territoriali. E che quindi lascia un potenziale vuoto normativo. Per le aree agricole novellate dal comma 1-bis dell'art. 241 oggi introdotto, è previsto che le CSC siano «*Individuate tenendo conto delle attività effettivamente condotte all'interno delle aree*» e precisando che in assenza di attività industriali e/o commerciali si applica la Colonna A. Si tratta di una disposizione dal contenuto indubbiamente innovativo.

Sino ad oggi infatti i casi, come detto generali, di non corrispondenza tra destinazione urbanistica del sito potenzialmente contaminato e classificazione

[18] TAR Emilia-Romagna, Parma, Sez. 1^, 14 gennaio 2020, n. 6 «*i nuovi limiti di CSC introdotti per le aree agricole non possono che riferirsi a porzioni di territorio fattivamente destinati alle produzioni agroalimentari, e non anche solo astrattamente a tanto destinabili*.».

[19] La relazione di accompagnamento del DDL A.C. 3146 su questo tradisce di non aver colto il "nocciolo della questione" quando riporta che «*non risultano attualmente disciplinate in modo espresso le modalità di bonifica delle aree che, secondo gli strumenti di pianificazione urbanistica, risultano avere destinazione agricola ma che non sono effettivamente utilizzate per la produzione agricola e l'allevamento*.» Non che ciò non corrisponda al vero. Ma sarebbe più corretto affermare che non risultano attualmente disciplinate in modo espresso le modalità di bonifica delle aree i cui strumenti di pianificazione urbanistica non corrispondono con quelli previsti dalla Tabella 1 All. 5 o più in generale non risultano disciplinate tutti quei casi nei quali l'utilizzo delle aree non corrisponde alle previsioni urbanistiche.

dicotomica della Tabella 1 erano stati trattati alla luce di due assi fondanti. Il primo riguarda l'applicazione del principio di precauzione: «*in caso di pericoli, anche solo potenziali, per la salute umana e per l'ambiente, deve essere assicurato un alto livello di protezione*» (così l'art. 301 del Codice). Il secondo riguarda la stretta adesione agli strumenti urbanistici del piano regolatore a cui si associa la valutazione di azione «*irragionevole e ingiustificata*» quella che operi traguardando limiti di riferimento che già si ha certezza non saranno quelli definitivi[20]. D'altro avviso invece autorevole dottrina[21] che sottolinea la necessità di una «*preminenza nella materia in esame del dato fattuale rispetto a quello formale*». Ciò sarebbe giustificato da una impostazione «*sostanzialmente antropocentrica*» del diritto ambientale come oggi è conosciuto, in un quadro in cui «*centrale agli attuali obiettivi di bonifica, quindi, non è il risanamento ambientale, ma la compatibilità del suo stato all'utilizzo che del sito viene fatto.*» E su questa lunghezza d'onda, che è poi quella che si ritrova nel neonato comma 1-bis all'art. 241, la giurisprudenza più recente ha dato riprova della necessità di considerare tanto il dato formale quanto quello fattuale[22]. E ritenendo l'interesse pubblico tutelato in ogni caso in ragione del «*riespandersi degli obblighi degli ulteriori interventi di bonifica*» che graverebbero sul soggetto interessato nel caso di «*ipotesi di dismissione del bene a cessionario con diversa volontà d'uso*».

Al di là delle valutazioni di merito che possano sostenere l'una o l'altra ragione, *rebus sic stantibus* la norma prevede ora una indicazione chiara. O almeno in apparenza. Si possono infatti rilevare due criticità. La prima è connessa con il termine temporale utilizzato per annoverare nelle procedure del Titolo V quelle aree agricole oggetto di usi diversi: «*alla data di entrata in vigore della presente disposizione, da almeno 10 anni*». Evidentemente vengono lasciate nel loro limbo, di cui alla discussione dei periodi precedenti, tutti gli altri casi. Ed in assenza di precise indicazioni nella relazione che accompagna il D.L., non si può escludere che siano in numero importante. La seconda è connessa alla previsione che le CSC cui fare riferimento sono «*individuate tenendo conto*». Non è esplicitato chi debba farsi carico di tale individuazione e tramite quali strumenti. E poiché la stessa relazione di accompagnamento specifica che con tali disposizioni si vuole smuovere lo «*stallo nel recupero dei suoli con destinazione urbanistica agricola*» facendo quindi riferimento a procedimenti *ex* Titolo V avviati, è stato omesso di specificare come tali debbano formalmente concludersi.

[20] TAR Veneto, Sez. 3^, 25 febbraio 2014, n. 55, tra l'altro si esprime come segue «*alla destinazione d'uso prevista dal piano regolatore…va direttamente ascritto l'effetto conformativo nell'uso dei suoli*».
[21] M. Benozzo, *La determinazione delle CSC nella bonifica dei siti produttivi*,Diritto e giurisprudenza agraria, alimentare e dell'ambiente – Edizioni Tellus, 2014
[22] TAR Calabria, Catanzaro, Sez. 1^, 5 giugno 2021, n. 1132

3.2. Sulle previsioni da ricomprendere nell'atto autorizzatorio degli interventi di bonifica.

La lettera b) punto 1 dell'art. 37 opera sulle disposizioni in materia di "*Procedure ordinarie*". Viene in particolare aggiunto un periodo al comma 7 dell'art. 242 nel Titolo V. Il comma tratta del processo di approvazione, da parte della regione, del progetto operativo degli interventi di bonifica o di messa in sicurezza, operativa o permanente. E non manca di dettagli in merito all'autorizzazione all'esecuzione delle attività ed al provvedimento di approvazione del progetto. I cui contenuti sono oggi ampliati e dettagliati. In virtù del D.L. in esame, infatti, questo atto deve riportare «*le verifiche intermedie per la valutazione dell'efficacia delle tecnologie di bonifica adottate e le attività di verifica in corso d'opera necessarie*».

Le giustificazioni presentate dalla relazione non sembrano convincere[23], ed in ogni caso non si rileva un elemento di generale novità.

Infatti, l'Allegato 3 al Titolo V della Parte IV (relativo a *Criteri Generali per la Selezione e l'esecuzione degli interventi di bonifica*) già prevede che il progetto di bonifica o messa in sicurezza definisca tutti questi aspetti. E poiché l'atto finale adottato dalla regione è di "*approvazione del progetto*" il problema è, eventualmente, sulla qualità degli elaborati progettuali più che sulla struttura redazionale dell'atto finale. In merito alle azioni di Monitoraggio e Controllo si legge nell'Allegato 3 che queste sono «*effettuate nel corso e al termine di tutte le fasi previste per la messa in sicurezza, per la bonifica e il ripristino ambientale del sito inquinato, al fine di verificare l'efficacia degli interventi nel raggiungere gli obiettivi prefissati*.». Ed in merito agli obiettivi si prevede che avvenga la «*definizione dei criteri di accettazione dei risultati*», il «*controllo e monitoraggio degli interventi di bonifica/messa in sicurezza permanente e delle eventuali misure di sicurezza*» ed infine il «*collaudo degli interventi di bonifica/messa in sicurezza permanente dovrà valutare la rispondenza tra il progetto definitivo e la realizzazione*».

3.3. Integrazioni in merito ad interventi ed opere nei siti contaminati.

La lettera c) punto 2 dell'art. 37 interventi sulle disposizioni dell'art. 242-ter che trattano di "*interventi ed opere nei siti contaminati*". Si tratta di un articolo che il Titolo

[23] Scopo sarebbe quello di agevolare le attività necessarie alla certificazione di avvenuta bonifica e dare certezza ai tempi di esecuzione.

V ha guadagnato per gli effetti del D.L. 76/2020. Il tema è complesso.[24] Le modifiche subentrate permettono anzitutto di ricomprendere nel novero delle opere realizzabili (secondo la procedura dell'articolo) i progetti previsti dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza. Si precisa inoltre che le procedure dell'art. 242-ter si applicano anche in caso di opere che non prevedano scavi ma comportino l'occupazione permanente di suolo, ma «*a condizione che il sito oggetto di bonifica sia già caratterizzato ai sensi dell'art. 242*». Quest'ultima precisazione, in apparenza innocua, alimenta un quadro di incertezza che vale la pena riepilogare ed esplorare.

Quello della realizzazione di opere nei siti contaminati, si è già detto, è un aspetto complesso. In particolare, si è sviluppata una consolidata giurisprudenza che riconoscerebbe, in linea di principio, obblighi di *non facere*. Solo nel 2014 si assiste ad un intervento normativo "strutturato" su questo aspetto[25], i cui contenuti sono poi stati ripresi nel D.L. 76/2020. Alcune tipologie di opere ed a determinate condizioni possono essere realizzate. Si tratta di una eccezione al principio generale secondo il quale «*la realizzazione di interventi … presuppone l'acquisizione dei necessari dati sullo stato di qualità delle matrici ambientali…al fine di non pregiudicare la bonifica*»[26]. Con tali premesse, fintanto che non è completamente definita la caratterizzazione del sito e/o finché non è stato approvato il progetto operativo di bonifica o messa in sicurezza, non possono essere autorizzati interventi diversi da quelli elencati dalla norma[27], che oggi sono riepilogati nell'art. 242-ter. Elemento discriminante sarebbe dunque la completezza del quadro conoscitivo dello stato di qualità ambientale del sito, al quale "sovrapporre" il *layout* delle opere da realizzare onde definire eventuali interferenze. L'articolo 242-ter di recentissima emanazione prevede proprio questo tipo di verifica sulle interferenze, su interventi da realizzarsi in "deroga" al principio generale, e la distingue a seconda che il sito sia "non caratterizzato" o "con interventi di messa in sicurezza operativa in essere". Escludendo quindi il caso di "sito caratterizzato" per il quale evidentemente non si applicano le procedure di verifica e per il quale dunque deve ritenersi ammessa la realizzazione di qualsiasi tipo di intervento[28]. E questa

[24] Si veda G. Savarese, *La realizzazione di interventi ed opere nei siti contaminati*, AMBIENTEDIRITTO.it – Editore AMBIENTEDIRITTO, 2021

[25] Decreto Legge n. 133/2014 art. 34 (abrogato nel 2020 in favore dell'art. 242-ter del Codice dell'Ambiente)

[26] Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare – Direzione Generale per la Tutela del Territorio e delle Risorse Idriche prot. 0028778/TRI del 04/11/2014 ad oggetto: *Realizzazione di interventi e opere urbanistico-edilizie nelle aree incluse nei Siti di Interesse Nazionale* (nota del Direttore Generale)

[27] Anche se permane all'art. 242 comma 9 una disposizione che consentirebbe in ogni caso la realizzazione di interventi di manutenzione ordinaria e straordinaria «*purché non compromettano la possibilità di effettuare o completare gli interventi di bonifica*»

[28] Anche se poi nel modello di istanza *ex* art. 242-ter comma 1 che il MiTE ha adottato con Decreto della Direzione Generale per il Risanamento Ambientale n. 46 del 30/03/2021, si richiede di riportare eventuali interventi approvati o già realizzati di «*MIPRE/MISE, messa in sicurezza operativa o permanente, di bonifica*.»

impostazione emergerebbe anche dalla nota di chiarimenti del Ministero della Transizione Ecologica[29] nella quale, proprio in riferimento alla realizzazione di opere non rientranti in «*fattispecie espressamente individuate nel comma 1*», si demanda ad altra fonte normativa la presentazione di istanza per la loro realizzazione [30]. Precisando doverosamente che «*in tal caso il sito deve essere già caratterizzato*» [31]. Riprendendo dunque dalla realizzazione di opere che comportano "occupazione permanente di suolo", la puntualizzazione sulla condizione di caratterizzazione raggiunta, che il sito deve possedere, appare in conflitto con il quadro generale.

Ma la lettera c) punto 2 dell'art. 37 del D.L. in esame non esaurisce con ciò le proprie introduzioni al 242-ter. Si aggiunge il comma 4-bis secondo il quale la definizione dei valori di fondo naturale segue le procedure dell'art. 11 del D.P.R. 120/2017. Da una lettura della relazione che accompagna il DDL di conversione si legge che tale disposizione ha come obiettivo lo «*svincolo di aree in realtà non contaminate ma caratterizzate dalla presenza naturale di determinati elementi*». Questa intenzione tradisce una interpretazione probabilmente troppo estensiva dei contenuti e delle previsioni dell'art. 11 del D.P.R. cui non può che conseguire una probabile inefficacia del comma 4-bis aggiunto al 242-ter. Infatti, le disposizioni dell'art. 11 non riguardano la definizione dei valori di fondo. Attengono a *Terre e rocce da scavo conformi ai valori di fondo naturale*, cosa ben diversa. L'art. 11 inoltre è applicabile solo in caso di scavi e solo nel caso in cui si voglia gestire il materiale escavato come sottoprodotto. Inoltre, è applicabile in una fase esecutiva degli interventi ovvero di predisposizione del *Piano di Utilizzo*. Un documento dai precisi connotati (art. 1, comma 1, lettera f) del D.P.R.) necessario per attribuire ai terreni escavati la qualifica di *sottoprodotto* e che prevede uno stato conoscitivo a livello molto avanzato: perimetri di scavo, quantità di materiale, tipologia, sito di deposito intermedio, sito di destinazione, soggetti giuridici (proponente, produttore) e da ultimo l'autorizzazione per le opere. È di tutta evidenza che questa procedura non si possa applicare con l'intento di rendere "immediatamente utilizzabile" un sito gravato da fenomeni di valore di fondo. Oltre a ciò, la procedura dell'art. 11 che si intende prendere in prestito, prevede che il superamento rilevato delle CSC sia notificato *ex* art. 242 del Codice, si proceda alla redazione di un piano di indagini, alla sua

[29]Direzione Generale per il Risanamento Ambientale prot. 0049407 del 10/05/2021ad oggetto: *Interventi ed opere di cui all'art. 242-te, comma 1, del decreto legislativo 3 aprile 2005, n. 152. Chiarimenti* (nota del Direttore Generale)

[30] Invero la fonte cui si rimanda (D.P.R. 120/2017 art. 25) non disciplina in alcun modo la presentazione di istanze per la realizzazione di opere nei siti contaminati ma tratta della realizzazione degli scavi in tale consesso e nell'ambito della più ampia disciplina per la specifica gestione delle c.d. "terre e rocce da scavo".

[31] Continuando «*intendendo con ciò che deve essere concluso, con l'approvazione dei risultati dell'analisi di rischio, il processo di caratterizzazione*»

attuazione con l'Agenzia per la Protezione dell'Ambiente competente. La quale dovrebbe poi dovrebbe definire il *valore di fondo naturale* necessario per gestire le terre e rocce da scavo come sottoprodotto. Dovrebbe doveroso perché ad onor del vero la competenza nella definizione dei valori di fondo si intreccia con quella riconosciuta alle regioni[32].

3.4. Sulla certificazione di avvenuta bonifica e sui controlli.

Le lettere b) punto 2 ed f) dell'art. 37 operano sulla certificazione degli interventi di bonifica e sui controlli. In particolare, con la prima si riconduce nell'ordinarietà la possibilità di operare una certificazione separata per la matrice insatura laddove su questa si raggiungano gli obiettivi progettuali anzitempo rispetto alla matrice satura[33]. Non solo, anche a stralcio in relazione alle singole aree catastalmente individuate. Quanto alla lettera f) questa riordina le disposizioni in materia ricomprendendole tutte nell'art. 248. Con alcune integrazioni.

Si aggiunge la necessità che provincia ed agenzia per la protezione dell'ambiente provvedano ad esercitare il controllo del «*rispetto dei tempi di esecuzione*». Anche in questo caso non si tratta di un vero elemento di novità. Anche in assenza di una diretta titolarità al controllo sul fattore "tempo", infatti, già l'art. 242 prevede che «*con il provvedimento di approvazione del progetto sono stabiliti anche i tempi di esecuzione*». E peraltro non si può non riconoscere la dinamicità intrinseca agli interventi di bonifica o messa in sicurezza in forza della quale i tempi di esecuzione non sono una variabile definibile sempre con certezza matematica. Con il risultato che, con questa introduzione, un mancato rispetto dei tempi del tutto fisiologico potrebbe generare conseguenze sproporzionate (peraltro non definite nella norma e quindi di natura giurisdizionale) o portare ad una iper-conservatività dei progettisti. In entrambi i casi i tempi di esecuzione delle bonifiche non solo non sarebbero certi ma sarebbero sicuramente più ampi.

La lettera f) poi, riorganizzando quanto abrogato all'art. 242 comma 13, riconosce alla regione la possibilità di sostituirsi alla provincia laddove questa non provveda.

3.5. Sulle procedure nei Siti di Interesse Nazionale.

[32] Laddove in uno stadio preliminare il superamento delle CSC sia ancora solo caratterizzato come un fenomeno diffuso, secondo l'art. 239 comma 3 del Codice.

[33] Questa possibilità, introdotta in prima battuta dal D.L. 76/2020, era destinata alle sole aree ricomprese nella perimetrazione di interesse nazionale per gli effetti del comma 4-ter dell'art. 252 ora abrogato.

La lettera h) dell'art. 37 interviene sulle previsioni dell'art. 252 del Codice dell'Ambiente ovvero sulle procedure nei Siti di Interesse Nazionale la cui titolarità è in capo al MiTE. Tra le diverse previsioni si sottolinea la possibilità di dare seguito alla realizzazione del *Piano della Caratterizzazione* senza preventivo passaggio in Conferenza dei Servizi[34]. Ci sarà però una doppia condizione vincolante: il rispetto delle norme tecniche che il MiTE dovrà adottare secondo il nuovo comma 9-*quinques* e la preventiva comunicazione di inizio attività da rendere con un anticipo di almeno 60 giorni al Sistema Nazionale per la Protezione dell'Ambiente (SNPA). Questo potrà, anche in corso d'opera, disporre il proprio «*divieto*» alle operazioni.

Si tratta indubbiamente di una forte azione di alleggerimento al procedimento di *caratterizzazione e bonifica* nei Siti di Interesse Nazionale. Che invero poggia i propri presupposti su due aspetti ancora fumosi.

Il primo attiene alle "norme tecniche" che il MiTE dovrà adottare. Si tenga presente che si è ancora in attesa che il ministero dia seguito alle previsioni dell'art. 242-ter comma 3 in merito alla individuazione di «*categorie di interventi che non necessitano della preventiva valutazione*» e alla definizione di «*criteri e le procedure per la predetta valutazione nonché le modalità di controllo*». Trascorsi 12 mesi si ha notizia della richiesta di parere che il MiTE ha fatto pervenire al Consiglio di Stato sullo schema di regolamento in materia. I consiglieri di stato hanno sospeso la pronuncia del parere «*nelle more dell'espletamento degli approfondimenti istruttori indicati in motivazione*»[35]. Palazzo Spada rimprovera al MiTE una scarsa correlazione con «*l'ambito della policy di attuazione del Pnrr*», l'impossibilità di valutare l'effettiva bontà dello schema di decreto per la mancanza di una «*analisi quantitativa, che fornisca gliindicatori del problema da risolvere, individue le possibili opzioni di intervento e analizzi i vantaggi e gli svantaggi*», rivolge un giudizio di dubbia adeguatezza tra quanto previsto dal ministero e gli intenti di semplificazione che aveva in animo il Legislatore rilevando una «*articolazione tipologica, forse eccessiva, tra le diverse categorie di interventi/opere*» e una scarsa considerazione degli *stakeholders*: regioni che rivestono un «*rilievo fondamentale ai fini della semplificazione sotto l'aspetto della sostanziale omogeneità della disciplina su tutto il territorio nazionale*» e operatori economici «*ai quali in definitiva questa disciplina si rivolge ed è diretta*».

Il secondo attiene al ruolo del Sistema Nazionale per la Protezione dell'Ambiente che in particolare dovrebbe disporre, con provvedimento motivato, un divieto di inizio o prosecuzione delle attività di caratterizzazione. Si riportano qui le parole che il Vice Presidente del SNPA ha espresso, proprio su questo aspetto, nell'ambito

[34] Necessario secondo il comma 3 dell'art. 242 *Procedure operative ed amministrative*
[35] Consiglio di Stato, Sezione Consultiva per gli Atti Normativi, parere n. 1036, 11 giugno 2021.

dell'audizione informale presso le Commissioni riunite (I e VIII) della Camera dei Deputati nell'ambito del DDL di conversione del D.L. in esame: «*creando … un'ulteriore complessità ed ulteriore allungamento delle procedure perché come noto il sistema di protezione ambientale non ha personalità giuridica e quindi deve rivolgersi … ad ISPRA ed alle Agenzie per poter emanare provvedimenti e esprimere pareri che sono firmati da dipendenti o delle Agenzie o dell'ISPRA*».

4. Conclusioni.

La soluzione del problema *siti contaminati* è un tema tecnicamente molto complesso; è comprensibile che ciò si rifletta sull'ordinamento giuridico. Per questo, a fronte di una impalcatura iniziale piuttosto strutturata, dopo l'emanazione del Codice dell'Ambiente del 2006, si è assistito ad una serie di interventi più o meno profondi per definire specifiche procedure e soddisfare specifiche esigenze e casistiche. Una pratica abbastanza normale nella definizione di processi complessi, si potrebbe riepilogare con l'espressione d'uso comune "*prendere le misure*". Tutta via, nella sartoria come in tutti gli altri casi, questa operazione è eseguita per giungere poi alla definizione di uno scheletro di riferimento sul quale costruire l'output finale.

Sulla regolamentazione della bonifica dei siti contaminati si ha l'impressione che questa fase non si esaurisca mai del tutto e sia sempre necessario ricorrere a nuove "*misure*" che aggiornano o sostituiscono le precedenti. Ciò avviene, a volte, senza tenere conto a pieno del quadro complessivo con il risultato che le proporzioni e i rapporti risultano non sempre in piena armonia. In questa metafora gli attori in gioco sono il sarto e il modello. Se le "*misurenon tornano*" o il primo commette ostinatamente degli errori o il secondo muta volontariamente le proprie caratteristiche.

Gli interventi che il D.L. 77/2021 apporta al Titolo V del Codice dell'Ambiente sono gli ultimi di una lunga serie, che succedono di appena 11 mesi a quelli del D.L. 76/2020. In entrambi i casi si è ricorso a quello che dovrebbe essere uno strumento da impiegare in caso di "*straordinaria necessità ed urgenza*". Se per alcuni aspetti, come quello legato alla attuazione del PNRR, appare giustificabile il ricorso a tale decretazione, su altri è palese come l'impulso legislatore scaturisca da valutazioni di carattere generale e sistemico. E peraltro il legame che lega la materia *Siti Contaminati* al PNRR sembra, come accaduto in altre occasioni di riforma, essere più funzionale all'attuazione dei progetti previsti nel Piano che non alla risoluzione della problematica (senza che ciò debba escludere necessariamente la possibilità di associare nuove opportunità di crescita).

Trascorsi 15 anni dall'emanazione del Codice dell'Ambiente sarebbe auspicabile giungere alla definizione di una riforma completa, armonizzata e razionale del Titolo V alla Parte IV riguardo il c.d. "*procedimento di caratterizzazione e bonifica*". Tale necessità è oggi giustificata da molteplici obiettivi: a breve termine quello di raccordare l'attuazione dei progetti del PNRR con il rilancio delle aree industriali dismesse, a medio termine di garantire che tale raccordo emancipi percorsi di sostenibilità e transizione ecologica e a lungo termine sanare le «*ferite ambientali*»[36] del territorio, chiudendo i conti con un passato caratterizzato più da ombre che da luci.

[36] Formula utilizzata da Legambiente Onlus nell'ambito della propria campagna *#liberidaiveleni per il risanamento ambientale e il diritto alla salute nei territori dell'Italia inquinata.*

I «MOTIVI INERENTI ALLA GIURISDIZIONE» E IL GIOCO DELLE TRE CORTI*

Giancarlo Antonio Ferro

ABSTRACT [ITA]: Lo scritto ha ad oggetto l'ordinanza 18 settembre 2020, n. 19598, con cui le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno sollevato una delicata questione pregiudiziale dinanzi alla Corte di Giustizia dell'Unione europea. Ed infatti si chiede, alla Corte UE, *inter alia*, di risolvere un conflitto interpretativo avente ad oggetto l'art. 111, co. 8, della Costituzione italiana. L'Autore, pur criticando la decisione della Cassazione, coglie spunti per riflettere in prospettiva *de iure condendo* sull'attuale modello di riparto tra le giurisdizioni.

ABSTRACT [ENG]: The essay deals with order 18 september 2020, n. 19598, with which the U.S. of Court of Cassation asked for a delicate preliminary ruling before the European court of justice. Indeed, the European Court is hereby called, *inter alia*, to solve a conflict of interpretation of the law regarding art. 111, co. 8 of the Italian Constitution. The Author, even if skeptical of the decision of the Court of cCssation, takes the chance to assess prospectively, *de iure condendo*, the current model of separation of jurisdictions.

SOMMARIO: 1. Premessa. **– 2.** Cenni al contesto in cui è maturata la decisione della Corte di Cassazione di adire la Corte di giustizia dell'Unione europea: i "motivi inerenti alla giurisdizione" tra tradizione e letture evolutive. **- 3.** Su alcuni profili critici dell'ordinanza n. 19598 del 2020: l'erroneo ricorso al "dialogo" con la Corte di giustizia dell'Unione europea per segnare il perimetro d'estensione dei «motivi inerenti alla giurisdizione». **– 4.** La reazione della Corte di Cassazione alla sentenza n. 6 del 2018 della Corte costituzionale: passaggio storico nel rafforzamento del "dialogo" con il giudice dell'Unione europea o fuga dal modello di giustizia costituzionale ad oggi vigente? **– 5.** "Ultima parola" e lessico della giurisdizione (oltre l'*original intent* del Costituente). Osservazioni conclusive.

* Lo scritto – qui proposto con alcune integrazioni rispetto al testo orginario – 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 Giappichelli), che raccoglie gli Atti del Convegno dal medesimo titolo, tenutosi a Catania nei giorni 9 e 10 aprile 2021.

1. Premessa

Il presente contributo trae spunto da una recente ordinanza, con la quale le Sezioni Unite della Corte di Cassazione[1] hanno promosso dinanzi alla Corte di Giustizia dell'Unione europea, ai sensi dell'art. 267 TFUE, un rinvio pregiudiziale di interpretazione dalla teorica portata dirompente per il sistema di (non facile) convivenza tra i plessi giurisdizionali nell'ordinamento italiano[2].

In particolare, la Cassazione ha richiesto ai giudici del Kirchberg di chiarire se sussista la compatibilita` con il diritto dell'Unione: a) della «prassi interpretativa» concernente gli artt. 111, co. 8, Cost.; 360, co. 1, n. 1 e 362, co. 1, c.p.c. e 110 c.p.a., secondo cui avverso le sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti il ricorso per cassazione per i soli motivi inerenti alla giurisdizione non può essere

[1] Cass., sez. un., ord. 18 settembre 2020, n. 19598.

[2] Tanto da aver già alimentato un acceso dibattito nella comunità dei giuristi. Tra i numerosi commenti, senza pretesa di esaustività, v. R. BIN, *È scoppiata la "terza guerra" tra due Corti? A proposito del controllo esercitato dalla Corte di Cassazione sui limiti della giurisdizione*, in *Federalismi*, 18 novembre 2020; B. CARAVITA, *Postilla* a S. BARBARESCHI, L.A. CARUSO, *La recente giurisprudenza costituzionale e la Corte di Cassazione«fuori contesto»: considerazioni a prima lettura di ord. Cass. SS.UU. 18 settembre 2020, n. 195982*, in *Federalismi*, 4 novembre 2020; A. CARRATTA-G. COSTANTINO-G. RUFFINI, *Limiti esterni e giurisdizione: il contrasto fra Sezioni Unite e Corte Costituzionale arriva alla Corte UE. Note a prima lettura di Cass. SS.UU. 18 settembre 2020, n. 19598*, in *Questione Giustizia*, 19 ottobre 2020; R. CARBONE, *Ricorsi reciprocamente escludenti, ricorso per motivi di giurisdizione e obbligo di rinvio pregiudiziale: lo scambio dialettico tra Corte costituzionale, Corte di Cassazione, Consiglio di Stato e Corte di Giustizia*, in *Forum di quaderni costituzionali*, 1, 2021, 201 ss.; E. CASTORINA, *Unità e pluralismo giurisdizionale alla prova del diritto europeo*, in *Federalismi.it, 30 giugno 2021 (relazione al presente Convegno); F. FRANCARIO, Quel pasticciaccio brutto di piazza Cavour, piazza del Quirinale e piazza Capodiferro (la questione di giurisdizione), in Giustiziainsieme, 11 novembre 2020; M. LIPARI,* ***Il sindacato della Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato*** per i soli motivi inerenti alla giurisdizione***tra l'art. 111, co. 8, della Costituzione e il diritto dell'Unione Europea: la parola alla Corte di Giustizia.Nota critica all'ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione 18 settembre 2020 n. 19598, in Giustiziainsieme, 11 dicembre 2020;*** *M. MAZZAMUTO, Le Sezioni Unite della Cassazione garanti del diritto UE?*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario* 2020, 675 ss.; B. NASCIMBENE - P. PIVA, *Il rinvio della Corte di Cassazione alla Corte di giustizia: violazioni gravi e manifeste del diritto dell'Unione europea?*, in *Giustiziainsieme*, 24 novembre 2020; M.A. SANDULLI, *Guida alla lettura dell'ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione n. 19598 del 2020*, *Giustiziainsieme*, 30 novembre 2020; G. TESAURO, *La Corte costituzionale e l'art. 111, ult. comma: una preclusione impropria al rinvio pregiudiziale obbligatorio*, in *Federalismi*, 34, 2020, 236 ss.; P.L. TOMAIUOLI, *Il rinvio pregiudiziale per la pretesa ma incostituzionale giurisdizione unica (nota a Cass., Sezioni Unite, ord. 18 settembre 2020, n. 19598)*, in *Consulta on line*, III, 2020, 698 ss.; B. SASSANI, *Fondamenti e teoria generale del riparto di giurisdizione, tra unicità e pluralità*, (relazione al presente Convegno, di prossima pubblicazione nel Volume che raccoglie gli Atti); A. TRAVI, *La Cassazione sottopone alla Corte di giustizia il modello italiano di giustizia amministrativa*, in *Foronews* (Foro It.), 12 ottobre 2020;G. TROPEA, *Il Golem europeo e i «motivi inerenti alla giurisdizione» (Nota a Cass., Sez. un., ord. 18 settembre 2020, n. 19598)*, in *Giustiziainsieme*, 7 ottobre 2020; A. SAPORITO, *Il sindacato esercitabile sulle sentenze del Consiglio di Stato. La Corte di Giustizia dell'Unione Europea chiamata a pronunciarsi sul contrasto fra Sezioni Unite della Corte di Cassazione e Corte Costituzionale*, in *Quaderni Amministrativi*, 1/2021.

utilizzato per far valere la violazione di norme unionali; b) della «*prassi giurisprudenziale nazionale*» che impedisce di sindacare, quale motivo inerente alla giurisdizione, l'*error in procedendo* del Consiglio di Stato che abbia violato l'obbligo di rinvio alla Corte di Giustizia; c) delle norme di diritto interno del processo amministrativo che, a determinate condizioni, comportano in materia di appalti pubblici la preclusione dell'esame del ricorso principale proposto da un soggetto partecipante ad una gara, in caso di accoglimento del ricorso incidentale escludente proposto dall'aggiudicatario (o da altro partecipante controinteressato).

Al di la` della specifica materia oggetto della controversia e di aspetti che più direttamente coinvolgono le peculiarità del processo amministrativo[3], l'ordinanza possiede, indubbi profili di interesse per il costituzionalista.

Ciò vale, in particolare, per la prima delle questioni poste dalla Corte di Cassazione, con cui si intercettano assai da vicino i temi del presente convegno, giacchè essa incide sul perimetro d'estensione dell'art. 111, (in origine co. 3, oggi) co. 8, Cost., che nella sua ambigua formulazione ha rappresentato e continua a rappresentare, al contempo, "croce" (per la Corte di Cassazione) e "delizia" (per Consiglio di Stato e Corte dei Conti) nel rapporto tra la pluralità dei plessi giurisdizionali esistenti nell'ordinamento italiano.

Dietro il paravento della questione di rilievo eurounitario, infatti, sembrano proiettarsi le inquietudini che, da tempo immemore, caratterizzano i rapporti tra

[3] L'ordinanza è stata emessa a seguito di ricorso per motivi inerenti la giurisdizione, ai sensi dell'art. 111, comma 8, Cost., avverso una sentenza del Consiglio di Stato in materia di appalti pubblici. Secondo un consolidato orientamento del g.a. è inammissibile il ricorso presentato contro gli atti di gara e il provvedimento di aggiudicazione a un terzo da parte di un concorrente già escluso dalla gara (nella specie, per il mancato superamento della c.d. soglia di sbarramento nella valutazione dell'offerta tecnica), salvo che non ottenga una pronuncia di accertamento dell'illegittimità dell'esclusione. Pertanto, secondo il g.a., nel momento in cui un concorrente viene escluso dalla gara, per qualunque ragione, che si tratti di carenza di condizioni soggettive, oppure di condizioni oggettive dell'offerta, non solo non potrà partecipare alla gara, ma non sarà legittimato a contestare gli esiti della stessa, a meno che non ottenga prima la dichiarazione di illegittimità della propria esclusione, perché, in quanto escluso, è ormai portatore di un interesse di mero fatto, analogo a quello di qualunque altro operatore economico del settore che non abbia partecipato alla gara. La Cassazione non condivide, tuttavia, il richiamato indirizzo giurisprudenziale del Consiglio di Stato ritenendo, di contro, che debbano essere esaminati nel merito anche gli ulteriori motivi del ricorso principale del soggetto escluso, volti a contestare l'esito della gara sotto altri profili. Sarebbe questo, del resto, a detta dei giudici di piazza Cavour, l'orientamento della giurisprudenza della Corte di Giustizia. Ne consegue, che per esaminare nel merito il ricorso avverso l'impugnata sentenza del Consiglio di Stato – e, in definitiva, per accertare la sussistenza di un *error in procedendo* del provvedimento gravato – la Cassazione debba in primo luogo "abbattere" la barriera fissata dall'art. 111, co. 8, Cost. sulla sindacabilità delle sentenze del giudice d'appello amministrativo per i soli motivi inerenti alla giurisdizione.

Corte di Cassazione e Consiglio di Stato[4], il cui idilliaco connubio non pare, allo stato, favorito dalle ambiguità e dalle contraddizioni presenti nel testo costituzionale.

E che questo matrimonio non s'abbia da fare né domani né mai lo ha (in apparenza) stabilito assai di recente la Corte costituzionale con la sentenza n. 6 del 2018 che, come si vedrà, ha ulteriormente agitato le già non placide acque dell'asimmetrico pluralismo giurisdizionale italiano.

Nondimeno, quando il finale di partita sull'interpretazione dell'art. 111, co. 8, Cost. sembrava essere stato definitivamente segnato dal giudice delle leggi, con l'ordinanza *de qua* la Corte di Cassazione, per nulla cedendo alla rassegnazione, ha inteso non solo riaprire ma allargare il gioco, nel tentativo, da un lato, di trovare un varco di fuga dagli ostacoli di diritto domestico; dall'altro, di stabilire con il giudice del Kirchberg un'alleanza che, se sul versante euronitario può dirsi suggestiva, in prospettiva domestica si traduce in un aperto conflitto con la Corte costituzionale.

Occorre domandarsi, pertanto, se la strada intrapresa possa condurre alla meta sperata o se, al pari del più famoso "gioco delle tre carte", anche quello avviato dalla Cassazione con l'ordinanza n. 19598/2020 non si riveli, in ultimo, soltanto illusorio.

[4] Ed infatti, come si vedrà, dietro la formulazione dell'art. 111, co. 2 (oggi, 8), Cost. si agita la tormentata storia dei conflitti di giurisdizione, segnata da stratificati interventi normativi, cui in questa sede si può fare rapido cenno. Già in epoca liberale, infatti, si avvertì l'esigenza di creare un organo cui attribuire la risoluzione di tali conflitti, soprattutto al fine di difendere la pubblica amministrazione dalle ingerenze dei giudici ordinari. Dapprima, con l. 2248/1865 si attribuì al Consiglio di Stato, sul modello francese, tale potere. Successivamente, con l. 3761/1877 si individuò nelle sezioni unite della Cassazione romana l'organo deputato a risolvere eventuali conflitti di giurisdizione positivi o negativi tra giudici ordinari e altri giudici speciali, nonché a presidiare i confini tra giurisdizioni e amministrazione. Solo con l. 5992/1889, con cui si istituì la IV sezione del Consiglio di Stato, si attribuì a quest'ultimo la giurisdizione sugli interessi legittimi, anche se, per il riconoscimento della natura giurisdizionale del ricorso al Consiglio di Stato IV dovrà attendersi la l. 62/1907. Ed è proprio l'art. 6 di tale ultima legge che stabilì la ricorribilità in Cassazione delle pronunce del Consiglio di Stato "soltanto per assoluto difetto di giurisdizione", con il chiaro intento di arginare eventuali sconfinamenti del g.a. nella sfera riservata, soprattutto, all'esecutivo e al legislativo. Tale statuizione trovò conferma, in seguito, nell'art. 48 del r.d. n. 1054/1923 (Testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato), che secondo consolidato orientamento continuò ad essere interpretato nel senso di rendere ricorribili le sentenze del giudice speciale non solo nell'ipotesi di invasione della sfera attribuita all'amministrazione o al legislatore, ma anche di interferenza con l'ambito riservato ad altri plessi giurisdizionali. Infine, l'art. 362 del codice di procedura civile del 1940 previde il ricorso per Cassazione avverso le decisioni «in grado d'appello o in unico grado rese da un giudice speciale per motivi attinenti alla giurisdizione del giudice stesso». Per una puntuale ricostruzione del dibattito dottrinale e giurisprudenziale che accompagnò l'evoluzione normativa qui sinteticamente ricostruita, v., in particolare, pur nella diversità di esiti, A. LAMORGESE, *La giurisdizione contesa. Cittadini e pubblica amministrazione*, Torino 2014, *passim*; M. MAZZAMUTO, *Il riparto di giurisdizione. Apologia del diritto amministrativo e del suo giudice*, Napoli 2008, *passim*.

2. Cenni al contesto in cui è maturata la decisione della Corte di Cassazione di adire la Corte di giustizia dell'Unione europea: i "motivi inerenti alla giurisdizione" tra tradizione e letture evolutive.

Come noto, la limitazione della ricorribilità in Cassazione delle decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti per i "*soli* motivi inerenti alla giurisdizione", prevista dall'art. 111, co. 8 Cost. rappresenta il più immediato precipitato del difficile compromesso raggiunto in Assemblea costituente tra sostenitori del principio di unità della giurisdizione[5] e coloro che, pur con differenti prospettive, si mostrarono convinti della necessità di mantenere l'assetto plurale allora esistente[6]. Si assegnò così alla Corte di Cassazione un ruolo di unitaria omogeneizzazione in sede di legittimità delle giurisprudenze tanto dei giudici ordinari che di quelli speciali ai sensi dell'art. 111, co. 7 (in origine, co. 2) Cost., con esplicita deroga per le pronunce del Consiglio di Stato e della Corte dei conti, impugnabili appunto nei limiti stabiliti dal successivo ottavo comma dell'art. 111 Cost.

[5] Fu questa la posizione espressa in seno alla II Sottocommissione da Pietro Calamandrei, il quale, ritenendo che le sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato avessero ormai esaurito storicamente il loro compito, intendeva affidare l'esercizio della funzione giurisdizionale ai soli giudici ordinari, con attribuzione al Consiglio di Stato e alla Corte dei Conti di mere funzioni consultive. Consapevole delle resistenze culturali che tale proposta avrebbe incontrato, Calamandrei fu, comunque, assai fermo nell'affermare l'esigenza di coniugare il pluralismo delle giurisdizioni, quanto meno, con la previsione di un'unica nomofilachia. Da qui, la previsione del ricorso per Cassazione avverso le decisioni di tutti i giudici, per violazioni di legge al fine di garantire l'unità del diritto nazionale attraverso l'uniformità dell'interpretazione giurisprudenziale «e per regolare le competenze» (cfr. *Atti dell'Assemblea costituente*, II sottocommissione, seduta del 5 dicembre 1946).

[6] Animati soprattutto dal timore che la pubblica amministrazione finisse per essere sottoposta al controllo della magistratura ordinaria. Giova ricordare, ad esempio, la posizione di Costantino Mortati per il quale, contrariamente a quanto proposto da Calamandrei, occorreva mantenere le giurisdizioni speciali all'epoca esistenti. Ed infatti «se la ragion d'essere della previsione di giudici speciali sta nel presupposto che ci sia un giudice più idoneo di quello ordinario ad interpretare la legge regolativa di certi rapporti, l'esigenza del rispetto di questo presupposto porta ad escludere per tutte le giurisdizioni speciali il sindacato della Corte di Cassazione», che andava limitato ai soli casi di eccesso di potere giudiziario, cioè alla mancanza o difetto assoluto di giurisdizione. La risoluzione dei conflitti tra i vari plessi giurisdizionali, in quest'ottica, andava sottratta alla Cassazione e assegnata a un organo terzo che egli individuava nella Corte costituzionale. A tale ultimo rilievo mosse obiezioni Giovanni Leone che riteneva più conforme al modello sino ad allora delineato in Assemblea – con il quale si era deciso di deflettere dal principio di unità della giurisdizione – attribuire alla Corte di Cassazione il giudizio su violazioni di legge perpetrate dai giudici ordinari o speciali, ad eccezione delle pronunce del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti («i due grossi tronchi di giurisdizioni amministrative»), per le quali il ricorso in Cassazione andava limitato ai soli casi di difetto di giurisdizione. Ed infatti, «la ragione è che queste giurisdizioni incidono con la loro attività nell'atto amministrativo; sicchè c'è maggiore aderenza tra queste giurisdizioni e gli atti del potere amministrativo, donde la conseguenza che anche il motivo di violazione di legge è motivo che si radica sull'essenza, sulla finalità, sul motivo di opportunità che ispirano l'atto amministrativo» (cfr. *Atti dell'Assemblea costituente*, seduta pomeridiana del 27 novembre 1947).

L'ossequioso rispetto che, sul punto, già i *fouding fathers* mostrarono per la tradizione sembra emergere anche dalle interpretazioni che, in epoca repubblicana, hanno accompagnato la storia dell'ambigua formulazione del testo costituzionale.

Ed infatti, secondo un consolidato orientamento ermeneutico il ricorso per Cassazione avverso le sentenze delle altre due "supreme" magistrature, per riprendere la lettera dell'art. 135 Cost., è ammesso soltanto nelle ipotesi di violazione dei c.d. limiti esterni della giurisdizione.

Trattasi, in primo luogo, dei casi di *difetto assoluto di giurisdizione* o *eccesso di potere giurisdizionale*, che si verificano quando il Consiglio di Stato o la Corte dei conti: a) affermino la propria giurisdizione nella sfera riservata al legislatore o all'amministrazione (invasione); b) si spingano fino a sovrapporre proprie valutazioni di merito all'apprezzamento già operato dalla pubblica amministrazione (sconfinamento); c) neghino la propria giurisdizione sull'erroneo presupposto che la materia non possa formare oggetto, in via assoluta, di cognizione giurisdizionale (arretramento)

Al contempo, il ricorso ex art. 111, co. 8, Cost. è ritenuto ammissibile nei casi di *difetto relativo di giurisdizione*, che si configura laddove il Consiglio di Stato o la Corte dei Conti affermino la propria giurisdizione su materia attribuita ad altro plesso giurisdizionale (invasione) o la declinino sull'erroneo presupposto che la materia rientri nella giurisdizione di altri giudici ordinari o speciali (c.d. autolimitazione)[7].

Siffatta lettura era (ed è) considerata la più rispettosa dei confini segnati tra le supreme magistrature dall'art. 111, co. 8, Cost., oltre che maggiormente aderente alla natura derogatoria di tale disposizione rispetto al regime di generale impugnabilità, stabilita dall'art. 111, co. 7, Cost., delle sentenze dei giudici ordinari e degli altri giudici speciali per censurare *errores in iudicando* e *in procedendo* commessi in violazione di legge.

Sennonchè, più di recente, la Corte di Cassazione, accedendo ad una lettura evolutiva e "dinamica" del termine *giurisdizione*[8], funzionale tra l'altro alla realizzazione del principio di effettività delle tutele e al controllo sul rispetto del

[7] Per approfondimenti, cfr., *ex multis*, F.G. SCOCA (a cura di), *Manuale di giustizia amministrativa*, Torino, 2020, in particolare, 20 ss. e 73 ss.

[8] Già avanzata in dottrina, ad esempio, da M.P. GASPERINI, *Il sindacato della Cassazione sulla giurisdizione tra rito e merito*, Padova 2002, *passim* e, più di recente, sostenuta da A. LAMORGESE, *La giurisdizione contesa*, cit. e Id. *Eccesso di potere giurisdizionale e sindacato della Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato*, in *Federalismi.it*, 1, 2018, 1 ss.

giusto processo[9], ha ampliato – ad integrazione e non già in sostituzione del richiamato indirizzo interpretativo – i confini del ricorso ex art. 111, co. 8, ritenendolo ammissibile soprattutto nei casi di sentenze "abnormi" e "anomale", ovvero in ipotesi di stravolgimento delle norme di riferimento (nazionali e sovranazionali), ritenute idonee a ridondare in diniego di giurisdizione[10].

L'esame della prassi rivela tuttavia che il dardo della "giurisdizione dinamica"[11] sia rimasto per lo più immobile nella faretra della Cassazione, che ne ha fatto un uso

[9] Tale lettura è presente, in via embrionale, in Cass., sez. un., 13 giugno 2006, n. 13659, su cui cfr., in particolare, A. LAMORGESE,*Esercizio del potere e risarcimento del danno: le sezioni unite "creano" una nuova giurisdizione esclusiva*, in *Foro it.*, 2007, 3181 3187 ss.; successivamente, risulta maggiormente puntualizzata soprattutto in Cass., sez. un., 23 dicembre 2008, n. 30254; Cass., sez. un., 4 febbraio 2014, n. 2403 e Cass. e Cass., sez. un., 6 febbraio 2015, n. 2242. In particolare, in tale ultima pronuncia si specifica che «dovendo la tutela giurisdizionale essere effettiva, le norme processuali debbono prevedere congegni che consentano di riparare l'errore compiuto dalla parte nella scelta del giudice, ma anche di superare l'errore del giudice nel denegare la giurisdizione, perché altrimenti il diritto alla tutela giurisdizionale risulterebbe frustrato dalle stesse norme che sono ordinate al suo migliore soddisfacimento». Pertanto, «ai fini dell'individuazione dei limiti esterni della giurisdizione amministrativa (che tradizionalmente delimitano il sindacato consentito alle S.U. sulle decisioni del Consiglio di Stato che quei limiti travalichino), si deve tenere conto dell'evoluzione del concetto di giurisdizione dovuta a molteplici fattori: il ruolo centrale della giurisdizione nel rendere effettivo il primato del diritto comunitario; il canone dell'effettività della tutela giurisdizionale; il principio di unità funzionale della giurisdizione nella interpretazione del sistema ad opera della giurisprudenza e della dottrina, tenuto conto dell'ampliarsi delle fattispecie di giurisdizione esclusiva; il rilievo costituzionale del principio del giusto processo, ecc. Così come si deve tenere conto della conseguente mutazione del giudizio sulla giurisdizione rimesso alle S.U., non più riconducibile ad un giudizio di pura qualificazione della situazione soggettiva dedotta, alla stregua del diritto oggettivo, nè rivolto al semplice accertamento del potere di conoscere date controversie attribuito ai diversi ordini di giudici di cui l'ordinamento è dotato, ma nel senso di tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi, che comprende, dunque, le diverse tutele che l'ordinamento assegna a quei giudici per assicurare l'effettività dell'ordinamento. Infatti, è norma sulla giurisdizione non solo quella che individua i presupposti dell'attribuzione del potere giurisdizionale, ma anche quella che da contenuto a quel potere stabilendo le forme di tutela attraverso le quali esso si estrinseca». Con precipuo riguardo all'eccesso di potere giurisdizionale in relazione alla violazione di norme del diritto UE, cfr. Cass., sez. un., 29 dicembre 2017, n. 31226, su cui v. nota di G. SIGISMONDI, *Questioni di giurisdizione "in senso dinamico" e nuovi limiti all'impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato con ricorso per Cassazione: una via percorribile?*, in *Foro it.*, 2018, 1712 ss. Giova precisare che non è annoverabile tra le ipotesi di violazione della giurisdizione in senso dinamico, il caso in cui il ricorso per Cassazione avverso le sentenze delle altre supreme magistrature riguardi pronunce rese da un collegio giudicante di cui uno o più componenti non avrebbero potuto esercitare la funzione giurisdizionale per difetto di requisiti che qualifichino lo *status* di giudice e, quindi, la stessa titolarità della funzione giurisdizionale. (ad esempio, per intervenuta declaratoria di illegittimità costituzionale che gravi direttamente sulla composizione del collegio). Tali vizi riguardano, infatti, un profilo che è da ricondursi al tradizionale significato attribuito ai motivi inerenti alla giurisdizione, ex art. 111, co. 8, cost., in quanto coinvolgono la stessa qualità del giudice e, quindi, il presupposto stesso per discorrersi di giurisdizione. V., *ex multis*, già Cass., sez. un., 19 ottobre 1983, n. 6126 e Cass., sez. un., 23 maggio 1984, n. 316 e, più di recente, Cass., sez. un., 1 aprile 2019, n. 9042.

[10] Cfr., in particolare, Cass., sez. un., 14 settembre 2012, n. 15428 e, più di recente, Cass., sez. un., 17 gennaio 2017, n. 964.

[11] Il cui peso è stato avvertito e aspramente criticato in dottrina, già prima della pronuncia qui in esame, tra i tanti, da M. MAZZAMUTO, *L'eccesso di potere giurisdizionale del giudice della giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 1675 ss.; G. VERDE, *La Corte di Cassazione e i conflitti di giurisdizione (appunti per un dibattito)*, ivi, 2013, 367 ss.; R. VILLATA, *Lunga marcia della Cassazione verso la giurisdizione unica ("Dimenticando" l'art.*

per vero assai parsimonioso, con ciò mostrando consapevolezza dei rischi ad essa sottesi e all'eccessiva discrezionalità rimessa, in ultimo, allo stesso giudice della giurisdizione[12].

Il peso della "croce" che sembrava essersi attenuato grazie alla via della giurisdizione dinamica è stato con non grande fatica ripristinato dalla Corte costituzionale, che con sentenza n. 6 del 2018, pronunciata nell'ambito di questione di legittimità costituzionale sollevata anche in questo caso dalla Cassazione, sembra aver consacrato definitivamente la lettura tradizionale dell'art. 111, co. 8, Cost.[13]

Nonostante alcuni profili problematici, di cui si dirà più diffusamente nel prosieguo, occorre segnalare che lungo il sentiero così tracciato dal giudice delle leggi si sono mosse in modo granitico le stesse Sezioni Unite che, pur dopo l'ordinanza 19598/2020, hanno costantemente richiamato l'indirizzo espresso nella sentenza 6/2018 e altrettanto costantemente dichiarato l'inammissibilità dei ricorsi ex art. 111, co. 8, Cost.[14].

---

103 della Costituzione)?, ivi, 344 ss., il quale discorre di indirizzo "eversivo"; Id. *Sui motivi inerenti la giurisdizione*, in *Riv. dir. proc*., 2015, 632 ss. Pur con diverse sfumature, favorevoli all'apertura della Cassazione si mostrano, oltre agli Autori citati *supra* in nt. 7, A. CORPACI, *Note per un dibattito in tema di sindacato sulle sentenze del Consiglio di Stato*, in *Dir. pubbl.*, 2013, 341 ss.F. FRANCARIO, *Il sindacato della Cassazione sul rifiuto di giurisdizione*, in *Il libro dell'anno del diritto 2017*, in Treccani.it; M.A. SANDULLI, *A proposito del sindacato della Corte di Cassazione*, in AA.VV.,*Il riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo: i settori controversi e l'esigenza di speditezza del giudizio civile*, Atti dell'incontro di studio svoltosi presso il Tar Lazio nei giorni 16 e 17 marzo 2017, in *Judicium.it*, 2017, 1 ss. V., inoltre, la posizione adesiva prospettata, dopo l'ordinanza n. 19598 del 2020, da G. COSTANTINO, A. CARRATTA, G. RUFFINI, *Limiti esterni e giurisdizione. Il contrasto fra Sezioni Unite e Corte costituzionale arriva alla Corte UE*, cit.

[12] Per una puntuale ricostruzione critica, v. M.A. SANDULLI, *Guida alla lettura dell'ordinanza delle Sezioni Unite*, cit., la quale rileva che la Cassazione non avrebbe alcun intento di "colonizzare" il terreno riservato al giudice amministrativo.

[13] Sulla quale, v., almeno, i commenti di F. DAL CANTO, *Il ricorso in Cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione dinanzi alla Corte costitu*zionale, in *Giur. cost*., 3, 2018, 1537 ss.; M. MAZZAMUTO, *Motivi inerenti alla giurisdizione. Il giudice delle leggi conferma il pluralismo delle giurisdizioni*, in *Giur. it*., 3, 2018, 704 ss.; A. POLICE - F. CHIRICO, *I «soli motivi inerenti la giurisdizione» nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Il processo*, 1, 2019, 113 ss.; G. SIGISMONDI, *Questioni di legittimità costituzionale per contrasto con le sentenze della Corte EDU e ricorso per cassazione per motivi di giurisdizione contro le sentenze dei giudici speciali: la Corte costituzionale pone altri punti fermi*, in *Giur. cost*., 1, 2018, 122 ss.; A.TRAVI,*Un intervento della Corte costituzionale sulla concezione 'funzionale' delle questioni di giurisdizione accolta dalla Corte di cassazione*, in *Dir. proc. amm*., 3, 2018, 1111 ss.

[14] Come ben posto in evidenza, in particolare, da M.A. SANDULLI, *Guida alla lettura dell'ordinanza delle Sezioni Unite*, cit. e M. LIPARI, ***Il sindacato della Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato***, cit.

3. Su alcuni profili critici dell'ordinanza n. 19598 del 2020: l'erroneo ricorso al "dialogo" con la Corte di giustizia dell'Unione europea per segnare il perimetro d'estensione dei «motivi inerenti alla giurisdizione».

È in questo contesto di diatribe ermeneutiche domestiche che si colloca, quindi, l'ordinanza 19598 del 2020.

Esula dall'economia del presente lavoro la puntuale ricostruzione del contenuto, per vero assai denso, di tale pronuncia. Ci si limiterà, pertanto, ad evidenziare gli aspetti critici di maggior rilievo.

Non v'è dubbio che si tratta di un provvedimento assai raffinato nella forma, che presenta aspetti di grande interesse sotto il profilo del ragionamento condotto alla luce di una puntuale ricostruzione della normativa e della giurisprudenza tanto nazionale che europea. Esso ha, inoltre, il merito di aver posto sul tappeto questioni di grande respiro teorico concernenti, appunto, l'interpretazione dell'art. 111, co. 8, Cost.[15].

Tuttavia, occorre domandarsi se "europeizzare" un conflitto sull'interpretazione di una disposizione costituzionale domestica possa ritenersi una scelta condivisibile.

Tralasciando la disamina sulle ragioni, in parte di inammissibilità e per altro verso di infondatezza delle questioni sollevate dalla Cassazione[16], svolgerò alcune osservazioni generali, volte ad evidenziare il carattere "illusorio" di tale rinvio[17].

---

[15] Redattore dell'ordinanza è Antonio Lamorgese, il cui nome spicca in sede dottrinale tra i sostenitori della lettura c.d. dinamica della giurisdizione e, più in generale, dell'opportunità di consolidare la vocazione costituzionale all'unità della giurisdizione. Peraltro, molte delle argomentazioni presenti nell'ordinanza erano già state, in parte, anticipate soprattutto in A. LAMORGESE, *Eccesso di potere giurisdizionale e sindacato della Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato*, cit., *passim*. È interessante, altresì, osservare che il collegio delle Sezioni Unite che ha rimesso la questione in Corte di giustizia era presieduto dal Primo Presidente della Corte di Cassazione, Giovanni Mammone, a sua volta redattore dell'ordinanza con cui è stata sollevata la questione di legittimità costituzionale che ha dato luogo alla sentenza n. 6 del 2018 della Corte costituzionale.

[16] Sul punto, cfr., tra i tanti, le puntuali riflessioni di M. LIPARI, ***Il sindacato della Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato***, cit.; M. MAZZAMUTO, *Le Sezioni Unite della Cassazione garanti del diritto UE?*, cit., 678 ss. e A. TRAVI, *La Cassazione sottopone alla Corte di giustizia il modello italiano di giustizia amministrativa*, cit.

[17] Soprattutto, ove si pensi, come correttamente evidenziato da F. FRANCARIO, op. cit., che il caso sottoposto all'esame della Corte di Cassazione, così come quello che poi ha dato luogo alla pronuncia della Corte costituzionale del 2018, e dal quale è scaturito il rinvio pregiudiziale di cui si discorre poteva essere deciso come classica questione di giurisdizione. E ciò in quanto, secondo l'A., la figura del rifiuto di giurisdizione - che si realizza quando il giudice nega la possibilità di tutelare un interesse che l'ordinamento ritiene viceversa meritevole di tutela - è sempre esistita come classica questione di giurisdizione, così come l'eccesso di potere giurisdizionale, che si configura invece, quando il giudice amministrativo si sostituisce al legislatore o all'amministrazione. V., altresì, R. BIN, op. cit., 8.

In primo luogo, soprattutto con il primo quesito, la Corte costituzionale ha inteso affidare alla Corte di Giustizia un ruolo che essa, istituzionalmente e formalmente, non possiede: per un verso, quella di risolutore dei conflitti domestici tra giurisdizioni; per altro verso, quella di interprete, in definitiva, di una disposizione costituzionale interna (con conseguente sovrapposizione della legalità/sovranazionale alla legalità/costituzionale), seppure a mezzo di una questione di apparente interpretazione del diritto dell'Unione, con buona pace del principio di attribuzione che dovrebbe, invece, rappresentare il presupposto logico per qualunque forma di rinvio (come del resto, traspare dalla lettera dell'art. 267 TFUE).

Potrebbe affermarsi, pertanto, che con l'ordinanza in oggetto, la Corte di Cassazione abbia individuato, seppur con una raffinatissima interpretazione, un (inesistente e inammissibile) giudice "più che speciale", contribuendo così a complicare la già complicatissima architettura delle giurisdizioni[18].

Inoltre, sebbene la Corte di giustizia sia giudice che ha contribuito e contribuisce quotidianamente alla creazione di una comunità di diritto e diritti nell'Unione è al contempo un giudice che *ragiona* e *parla* in termini talvolta assai differenti dai nostri. Non v'è dubbio, infatti, che la distanza di passo tra le culture giuridiche di Roma e Lussemburgo corra soprattutto lungo la labile differenza tra *diritti soggettivi* e *interessi legittimi*, che seppur frutto di raffinatissime costruzioni dottrinali e giurisprudenziali stratificatesi nel tempo, rappresenta non solo un'italica eccezione ma il fondamento stesso della scelta del Costituente per una precisa architettura costituzionale delle

[18] Peraltro, il compito interpretativo cui è stata chiamata la Corte di giustizia sarà ulteriormente complicato in ragione di un recente rinvio pregiudiziale operato da Cons. St., VI sez., ord. 18 marzo 2021, n. 2327, con cui il giudice d'appello amministrativo, quale giudice di ultima istanza, chiede in definitiva alla Corte di giustizia se possa considerarsi compatibile con il diritto dell'Unione la mancata previsione, nell'ordinamento italiano, di un'apposita ipotesi di revocazione per impugnare sentenze del Consiglio di Stato confliggenti con sentenze della Corte di Giustizia, «e in particolare con i principi di diritto affermati dalla Corte di Giustizia in sede di rinvio pregiudiziale». Pertanto, «se con l'ordinanza n. 19598/2020, la Corte di Cassazione chiede alla Corte di Giustizia se il ricorso per motivi di giurisdizione possa essere utilizzato per impugnare sentenze del Consiglio di Stato che seguano interpretazioni incompatibili con le sentenze della Corte di Giustizia nei settori disciplinati dal diritto UE; con il secondo, quello del Consiglio di Stato, invece si domanda alla Corte di Giustizia se un tale rimedio non possa, invece, essere invece la revocazione. I due rinvii sono nella sostanza convergenti, perché diretti a scongiurare il consolidamento di violazioni del diritto europeo che ben potrebbero essere corrette tramite rimedi interni (siano essi il ricorso in cassazione o un nuovo caso di revocazione), allo stato però inattivabili, vuoi per una solida e resistente interpretazione della norma costituzionale, vuoi per la mancanza di una disposizione legislativa al riguardo». In questi termini, R. PAPPALARDO,*La corsa al dialogo nella discordia sulla giurisdizione (nota a Cons. St., ord. 18 marzo 2021, n. 2327)*, in *Giustiziainsieme.it*, 6 aprile 2021.

giurisdizioni, che trova negli artt. 111, co. 7 e 8, Cost., il suo aspetto maggiormente qualificante[19].

In questo quadro, merita di essere segnalata una precisazione inserita nell'ordinanza e che vale la pena integralmente riportare: «*non sembra che possa assumere rilievo determinante la natura costituzionale della disposizione (art. 111 Cost., comma 8), la cui interpretazione da parte della Corte costituzionale italiana (con sentenza n. 6 del 2018) ha determinato la prassi giurisprudenziale che è oggetto della questione pregiudiziale in esame. "E' infatti inammissibile che norme di diritto nazionale, quand'anche di rango costituzionale, possano menomare l'unità e l'efficacia del diritto dell'Unione (v., in tal senso, sentenza 17 dicembre 1970, causa 11/70, Internationale Handelsgesellschaft, punto 3)" (Corte di giustizia, 8 settembre 2010, C-409/06, Winner Wetten GmbH, p. 61; anche 17 dicembre 1980, C-149/79, Commissione c. Belgio, p. 19; 17 ottobre 1989, C-97/87, 98/87 e 99/87, Dow Chemical Iberica SA, p. 38). All'applicazione del diritto comunitario non è di ostacolo l'esistenza di disposizioni nazionali contrastanti, anche se conformi a (o esecutive di) principi costituzionali (Corte di giustizia, 11 gennaio 2000, C-285/98, Tanja Kreil, p. 12). Secondo giurisprudenza costante, il giudice nazionale è tenuto a garantire la piena efficacia del diritto dell'Unione, disapplicando, all'occorrenza, le disposizioni (e le prassi interpretative) nazionali contrastanti, "senza che ne debba chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale (seguono richiami di giurisprudenza)" (Corte di giustizia, Grande Sezione, 8 settembre 2015, C-105/14, Taricco, p. 49; tra le tante, sentenze 4 maggio 2006, C-23/03, C-52/03, C-133/03, C-337/03 e C473/03, Michel Mulliez e a, p. 38; 19 gennaio 2010, C-555/07, Seda Ktictikdeveci, p. 54)*[20].

Come può facilmente riscontrarsi tra gli esempi di giurisprudenza europea richiamati dalla Corte di Cassazione a sostegno del proprio rinvio spicca la decisione Taricco I del 2015.

[19] Cfr., in particolare, A. PIZZORUSSO, *Corte di Cassazione*, s.v., in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. IX, Roma 1988, e oggi in Id. *L'ordinamento giudiziario*, vol. I, Napoli, 2019, 881 s., secondo cui, «nonostante che la giurisprudenza della Cassazione abbia cercato di interpretare estensivamente i "motivi inerenti alla giurisdizione" deducibili contro le pronunce dei giudici amministrativi, questa limitazione è molto grave perchè trova riscontro nell'infausta costruzione teorica (esclusivamente italiana) che ha fondato la separazione delle due giurisdizioni sulla distinzione fra diritto soggettivo ed interesse legittimo (malauguratamente presupposta, se non recepita, dall'art. 113 Cost.). Si è valorizzato cosi un fattore di divisione la cui portata è molto profonda e la cui rimozione appare tutt'altro che facile».

[20] Punto 45 cons. dir.

Ebbene, è inutile soffermarsi sui noti esiti domestici dell'omonima "saga" e sulle altrettanto note reazioni della Corte costituzionale italiana[21]. Per quel che qui interessa, tuttavia, sorprende (e non poco) che dopo una densa riflessione sulle virtù salvifiche del diritto dell'Unione e sulla maggior tutela da questo garantita in specifici settori attribuiti all'ordinamento europeo, i giudici di Piazza Cavour abbiano liquidato in pochissime righe un profilo che avrebbe meritato, se non maggior cautela, ben altro approfondimento.

Parafrasando la stessa ordinanza è questo, infatti, il punto in cui si dimostra un'acritica adesione a "prassi interpretative" consolidate – e della cui validità più d'un dubbio andrebbe avanzato – circa la forza derogatoria del diritto derivato dell'Unione (cos'altro sono le sentenze interpretative della Corte di giustizia?) rispetto alle norme costituzionali.

In altri termini, l'ordinanza riflette il vizio principale della tradizionale dottrina "dei controlimiti" e della conseguente graduazione delle norme costituzionali o, se si vuole, della netta separazione tra norme che racchiudono *principi fondamentali* e che sono ostentate come "la punta" affilata dell'arma dei controlimiti; e norme che, invece, non potendo essere ascritte ai principi fondamentali risultano comodamente cedevoli[22].

Nell'ipotesi di accoglimento dei dubbi interpretativi sollevati da parte della Corte di giustizia, sarà estremamente interessante osservare il modo in cui, eventualmente, la Corte costituzionale intenderà sciogliere i nodi teorici sottesi alla identificazione tra principi fondamentali e controlimiti[23]; e, soprattutto, alle argomentazioni che

[21] Da C. cost., sent. 31 maggio 2018, n. 115. Nella copiosa letteratura sviluppatasi sulla vicenda Taricco, v. a mero titolo esemplificativo A. BERNARDI (a cura di), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Napoli, 2017; A. BERNARDI - C. CUPELLI (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, Napoli, 2017; C. AMALFITANO (a cura di), *Primato del diritto dell'Unione europea e controlimiti alla prova della "saga Taricco"*, Milano, 2018; D. PULITANÒ, *La chiusura della saga Taricco e i problemi della legalità penalistica*, in *Dir. pen. e processo*, 2018, p.1289; A. RUGGERI, *Taricco, amaro finale di partita*, in *Consulta on line*, 3 settembre 2018; inoltre, cfr. G.A. FERRO, *Iura (non) novit curia? Polemica tra le corti e proposte dialogiche per farvi fronte (a margine del caso Taricco)*, in *Riv. coop. giur. int*., 2/2018 (n. 58), 9 ss.

[22] Per una critica a tali interpretazioni, cfr., per tutti, O. CHESSA, *Alcune osservazioni critiche al "pluralismo costituzionale" di Antonio Ruggeri*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 11 ottobre 2019. 10, che riprende quanto già sostenuto in Id., *Meglio tardi che mai. La dottrina dei controlimiti e il caso Taricco*, in A. Bernardi (a cura di), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, cit., 314 ss.314 ss. Per ulteriori svolgimenti in prospettiva teorica, si veda dello stesso A., *Dentro il Leviatano. Stato, sovranità e rappresentanza*, Milano-Udine, 2019, *passim* ma in particolare 340 ss.

[23] Cfr., sul punto, E. CASTORINA, op. cit., 5, secondo il quale non si può «prevedere se la Corte del Lussemburgo darà un "colpo di grazia" al già vacillante equilibrio cristallizzato nel comma 8 dell'art. 111 Cost. e se le prassi interpretative che ne sono scaturite, nel senso avallato dalla Corte costituzionale (n. 6/2018, cit.), troveranno

potrà spendere ai fini della qualificazione dell'art. 111, co. 8 Cost. siccome "principio fondamentale" intangibile nel suo nucleo essenziale[24].

4. La reazione della Corte di Cassazione alla sentenza n. 6 del 2018 della Corte costituzionale: passaggio storico nel rafforzamento del "dialogo" con il giudice dell'Unione europea o fuga dal modello di giustizia costituzionale ad oggi vigente?

---

nella sede sovranazionale indiretta conferma o smentita, ma appare di tutta evidenza, sin d'ora, il tono costituzionale della disputa che coinvolge – e non è poco – il ruolo della Corte costituzionale come interprete esclusivo della identità costituzionale dello Stato membro e, dunque, dei controlimiti opponibili al diritto dell'Unione».

[24] Che la questione possa tradursi in un *revival* della saga *Taricco* è messo in rilievo soprattutto da R. BIN, op. cit., 10, secondo cui «la guerra tra le Corti è ormai dichiarata in modi che ben si possono definire spettacolari. La Cassazione cerca, per la sua offensiva delle Ardenne, un aiuto fuori dai confini, secondo un costume inveterato dei principi rinascimentali: sollecita la *panzer jurisprudenz* della corte di Strasburgo, contando sulla sua propensione a dilatare l'ambito di applicazione del diritto europeo e rafforzare le implicazioni della *primauté*; e lo fa osando l'inaudito, cioè sostanzialmente impugnando una sentenza della Corte costituzionale. Se la Corte di giustizia cadrà nella trappola, accettando oltretutto di occuparsi di una questione che è palesemente di esclusivo diritto interno, Taricco non resterà un caso isolato nella storia della giurisprudenza».

Ancor più netta la posizione di G. TROPEA, op. cit., il quale si avvede che se «i giudici del Lussemburgo prenderanno una posizione contro l'esegesi della Corte costituzionale il problema si porrà» soprattutto con riguardo all'«attualità istituzionale del giudice amministrativo nel nostro ordinamento e la idoneità dell'art. 111, ultimo comma, Cost., e soprattutto dell'art. 25 Cost. in tema di precostituzione per legge del giudice naturale, ad ergersi come principi fondamentali, controlimiti rispetto al Golem europeo evocato di nuovo dalla nostra Cassazione, che sembrava invece aver spento la vita della sua creatura, come il rabbino Loew con quella sfuggita al suo controllo (...). Se tale questione dovesse giungere nuovamente fino alla Consulta, dopo l'intervento del giudice europeo, sarebbe un'occasione preziosa per fare il punto sulla situazione generale e sulla reale portata, oggi, del principio di cui all'art. 25 Cost., da anni sottoposto a un processo di costante erosione, spesso in via "creativa" giurisprudenziale, a causa di una rinnovata idea di fondo di "giurisdizione", non più percepita come questione di ordine pubblico processuale. Vero è che le sentenze della Corte sulle quali è stato richiamato il parametro dell'art. 25, comma 1, Cost. sono quelle in cui forse maggiormente è intervenuto un bilanciamento con altri valori, primo fra tutti quello di un'efficiente organizzazione del "servizio giustizia" ma forse a questo punto, entrando in gioco anche gli artt. 24, 103, 111, ultimo comma, Cost. e 113 Cost., sarebbe un'altra storia». Ritiene, invece, che la questione non incida su aspetti identitari dell'ordinamento, E. CASTORINA, op. cit., 16, secondo cui «uno scenario che sembra probabile è che la Corte del Lussemburgo possa trovare lo spazio per far prevalere il principio di effettività della tutela giurisdizionale su un ostacolo che – benché ancorato in una previsione di rango costituzionale – non assurge comunque a profilo identitario e supremo dell'ordinamento italiano e, come tale, sarebbe recessivo di fronte al prevalere dell'unità e della primazia del diritto dell'Unione. In sostanza, non viene portato sul piatto della bilancia europea il principio del pluralismo delle giurisdizioni, che indubbiamente rappresenta un dato strutturale e identitario dell'ordinamento costituzionale italiano; la materia del contendere si annida, infatti, intorno a un "collo di bottiglia" che scaturisce – alla luce dell'evoluzione dell'ordinamento costituzionale stesso verso l'unità funzionale delle giurisdizioni – dalla disciplina costituzionale relativa al controllo di giurisdizione dettato dal comma 8 dell'art. 111 Cost., il quale si ascrive a una previsione sulla ripartizione di competenze giurisdizionali del tutto servente alla nozione stessa di unità funzionale del sistema delle giurisdizioni e, al pari di essa, dunque, flessibile e non identitaria dell'ordinamento costituzionale».

Con il rinvio in esame si disvela quel che in altra sede[25] si è definito il "volto oscuro" del c.d. dialogo tra Corti nazionali e Corti sovranazionali, vale a dire di quella tendenza a ricoprire con un sostantivo "irenico" (dialogo, appunto), quel che invece può e non raramente è "polemico". Polemica che, talvolta, può direttamente coinvolgere i protagonisti del dialogo (vedi, ad esempio, la vicenda Taricco); altre volte, invece, può pure comprendere soggetti, per così dire, "terzi" rispetto alle Corti interessate più da vicino.

Nel caso che ci occupa, come sopra anticipato, l'irenico dialogo tra Cassazione e Corte di Giustizia si traduce in un'aspra polemica della prima nei confronti della Corte costituzionale, che come noto con sentenza n. 6 del 2018 aveva altrettanto aspramente criticato le citate letture cd. "evolutive" e "dinamiche" della nozione di giurisdizione elaborate in sede interpretativa dalla Corte di Cassazione, proprio con riguardo al perimetro di estensione dei "motivi inerenti alla giurisdizione" menzionati dall'art. 111, u. c., Cost.[26].

Orbene, è pur vero che – secondo modello – spetti alla Corte costituzionale l'ultima parola sull'interpretazione delle disposizioni costituzionali, ma poteva davvero ritenersi che con la sentenza n. 6 del 2018 la questione di interpretazione dei confini dell'ultimo comma dell'art. 111 Cost. dovesse ritenersi definitivamente chiusa in ambito domestico?

Dico subito che, a mio avviso, la scelta di bussare alla porta del giudice del Kirchberg, oltre che erronea per le ragioni sopra chiarite, è il frutto di una reazione più "emotiva" che razionale delle Sezioni Unite, che si traduce in una discutibile fuga dal modello accentrato di giustizia costituzionale ad oggi vigente[27].

---

[25] Cfr. G.A. FERRO, *Iura (non) novit curia? Polemica tra le corti e proposte dialogiche per farvi fronte (a margine del caso Taricco)*, in *Riv. coop. giur. int.*, 2/2018 (n. 58), 9 ss.

[26] Sotto questo profilo, pur non mettendo in discussione l'autorevolezza del giudice delle leggi, merita di essere segnalato che redattore/relatore della pronuncia è stato l'attuale Presidente della Corte costituzionale, dott. Giancarlo Coraggio, già Presidente del Consiglio di Stato (lo rileva, ad esempio, F. DAL CANTO, *Il ricorso in Cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione dinanzi alla Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, n. 3/2018, 1537, nt. 1). Nel rispetto dell'equilibrio sempre dimostrato dalla Corte nella designazione dei relatori, soprattutto per ragioni di garanzia della imprescindibile apparenza di imparzialità che *tutti i giudici* devono assicurare, sarebbe stata, forse, più opportuna altra determinazione. Ed infatti, la questione prospettata in Corte costituzionale coinvolgeva in modo diretto i rapporti tra Cassazione e Consiglio di Stato.

[27] Come osservato in modo efficace da B. SASSANI, op. cit., «spicca una componente battagliera in questa ordinanza di rinvio, ma una volontà ancor più aggressiva era emersa dalle Sezioni Unite con l'ordinanza di rimessione che aveva dato luogo alla sentenza n. 6/2018. La risposta della Consulta aveva, a sua volta, fatto mostra di una volontà non meno bellicosa: chi ha letto la sentenza vi trova un tono sbrigativo, drastico ("state al vostro posto"). Un attacco della Cassazione con effetto boomerang, caricato di altrettanto fastidio come se si ritenesse di essere stati invitati ad usare lo stesso tono».

Ed infatti, gli ermellini ben avrebbero potuto mantenere il "dialogo" entro gli italici confini.

Per il profilo che qui interessa, giova innanzitutto sottolineare che la pronuncia della Corte costituzionale avverso la quale si volgono i dotti strali della Cassazione si risolve, in definitiva, in una declaratoria di inammissibilità per difetto di rilevanza «*in ragione della mancanza di legittimazione del giudice* a quo»[28].

In disparte ogni considerazione sulla correttezza di tale conclusione, che più d'una perplessità solleva in ordine al rispetto delle categorie processuali elaborate dallo stesso giudice delle leggi per i propri giudizi, occorre tener presente «che le affermazioni fatte dalla Corte in sede di accertamento sulla rilevanza, pur dotate in termini generali di un'innegabile forza persuasiva, data l'autorevolezza del giudice da cui provengono, determinano un vincolo giuridico piuttosto ridotto; esse, in particolare, pur impedendo alla Cassazione, nell'ambito dello stesso giudizio, di promuovere una seconda volta la medesima questione di costituzionalità, non impongono in senso stretto alla stessa di correggere l'interpretazione seguita in merito alle potenzialità del ricorso per motivi inerenti alla giurisdizione»[29].

In tale contesto, pertanto, nulla avrebbe impedito (né impedirebbe) alla Corte di Cassazione di ribussare alle porte del giudice costituzionale al fine di ristabilire l'equilibrio spezzato tra legalità legale e legalità costituzionale.

Ciò rende ancor più censurabile la decisione di piazza Cavour di portare dinanzi al giudice del Kirchberg una questione che si risolve, in definitiva, in una

[28] Punto 17, cons. dir.

[29] F. DAL CANTO, op. cit., 1555 ss., il quale svolge, anche attraverso puntuali richiami alla giurisprudenza processuale della Consulta sviluppatasi sul punto, condivisibili notazioni critiche sulla dichiarazione di inammissibilità per difetto di legittimazione del giudice *a quo* effettuata, nel caso di specie, dalla Corte costituzionale. A seguito dell'adozione dell'ordinanza n 19598/2020, il rilievo è altresì fomulato da R. BIN, op. cit. 9 s., che, *inter alia*, osserva: «La Cassazione non tenta le strade normali che pur sarebbero praticabili. Non sarebbe stato più semplice proseguire nella sua linea interpretativa e decidere il ricorso come una classica ipotesi di rifiuto o diniego di giurisdizione, conformandosi così alla norma comunitaria derivante dall'interpretazione della Corte di giustizia? Oppure, non bastava sollevare un'altra questione di legittimità davanti alla Corte costituzionale? Sarebbe stata una "questione nuova" (potevano, per es., essere impugnati in parte qua gli articoli 362.1, cod. proc. civ., e 110 cod. proc. amm.): fermo comunque restando che una pronuncia di inammissibilità non produce alcun effetto preclusivo (anche se la Cassazione afferma che "non può dubitarsi della pregnanza e della vincolante rilevanza della richiamata sentenza della Corte costituzionale"), tanto più che la stessa Corte costituzionale aveva riconosciuto che il problema denunciato dalla Cassazione "indubbiamente esiste"». Non v'è dubbio che si tratti di una pericolosa utilizzazione delle categorie processuali che connotano il giudizio costituzionale in via incidentale e che, a ben vedere, potrebbe determinare una altrettanto pericolosa creazione di "zone d'ombra" nel controllo di legittimità costituzionale. E ciò, in un contesto nel quale la Corte costituzionale ha dilatato il concetto stesso di rilevanza pur di poter, talvolta correttamente, estendere il proprio sindacato su settori della legislazione tradizionalmente esclusi.

impugnazione *contra ordinem* della sentenza n. 6 del 2018, in violazione del chiaro disposto dell'art. 137 Cost. e, di riflesso, nel mal celato tentativo di deformare oltremodo il modello di giustizia costituzionale ad oggi vigente.

5. "Ultima parola" e lessico della giurisdizione (oltre l'*original intent* del Costituente). Osservazioni conclusive.

Del resto, un ulteriore varco per consentire la mitigazione delle tensioni istituzionali sottese all'ordinanza n. 19598/2020 può essere rinvenuto nella debolezza delle argomentazioni con cui la Corte costituzionale nella sentenza n. 6 del 2018 ha sostenuto il proprio *decisum*.

Ed infatti, in via preliminare, la Corte, dopo aver chiarito che nella specie non poteva discorrersi «di un'ordinaria questione di giurisdizione, avente ad oggetto la natura della situazione giuridica soggettiva azionata, ma l'interpretazione ed applicazione di norme costituzionali, e in particolare del comma ottavo dell'art. 111 Cost.» segna in modo netto la linea di confine tra le attribuzioni della Corte di Cassazione e quelle, invece, rimesse alla Corte costituzionale, quale «interprete ultimo delle norme costituzionali e − nella specie − di quelle che regolano i confini e l'assetto complessivo dei plessi giurisdizionali»[30].

In particolare, secondo i giudici di Palazzo della Consulta, l'orientamento evolutivo della Cassazione non può essere condiviso «poiché *non è compatibile con la lettera e lo spirito della norma costituzionale*. Quest'ultima attinge il suo significato e il suo valore dalla contrapposizione con il precedente comma settimo, che prevede il generale ricorso in cassazione per violazione di legge contro le sentenze degli altri giudici, contrapposizione evidenziata dalla specificazione che il ricorso avverso le sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei conti è ammesso per i "soli" motivi inerenti alla giurisdizione.

Ne consegue che deve ritenersi inammissibile ogni interpretazione di tali motivi che, sconfinando dal loro ambito tradizionale, comporti una più o meno completa assimilazione dei due tipi di ricorso.

[30] Punto 9, cons. dir. Enfasi aggiunta.

In una prospettiva di sistema, poi, la ricostruzione operata dal rimettente, parificando i due rimedi, *mette in discussione la scelta di fondo dei Costituenti* dell'assetto pluralistico delle giurisdizioni»[31].

Orbene, si è già ricordato il dibattito in Assemblea costituente in ordine al riparto di giurisdizione ed è nota la contrapposizione tra Calamandrei, Mortati, Leone proprio sulla formulazione della disposizione dell'art. 111, in origine terzo comma oggi ottavo comma della Costituzione. Altrettanto noto che si trattò di un compromesso tra visioni abbastanza distinte e distanti sulla giurisdizione e sul conseguente rapporto tra i plessi giurisdizionali[32]. Un compromesso che ha dato luogo a non poche contraddizioni interne al testo stesso della Costituzione[33].

Nondimeno, la pur dotta ricostruzione delle ideologie del Costituente, della sua reale intenzione originaria nella scrittura delle regole del gioco[34], è metodo che, pur dotato di utilità e di sicura valenza culturale, non conduce sempre ai risultati sperati, perché – al di là della specifica questione della giurisdizione - rischia di cristallizzare "ideologie" e "visioni del mondo" difficilmente conciliabili con le evoluzioni sociali e culturali[35].

Nel caso in esame, non può trascurarsi che la costruzione del modello plurale delle giurisdizioni e, nella specie, la sottrazione al giudizio della Corte di Cassazione delle pronunce delle altre supreme magistrature, se non per motivi appunto inerenti alla giurisdizione, abbiano rappresentato il riflesso, per un verso, delle concezioni all'epoca dominanti sulla posizione *istituzionale* tanto del Consiglio di Stato, quanto della Corte dei Conti; per altro verso, di quel che allora costituiva una conquista, ma

---

[31] Punto 11, cons. dir. Enfasi aggiunta.

[32] Cfr. supra nt. 5 e 6.

[33] Come messo in rilievo, tra gli altri, da A. PIZZORUSSO, *Art. 102 Cost*., s.v., in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, artt. 99-103, Bologna-Roma 1994, e oggi in Id., *L'ordinamento giudiziario*, cit., 755 ss.

[34] È interessante notare che anche nella sentenza n. 204 del 2004 la Corte costituzionale, per porre freno all'eccessiva estensione della giurisdizione esclusiva del g.a., richiamò i lavori preparatori della Costituzione e in particolare gli interventi di Mortati. In particolare, il giudice delle leggi chiarì che il controllo giurisdizionale della Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei conti fosse stato già dai costituenti limitato all'eccesso di potere giudiziario, «coerentemente alla unità non organica, ma funzionale di giurisdizione, che non esclude, anzi implica, una divisione dei vari ordini di giudici in sistemi diversi, in sistemi autonomi, ognuno dei quali fa parte a sé».

[35] Per una critica all'interpretazione originalista, v., per tutti, A. CARIOLA,*La "tradizione" costituzionale: contro l'original intent nell'interpretazione della Costituzione*, in *Scritti in onore di Luigi Arcidiacono*, II, Milano 2010, 521 ss.; Id., *Ragioni e percorsi della giurisdizione amministrativa esclusiva*, di prossima pubblicazione nel Volume degli Atti del presente Convegno. Per una critica del richiamo all'original intent nella sentenza C. cost. n. 6 del 2018, cfr. E. CASTORINA, op. cit., 18.

che oggi è, per così dire, null'altro che un fardello dogmatico: la distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi.

L'*original intent* inteso nella sua assolutezza non sarebbe, dunque, sufficiente a sostenere la rigida conclusione cui è pervenuta la Corte costituzionale. Di ciò questa ben si avvede e censura la tesi della giurisdizione dinamica offerta dalla Corte di Cassazione in quanto, altresì, contraria alla "lettera" dell'art. 111, co. 8, Cost., soprattutto nel suo fare "sistema" con il precedente comma settimo, che come noto prevede il ricorso in cassazione per violazione di legge contro tutte le sentenze dei giudici ordinari e speciali.

Ebbene, sono un convinto sostenitore della *forma constitutionis* e della esigenza di porre la "lettera" delle disposizioni alla base di ogni interpretazione: la lettera non è solo "stella di orientamento" dell'interprete, ma è un limite invalicabile della sua stessa attività. Ciò vale, in particolare, per le disposizioni costituzionali. Nondimeno, v'è da chiedersi se nel caso di specie la lettera – disgiunta dalla considerazione dell'intenzione del Costituente – imponga davvero l'univoca interpretazione fornita dalla Corte costituzionale nel tentativo di eliminare l'accezione dinamica fatta propria dalla Corte di cassazione in punto di "giurisdizione".

Non v'è dubbio che l'ottavo comma dell'art. 111 ponga senz'altro una deroga al regime stabilito dal settimo comma; ma, come è stato osservato, la formula "*motivi inerenti alla giurisdizione*" rimane ambigua; ancor più ambigua se letta alla luce dei primi due commi dell'art. 111. Infatti, può voler dire *motivi che attengono ai confini esterni* tra le giurisdizioni, secondo la lettura tradizionale, e la Corte di cassazione sarebbe, dunque, regolatrice di tali confini; ma, al contempo, potrebbe essere riferita ai motivi che riguardano l'esercizio in concreto della giurisdizione (il fare giurisdizione, attuandola attraverso il giusto processo disciplinato dalla legge), laddove gli *errores in iudicando e in procedendo* non si traducano in mere violazioni di legge ai sensi dell'art. 111, co. 7, Cost.[36]

Il problema della lettera, in sostanza, non è affatto risolto neppur se coniugato con lo "spirito", siccome ricostruito dal giudice delle leggi. Ed invero, discorrere dello "spirito" di una disposizione soprattutto di rango costituzionale impone di aver riguardo all'intero impianto della Carta fondamentale, nel suo essere norma tanto *sull'organizzazione dei poteri*, quanto sul rapporto *tra i poteri e i diritti*; e riflettere sulla

[36] V. F. DAL CANTO, op. cit., 1558 s.

giurisdizione non può non implicare che si rifletta non solo sugli equilibri istituzionali tra plessi giurisdizionali, ma sulla funzione ultima cui la giurisdizione è diretta.

Orbene, può dirsi che la lettura "evolutiva" in punto di giurisdizione non sia del tutto calibrata al tradizionale senso attribuito all'art. 111, co. 8 Cost.; ma sarei assai prudente nel cristallizzare quanto affermato in punto di valutazione della rilevanza dalla Corte costituzionale, perché se dalla c.d. "costituzione dei poteri" la visuale si allarga ai diritti e alle reali finalità della giurisdizione[37], non pare affatto che l'interpretazione proposta dalla Corte di Cassazione debba essere considerata *in sè* incostituzionale, ben potendosi anch'essa conciliare con lo "spirito" della Carta fondamentale.

Con ciò non si vuole sostenere che la lettura c.d. evolutiva sia, senza riserve, preferibile all'interpretazione tradizionale; in ottica costituzionale, è solo una delle strade percorribili e sulle quali potersi e doversi confrontare, senza preconcetti dogmatici.

Nondimeno, è indubbio che sull'ambiguità del testo dell'art 111, co. 8, Cost., si sia ormai perpetuata una *convenzione interpretativa di rilievo costituzionale tra le supreme magistrature*, che affonda peraltro le proprie radici nel periodo prerepubblicano; convenzione che, salvo rare eccezioni di cui l'ordinanza 19568/2020 è esempio, la Cassazione non pare aver più di tanto voluto sgretolare, avendo mostrato, al contrario, una visibile acquiescenza. Ed è altrettanto indiscusso che l'art. 111, co. 8, Cost., oltre che di rango costituzionale, sia norma di natura processuale al cui rispetto il giudice non può sottrarsi, foss'anche per il raggiungimento dei più nobili fini di tutela[38].

---

[37] Per tale prospettiva, cfr., in particolare, I.M. MARINO, *Corte di Cassazione e giudici "speciali". Sull'interpretazione dell'ultimo comma dell'art. 111 Costituzione*, in *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, II, Milano, 1993, 1383 ss.

[38] Tale aspetto è posto in evidenza da A. TRAVI,*La Cassazione sottopone alla Corte di giustizia il modello italiano*, cit., 4, il quale, dopo aver sottolineato il carattere processuale dell'art. 111, co. 8, Cost., osserva che «di fronte a una norma costituzionale che risulta del tutto chiara nelle sue ragioni originarie, alla quale si è uniformato anche in codificazioni recenti il legislatore ordinario, che è stata oggetto di interpretazione costante fino ad anni recenti e di cui la Corte costituzionale ha puntualmente confermato la portata, mi pare che sia difficile, per giustificare un'interpretazione contrapposta, invocare gli spazi dell'interpretazione. In particolare non mi sembra si possa invocare un modo diverso, e più aggiornato, di esercitare la giurisdizione e di concepire la funzione giurisdizionale per giustificare una sostanziale disapplicazione dell'art. 111, ult. comma, Cost. A maggior ragione, da parte delle sezioni unite».

Nulla, però, esclude che l'"ultima parola" affidata, secondo modello, alla Corte costituzionale possa in futuro essere pronunciata alla luce di un diverso lessico forgiato dalle giurisdizioni.

Ed infatti, il superamento della citata convenzione interpretativa, ad oggi dominante, non può certo vedere protagonista la sola Corte di Cassazione, magari con l'ausilio della Corte di giustizia, ma impone un confronto leale che deve coinvolgere, di necessità e in primo luogo, tutti i plessi giurisdizionali coinvolti dal gioco delle interpretazioni, ivi compresa la Corte costituzionale, con la quale non può che auspicarsi che il dialogo possa riprendere nelle forme che l'ordinamento prevede (e quindi, in primo luogo, attraverso incidenti di costituzionalità)[39].

Escluso, dunque, che dalla sola faretra della Corte di Cassazione possa giungersi, per così dire, al feretro dell'assetto pluralistico delle giurisdizioni ad oggi vigente[40], l'alternativa – che allo stato pare improbabile e, forse, non auspicabile nell'attuale contesto storico e culturale – è appunto un intervento del decisore politico volto a porre rimedio, tramite revisione costituzionale, alle contraddizioni (ed insufficienze) ad oggi esistenti nella stessa Carta fondamentale, ponendo fine in via preliminare al "divorzio imposto" tra diritti soggettivi e interessi legittimi, che non solo ha impedito la realizzazione di un unitario rito sponsale tra le giurisdizioni, ma ha contribuito a consolidare tra queste una "convivenza di fatto" che la storia ha mostrato essere non del tutto ispirata a sentimenti di reciproca fiducia[41].

---

[39] Secondo lo schema prefigurato, innanzitutto, da C. cost. sent. n. 269 del 2017, per cui a fronte di dubbi di illegittimità tanto in riferimento ai diritti tutelati dalla Costituzione italiana, quanto in relazione a quelli garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea in ambito di rilevanza comunitaria, ben potrebbe il giudice sollevare la questione di costituzionalità innanzi alla Corte costituzionale. Nella sterminata letteratura sul tema, v., per tutti, R. ROMBOLI, *Dalla «diffusione» all'«accentramento»: una significativa linea di tendenza della più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Foro italiano*, 2018, I, c. 2227.

[40] Nonostante, come osservato da B. SASSANI, op. cit., dietro la "ribellione" delle Sezioni Unite giaccia «il conflitto (ben poco latente) … sull'idea della preminenza della Corte di Cassazione e quindi sulla volontà non espressa ma ricavabile da moltissimi indizi di porsi come Giudice Supremo, vero grado di legittimità rispetto a sentenze di appello quali sono quelle del Consiglio di Stato».

[41] Secondo gli auspici già espressi, tra i molti, da M. NIGRO, *È ancora attuale una giustizia amministrativa?*, in Foro it., 1983, V, c. 256 e A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia non amministrativa*, Milano, 2005, *passim*. Con precipuo riguardo alle ricadute dell'ordinanza qui in esame, cfr. le lucide osservazioni di A. TRAVI, *La Cassazione sottopone alla Corte di giustizia il modello italiano*, cit., 4, il quale, pur assai critico nei confronti delle fughe in avanti della Cassazione in sede di interpretazione del significato dei «motivi inerenti alla giurisdizione» ex art. 111, co. 8, Cost., rileva che «il modello delle due giurisdizioni separate, sempre più difficile da rappresentare e sempre più lontano dalle ragioni dei cittadini, meriterebbe da tempo una revisione critica, ispirata alle esigenze di semplificazione della tutela, e non all'esigenza di conservazione delle tradizioni e delle posizioni correlate. Gli argomenti di Calamandrei, disattesi dall'Assemblea costituente, non hanno perso nulla del loro valore; anzi con gli anni, con l'estensione della giurisdizione esclusiva, con la revisione dei confini fra diritto amministrativo e diritto privato, con lo spazio

maggiore riconosciuto oggi all'amministrazione consensuale, hanno acquisito un'attualità ancora più intensa. Il superamento del modello delle due giurisdizioni separate, a mio parere, si impone, nell'interesse innanzi tutto dei cittadini, e non è la meno importante o la meno urgente delle riforme che il nostro Paese meriterebbe. Nello stesso tempo, per rispetto dei ruoli definiti dalla Costituzione, è una riforma demandata al legislatore come appunto aveva richiesto Calamandrei, e non all'interpretazione dei giudici».

IL PATRIMONIO CULTURALE IMMATERIALE

Considerazioni per un alternativo modello di tutela e valorizzazione[*]

Francesco Ferrara[**]

Il volto d'Altri distrugge ad ogni istante, e oltrepassa
l'immagine plastica che mi lascia (…). Non si manifesta
in base a queste qualità, ma kath'auto. Si esprime.
E. LÉVINAS, Totalità e infinito

ABSTRACT [ITA]: Questo contributo si propone di offrire alcune considerazioni riguardo la disciplina del patrimonio culturale immateriale. Preso atto della parziale inefficacia del modello italiano, fondato sulla titolarità e la materialità, si muoverà dalle fonti sovranazionali e dalle esperienze di altri ordinamenti. Soprattutto, verrà dato conto del fondamentale ruolo degli Inventari e delle migliori pratiche amministrative (anche attraverso l'esperienza di un caso concreto) nella costruzione, partecipata, di un sistema che tuteli e valorizzi il patrimonio entro cui le Comunità di riferimento si riconoscono.

ABSTRACT [ENG]: *This work aims to offer some considerations regarding the discipline of intangible cultural heritage. Having acknowledged the partial ineffectiveness of the Italian model, based on ownership and materiality, it will move from international law sources and from the experiences of other legal systems. Above all, account will be taken of the fundamental role of Inventories and best administrative practices (also through the experience of a concrete case) in the participatory construction of a system that protects and enhances the heritage within which the reference communities recognize themselves.*

SOMMARIO: 1. L'insostenibile "leggerezza" dei beni immateriali **- 2.** Tautologie domestiche e fonti sovranazionali **- 3.** La lacuna di un Inventario in Italia **- 4.** "Festa dei Ceri" al tempo della pandemia **- 5.** Cenni sui profili di tutela del diritto d'autore **- 6.** Considerazioni finali.

[*] «Il presente contributo rielabora, ed amplia, il*paper*(Il volto del patrimonio culturale immateriale non è segno. Considerazioni per un alternativo modello di tutela e valorizzazione) presentato in risposta alla *call* in "Diritto dei beni culturali", indetta da OGiPaC ("Osservatorio Giuridico sulla tutela del Patrimonio Culturale"), e pubblicato in apposita sezione, in *www.ogipac.com*, 25 marzo 2021».

[**] Dottorando presso l'Università degli studi di Roma "Tor Vergata".

1. L'insostenibile "leggerezza" dei beni immateriali.

Un tentativo di ricostruzione sistematica della categoria dei beni culturali[1], anche in punto di definizione, sconta una necessaria contraddizione; infatti, ad un unitario modello dominicale, fondato sulla titolarità, cui si è ispirato il legislatore storico, si contrappongono le plurime concezioni e le differenti esigenze di una categoria la cui disciplina dovrebbe essere, invece, teleologicamente orientata alla valorizzazione e alla tutela.[2]

La *reductio* dei beni culturali al modello cui si ispira il sistema dominicale ha per lungo tempo condizionato anche le elaborazioni della dottrina, restia ad affrancarsi da una concezione giuridica che aveva per fulcro la patrimonialità e la fondamentale inerenza a una categoria di beni tra loro omogenei, ove il termine "culturale" si esauriva in una funzione meramente attributiva. Fu solo con la nota costruzione dottrinale del Giannini che prese le mosse quella evoluzione nella concezione del bene culturale che permise l'affrancamento della componente "immateriale" dalla *res* in cui trova inerenza, ma non già identificazione; infatti, è proprio in tale autonoma entità che si individua -quale valore estrinseco derivato dall'altrui qualificato riconoscimento- il cd. interesse culturale.[3] Un processo[4] che pur culminato con

[1] L'espressione trova una delle prime attestazioni nella «Convenzione per la protezione dei beni culturali in caso di conflitto armato», firmata all'Aia il 14 maggio 1954. Nell'ordinamento italiano la tradizionale locuzione "cose d'arte" (di derivazione preunitaria) fu sostituita da quella di "bene culturale" solo nel 1964, per merito della "Commissione Franceschini" (istituita con l. 310/1964). *Ex multis*: A. BARTOLINI, *L'immaterialità dei beni culturali*, *I beni immateriali tra regole privatistiche e pubblicistiche - Atti Convegno Assisi (25-27 ottobre 2012)*, in *Aedon*, I, 2014, par. 1; G. SORICELLI, *Beni culturali immateriali e diritto al bene culturale: prospettive per una ricerca*, in *federalismi.it*, 31 luglio 2019, 12 ss.

[2] Cfr. A. GENTILI, *Quale modello per i beni culturali?*, in *Patrimonio culturale profili giuridici e tecniche di tutela*, in E. BATTELLI, B. CORTESE, A. GEMMA e A. MASSARO (a cura di), Roma, 2017, 228 s.; A. BARTOLINI, *Il bene culturale e le sue plurime concezioni*, in *Dir. amm.*, 2019, II, 223 ss.

[3] M.S. GIANNINI, *I Beni Culturali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, I, 1976, 3 ss. Per una recente ricostruzione sistematica del pensiero dell'Autore, con riguardo ai beni culturali si rinvia a: L. CASINI, *«Todo es peregrino y raro…»*, *Riv. trim. dir. pubbl.*, III, 2015, 987 ss.

[4] Che ha preso l'abbrivio dal superamento della concezione estetizzante della legge Bottai (l. n. 1089/1939) in favore di un'interpretazione in chiave storicistica del bene culturale, che si può far risalire alla Dichiarazione I della "Commissione Franceschini". Sull'evoluzione della materia cfr.: S. CASSESE, *I beni culturali da Bottai a Spadolini*, in *Rassegna degli Archivi di Stato*, I, 1975, 116 ss.; B. CAVALLO, *La nozione giuridica di bene culturale*, in F. PEREGO (con il coordinamento di), *Memorabilia: il futuro della memoria, I (Tutela e valorizzazione oggi)*, 11 ss., V. DE SANTIS, *Dibattito sul Testo Unico. L'evoluzione del concetto di bene culturale*, in *Aedon*, I, 1998, par. 1; T. ALIBRANDI, *L'evoluzione del concetto di bene culturale*, in *Foro amm.*, 1999, 2701 ss.; F. MERUSI, *Pubblico e privato e qualche dubbio di costituzionalità nello statuto dei beni culturali*, in *Dir. amm.*, I, 2007, 1 ss.; L. CASINI, *Le nuove modifiche al Codice dei beni culturali e del paesaggio (commento ai D.lgs. 26 marzo 2008, n. 62 e n. 63). La disciplina dei beni culturali dopo il d.lgs. n. 62/2008: 'Erra l'uomo finché cerca'*, in *Giorn. dir. amm.*, X, 2008, 1060 ss. Per una ricostruzione parzialmente diversa,

l'adozione una normativa dalle ambizioni sistematiche, il "Codice dei beni culturali e del paesaggio" (d.lgs. 42/2004 s.m.i.), si è scontrato con i limiti ontologici propri dell'adozione del citato modello di disciplina, in cui la nozione di bene culturale non può prescindere dal concetto di *res qui tangi potest*.[5]

Esemplare, in proposito, è l'introduzione dell'art. 7-*bis* (art. 1 del d.lgs. n. 62/2008) nel Codice dei beni culturali e del paesaggio, con il dichiarato intento di adeguare la normativa interna alla concezione del bene culturale immateriale contenuta nelle Convenzioni Unesco del 2003 e del 2005; ebbene, la "materialità" ha continuato a porsi quale imprescindibile, ancorché antinomico, requisito affinché tale nozione possa essere trasposta nel nostro ordinamento.[6] Come è stato acutamente osservato, la limitazione in commento non occorre a negare tutela ai beni culturali immateriali "in senso stretto", ma ipostatizza la necessità di valersi -per il perseguimento di tali fini- di «strumentazioni e istituti giuridici adeguati e diversi da quelli delle cose».[7]

Questa dichiarazione di intenti, sottesa al superamento degli angusti canoni dell'inerenza e della patrimonialità, non ha però condotto all'introduzione di un'organica disciplina per i beni culturali immateriali; in particolare, proprio avuto riguardo a quegli strumenti "altri" che consentissero il definitivo affrancamento dalla materialità.[8]

2. Tautologie domestiche e fonti sovranazionali.

Le ragioni per cui un bene culturale senza materialità sia giuridicamente rilevante, ma non trovi ancora un'adeguata disciplina nell'ordinamento domestico, sono

---

che sostiene la convivenza della concezione estetizzante con quella diretta a tramandarne la memoria: A. BARTOLINI, *Il bene culturale e le sue plurime concezioni*, op. cit., 227-228.

[5] T. ALIBRANDI, P.G. FERRI, *I beni culturali e ambientali*, aggiornato da ALIBRANDI-CENERINI, Milano, 2001, 47; A.L. TARASCO, *Diversità e immaterialità del patrimonio culturale nel diritto internazionale e comparato: analisi di una lacuna (sempre più solo) italiana*, in *Foro amm.*, VII-VIII, 2008, 2263.

[6] Recita l'art. 7-*bis*: «Le espressioni di identità culturale collettiva contemplate dalle Convenzioni UNESCO per la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale e per la protezione e la promozione delle diversità culturali, adottate a Parigi, rispettivamente, il 3 novembre 2003 ed il 20 ottobre 2005, sono assoggettabili alle disposizioni del presente codice qualora siano rappresentate da testimonianze materiali e sussistano i presupposti e le condizioni per l'applicabilità dell'articolo 10».

[7] G. SEVERINI, *Artt. 1-2*, in *Codice dei beni culturali*, in M.A. SANDULLI (a cura di), Milano, 2012, 28.

[8] Cfr.: G. SEVERINI,*Immaterialità dei beni culturali?, I beni immateriali tra regole privatistiche e pubblicistiche - Atti Convegno Assisi (25-27 ottobre 2012)*, in *Aedon*, I, 2014;A. GUALDANI, *I beni culturali immateriali: una categoria in cerca di autonomia*, in *Aedon*, I, 2019.

parzialmente riferibili a considerazioni di carattere storico-giuridico ed alle scelte legislative che in esse trovano fondamento.[9]

Innanzitutto, lo Stato italiano ereditava dalle legislazioni preunitarie [10] un complesso di misure tese ad evitare la dispersione e la distruzione dell'immenso patrimonio artistico-architettonico accumulatosi nel corso dei secoli; a ciò, talvolta, si accompagnava una forma di tutela "debole" verso i beni di proprietà privata, attraverso la previsione di un diritto di prelazione in favore dello Stato.

Le "cose d'arte" fornivano, dunque, il necessario punto di partenza per una disciplina organica dei beni culturali, che prese le mosse dalla legge Nasi (l. 185/1902) e dalla legge Rosadi (l. 364/1909) per culminare nelle leggi Bottai del 1939 (l. 1090/1939 per le cose d'arte e l.1497/1939 per le bellezze naturali e i beni ambientali).[11]

Il *leitmotiv* fu un rinnovato interesse pubblicistico alle bellezze storiche, artistiche e paesaggistiche della Nazione, in uno slancio (non scevro da una certa impronta autoritaria) teso recupero ed alla protezione delle stesse come elementi identificativi (e statici) di un determinato *Volksgeist*.[12]

I due pilastri erano rappresentati da una rigida ed organica tutela, attraverso l'azione della pubblica amministrazione, e da una essenziale opera di catalogazione delle cose oggetto di uno specifico regime giuridico, in virtù del proprio specifico interesse (storico, artistico, paesaggistico, archeologico).[13]

---

[9] Come è stato icasticamente rilevato, la tradizione giuridica italiana considera inscindibile il valore immateriale dal suo substrato fisico: «nell'opera d'arte, come in ogni altra cosa in cui si riconosce un valore culturale che giustifica la soggezione della cosa alla speciale ragione di tutela, il profilo ideale che è oggetto di protezione si è talmente immedesimato nella materia in cui si esprime da restarne definitivamente prigioniero, così che esso si pone come oggetto di protezione giuridica inscindibile dalla cosa che lo racchiude». Sul punto: A. BARTOLINI, *L'immaterialità dei beni culturali*, op. cit., par. 1.

[10] Di particolare rilievo furono quelle dello Stato Pontificio (editto del cardinal Pacca del 7 aprile 1820 e successivo regolamento di esecuzione), del Regno delle due Sicilie (decreto 13 maggio 1822 di Ferdinando I) e del Granducato di Toscana (decreto 18 aprile 1857 del Granduca Leopoldo). Sul punto: G. SORICELLI, *Beni culturali immateriali e diritto al bene culturale: prospettive per una ricerca*, op. cit., 7-8.

[11] Cfr.: S. CASSESE, *I beni culturali da Bottai a Spadolini*, op. cit., 152 ss.; A. DE PASQUALE, *Il ritorno allo Stato della tutela bibliografica*, in *Aedon*, I, 2017, par. 1; G. SORICELLI, *Beni culturali immateriali e diritto al bene culturale: prospettive per una ricerca*, op. cit., 9.

[12] Ciò implica, fatalmente, una scelta discrezionale su quali siano gli elementi entro cui identificare il concetto di Nazione. Pur nell'impossibilità di approfondire, merita appena un cenno la vicenda umana e scientifica dell'archeologa Paola Zancani Montuoro e del filantropo Umberto Zanotti Bianco, che finanziarono (a partire dal 1934) una delle più importanti campagne di scavo archeologico del Novecento, in Italia, che portò alla scoperta dell'*Heraion* del *Silaris*. Questa fondamentale testimonianza della cultura della Magna Grecia nel Sud Italia non incontrava, però, il favore del regime, proteso in una narrazione fortemente romanocentrica, e l'attività di scavo fu variamente ostacolata nel corso degli anni. Per approfondire, *ex multis*: F. VISTOLI, voce «Montuoro Paola», in *Dizionario Biografico degli Italiani*, vol. 76, Roma, *Istituto della Enciclopedia Italiana*, 2012, 382 ss.

[13] G. SORICELLI, *Beni culturali immateriali e diritto al bene culturale: prospettive per una ricerca*, op. cit., 10.

La mancanza di una precisa definizione, di questi antesignani del concetto di bene culturale, favorì la creazione di elenchi tendenzialmente aperti, entro cui far rientrare determinate *res* sulla base di una valutazione eminentemente tecnico-scientifica (e storicamente condizionata). La disciplina delle leggi Bottai costituì, comunque, uno strumento tecnicamente valido per la disciplina del patrimonio culturale italiano, anche svariati decenni dopo la promulgazione della Costituzione repubblicana; ma, le sostanziali differenze nelle premesse sistemiche avrebbero reso indefettibile una radicale riforma.

Il mutamento introdotto dall'art. 9[14] - e dal combinato disposto degli artt. 33, 34, 117 e 118 Cost. - ha infatti contribuito alla costruzione di un microsistema, efficacemente definito "Costituzione culturale", ossia «un prisma complesso, che ben esprime la funzione sistemica della cultura, intesa nelle sue molte forme, come fattore essenziale di integrazione politica e sociale entro il paradigma della democrazia pluralista».[15]

La sostanziale asimmetria ontologica tra i modelli presupposti ai due sistemi doveva, innanzitutto, essere corretta da un significante che abbracciasse una tale complessità, per cui il termine "cose d'arte" era ormai inadatto.

La logica dinamica delineata dalla "Costituzione culturale" esigeva una nozione[16] aperta quale fu quella coniata, con felice intuizione, dalla citata Commissione Franceschini, con la locuzione "bene culturale"; infatti, la capacità di "trasmettere memoria" del passato diveniva criterio discretivo per la categoria dei beni culturali (al di là del loro pregio o del rilievo storico-artistico-archeologico).[17]

---

[14] *Ex multis*: F. SANTORO PASSARELLI, *I beni della cultura secondo la Costituzione*, in *Studi per il XX Anniversario dell'Assemblea costituente*, Firenze, 1969; F. MERUSI, *Sub art. 9*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, 1975, 452; ID., *Significato e portata dell'art. 9 della costituzione*, in *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale: scritti in onore di C. Mortati*, vol. III, Milano, Giuffrè, 1977, 806 ss.; M. AINIS, *Cultura e politica. Il modello costituzionale*, Padova, 1991.

[15] F. RIMOLI, *Profili costituzionali della tutela del patrimonio culturale*, in *Patrimonio culturale profili giuridici e tecniche di tutela*, op. cit., 92.

[16] Puntualmente è stato rilevato come «(…) la nuova nozione di bene culturale introduceva un mutamento d'indole non meramente lessicale: individuava un diverso oggetto di tutela e nel contempo assegnava alla tutela un diverso ruolo: non più la cosa in sé si rivelava meritevole di tutela, ma la testimonianza di civiltà radicata in profili materiali o immateriali della cosa stessa. In ciò era il nucleo del bene culturale». Così, P. STELLA RICHTER e E. SCOTTI, *Lo statuto dei beni culturali tra conservazione e valorizzazione*, in A. CATELANI e S. CATTANEO (a cura di), *I beni e le attività culturali, in Trattato di diritto amministrativo*, G. SANTANIELLO (diretto da), vol. XXXIII, Padova, 2002, 387.

[17] Testualmente, per la Dichiarazione I: «Appartengono al patrimonio culturale della Nazione tutti i beni aventi riferimento alla storia della civiltà. Sono assoggettati alla legge i beni di interesse archeologico, storico, artistico, ambientale e paesistico, archivistico e librario, ed ogni altro bene che costituisca testimonianza materiale avente valore di civiltà». Sul punto si rinvia a: B. CAVALLO, *La nozione di bene culturale tra mito e realtà: rilettura critica della prima dichiarazione della Commissione Franceschini*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, vol. II, Milano, 1988, 113 ss.

Il concetto venne considerevolmente elaborato dalla dottrina, mentre solo con ritardo il legislatore intervenne per fornire una definizione di bene culturale solo nel 1998, con l'art. 148 d.lgs. 112/1998 (seguito dall'art. 4 del d.lgs. 490/1999, "Testo Unico delle disposizioni legislative in materia di beni culturali ed ambientali").[18]

Resta di fondamentale importanza, però, negli anni precedenti, la l. 5/1975 istitutiva del "Ministero per i Beni Culturali e Ambientali"; infatti, essa ha consentito la nascita di un nuovo apparato amministrativo in grado di maturare - anche ereditando quanto di valido era stato realizzato in virtù delle leggi Bottai - una serie di competenze tecnico-scientifiche che si tradurranno in "buone pratiche", da cui assumere utili indicazioni sistematiche.[19]

Il legislatore del 1998 opera due importanti modifiche alla definizione introdotta dalla Commissione Franceschini nel 1963, elimina il riferimento alla materialità del bene ed afferma che i beni devono essere «così individuati dalla legge».

Non viene però accolta una nozione unitaria di bene culturale, comprensiva delle attività culturali (relegate ad un ruolo ancillare), così disattendendo quelle sollecitazioni dottrinali che predicavano l'insufficienza di una nozione meramente materiale, che tale resta in virtù di una visione parcellizzata degli stessi.[20]

Dal punto di vista amministrativo, il d.lgs. 368/1998 rendeva plastica una nuova visione olistica di patrimonio culturale, «in cui si combinano, integrandosi, la tutela, la gestione e la valorizzazione dei beni culturali e delle attività culturali», attraverso il nuovo "Ministero dei Beni culturali e le Attività Culturali".[21]

La successiva riforma del Titolo V della Costituzione (l. cost. 3/2001), con la distribuzione delle competenze tra Stato e Regioni secondo quanto previsto dal nuovo art. 117 Cost.[22], contribuì ad accelerare quel processo di emersione di una nuova disciplina per la tutela e la valorizzazione dei beni culturali, che superasse definitivamente alcune problematicità e si proiettasse verso una forma di tutela non

[18] Sul punto: V. DE SANTIS, *L'evoluzione del concetto di bene culturale*, in *Aedon*, 2001, par. 1.

[19] *Amplius infra* par. 3-4.

[20] Cfr.:M. CAMMELLI, *Il decentramento difficile*, in *Aedon*, I, 1998; M. AINIS e M. FIORILLO, *I beni culturali*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2000, 1066 ss.; V. DE SANTIS, *L'evoluzione del concetto di bene culturale*, op. cit., par. 1. Autorevole dottrina ha comunque apprezzato l'eliminazione dell'aggettivo materiale, per la flessibilità che consente all'evoluzione della categoria generale, sia pure riconoscendo i limiti ricostruttivi di un bene non materiale che resti distinto dalle attività culturali. Sul punto: M.P. CHITI, *La nuova nozione di "beni culturali" nel d.lg. 112/1998: prime note esegetiche*, in *Aedon*, I, 1998, par. 1.

[21] G. SORICELLI, *Beni culturali immateriali e diritto al bene culturale: prospettive per una ricerca*, op. cit., 15.

[22] Sull'argomento, *ex multis:*G. SCIULLO, *Beni culturali e riforma costituzionale*, in *Aedon*, I, 2001; M. CAMMELLI, *Amministrazione (e interpreti) davanti al nuovo Titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni. Bimestrale di analisi giuridica e istituzionale*, VI, 2001, 1273 ss.; S. CASSESE, *L'Amministrazione nel nuovo titolo quinto della Costituzione*, in *Giorn. dir. amm.*, XII, 2001.

più solo statica, ma dinamica. Sennonché, il rammentato "Codice dei beni culturali e del paesaggio" (d.lgs. 42/2004 s.m.i.) ha solo parzialmente adempiuto a questo complesso compito; infatti, soprattutto per quanto attiene il patrimonio immateriale, risulta evidente la tautologia insita nel voler ricostruire una disciplina idonea muovendo da categorie generali proprie di un sistema dominicale (cui si è riferito il legislatore storico).

L'art. 7-*bis*, introdotto nel 2008, diviene così la piana ammissione di un limite dell'ordinamento interno, che, nel tentativo di adeguarsi alla concezione del bene culturale immateriali contenuta in un sistema che muove da altri presupposti, genera l'ossimoro del bene immateriale cui necessita un *quid* di materialità.

L'estensione del campo di indagine alle fonti sovranazionali[23] sembra così essere il naturale approdo per una ricostruzione della disciplina aderente alle sollecitazioni sistematiche cui l'ordinamento interno, nonostante gli impegni assunti, non sembra riuscire a dare adeguato seguito; nondimeno, principiando dagli interstizi occupati dalla prassi, si farà menzione del costante legame dialogico tra essi e quell'inattuato modello in cui dare spazio alle potenzialità della nozione di bene culturale immateriale.

Il primo riferimento è il dato testuale dell'art. 2 par. 1 della "Convenzione per la salvaguardia del Patrimonio Immateriale" Unesco, che definisce il "Patrimonio Culturale Immateriale" come «le pratiche, le rappresentazioni, le conoscenze, e il *know how* che le comunità, i gruppi e in alcuni casi gli individui, riconoscono in quanto parte del loro patrimonio culturale».

Si assiste a una "rivoluzione copernicana" nel processo che porta all'emersione del cd. interesse culturale nel patrimonio immateriale; infatti, dall'individuazione del *quid pluris* culturale nell'inerenza a una *res* materiale (secondo canoni perlopiù classificatori, nell'ambito di un giudizio soggettivo di un terzo qualificato), si giunge al riconoscimento del patrimonio immateriale ad opera della comunità stessa in cui esso si condivide, si trasmette e si reitera (un ruolo centrale quello delle comunità e dei gruppi che sarà ribadito dall'art. 15 della Convenzione).[24]

---

[23] L'interesse del diritto internazionale al patrimonio immateriale è il principale fattore evolutivo della disciplina di protezione e valorizzazione offerta dal legislatore interno, sul punto: A. GUALDANI, *I confini del patrimonio culturale. I beni culturali immateriali, una categoria in cerca di autonomia*, op. cit., par. 2.

[24] Per sopperire alla minor estensione della nozione interna di patrimonio culturale, parte della dottrina ha proposto un "sistema a tutele parallele" che contemperi anche quella internazionale (più estesa), così da consentire alle azioni di tutela e valorizzazione un perimetro di intervento più vasto di quanto sarebbe consentito dalla sola normativa nazionale, sul punto si rinvia a C. VITALE, *La fruizione dei beni culturali tra ordinamento internazionale ed europeo*, in *La globalizzazione dei beni culturali*, in L. CASINI,(a cura di), Bologna, 2010, 176.

Queste peculiari caratteristiche fanno del patrimonio immateriale un compendio refrattario all'inquadramento in un modello definitorio, rendendosi piuttosto necessaria una nozione descrittiva[25], che si esaurisca nell'osservazione dello stesso, quale è il tentativo proposto dalla Convenzione.

Questo continuo divenire del patrimonio culturale immateriale vale a definirne l'elemento soggettivo, moto circolare di una comunità che al contempo crea e sostanzia un complesso di beni, nei quali si identifica e si riconosce, per cui la statica esistenza non vale a ricomprenderne il carattere essenziale (in ciò differenziandosi dal patrimonio culturale materiale così come definito dalla Convenzione del 1973).[26]

Le cerimonie, le feste, i canti, le fiabe e i riti sono stati per questo ricostruiti, ben prima della Convenzione, quale categoria di "beni volatili", in quanto «per essere fruiti più volte, devono essere ri-eseguiti o rifatti (…). I beni volatili sono insieme identici e mutevoli e vanno perduti per sempre se non vengono fissati su memorie durevoli».[27]

3. La lacuna di un Inventario in Italia.

La trasmissione della memoria collettiva costituisce condizione necessaria per l'esistenza di un patrimonio culturale immateriale, e la sua protezione una delle forme in cui si tutelano i diritti umani (nel Preambolo della Convenzione si cita la "Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo") e si contribuisce a garantire la pace tra le comunità.[28]

La Convenzione, pur impegnando gli Stati, riguarda corpi sociali intermedi, i cui legami intersoggettivi si addensano intorno a un sistema valoriale in cui il bene significato continuamente trascende dal suo significante e il tratto saliente di qualsivoglia forma di tutela non può che dipartire da questo complesso meccanismo, formale o informale, che garantisce la trasmissione della memoria culturale.

---

[25] T. SCOVAZZI, *La definizione del patrimonio culturale intangibile*, in G.M. GOLINELLI (a cura di), *Patrimonio culturale e creazione di valore*, Padova, 2012, 152 ss.

[26] C.A. D'ALESSANDRO, *La tutela giuridica del patrimonio culturale in Francia. Spunti ricostruttivi*, in *federalismi.it*, XXIII, 2018, 6 ss.

[27] A.M. CIRESE, *I beni demologici in Italia e la loro museografia*, in *Graffiti di museografia antropologica italiana*, in P. CLEMENTE (a cura di), Siena, 1996, 251.

[28] Cfr.: T. SCOVAZZI, *La Convenzione per la salvaguardia del patrimonio culturale intangibile*, in *Il patrimonio culturale intangibile nelle sue diverse dimensioni*, in T. SCOVAZZI, B. UBERTAZZI E L. ZAGATO (a cura di), Milano, 2012, 22 ss.; C.A. D'ALESSANDRO, *La tutela giuridica del patrimonio culturale in Francia. Spunti ricostruttivi*, op. cit., 7.

Questo tema consente di introdurre un elemento che è convenzionalmente estraneo all'essenza del patrimonio culturale intangibile, la conoscibilità: la comunità trasmette la conoscenza di un certo rito, festa, danza, gioco o cerimonia per il suo continuo riattualizzarsi in gesti e in tradizioni sempre eguali eppur mutevoli.

Affinché di tali fenomeni, ontologicamente interni al gruppo dei soggetti che ne intende il significato e custodisce la memoria reiterandone il valore, possano rendersi conoscibili, e finanche descrittivamente considerabili (art. 11 Convenzione) in qualsivoglia categoria che ne perimetri la tutela, risulta fondamentale il ruolo degli inventari.

La Convenzione prevede che lo Stato, con l'ausilio delle «comunità, gruppi ed organizzazioni non governative rilevanti» debba compilare «uno o più inventari del patrimonio culturale immateriale presente sul suo territorio» (art. 12) e adottare una disciplina sistematica per la emersione «della funzione del patrimonio nella società» (art. 13, lett. a), la sua valorizzazione, e la promozione di «studi scientifici, tecnici e artistici» (art. 13 lett. b) e «di programmi d'istruzione, di sensibilizzazione e di informazione» (art. 14 lett. a).

Si tratta di indicazioni ampie, che pur consentono di tratteggiare il sistema a cui si dovrebbe ispirare una disciplina dei beni culturali immateriali; soprattutto, ai fini in argomento, quale sia il ruolo da riservare agli inventari previsti dalla Convenzione e le conseguenze del mancato adeguamento a essa della normativa interna.

Il percorso che porta alla compilazione di un inventario principia con l'individuazione (anche per iniziativa dei gruppi sociali interessati) sul territorio dei beni culturali immateriali, poiché, per le ragioni ricordate, essi presentano uno stretto legame con la comunità che vive un determinato ambiente socioculturale, vivificandolo attraverso una serie di esperienze e tradizioni che possono essere comprese solo in un particolare contesto del quale costituiscono il "Volto" intangibile.

In ciò sta una prima difficoltà intrinseca nel rilievo di tale patrimonio, il fatto che esso non esista autonomamente dalla comunità in cui si genera (come avviene per i beni materiali) rende necessario che la sua osservazione e documentazione sia impressa su vari supporti audio-visivi, o in genere multimediali, tali da garantirne la conservazione e veicolarne la conoscenza.[29]

I supporti (segni) materiali su cui viene registrato un determinato bene immateriale non possono costituire un surrogato degli stessi, poiché non in grado di

[29] R. TUCCI, *Beni Demoetnoantropologici Immateriali*, in *Antropologia Museale*, I, 2002, 55 s.

cogliere le complesse dinamiche che caratterizzano l'esecuzione dal vivo[30]; eppure, la loro cristallizzazione in archivi audio-visivi adempie a una serie di essenziali funzioni.

In primo luogo, gli archivi sono uno strumento di conoscenza del bene rappresentato, ben al di là del territorio e del momento in cui esso viene ad esistenza; infatti, attraverso di essi una determinata forma espressivo-identitaria può essere individuata e descritta, *prius* logico per qualsiasi forma di tutela. Ancora, la fruizione di questo materiale -opportunamente musealizzato o allestito attraverso installazioni (anche) digitali- consente di valorizzare un determinato territorio e la comunità o il gruppo a cui appartiene con esposizioni e mostre dal carattere sia divulgativo, sia scientifico.[31]

Infine, esso può assolvere alla funzione di memoria digitale anche per la comunità cui si riferisce, connettendosi al rammentato percorso circolare di creazione-trasmissione-esecuzione, ma soprattutto in ordine a questo punto varrà un'esperienza amministrativa di cui a breve si dirà.

Quanto appena tratteggiato consente di comprendere come sia essenziale dotarsi di un "Inventario del patrimonio culturale immateriale in Italia", che consenta di individuare e censire questi beni intangibili, non quale mera raccolta dei pur numerosi archivi e repertori esistenti (poiché essi si riferiscono anche a beni non più attuali nella comunità di riferimento, un modello meramente compilatorio, già superato, adottato con l'*Inventario degli inventari* ad opera della *mission ethnologie* francese, in prima applicazione della Convenzione).[32]

Occorrerebbe, invece, secondo un modello plasmato sull'*Inventaire du patrimoine culturel immatériel en France,* un repertorio aperto in cui l'iscrizione avviene soprattutto tramite le richieste delle comunità (in questo caso la domanda è sottoposta all'esame preventivo del *Comité du Patrimoine culturel ethnologique et immatériel*), con l'ausilio di organismi di ricerca e associazioni culturali.[33]

Un progetto di "Inventario del patrimonio culturale immateriale in Italia" era stato pur avviato in anni recenti, prevedendo una schedatura partecipata da parte delle

[30] R. TUCCI, *Beni Demoetnoantropologici Immateriali*, op.cit., 57.
[31] Si è osservato come «il bene culturale immateriale, per la sua intima essenza, richiede soprattutto di essere valorizzato sotto il profilo della diffusione della sua conoscenza, in quanto solo in tale modo è possibile promuovere la diversità delle espressioni culturali, e la trasmissione intergenerazionale delle stesse, obiettivo principale della convenzione di Parigi del 20 ottobre 2005». Così S. FANTINI, *I beni immateriali tra regole privatistiche e pubblicistiche - Atti Convegno Assisi (25-27 ottobre 2012). Beni culturali e valorizzazione della componente immateriale*, in *Aedon*, I, 2014, par. 3.
[32] C.A. D'ALESSANDRO, *La tutela giuridica del patrimonio culturale in Francia. Spunti ricostruttivi*, op.cit., 13.
[33] C.A. D'ALESSANDRO, *La tutela giuridica del patrimonio culturale in Francia. Spunti ricostruttivi*, op.cit., 13.

comunità (quindi con schede più schematiche di quelle ICCD, ma che comunque richiedano sempre l'intervento di un professionista), senza però trovare compimento.[34]

L'inserimento nell'Inventario non sarebbe stato un prerequisito necessario all'avvio di un'eventuale candidatura nelle liste Unesco previste dalla Convenzione (la "Lista Rappresentativa del Patrimonio Immateriale" e la "Lista del Patrimonio Immateriale che necessita di urgente tutela"), come invece avviene nel modello francese.

Il superamento di una concezione novecentesca legata al "diritto *del* patrimonio culturale" è, infine, divenuta ineludibile con la recente ratifica italiana della Convenzione di Faro (del 2005), che fornisce di esso una definizione ancor più ampia (art. 2), giungendo ad enucleare un vero e proprio "diritto *al* patrimonio culturale" (art. 4) per la collettività che ne fruisce.[35]

Una sfida che riguarda, *funditus*, le strutture portanti dell'attuale disciplina dei beni immateriali, che può essere affrontata anche attraverso la comparazione con modelli di tutela e valorizzazione già affinati in altri Paesi Ue; nondimeno, si ritiene che il legislatore possa trarre utili considerazioni anche dalle migliori prassi ed esperienze tecnico-amministrative sul tema, anche in virtù della storica attenzione riservata da alcune Amministrazioni al patrimonio intangibile.

4. "Festa dei Ceri" al tempo della pandemia.

La lacuna dell'ordinamento interno è particolarmente evidente non solo avuto riguardo agli impegni internazionali assunti dall'Italia, ma anche rispetto alla tradizione tecnico-amministrativa che può vantare nella individuazione e nella catalogazione dei beni demo-etnoantropologici (materiali e immateriali).

[34] Si fa riferimento al «progetto PACI (Progetto integrato per il Patrimonio Culturale Immateriale e la Diversità Culturale)coordinato dall'Istituto Centrale per il Catalogo e la Documentazione (ICCD) e condiviso dall'Istituto Centrale per i Beni Sonori ed Audiovisivi (ICBSA) e dall'Istituto Centrale per la Demoetnoantropologia (IDEA).(…) La prima fase del progetto (2009-2010), curata dall'ICCD, ha riguardato attività di recupero di catalogazioni e documentazioni pregresse e attività di nuova catalogazione sul campo. (…) La seconda fase del progetto (2011-2012) è stata curata congiuntamente dai tre Istituti Centrali e ha ugualmente riguardato attività sia di nuova catalogazione sul campo, sia di recupero di catalogazioni e di documentazioni pregresse, con riferimento, nel complesso a temi quali feste, riti e cerimonie, musica di tradizione orale, banchetti rituali, pesca lacustre, oltre a un'integrazione della dieta mediterranea». http://www.idea.mat.beniculturali.it/attivita/progetti/itemlist/category/8-progetto-paci.

[35] Per una prima analisi sugli effetti della ratifica della "Convenzione quadro del Consiglio d'Europa sul valore dell'eredità culturale per la società" nell'ordinamento giuridico interno si rinvia a: A. GUALDANI, *L'Italia ratifica la convenzione di Faro: quale incidenza nel diritto del patrimonio culturale italiano?*, in *Aedon*, III, 2020.

Infatti, già con r.d. n. 2111/1923 nasceva il "Regio museo di etnografia italiana", poi "Museo nazionale delle arti e tradizioni popolari" (d.p.r. 1673/1956), con lo scopo di individuare e catalogare le varie manifestazioni dell'identità nazionale, senza distinguere tra beni materiali ed immateriali.

La tutela e la promozione di questi beni, anche per alcune illuminate intuizioni, non è stata però intesa come la *reductio ad unum* degli stessi in una certa idea di identità nazionale; piuttosto, è prevalso un approccio scientifico che ha consentito di preservare testimonianze eterogenee sia tangibili, sia immateriali (di cui i possibili *segni* sono, ad esempio, archivi fotografici, fonoriproduzioni, audio-visivi ecc.) del vasto patrimonio di cui si cominciava a prendere consapevolezza.[36]

Nel 1978 ha avuto così avvio la catalogazione dei beni demo-etnoantropologici immateriali in Italia ad opera dell'"Istituto Centrale per il Catalogo e la Documentazione" (ICCD) in collaborazione con il Museo nazionale; a questa prima iniziativa ha fatto seguito, nel 1999, la costituzione di un gruppo di lavoro "Stato-Regioni" incaricato di redigere una nuova scheda di catalogo, anche alla luce della mutata attenzione per i beni demo-etnoantropologici, in particolare quelli immateriali.[37]

Il "Museo nazionale delle arti e tradizioni popolari" è stato poi soppresso (d.m. 7 ottobre 2008) per diventare una struttura operante presso l'"Istituto Centrale per la Demoetnoantropologia" (ICDe, d.p.r. 233/2007), con l'intento di creare un unico polo di conservazione, tutela, ricerca, valorizzazione ed esposizione.

È poi stato assegnato (d.m. 198/2916) al "Museo delle Civiltà" (d.m. 44/2016) nell'ambito di un più vasto progetto di riforma della funzione di tutela e valorizzazione del "Ministero per i Beni e le Attività Culturali e per il Turismo" (MiBACT).

L'ICDe è infine divenuto, in linea con il mutato quadro normativo (dpcm 169/2019 e d.m. 21/2020), "Istituto Centrale per il Patrimonio Immateriale" (ICPI, ufficio dirigenziale autonomo che si affianca al Servizio VI "Tutela del patrimonio demoetnoantropologico e immateriale" della "DG Archeologia, belle Arti e paesaggio"), la cui missione è individuata nella salvaguardia e valorizzazione del patrimonio culturale (materiale e immateriale) italiano, nello studio, ricerca, esposizione e divulgazione della conoscenza dello stesso; nonché, nella «promozione

[36] A.L. TARASCO, *Diversità e immaterialità del patrimonio culturale nel diritto internazionale e comparato: analisi di una lacuna (sempre più solo) italiana*, op. cit., 2278.
[37] R. TUCCI, *Beni Demoetnoantropologici Immateriali*, in *Antropologia Museale*, op.cit., 60 s.

di iniziative volte a tutelare i settori legati all'identità collettiva dei vari gruppi sociali presenti sul territorio e le espressioni delle diversità culturali».[38]

Un caso recente di tutela e valorizzazione riguarda la nota "Festa dei Ceri", tradizione millenaria della città di Gubbio e una delle più antiche manifestazioni folcloristiche italiane[39], candidata all'ingresso nella lista Unesco dei beni immateriali nella "Rete delle Feste delle Grandi Macchine a Spalla".[40]

Alcuni esemplari di "Ceri mezzani" risalenti al XIX secolo sono custoditi (dai primi del Novecento) negli spazi del "Museo nazionale delle arti e tradizioni popolari", ma, negli ultimi anni, l'ICPI ha finanziato una ripresa audio-visiva della Festa (con la collaborazione della "Rete delle Feste delle Grandi Macchine a Spalla").[41]

L'opera è rientrata nel progetto espositivo di ambito internazionale[42] "*Unwritten Structures* -Racconti (in)Visibili", che si propone l'obiettivo di una «reinterpretazione in chiave artistica di pratiche e saperi della tradizione italiana per promuovere una forma innovativa di salvaguardia del patrimonio culturale immateriale attraverso la sperimentazione di codici multi-espressivi propri dell'arte contemporanea e dell'antropologia dialogica».[43]

Il segno materiale attraverso cui si promuove questo complesso patrimonio immateriale è però anche strumento di tutela, poiché contribuisce alla trasmissione della memoria culturale; infatti, l'opera è stata proiettata in visione gratuita alla cittadinanza eugubina in un estratto intitolato "Prodigio in *Slow motion*", dove alle fulminee e concitate attività che caratterizzano la Festa vanno a contrapporsi fotogrammi rallentati in cui la comunità si riconosce e "ri-trova".

In tempo di Covid-19 lo stesso intangibile Volto-patrimonio della comunità eugubina è stato celato allo sguardo, nell'impossibilità di proseguire il naturale ciclo di creazione-trasmissione-esecuzione; eppure, la tutela e la valorizzazione hanno trovato nuova espressione nel segno audio-visivo, che non è Volto, ma può rendere

[38] http://www.idea.mat.beniculturali.it/l-istituto.

[39] Per un'approfondita disamina del fenomeno v.: A. SEPPILLI, *I ceri di Gubbio. Saggio storico-culturale su una festa folclorica*, documenti a cura di F. COSTANTINI, in *Annali della Facoltà di lettere e filosofia*, Università degli studi di Perugia, 1972, rist. anast., Il Formichiere, 2020.

[40] Iscritto nel 2013 (8.COM) nella "Lista Rappresentativa del Patrimonio Culturale Immateriale dell'Umanità" UNESCO

[41] "Un patrimonio sulle spalle - Prodigio in *slow motion*", per la regia di F. DE MELIS.

[42] Risultato di un percorso di ricerca condiviso tra "Istituto Centrale per il Patrimonio Immateriale", "Museo delle Arti e Tradizioni Popolari" ed altri soggetti appartenenti al mondo dell'arte e della cultura.

[43] http://www.idea.mat.beniculturali.it/attivita/eventi/item/807-unwritten-structures.

testimonianza anche all'assenza, quale elemento nuovo e autonomo nella continua ri-creazione del bene immateriale.

L'ICPI ha così finanziato un nuovo documento audio-visivo (dello stesso autore, con la collaborazione dell'"Archivio di Antropologia Visiva" dell'Istituto) dal titolo "L'immenso affresco della grande assenza", ove, attraverso una serie di *performance*, si è rappresentata l'attesa della comunità per il ritorno della Festa e si è rievocata la stessa attraverso una proiezione sulla facciata del palazzo dei Consoli.

Il filmato sarà poi proiettato in diversi Paesi del mondo, a testimonianza che anche uno stato d'assenza può contribuire a creare lo spazio per la conoscenza del "Volto" di una Comunità, del suo patrimonio intangibile ma aperto, al tempo stesso, all'umanità.

5. Cenni sui profili di tutela del diritto d'autore.

Una delle «frasi più felici e celebri del saggio di Giannini»[44] è quella secondo cui "*il bene culturale è pubblico non in quanto bene di appartenenza, ma in quanto bene di fruizione*"; dunque, la tutela non passa solo attraverso la conservazione, ma anche dalla valorizzazione, teleologicamente orientata alla loro fruibilità sociale.[45]

Si è avuto modo di far riferimento alle possibilità offerte dalle nuove tecnologie nel rendere questo obiettivo meglio perseguibile, sia con strumenti digitali atti alla conservazione ed alla trasmissione della memoria, sia estendendo la conoscibilità di un determinato patrimonio culturale ben oltre le Comunità di riferimento.[46]

Non sfugge, infine, anche in virtù della casistica presentata, come queste tecnologie dimostrino una particolare efficacia nella tutela e valorizzazione del patrimonio culturale immateriale e della componente immateriale di quello tangibile, garantendone -inoltre- una fruibilità del tutto nuova.[47]

Dalla fruizione collettiva va però distinto l'uso, che ha carattere individuale, e per il quale l'art. 107 Codice dei beni culturali regola il potere per l'autorità, che ha in

[44] Richiamata da L. CASINI, *«Todo es peregrino y raro…»*, *Riv. trim. dir. pubbl.*, III, 2015, 994.

[45] Si tratta della «pubblicità, intesa nel senso della necessaria fruibilità dei valori culturali da parte della collettività», sul punto: G. ROLLA, *Beni culturali e funzione sociale*, negli *Scritti in onore di M.S. Giannini*, vol. II, Milano, 1988, 577.

[46] A. LAZZARO, *Innovazione tecnologica e patrimonio culturale tra diffusione della cultura e regolamentazione*, in *federalismi.it*, 20 dicembre 2017, 11.

[47] Cfr.: E. SBARBARO, *Codice dei beni culturali e diritto d'autore: recenti evoluzioni nella valorizzazione e nella fruizione del patrimonio culturale*, in *Riv. dir. industriale*, II, 2016, 72; R. DE MEO, *La riproduzione digitale delle opere museali fra valorizzazione culturale ed economica*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2019, III, 669.

consegna i beni, di concedere la concessione dell'uso "strumentale e precario", oltre alla riproduzione degli stessi.[48]

Nell'impossibilità di trattare i numerosi aspetti problematici relativi alla regolamentazione di questo potere, ed alle innovazioni di cui al c.d. decreto *Art bonus* (d.l. 83/2014)[49], ciò che interessa (in questa sede) è dar brevemente conto di alcuni profili di inferenza tra disciplina dei beni culturali e protezione del diritto d'autore (l. 633/1941), che possono riguardare quei beni culturali qualificabili anche come opere di ingegno dal carattere creativo.[50]

I contenuti degli Archivi di cui ai precedenti paragrafi - in particolare i cataloghi di fotografie, i supporti fonografici e le opere audiovisive - sono evidentemente tutelati dalla disciplina sul diritto d'autore[51]; ma, al contempo, sono beni culturali che svolgono un ruolo essenziale nella tutela e valorizzazione del patrimonio immateriale.

Il difficile contemperamento tra protezione del diritto d'autore e fruibilità[52] passa, usualmente (con talune eccezioni), con la richiesta di autorizzazione al titolare del diritto d'autore anche per la riproduzione dell'opera contenuta in Archivio, in quanto - salvo diversi accordi sull'utilizzazione - il proprietario del supporto materiale non lo è anche dell'opera di ingegno che esso incorpora.[53]

Per quanto attiene all'uso di fotografie, anch'esse elemento essenziale nella documentazione del patrimonio immateriale, sarà dirimente il carattere creativo delle stesse (al di là della abilità tecnica di chi fotografa e del tipo di soggetto immortalato) per eventuali profili di inferenza con la protezione del diritto d'autore.

In caso sia riconosciuto tale carattere, sarà il fotografo a dover autorizzare la riproduzione (al di là dei casi eccezionali previsti dalla legge); in caso contrario, ove tali prodotti siano riuniti in una Banca dati avente carattere creativo (alla cui nozione

---

[48] E. SBARBARO, *Codice dei beni culturali e diritto d'autore: recenti evoluzioni nella valorizzazione e nella fruizione del patrimonio culturale*, op. cit., 72.

[49] Ha introdotto, in particolare, il comma 3-*bis* all'art. 108 del Codice, ampliando la platea dei soggetti aventi diritto all'esenzione dai «corrispettivi di riproduzione» e dai «canoni di concessione» (art. 108). Per approfondire cfr.: G. GALLO, *Il decreto Art Bonus e la riproducibilità dei beni culturali*, in *Aedon*, III, 2014; E. SBARBARO, *Codice dei beni culturali e diritto d'autore: recenti evoluzioni nella valorizzazione e nella fruizione del patrimonio culturale*, op. cit., 72 ss.

[50] Significativamente, l'art. 107 del Codice, al comma 1, fa salva l'eventuale applicazione della legge sul diritto d'autore.

[51] Anche dopo la scadenza dei 70 anni dalla morte dell'autore, in quanto ciò riguarda i soli diritti patrimoniali (regolamentati *ex* artt. 12-19 l. diritto d'autore).

[52] Sul punto v.: L. CASINI, *Riprodurre il patrimonio culturale? I "pieni" e i "vuoti" normativi*, in *Aedon*, III, 2018, par. 2 ss.

[53] P. MAGNANI, *Profili di tutela del diritto d'autore nella creazione di cataloghi digitali del patrimonio culturale: la protezione della banca dati e la protezione dei contenuti*, in *Aedon*, III, 2020, par. 4.

quasi sempre possono ricondursi gli Archivi in argomento) ed accessibile al pubblico, saranno necessarie le sole autorizzazioni del titolare della stessa.[54]

Infine, è differente la disciplina per il caso degli audiovisivi[55], qui la legge sul diritto d'autore, pur prevedendo quali siano i soggetti che possono qualificarsi autori (art. 44), attribuisce il diritto di sfruttamento al produttore (art. 45), probabilmente in ragione dello sforzo imprenditoriale che esso assume per la realizzazione dell'opera.[56]

6. Considerazioni finali.

Ciò che è segno materiale può contribuire alla tutela e promuovere la valorizzazione del patrimonio culturale immateriale solo in un sistema di disciplina che lascia sullo sfondo i pur esistenti elementi patrimoniali, per focalizzarsi sulle peculiarità dei beni immateriali; essi, infatti, rispondono a paradigmi che sfuggono alla disciplina riservata ai diritti patrimoniali.

Ciò non significa, però, che i diritti patrimoniali debbano ritenersi estranei *tout court* rispetto ad un sistema di tutela e valorizzazione dei beni culturali immateriali, altre discipline (come quella sul diritto d'autore) ben possono integrarsi per taluni aspetti entro cui sia da salvaguardare anche il diritto del singolo.

Inoltre, lo stesso patrimonio culturale immateriale può presentare profili fisiologicamente patrimoniali (basti pensare agli interessi turistici, alle sponsorizzazioni di alcune manifestazioni ecc.); ma, ciò non può far superare l'ontologica differenza rispetto ai sistemi fondati sull'appartenenza e la titolarità.

Lo stesso dato empirico conferma quanto l'aspetto della valorizzazione -che si manifesta, soprattutto, nella conoscibilità e nella trasmissione della memoria- sia prevalente rispetto ad una tutela giuridica tradizionalmente intesa.

La concezione di patrimonio culturale immateriale offerta dal diritto internazionale, i sistemi di tutela e valorizzazione promossi da altri Paesi UE, le pratiche tecnico-amministrative, dimostrano la necessità di costruire un modello di disciplina che -lungi dall'adattare la realtà di un fenomeno eminentemente antropologico a strutture dominicali- prenda le mosse dall'unico punto di

[54] P. MAGNANI, *Profili di tutela del diritto d'autore nella creazione di cataloghi digitali del patrimonio culturale: la protezione della banca dati e la protezione dei contenuti*, op. cit., par. 5.
[55] Costituisce un esempio il filmato di cui al paragrafo 4.
[56] P. MAGNANI, *Profili di tutela del diritto d'autore nella creazione di cataloghi digitali del patrimonio culturale: la protezione della banca dati e la protezione dei contenuti*, op. cit., par. 6.

osservazione possibile: l'uomo, la trasmissione della memoria collettiva e il divenire delle relazioni socio-culturali entro la comunità di riferimento.

STRATEGIA EUROPEA PER LA PLASTICA E RIFLESSI NORMATIVI E GIURISPRUDENZIALI NELL'ORDINAMENTO ITALIANO

Martina Liaci*

ABSTRACT [ITA]: Diversi sono stati gli interventi della Comunità, oggi Unione, grazie alla consapevolezza della necessità di armonizzare le norme nazionali in materia, al fine di consentire il perseguimento di obiettivi di sostenibilità ambientale di ampio raggio. I più rilevanti si individuano nelle Dir. 94/62/CE, 2000/59/CE 2008/98/CE, U.E. 2015/720 e la Dir. UE 2019/904.

ABSTRACT [ENG]: *There have been several interventions by the Community, today the Union, thanks to the awareness of the need to harmonize the national regulations on the subject, in order to allow the pursuit of wide-ranging environmental sustainability objectives. The most relevant are identified in Dir. 94/62 / EC, 2000/59 / EC 2008/98 / EC, U.E. 2015/720 and EU Dir. 2019/904.*

SOMMARIO: 1. Strategia europea per la plastica e riciclaggio. – **2.** UE e norme. – **3.** Principio europeo "chi inquina paga" . – **4.** Legge di stabilità 2014 e introduzione *green taxes*. – **5.** Tributi ambientali nell'ordinamento tributario italiano.

* Abilitata all'esercizio della professione forense - Cultrice della materia in diritto privato - Università del Salento - Direttore dei servizi generali ed amministrativi.

1. Strategia europea per la plastica e riciclaggio.

"La strategia è intesa a proteggere l'ambiente dall'inquinamento da plastica e a promuovere al contempo la crescita e l'innovazione, trasformando così una sfida in un programma positivo per il futuro dell'Europa".

Quest'affermazione, tratta dal comunicato stampa diffuso dalla Commissione europea contestualmente con l'approvazione della "Comunicazione COM (2018) 28 final", propone un buon punto di partenza per illustrare questo nuovo "*step*" del percorso avviato verso una più accentuata circolarità del sistema economico, che senza dubbio ha colto efficacemente le criticità che possono rilevarsi sul problema "plastica" al giorno d'oggi. È un dato di fatto che dagli anni '60 la produzione di plastica sia aumentata di venti volte, fino a 322 milioni di tonnellate nel 2015, e che ci si aspetti un raddoppio nei prossimi due decenni, secondo la linea tendenziale di crescita marcatamente non lineare: a livello mondiale, un giro d'affari dell'ordine di 340 miliardi di euro, che interessa principalmente i settori dell'imballaggio (che assorbe il 39,9% della plastica prodotta), dell'edilizia (19,5 % della produzione), e poi, a seguire, il settore automobilistico e quello dell'elettronica, che impiegano rispettivamente l'8,9% e il 5,8% della produzione di materie plastiche[1].

Questo scenario, solo per quanto riguarda l'Europa, determina ogni anno la formazione di circa 25,8 milioni di tonnellate di rifiuti di plastica, che solo per meno del 30% sono raccolti per essere avviati al riciclaggio, (dato, se si vuole, positivo rispetto al resto del mondo, ma in senso assoluto, passibile di ulteriore e sostanziale miglioramento), mentre le percentuali di smaltimento in discarica e tramite incenerimento restano comunque molto elevate in termini assoluti, (rispettivamente il 31% e il 39% del totale), tanto da postulare un cambiamento sostanziale di questa rotta, in primo luogo per rispettare la c.d. "gerarchia dei rifiuti", e per riorientare il sistema (dalla produzione delle materie plastiche a quella dei beni in plastica, e dal consumo al post-consumo di questi ultimi), secondo i principi dell'economia circolare, in un quadro di sempre maggiore sostenibilità[2].

[1] CECCHETTI, *La disciplina giuridica della tutela ambientale come "diritto dell'ambiente"*, in www.federalismi.it, pag. 78.
[2] CECCHETTI, *La disciplina giuridica della tutela ambientale come "diritto dell'ambiente"*, cit.

Dando per ovvio il nodo delle emissioni di CO_2 connesse alla produzione delle materie plastiche e all'incenerimento dei rifiuti di plastica[3], è senza dubbio allarmante l'impatto derivante dallo scarico a mare di un quantitativo di rifiuti di plastica stimato tra le 150.000 e le 500.000 tonnellate[4], largamente costituito da prodotti monouso leggeri, mentre è ancora non ben conosciuto l'impatto a lungo termine della "microplastica", (cioè i minuscoli frammenti inferiori ai 5 mm), che dispersa a mare, rientra nella catena alimentare degli animali marini, e - in via mediata - anche di quella umana[5].

Gli obiettivi "lanciati" dalla "strategia", possono essere così riassunti:

• rendere il riciclaggio redditizio per le imprese, in quanto, saranno sviluppate nuove norme sugli imballaggi al fine di migliorare la riciclabilità delle materie plastiche utilizzate sul mercato e accrescere la domanda di contenuto di plastica riciclata. Con l'aumento della plastica raccolta, si renderebbe necessaria la creazione di impianti di riciclaggio a tecnologia avanzata e con una aumentata capacità produttiva, oltre a un sistema per la raccolta differenziata e lo smistamento dei rifiuti con standard omogenei in tutta l'UE;

• ridurre i rifiuti di plastica e il loro abbandono nell'ambiente; a tal riguardo, la normativa europea ha già determinato una significativa riduzione dell'uso di sacchetti di plastica in diversi Stati membri. I nuovi piani si concentreranno ora su altri prodotti di plastica monouso e attrezzi da pesca, sostenendo campagne di sensibilizzazione nazionali e determinando l'ambito di applicazione delle nuove norme che sono state proposte a livello di UE nel 2018 sulla base di una consultazione delle parti interessate e di studi scientifici. La Commissione adotterà inoltre nuove misure per limitare l'uso delle microplastiche nei prodotti e stabilire l'etichettatura delle plastiche biodegradabili e compostabili;

• fermare la dispersione di rifiuti in mare; tali nuove disposizioni relative agli impianti portuali di raccolta si concentreranno sui rifiuti marini nelle acque prevedendo misure intese a garantire che i rifiuti generati a bordo di imbarcazioni o raccolti in mare non siano abbandonati, ma riportati a terra, e lì, adeguatamente

[3] A dimostrare il ruolo del riciclaggio per ridimensionare il "problema emissivo", basterà qui ricordare che per ogni tonnellata sottratta all'incenerimento, si determinerebbe una riduzione dell'anidride carbonica scaricata in atmosfera di circa 2 tonnellate: vale a dire, raddoppiando il tasso di riciclaggio, le emissioni annue di CO_2 si ridurrebbero, rispetto allo stato attuale, di circa 17,2 milioni di tonnellate.

[4] Solo un quarantesimo degli scarichi oceanici a livello mondiale, ma tuttavia aggravato dalla vulnerabilità degli ambienti marini interessati, come i mari "chiusi" (il Mediterraneo e il Mar Nero, a sud, e il Mare Artico, a nord).

[5] CECCHETTI, *La disciplina giuridica della tutela ambientale come "diritto dell'ambiente"*, cit.

gestiti. Sono inoltre comprese misure volte a ridurre l'onere amministrativo che grava sui porti, le navi e le autorità competenti;

• orientare gli investimenti e l'innovazione, dal momento che la Commissione fornirà orientamenti alle autorità nazionali e alle imprese europee su come ridurre al minimo i rifiuti di plastica alla fonte. Il sostegno all'innovazione sarà aumentato, senza trascurare la creazione di un *plafond* dedicato al finanziamento della ricerca finalizzata alla produzione di materiali plastici più "intelligenti" e meglio riciclabili, e alla realizzazione di processi di riciclaggio più efficienti, nonché al tracciamento e alla rimozione di sostanze pericolose e contaminanti dalle materie plastiche riciclate.

Il "documento base" della Comunicazione relativa alla strategia sulla plastica è integrato da alcuni "Annessi", tra i quali:

- una Comunicazione sull'interazione tra la normativa in materia di sostanze chimiche, prodotti e rifiuti, che affronta gli aspetti riguardanti l'accessibilità alle informazioni sulle sostanze pericolose contenute nei rifiuti di plastica, da parte degli operatori operanti nei campi del riciclaggio e della preparazione per il riutilizzo dei rifiuti di plastica;

- una Comunicazione sul quadro del "monitoraggio per l'economia circolare", da attuare nel corso del ciclo di vita del prodotto, nelle fasi diacroniche della produzione, del consumo, e del post-consumo, quando cioè il prodotto diviene rifiuto da gestire, contemplando anche gli aspetti delle materie prime secondarie, dell'innovazione che ne ha determinato l'identificazione come tali, e della competitività che ne è derivata;

- una Proposta di direttiva sugli impianti portuali per il conferimento e la raccolta (IPR) dei rifiuti delle navi, con l'intento di aggiornare l'ormai datata direttiva 2000/59/Ce sullo stesso tema;

- una Relazione "sulle materie prime critiche e per l'economia circolare", in attuazione della direttrice dalla Comunicazione COM (2015) 217 final, della quale anche sopra s'è già fatto cenno;

- una Relazione sull'impatto dell'uso della plastica oxodegradabile sull'ambiente, con particolare riferimento alle borse in plastica oxodegradabile[6], prodotte attraverso

[6] Si tratta di una plastica di tipo convenzionale alla quale si aggiungono additivi per rendere più rapida la frammentazione del materiale per effetto delle radiazioni ultraviolette o dell'esposizione al calore, dapprima in particelle e poi in micro-particelle, con caratteristiche simili a quelle delle "microplastiche", introdotte sia per la realizzazione di rivestimenti che nella cosmesi.

un innovazione tecnologica inizialmente accolta con favore, ma poi in certo qual modo, "messa in stato d'accusa", quando si è preso atto dei possibili effetti di tale "decomposizione accelerata", in condizioni incontrollate, o particolari, cioè all'aria aperta, nelle discariche di rifiuti, negli impianti di compostaggio, o in mare[7].

Parlando per metafora, deve darsi atto che ci si trova di fronte ad un affresco suggestivo, ma appena abbozzato, che presenta inoltre qualche "errore di prospettiva": come quando si afferma, senza riserve, e senza alcun dubbio in merito, che "In Europa, i cittadini, le Amministrazioni pubbliche e l'industria sono a favore di modelli di consumo e di produzione della plastica più sostenibili e sicuri", tale condivisione costituendo "terreno fertile per l'innovazione sociale e l'imprenditorialità"[8].

La Commissione europea non sembra dunque capace di distinguere le adesioni "a parole" da quelle "nei fatti", e negli "atti", nel duplice significato - per quest'ultimo termine - di "comportamento/azione" o, nel caso della Pubblica Amministrazione, di "provvedimento".

Per quanto riguarda la collettività civile, basta darsi la pena di aprire qualche cassonetto per la raccolta differenziata della plastica, e verificare cosa ci è finito dentro: ci si trova, troppo spesso "di tutto e di più", e non solo imballaggi di plastica mista, scaricando gli effetti della insufficiente coscienza ambientale dei singoli, (non solo per cattiva volontà, ma spesso per disinformazione), sulla "resa" della raccolta differenziata, e sulla "qualità" dei processi di riciclaggio. E anche la reazione duramente polemica dei consumatori alla recentissima entrata in vigore della norma sull'acquisto "coatto" degli *shoppers* leggeri,[9] ha dimostrato che l'adesione ai principi dell'economia circolare resiste presso il comune cittadino, solo finché non viene leso nel proprio "particulare".

Per quanto riguarda le Istituzioni, la misura della sensibilità al decollo dell'economia circolare del nostro Legislatore nazionale ci viene data dal tenore dell'art. 46 della Legge n. 221/2015 "*Green Economy*"[10], che ha seccamente abrogato il

[7] CECCHETTI, *La disciplina giuridica della tutela ambientale come "diritto dell'ambiente"*, *cit.*
[8] CECCHETTI, *La disciplina giuridica della tutela ambientale come "diritto dell'ambiente"*, *cit.*
[9] Art. 36 L. 15 novembre 2019.
[10] MURATORI,*Sì ai velocipedi, no ai mozziconi, a maggior gloria della green economy*, in *Foro.it*, n. 4/2016, pag. 269,

divieto di smaltire in discarica rifiuti dotati di p.c.i. > 13000 KJ/kg[11]: un divieto, comunque a suo tempo introdotto nell'Ordinamento interno per una felice intuizione anticipatoria proprio dei principi della green economy e dell'economia circolare, che si è poi voluto "togliere di mezzo", perché non espressamente "richiestoci dall'Europa". E ciò dimostra - senza lasciarci incantare dalle entusiastiche dichiarazioni del nostro Ministro dell'Ambiente "di turno" (al momento della presentazione del Piano europeo sull'economia circolare e poi, della Strategia europea sulla plastica), - che l'adesione delle nostre Istituzioni al massimo livello ai principi dell'economia circolare certamente esiste, ma comunque, solo all'insegna del "*ne quid nimis*".

2. UE e norme.

Il processo di approvazione, tutte in un colpo, delle modifiche di ben sei direttive europee riguardanti i rifiuti, (direttiva "madre" più cinque direttive a specifico tema) modificative e integrative di quelle preesistenti, nell'ottica di una loro maggiore coerenza coi principi dell'economia circolare, è nato, come si è già visto sopra, con la Comunicazione COM (2015) 217 final[12] del 2 dicembre 2015 "L'anello mancante - Piano d'azione dell'Unione europea per l'economia circolare", che comprendeva anche gli "schemi" di modifica della "direttiva madre" sui rifiuti n. 2008/98/Ce, e delle "complementari" direttive n. 94/62/CE sugli imballaggi e i rifiuti di imballaggio, n. 1999/31/CE relativa alle discariche di rifiuti, n. 2000/53/CE relativa ai veicoli fuori uso, n. 2006/66/CE relativa a pile e accumulatori e ai rifiuti di pile e accumulatori, e n. 2012/19/UE sui rifiuti di apparecchiature elettriche ed elettroniche, tutte proposte alla discussione degli organi decisionali coinvolti nella procedura.

La proposta inziale della Commissione sugli Schemi di modifica delle sopra richiamate direttive, consegnati alla discussione del Parlamento europeo ha ipotizzato:

[11] Divieto a suo tempo disposto dall'art. 6, comma 1, lett. p) del D.Lgs. n. 36/2003, per altro, finora più volte differito nella sua applicazione, e perciò, di fatto, mai concretamente entrato in vigore, col quale si intendeva inibire il conferimento in discarica di tutta una serie di tipologie di rifiuti, tra i quali, *in primis*, i rifiuti di plastica, e, insieme ad essi, anche quelli tessili, legnosi, cartacei, ecc.

[12] Dopo il ritiro di un analogo documento approvato l'anno prima, che aveva incassato molte critiche da parte degli organismi designati ad esprimersi.

- modifiche correttive, abrogative e sostitutive di singoli articoli e commi - nonché l'introduzione di alcune disposizioni *ex novo* - nel testo a tutt'oggi vigente della "direttiva madre" n. 2008/98/Ue, sulle quali si è principalmente concentrato il dibattito col Parlamento europeo, in una sorta di "tiro alla fune" (in rialzo da parte dell'Organo assembleare, e in ribasso da parte dell'Esecutivo);

- variazioni molto più circoscritte e limitate, per l'adeguamento ai principi dell'economia circolare, con riferimento alle direttive "satelliti" sopra richiamate, compresa quella sulle discariche.

Questo dibattito si è protratto fino alla faticosa soluzione di compromesso raggiunta tra le Parti in data 18 dicembre 2017, dopo che il Parlamento aveva approvato ben 233 emendamenti allo schema di direttiva elaborato dalla Commissione, dei quali n. 69 riguardanti i "considerando" preliminari, e n. 164 riferiti all'articolato e agli Allegati.

Gli elementi chiave dei testi concordati comprendono:

• definizioni più chiare dei concetti fondamentali in materia di rifiuti, che contemplano, tra l'altro, una più articolata enunciazione della declaratoria riguardante i rifiuti urbani, e una meno equivoca distinzione tra riciclaggio, riutilizzo e preparazione per il riutilizzo;

• nuovi obiettivi vincolanti per la riduzione dei rifiuti, da conseguire a livello dell'UE, con valori intermedi entro il 2025 e finali per il 2030. Questi obiettivi riguardano la quota di riciclaggio dei rifiuti urbani e dei rifiuti di imballaggio, (con obiettivi specifici per i vari materiali di imballaggio) e anche un obiettivo per i rifiuti urbani collocati in discarica entro il 2035: su tali aspetti, emerge il parere della Commissione europea, sui più ambiziosi obiettivi fatti invece propri dal Parlamento;

• metodi e norme più severi per calcolare i progressi compiuti verso la realizzazione degli obiettivi;

• requisiti più rigorosi per la raccolta differenziata dei rifiuti, da estendere ovunque obbligatoriamente anche ai rifiuti tessili;

• un più articolato impegno per il potenziamento dell'attuazione della gerarchia dei rifiuti attraverso strumenti economici e misure supplementari affinché gli Stati membri attuino una concreta politica per la prevenzione della produzione dei rifiuti[13];

[13] MURATORI,*Programma Nazionale Prevenzione Rifiuti: la montagna ha partorito il topolino?*, in *Foro.it*, 1/2014, pag.13.

• requisiti minimi applicabili ai regimi di responsabilità estesa del produttore. I produttori che rientrano nei regimi di responsabilità estesa sono responsabili della raccolta di beni usati, della cernita e del trattamento finalizzato al riciclaggio. I produttori saranno tenuti a versare un contributo finanziario a tal fine, calcolato in base ai costi di trattamento.

La pubblicazione in GUUE, del pacchetto di direttive su "rifiuti & economia circolare", concerne le nuove disposizioni riguardanti i sottoprodotti, da riconoscere "obbligatoriamente" come tali, una volta accertata la sussistenza delle condizioni stabilite dalle norme con minori spazi interpretativi lasciati alle autorità chiamate a pronunciarsi, e allo stesso Ordine giudiziario; e quelle relative all'*end of waste*, con un ruolo fondamentale per dichiarare definitivamente concluso il processo di riciclaggio di un rifiuto, dal quale è stata ottenuta una "materia prima seconda".

Il principio "chi inquina paga" è sancito nell'art. 191 del TFUE (in precedenza, nell'art. 174, 2° comma, del Trattato CE), che lo annovera fra i principi ai quali devono conformarsi le politiche europee in materia di ambiente.

A livello interno esso è stabilito dall'art. 3 *ter* del D.Lgs. 3 aprile 2006, n. 152, il quale prevede che "la tutela dell'ambiente e degli ecosistemi naturali (...) dev'essere garantita da tutti gli enti pubblici e privati e dalle persone fisiche e giuridiche - pubbliche o private - mediante un'adeguata azione che sia informata ai principi della precauzione, dell'azione preventiva, della correzione, in via prioritaria alla fonte, dei danni causati all'ambiente, nonché al principio "chi inquina paga" che, ai sensi dell'art. 174, 2° comma, del Trattato delle unioni europee, regolano la politica della comunità in materia ambientale".

Il principio "chi inquina paga" è inoltre richiamato dalla disciplina degli interventi di bonifica e messa in sicurezza dei siti contaminati, dettata dal Titolo V della Parte IV del D.Lgs. n. 152/2006. Segnatamente, l'art. 239 prevede che "il presente titolo disciplina gli interventi di bonifica e ripristino ambientale dei siti contaminati e definisce le procedure, i criteri e le modalità per lo svolgimento delle operazioni necessarie per l'eliminazione delle sorgenti dell'inquinamento e comunque per la riduzione delle concentrazioni di sostanze inquinanti, in armonia con i principi e le norme comunitari, con particolare riferimento al principio 'chi inquina paga'".

La *ratio* del principio, derivato dall'analisi economica del diritto, è quella di porre i costi e le esternalità negative, anche indirette, derivanti da ogni forma di inquinamento e di pregiudizio all'ambiente o alla salute pubblica (e quindi - per

quanto qui specificamente rileva - dalla contaminazione e/o dalla potenziale contaminazione delle matrici ambientali) a carico del soggetto responsabile della contaminazione stessa, anziché della collettività.

Dalla suddetta *ratio* conseguono, da un lato, la rilevanza del nesso di causalità che lega il comportamento commissivo od omissivo di un determinato soggetto alla contaminazione potenziale o attuale di un sito e, dall'altro, l'inconfigurabilità di obblighi di intervento in capo al proprietario del sito che non sia responsabile della contaminazione. Per un verso, infatti, chi ha inquinato deve pagare i costi direttamente o indirettamente connessi a tale inquinamento; d'altro canto tali costi non devono essere posti - neanche in parte - a carico della collettività né di altri soggetti pubblici o privati, perché ciò "alleggerirebbe" la posizione dell'inquinatore. Tanto vale, in particolare, per la posizione del soggetto che sia proprietario del sito oggetto della contaminazione o della potenziale contaminazione, ma non sia qualificabile come responsabile della medesima, ovverosia cui non sia imputabile un comportamento commissivo od omissivo che abbia causato o contribuito a causare il fenomeno.

La giurisprudenza ha innanzitutto confermato che l'imputazione degli obblighi non può prescindere dalla ricostruzione del nesso causale tra il comportamento del soggetto obbligato e la contaminazione del sito.

In tal senso, a livello europeo, rilevano innanzitutto le sentenze della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, grande sezione, del 9 marzo 2010 nelle cause C-378, C-379, C-380[14] e le ordinanze della medesima Corte nelle cause riunite C-478/08, C-479/08[15]. Analogo orientamento è stato espresso dalla recente pronuncia della Corte di Giustizia dell'Unione Europea del 4 marzo 2015, nella causa C-534/13, resa su rimessione da parte dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con ordinanza di rinvio 25 settembre 2013, n. 21[16].

Secondo tale pronuncia "nell'interpretare l'articolo 3, paragrafo 1, lettera a), di tale direttiva [la Direttiva 2004/35/CE, N.d.R.], la Corte ha considerato che l'obbligo dell'autorità competente di accertare un nesso causale si applica nell'ambito del regime di responsabilità ambientale oggettiva degli operatori[17]. Come emerge

[14] In Foro.it.
[15] In Foro.it.
[16] In Foro.it.
[17] v. sentenza ERG e a., EU:C:2010:126, punti da 63 a 65, e ordinanza Buzzi Unicem e a., EU:C:2010:129, punto 45.

dall'articolo 4, paragrafo 5, della direttiva 2004/35, detto obbligo sussiste anche nell'ambito del regime della responsabilità ambientale soggettiva derivante dal comportamento doloso o colposo dell'operatore di cui all'articolo 3, paragrafo 1, lettera b), di tale direttiva nel caso di attività professionali diverse da quelle di cui all'allegato III di detta direttiva. La particolare importanza del requisito di causalità tra l'attività dell'operatore e il danno ambientale ai fini dell'applicazione del principio "chi inquina paga" e, di conseguenza, del regime di responsabilità istituito dalla direttiva 2004/35, emerge altresì dalle disposizioni di quest'ultima riguardanti le conseguenze da trarre dalla circostanza che l'operatore non abbia contribuito all'inquinamento o al rischio di inquinamento"[18].

La giurisprudenza amministrativa italiana si è allineata sul punto a quella europea, precisando to che, in conformità al principio "chi inquina paga", devono essere imputati solo al soggetto responsabile della contaminazione - e non possono essere attribuiti ad altri soggetti né pubblici né privati - tanto gli obblighi connessi alla contaminazione potenziale (determinata dal superamento delle cosiddette "concentrazioni soglia di contaminazione") quanto quelli generati dalla contaminazione attuale (determinata dal superamento delle cosiddette "concentrazioni soglia di rischio"): fra i primi si annoverano la messa in sicurezza di emergenza, fra i secondi la bonifica, la messa in sicurezza permanente, la messa in sicurezza operativa, la riparazione e il ripristino ambientali[19].

Tanto è vero che l'ordinanza di rinvio dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato del 25 settembre 2013 n. 21 ha rimesso alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea la questione interpretativa circa la congruità con i principi di cui al citato art. 191 TFUE della normativa italiana in materia di siti contaminati in quanto la stessa non consente all'autorità amministrativa di imporre l'esecuzione delle misure di messa in sicurezza d'emergenza e di bonifica al proprietario non responsabile dell'inquinamento, anche "in caso di accertata contaminazione di un sito e di

[18] punti 55, 56 e 57 della motivazione.

[19] *plurimis Cons. di Stato, Sez. VI, 25 gennaio 2018, n. 502*; Cons. di Stato, Sez. VI, 29 novembre 2016, n. 5023; Cons. di Stato, Sez. VI, 5 ottobre 2016, n. 4119; Cons. di Stato, Sez. VI, 5 ottobre 2016, n. 4099; Cons. di Stato, Sez. V, 14 aprile 2016, n. 1509; con riguardo agli obblighi di messa in sicurezza d'emergenza: Cons. di Stato, Sez. II, 17 gennaio 2018, n. 314; Cons. di Stato, Sez. V, 21 novembre 2016, n. 4875; Cons. di Stato, Sez. VI, 7 novembre 2016, n. 4647; Cons. di Stato, Sez. VI, 10 settembre 2015, n. 4225; TAR Toscana, Sez. II, 9 dicembre 2015, n. 1676; TAR Lombardia, Milano, Sez. IV, 2 luglio 2015, n. 1529; in relazione alle prescrizioni cautelari dettate da ragioni di urgenza: Cons. di Stato, Sez. VI, 28 dicembre 2017, n. 6138. Tutte in Foro.it.

impossibilità nell'individuare il soggetto responsabile della contaminazione o di impossibilità di ottenere da quest'ultimo gli interventi" in questione.

In tale contesto, l'Adunanza Plenaria ha recisamente escluso che la disciplina italiana dei siti contaminati o potenzialmente contaminati possa offrire una base legislativa per imporre al proprietario non responsabile misure di messa in sicurezza d'emergenza e di bonifica, chiarendo che "dal quadro normativo illustrato emerge che è il responsabile dell'inquinamento il soggetto sul quale gravano, ai sensi dell'art. 242 d.lgs. n. 152/2006, gli obblighi di messa in sicurezza, bonifica e ripristino ambientale a seguito della constatazione di uno stato di contaminazione". Il proprietario non responsabile "ai sensi dell'art. 245, comma 2, è tenuto soltanto ad adottare le misure di prevenzione di cui all'art. 240, comma 1, lett. i), ovvero "le iniziative per contrastare un evento, un atto o un'omissione che ha creato una minaccia imminente per la salute o per l'ambiente intesa come rischio sufficientemente probabile che si verifichi un danno sotto il profilo sanitario o ambientale in un futuro prossimo, al fine di impedire o minimizzare il realizzarsi di tale minaccia".

Sul soggetto proprietario non responsabile, oltre all'obbligo di porre in essere le misure di prevenzione (concettualmente e giuridicamente distinte rispetto a quelle di messa in sicurezza), grava solamente l'onere reale avente ad oggetto il pagamento dei costi derivanti dagli interventi previsti dalla disciplina in materia di siti contaminati qualora effettuati d'ufficio dall'autorità competente, in conformità con quanto previsto dall'art. 253 del D.Lgs n. 152/2006.

Pertanto, in caso di accertata contaminazione di un sito e di impossibilità nell'individuare il soggetto responsabile della contaminazione o di impossibilità di ottenere da quest'ultimo gli interventi in questione, sarà la pubblica amministrazione competente a doverli porre in essere, ai sensi dell'art. 250 del D.Lgs. n. 152/2006.

Ferma la necessità del nesso causale tra la condotta del responsabile dell'inquinamento e la contaminazione riscontrata, occorre dare atto che vi sono orientamenti esegetici differenti in merito al grado di probabilità necessario per ritenere sussistente il nesso causale.

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea ritiene che "la normativa di uno Stato membro può prevedere che l'autorità competente abbia facoltà di imporre misure di riparazione del danno ambientale presumendo l'esistenza di un nesso di causalità tra l'inquinamento accertato e le attività del singolo o dei diversi operatori, e ciò in base

a indizi plausibili, quali la vicinanza dell'impianto dell'operatore all'inquinamento accertato e la corrispondenza tra le sostanze inquinanti ritrovate e i componenti impiegati da detto operatore nell'esercizio della sua attività[20].

A livello nazionale, secondo un primo indirizzo interpretativo, la nozione di causa va definita nei termini di aumento del rischio, ovvero come contribuzione da parte del produttore al rischio del verificarsi dell'inquinamento, e per affermare il legame causale non è necessario raggiungere un livello di probabilità logica prossimo a uno, ossia la certezza, bensì è sufficiente dimostrare un grado di probabilità maggiore della metà, ossia del 50%, sicché, in mancanza di una definizione normativa del nesso di causalità, la teoria sviluppata in ambito civilistico del "più probabile che non", deve trovare applicazione anche nella materia dei siti contaminati[21].

Maggiormente rigoroso risulta l'orientamento della giurisprudenza prevalente del Consiglio di Stato, secondo la quale è necessario un rigoroso accertamento al fine di individuare il responsabile dell'inquinamento, nonché del nesso di causalità che lega il comportamento del responsabile all'effetto consistente nella contaminazione e tale accertamento "implica la ricerca di prove certe e inequivoche, non potendo l'accertamento basarsi su mere presunzioni" dovendo eventuali elementi presuntivi utilizzati per l'applicazione di criteri di probabilità "presentare i caratteri della gravità, della precisione e della concordanza"[22].

In ogni caso, il principio "chi inquina paga" impone che l'imposizione degli obblighi di cui si tratta sia rigorosamente proporzionale al contributo di ciascun soggetto al verificarsi dell'inquinamento o al rischio di inquinamento.

Quanto esposto non risulta contraddetto in caso di applicazione della disciplina sulla responsabilità aquiliana nell'esercizio di attività pericolose, posta dall'art. 2050 c.c. Infatti, la presunzione di colpa prevista dall'art. 2050 c.c. postula comunque l'accertamento della sussistenza del nesso causale tra l'attività posta in essere e l'evento dannoso[23].

Tuttavia, l'applicazione di tale parametro normativo appare opinabile, in quanto dall'orientamento giurisprudenziale prevalente emerge il carattere speciale della

[20] sentenza nella causa C-378/08, cit., punto 57; ordinanza nelle cause riunite C-478/08 e C-479/08, cit.
[21] T.A.R. Emilia-Romagna Bologna, Sez. II, 15 febbraio 2017, n. 125; TAR Piemonte, Sez. I, 16 dicembre 2016, n. 1543, in Foro.it.
[22] Cons. di Stato, Sez. V, 30 luglio 2015, n. 3756; Cons. di Stato, Sez. VI, 9 gennaio 2013, n. 56; Cons. di Stato, Sez. VI, 5 settembre 2005, n. 4525, in Foro.it.
[23] Cass., Sez. III, 22 settembre 2014, n. 19872, in Foro.it.

normativa in materia di siti contaminati di cui agli artt. 239 e segg. Del D.Lgs. n. 152/2006 - i cui interventi si configurano come oggetto di obbligazioni di natura pubblicistica - rispetto alla disciplina generale della responsabilità aquiliana. Ad esempio, un indirizzo ritiene che l'obbligo in capo al proprietario di procedere alla messa in sicurezza e alla bonifica dell'area non potrebbe essere desunto dai principi civilistici in materia di responsabilità aquiliana e, in particolare, da quello di cui all'art. 2051 c.c. che regolamenta la responsabilità civile del custode, in quanto tale criterio "sembra comunque porsi in contraddizione con i precisi obblighi di imputazione di messa in sicurezza e di bonifica previsti dagli artt. 240 e segg. Del decreto legislativo n. 152 del 2006, che dettano una disciplina esaustiva della materia, non integrabile dalla sovrapposizione di una normativa (quella del codice civile, appunto) ispirata a ben diverse esigenze"[24].

3. Principio europeo "chi inquina paga".

Un'ulteriore, specifica, rilevante problematica, che caratterizza il sistema industriale non solo del nostro Paese, riguarda la produzione e l'utilizzo della plastica in relazione alle più disparate attività che si effettuano nella vita quotidiana.

In proposito, le istituzioni dell'Unione Europea hanno rilevato come sia necessario trovare una soluzione per risolvere la crescente, e per certi versi, sempre più insostenibile produzione di rifiuti di plastica e la conseguente dispersione di essi nell'ambiente in cui viviamo, con particolare riferimento all'ambiente marino.

Il considerevole impatto negativo di determinati prodotti di plastica sull'ambiente, la salute e l'economia ha reso necessaria la predisposizione di un peculiare, specifico quadro normativo per ridurre efficacemente il suddetto impatto.

Per questa ragione, le istituzioni eurounitarie hanno recentemente emanato una specifica direttiva, avente ad oggetto la "riduzione dell'incidenza di determinati prodotti di plastica sull'ambiente". La stessa presuppone la promozione di un approccio che privilegi prodotti riutilizzabili, eco sostenibili e non tossici, con l'obiettivo primario di ridurre la quantità di rifiuti prodotti.

[24] Cons. di Stato, Sez. VI, 5 ottobre 2016, n. 4119; Cons. di Stato, Ad. plen., 25 settembre 2013, n. 21, in Foro.it.

La nuova direttiva europea[25] accende peraltro un *focus* specifico sui rifiuti dispersi in ambiente marino, che costituiscono un problema a livello mondiale di dimensioni sempre più vaste, manifestando una particolare attenzione anche per le cosiddette "microplastiche", le quali, pur non rientrando nell'ambito della direttiva, risultano oggetto di un monito all'Unione a far sì che i produttori limitino rigorosamente le microplastiche in tutte le loro formulazioni.

La direttiva in questione, disciplinando uno specifico settore (prodotti in plastica monouso ed attrezzi da pesca contenenti plastica), si pone come *lex specialis* rispetto alle precedenti direttive, che regolano invece la materia in maniera più globale, senza alcuno specifico riferimento al settore delle materie plastiche[26].

Peraltro, ai fini di una corretta applicazione della direttiva, è necessario che la Commissione sviluppi linee guida, di carattere meramente operativo, con uno specifico riferimento ai prodotti di plastica monouso, tenendo ovviamente in considerazione i criteri definiti nella direttiva medesima.

La particolare disciplina, oggetto della normativa in questione, riguarda infatti unicamente i prodotti in plastica monouso, che possono essere fabbricati a partire da un'ampia gamma di materie plastiche. Più segnatamente, la plastica è di solito definita come un polimero cui possono essere stati aggiunti additivi[27]. Tuttavia, nell'undicesimo considerando della direttiva, risultano esclusi dalla disciplina i polimeri naturali non modificati, intesi come "sostanze non modificate chimicamente", in quanto presenti naturalmente nell'ambiente.

Per conseguire l'ambizioso obiettivo di una riduzione duratura del consumo di prodotti in plastica monouso, gli Stati membri dell'Unione dovrebbero predisporre le misure allo scopo necessarie. Tuttavia, un siffatto compito non risulta per nulla agevole, in quanto, per determinati prodotti in plastica monouso, non sono immediatamente disponibili alternative adeguate e più sostenibili: conseguentemente, il consumo della maggior parte di questi prodotti è destinato ad aumentare. Il rischio è infatti quello di compromettere l'igiene e la sicurezza alimentare: e ciò costituisce un ostacolo, o quantomeno un freno, all'adozione di adeguate azioni di riduzione del consumo dei suddetti prodotti. Per questa ragione,

[25] Dir. 05-06-2019, n. 2019/904/UE.
[26] La Direttiva oggetto di analisi è frutto di un progetto ad ampio raggio delle Istituzioni delle Unione europee volto altresì alla riduzione dei rifiuti marini.
[27] MURATORI, *Prodotti in platica monouso: dalla Dir. 2019/907/UE, regole "circolari" contro la dispersione nell'ambiente*, cit., 31.

in linea con il ben noto principio del "chi inquina paga", gli Stati membri dovranno introdurre regimi di responsabilità, anche a livello tributario, estesa del produttore, con l'espressa finalità di coprire i necessari costi di raccolta, gestione, rimozione, trasporto e trattamento dei rifiuti, nonché i costi di sensibilizzazione per prevenire e ridurre i rifiuti stessi. La nozione di responsabilità estesa del produttore non costituisce peraltro una novità nel nostro panorama normativo, trovando compiuta disciplina nella Dir. UE 19 novembre 2008, n. 98 relativa ai rifiuti[28].

Il presupposto fondamentale per ridurre la dispersione nell'ambiente di tappi e coperchi di plastica monouso è costituito dal requisito di conformità ad una corretta progettazione. Per raggiungere questo obiettivo, è necessario prevedere l'elaborazione di una norma armonizzata, il cui rispetto dovrebbe dar luogo ad una presunzione di conformità a tali requisiti. È peraltro evidente che, a livello di progettazione, si dovrà tener conto del ciclo di vita del prodotto, a partire dalle fasi di produzione e di utilizzo, nonché della riutilizzabilità e riciclabilità del medesimo.

Un altro elemento fondamentale è costituito dalla marcatura, attraverso la quale i consumatori verrebbero informati in merito alle corrette opzioni di gestione dei rifiuti derivanti dai prodotti stessi e a quali siano i metodi di smaltimento che devono essere evitati (ad esempio, quello nelle reti fognarie, in quanto ciò potrebbe causare notevoli danni economici, come l'ostruzione o la rottura delle pompe e l'intasamento delle tubature).

Un ulteriore aspetto, che merita di essere evidenziato, riguarda l'adozione, da parte degli Stati dell'Unione europea, di misure atte ad assicurare la raccolta differenziata in funzione del riciclaggio, con la fissazione di due rilevanti soglie percentuali di riduzione della quantità di rifiuti di prodotti di plastica monouso, con scadenze fissate al 2025 ed al 2029.

A tale proposito, è opportuno evidenziare che la Commissione UE, il 16 gennaio 2018[29], aveva già emanato una comunicazione che mirava ad istituire una strategia europea per la plastica nell'economia circolare. La strategia era orientata verso la sfida ai tassi ridotti di riutilizzo e di riciclaggio dei rifiuti di plastica, alle emissioni di

[28] La materia della responsabilità estesa del produttore è stata peraltro modificata ed integrata dalla Dir. UE 2018/851 del 30 maggio 2018, che modifica la Dir. 2008/98/CE relativa ai rifiuti, in *https://eur-lex.europa.eu*, che ha altresì introdotto i "requisiti generali minimi". Gli Stati membri devono così definire in maniera chiara i ruoli e le responsabilità di tutti gli attori coinvolti, a partire dai produttori, le fonti di finanziamento, l'individuazione dei costi, gli obiettivi e le modalità di controllo in relazione al raggiungimento degli stessi).

[29] Commissione Europea, 16 gennaio 2018, 268.

gas ad effetto serra e, soprattutto, all'ingente quantità di rifiuti di plastica (compresa la microplastica negli oceani). La Commissione aveva infatti prospettato una sua teoria su una nuova economia della plastica in Europa, in cui, tra l'altro, tutti gli imballaggi avrebbero dovuto essere riprogettati in modo da consentirne il riciclaggio od il riutilizzo entro il 2030.

Le misure strategiche erano principalmente incentrate sui seguenti ambiti: (i) miglioramento degli aspetti economici e della qualità del riciclaggio; (ii) riduzione dei rifiuti di plastica per far fronte all'abbandono degli stessi nell'ambiente; (iii) promozione degli investimenti ed innovazione nella catena del valore della plastica; (iv) sfruttamento delle azioni globali[30].

Di fondamentale importanza risultano poi le misure di sensibilizzazione che i singoli Paesi membri si devono prefiggere di assicurare per informare i consumatori ed incentivarli a tenere un comportamento responsabile al fine di ridurre la dispersione nell'ambiente dei rifiuti contemplati nella direttiva.

Un ultimo tema affrontato dalla normativa europea riguarda l'adozione, da parte degli Stati, di misure sanzionatorie rivolte ad assicurare l'applicazione delle disposizioni nazionali di attuazione della direttiva stessa. Le sanzioni dovranno essere effettive, proporzionate e dissuasive.

Peraltro, anteriormente all'entrata in vigore della Dir. 2019/904 UE, sulla base di una semplice proposta elaborata dalla Commissione[31], che ha poi trovato terreno fertile all'interno delle istituzioni dell'Unione, essendo stata successivamente adottata

[30] La proposta della Commissione, contenuta nella comunicazione del 16 gennaio 2018, è stata accolta con favore dal Parlamento europeo, che ha altresì esortato la Commissione stessa a prendere in esame l'introduzione di requisiti relativi al contenuto riciclato minimo per specifici prodotti immessi sul mercato dell'Unione, nonché a proporre norme qualitative sulla plastica riciclata per rafforzare la fiducia ed incentivare il mercato della plastica secondaria. Viene inoltre richiesto di adottare norme che vietino l'uso di microplastica aggiunta intenzionalmente nei prodotti e della plastica oxo degradabile entro il 2020, di fissare requisiti minimi per ridurre in modo significativo il rilascio di microplastica alla fonte, in particolare per i tessuti, gli pneumatici, le vernici ed i mozziconi di sigaretta. Ved., in proposito, la relazione di Mark Demesmaeker, membro e relatore della commissione del Parlamento europeo competente per il merito, in EPRS - Servizio Ricerca del Parlamento europeo, riportata da Didier Bourguignon (Servizio di ricerca dei deputati), settembre 2018, in *http://www.eprs.ep.parl.union.eu*. La conclusione della relazione è nel senso che, sebbene la plastica biodegradabile e compostabile possa contribuire a sostenere la transazione verso un'economia circolare, essa non può essere considerata un rimedio contro i rifiuti marini, né dovrebbe legittimare applicazioni monouso non necessarie.

[31] Ved. proposta di Dir. 28 maggio 2018 COM(2018) 340 *final* che modifica la Dir. 2008/98/CE relativa ai rifiuti, afferente alla riduzione dei rifiuti di plastica monouso, in particolare, i contenitori per alimenti, le tazze per bevande, i bastoncini cotonati, le posate, i piatti, i mescolatori, le cannucce, le aste per palloncini, i palloncini, i pacchetti e gli involucri, i contenitori per bevande con i relativi tappi e coperchi, le bottiglie per bevande, i filtri di prodotti del tabacco, le salviettine umidificate, gli assorbenti igienici, i sacchetti in plastica in materiale leggero, gli attrezzi da pesca.

dal Parlamento europeo e dal Consiglio, il nostro Paese ha introdotto un'apposita norma nell'ambito del D.Lgs. 3 aprile 2006, n. 152, disciplinante le "plastiche monouso" con il dichiarato intento di prevenire la produzione di rifiuti derivanti da questo tipo di polimeri, nonché di prevenirne l'abbandono e di favorirne la raccolta differenziata ed il correlativo riciclaggio, su base volontaria ed in via sperimentale dal primo gennaio 2019 al 31 dicembre 2023[32].

Più segnatamente, la proposta avanzata dalla Commissione UE, che ha poi dato origine alla Dir. UE 2019/904, si poneva l'obiettivo di andare oltre le prescrizioni della normativa quadro sulla strategia per l'ambiente marino, provvedendo a disciplinare le singole fonti di inquinamento, grazie all'individuazione delle cause e dei percorsi dell'inquinamento dell'ambiente marino dovuto alla plastica. Nel preambolo della proposta di direttiva si evidenzia chiaramente l'obiettivo di affrontare solo una parte del problema dei rifiuti derivanti dalla plastica in ambiente marino. Essa infatti risulta inserita in un approccio generale europeo integrato e coerente, volto a ridurre tutte le fonti di rifiuti di plastica negli ambiti più critici, fra i quali rientra a pieno titolo quello marino. La strategia adottata evidenzia però le lacune, o comunque le carenze, dell'attuale quadro giuridico e prospetta delle misure atte a migliorare la prevenzione, la raccolta ed il riciclaggio, nonché l'adozione di un contesto normativo, che favorisca l'utilizzo di polimeri con caratteristiche biodegradabili per prevenire danni agli ecosistemi.

In considerazione della natura dei rifiuti, che possono essere trasportati dal vento, dalle correnti e dalle maree, la problematica assume un rilievo transfrontaliero e, quindi, non può essere affrontata isolatamente dai singoli Stati membri dell'Unione, che condividono gli stessi mari e gli stessi fiumi. L'approccio politico deve pertanto essere globale, anche mediante l'adozione di misure da parte dell'Unione europea. In effetti, qualora i singoli Stati dovessero adottare misure non coordinate ed approcci diversi riguardo ai vari prodotti in plastica, si potrebbero determinare restrizioni di accesso al mercato, ostacoli alla libera circolazione delle merci e della *par condicio* fra i produttori dei diversi paesi[33].

[32] Al momento dell'introduzione dell'art. 226 *quater*, la specifica direttiva europea non era ancora stata emanata. Per questo, le azioni sono state previste in via volontaria.

[33] In tal senso è di rilievo approfondire le tematiche sulle politiche europee legate alla plastica attraverso l'analisi dei lavori del Parlamento e del Consiglio dell'Unione Europea, in *http://www.politicheeuropee.gov.it/media/4666/eprs_bri-2018-625115_en.pdf*. La Commissione ed il

Per quanto attiene invece alla dispersione nell'ambiente di alcuni articoli, quali tappi, coperchi e contenitori di bevande in plastica, l'impatto ambientale può essere più efficacemente affrontato, modificando la progettazione dei prodotti, passando a sostituti più sostenibili.

Si deve comunque rilevare che la proposta di direttiva del 2018, in ossequio al principio di sussidiarietà, prevede un certo margine di discrezionalità in capo ai singoli Stati membri, che hanno facoltà di scegliere le misure nazionali più appropriate.

In perfetta aderenza al principio di proporzionalità, la proposta della Commissione U.E. risulta altresì mirata ed incentrata sugli articoli di macro-plastica numericamente più rilevanti sulle spiagge europee[34].

Come si è già rilevato poc'anzi, il nostro paese, sulla base dei principi contenuti nella citata proposta, ha adottato, in via sperimentale, una normativa di applicazione volontaria, finalizzata alla promozione di misure ecosostenibili, attraverso l'introduzione di modelli di raccolta differenziata di stoviglie in plastica, la loro sostituzione con biopolimeri di origine vegetale[35].

Parlamento europeo sulla base dei report dell'Agenzia europea dell'Ambiente hanno deciso di intraprendere una campagna e la formalizzazione di atti volti alla tutela dell'ambiente.

[34] Il principio di proporzionalità, di cui all' art. 5 TFUE, regola l'esercizio delle competenze esercitate dall'Unione europea. L'azione dell'Unione europea deve quindi essere limitata e pertanto il contenuto e la forma dell'azione devono essere rapportate all'azione stessa. Più specificatamente, qualora si impongano determinati obblighi agli operatori economici e gli stessi abbiano a disposizione una pluralità di alternative adottabili appropriate, sarà necessario fare riferimento alla misura meno impegnativa ed altresì garantire che, gli oneri sostenuti, siano direttamente proporzionali agli obiettivi posti. Ad esempio, in materia di libera circolazione delle persone all'interno degli Stati membri, non possono essere applicate condizioni eccessivamente gravose per garantire l'applicazione della libertà di soggiorno né, tanto meno, devono essere previste sanzioni non proporzionate in caso di mancato rispetto delle formalità, che potrebbero ostacolare la libera circolazione.

[35] L'adeguamento degli ordinamenti nazionali alle direttive dell'Unione europea è sicuramente una delle tematiche che ha posto problemi di varia natura: tra questi anche la teoria del risarcimento dei danni nei confronti di Paesi inadempienti da parte di singoli cittadini. La sentenza che ha espresso i principi cardine in tale senso è stata la Francovich procedimenti riuniti C-6/90 e C-9/90, in *https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo1_6308/*. La Corte di Giustizia ha infatti ritenuto che dinanzi alla pretesa di attribuzione di diritti a favore dei singoli, il contenuto possa essere individuato sulla base della direttiva stessa e un nesso di casualità tra la violazione dell'obbligo ed il danno subito. Con specifico riferimento al caso italiano, si ritiene che l'inadempimento possa essere ricondotto alla disciplina dell'art. 2043 c.c. Nel dettaglio, la Corte aveva indicato che, per configurare un diritto al risarcimento, era necessaria la configurazione di tre elementi: il risultato sancito dalla direttiva doveva implicare l'attribuzione di diritti ai singoli, tali diritti dovevano essere individuabili con riferimento al testo della direttiva; la presenza del nesso di causalità tra la violazione dello Stato ed il danno subito dal soggetto leso. L'accertatamente del danno e la statuizione del nesso è quindi in capo al giudice nazionale. Il principio consolidato dalla Corte è riferibile non sono ad una titolarità in capo ai singoli Stati membri, bensì anche ai cittadini che sono soggetti all'ordinamento giuridico dell'Unione e, pertanto, titolari di diritti ed obblighi. Alla luce di quanto enunciato è pertanto possibile statuire che l'obbligo degli Stati membri,

Per raggiungere tali obiettivi, i produttori sono tenuti a promuovere la raccolta delle necessarie informazioni e l'elaborazione di standard qualitativi delle materie prime e dei prodotti che ne derivano. Particolare importanza riveste la raccolta delle informazioni, che riguardano, più segnatamente, i sistemi di restituzione, raccolta e recupero disponibili, il ruolo degli utenti di prodotti in plastica monouso e dei consumatori nel processo di riutilizzazione, di recupero e di riciclaggio dei prodotti in plastica monouso e dei rifiuti da imballaggio. Particolare rilevanza riveste altresì il significato da attribuire ai marchi apposti sui prodotti stessi.

Al fine di realizzare attività di studio, verifica tecnica e monitoraggio è stato istituito un apposito fondo presso il Ministero dell'ambiente con una dotazione annua di centomila euro. L'esiguità di tale stanziamento rischia però di vanificare i buoni propositi del legislatore.

Sul versante regionale, è necessario segnalare che, in Italia, alcune Regioni hanno emanato apposite leggi in materia, prevedendo il divieto di utilizzo di contenitori, mescolatori per bevande, aste a sostegno di palloncini, cannucce e stoviglie, quali posate, forchette, coltelli, cucchiai, bacchette e piatti in plastica monouso. Alla violazione del predetto divieto corrispondono sanzioni amministrative per la punizione dei trasgressori, specie con riguardo all'inosservanza delle prescrizioni normative in aree sensibili quali parchi, lidi e spiagge del demanio marittimo.

In particolare, per quanto riguarda la Sicilia, si rileva che l'Assessorato del Territorio e dell'Ambiente di questa Regione ha adottato una Linea guida[36], che ripercorre, quasi pedissequamente, il contenuto delle leggi regionali sopra menzionate. Tale atto, che non ha natura normativa, essendo da annoverarsi, per espresso richiamo operato dalla Regione, fra le "circolari", desta qualche perplessità,

---

di dare attuazione alle direttive, sancito dal Trattato, è correlato al diritto dei singoli di vantare l'applicazione delle disposizioni comunitarie.
Ecco quindi che diviene di particolare rilievo il principio della diretta applicabilità del diritto dell'Unione europea, nonché del suo primato (per approfondimenti in tal senso v. sentenza del 15 luglio 1964, Costa c. Enel, in *https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo1_6308/*. È possibile affermare che, ciò che differisce la sentenza Francovich rispetto a tutta la precedente giurisprudenza comunitaria è la determinazione della responsabilità dello Stato non sulla base del diritto interno, bensì rispetto a quanto sancito dalla normativa comunitario; gli ordinamenti nazionali devono esclusivamente interessarsi degli elementi procedurali. La sentenza statuisce l'esposizione dello Stato a pretese risarcitorie, da parte di un numero illimitato ed indeterminabile di beneficiari della normativa.

[36] Cfr. Regione Sicilia, l'Assessorato del Territorio e dell'Ambiente, 6 dicembre 2018, *Linee guida per la riduzione della plastica monouso nelle zone demaniali marittime - Direttiva Plastic free* (COM2018-28 final) - circolare,
in *http://pti.regione.sicilia.it/portal/page/portal/PIR_PORTALE/PIR_Servizi/PIR_News?_piref857_3677299_857_3677298_3677298.strutsAction=%2Fnews.do&stepNews=det_news&idNews=198045406*.

soprattutto riguardo ai profili sanzionatori, che vengono liquidati con un semplice richiamo all'art. 1164 del codice della navigazione. Trattandosi di materia per la quale è richiesto, per l'applicazione delle sanzioni, il rispetto del principio di legalità, sorgono fondate perplessità proprio a questo riguardo.

Peraltro, anche anteriormente alla proposta di direttiva del 2018[37], il legislatore nazionale aveva introdotto il divieto di produzione e commercializzazione di alcuni prodotti gravemente nocivi per l'ambiente[38], tra i quali i bastoncini per la pulizia delle orecchie con supporto in plastica o comunque in materiale non biodegradabile né compostabile; la stessa norma ha poi messo al bando anche la commercializzazione di prodotti cosmetici da risciacquo, contenenti microplastiche a far data dal primo gennaio 2020, stabilendo le relative sanzioni in caso di violazione[39].

A tale proposito, anche in diversi paesi extra europei sono già state vietate le microplastiche nei cosmetici: così è, per esempio, avvenuto, già da tempo, negli Stati Uniti con il *Microbead-free Waters Act*.

Sul tema si è anche pronunciata la giurisprudenza amministrativa, affrontando la questione sotto diversi punti di vista.

In primo luogo, in presenza di un'ordinanza emessa da una Regione italiana, fondata, come base giuridica, sul disposto della Dir. UE 2019/904 del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 giugno 2019, pubblicata il 12 giugno 2019 ed entrata in vigore 20 giorni dopo, ossia il 2 luglio 2019, la giurisprudenza[40] ha affermato che, stante il termine di recepimento, fissato per il 3 luglio 2021, nessun provvedimento restrittivo dell'immissione sul mercato dei relativi prodotti plastici può essere legittimamente adottato in epoca anteriore alla predetta data.

Un secondo argomento utilizzato dal giudice amministrativo per rilevare l'illegittimità di simili provvedimenti, adottati a livello regionale, è costituito dalla

[37] Proposta di Dir. 28 maggio 2018 COM(2018) 340 final.
[38] Art. 25 e seguenti del DL 179/2012.
[39] Cfr. art 1, comma 548, L. n. 205 del 27 dicembre 2017, che prevede la sanzione amministrativa pecuniaria del pagamento di un importo da 2.500 a 25.000 euro, che può essere aumentata fino al quadruplo del massimo se la violazione attiene ad una quantità ingente di cosmetici, oppure se il valore della merce supera il venti per cento del fatturato del trasgressore. Se il contravventore è recidivo, lo stesso può subire la sospensione dell'attività produttiva per un periodo non inferiore ad un anno.
[40] Ordinanza del T.A.R. Puglia, Bari, SS.UU., 30 luglio 2019, n. 315, in *https://www.giustizia-amministrativa.it/dcsnprr*; conforme T.A.R. Puglia, Bari, Sez. II, 23 luglio 2019, n. 1063, in *https://www.giustizia-amministrativa.it/dcsnprr*; cfr. altresì, ordinanza del T.A.R. Sicilia, Sez. I, 5 luglio 2019, n. 798, in *https://www.giustizia-amministrativa.it/dcsnprr*.

violazione dei dettami imposti dall'art. 117 Cost. Più segnatamente, il provvedimento di recepimento del contenuto della Dir. UE 2019/904 deve essere adottato dallo Stato e non dalla Regione, trattandosi di materia ambientale che rientra nella competenza esclusiva statale (art. 117, comma 2, lett. s). Per di più, l'adozione di un provvedimento, che importa restrizioni al mercato dei prodotti di plastica monouso, incide inevitabilmente sulla tutela della concorrenza, comportando un'ulteriore violazione costituzionale anche sotto questo profilo[41].

Lo stesso giudice sottolinea peraltro che non sembra neppure esserci spazio affinché la Regione, a livello normativo, piuttosto che direttamente nell'esercizio di funzioni amministrative, sfrutti la possibilità che leggi regionali, emanate nell'esercizio della potestà concorrente di cui all'art. 117, comma 3, Cost., o di quella "residuale" di cui al quarto comma dello stesso articolo, possano assumere fra i propri scopi anche finalità di tutela ambientale, nell'ambito di una materia qualificata come "trasversale". E questo perché l'intervento della Regione non può compromettere il punto di equilibrio tra esigenze contrapposte, espressamente individuato dalla Corte Costituzionale[42], tanto meno in una fase in cui tale punto di equilibrio non è stato ancora rinvenuto.

Inoltre, in prospettiva euro unitaria, non è certamente possibile attribuire alla direttiva un effetto diretto, in quanto la stessa non possiede le necessarie caratteristiche per ritenerla *self executing*[43], non essendo sul punto sufficientemente chiara e precisa per la sua immediata applicazione e non essendo neppure, allo stato, ravvisabile alcun inadempimento in capo allo Stato italiano in ordine al suo recepimento[44].

---

[41] Cfr. art. 117, comma 2, lett. e), Cost.

[42] Cfr. Corte cost. 2 dicembre 2013, n. 300, in *https://www.cortecostituzionale.it/default.do*, nella cui motivazione si dà conto che "la tutela dell'ambiente rientra nelle competenze legislative esclusive dello Stato e, pertanto, le disposizioni legislative statali, adottate in tale ambito, fungono da limite alla disciplina che le Regioni, anche a statuto speciale, dettano nei settori di loro competenza"; conformi: Corte cost. 12 aprile 2017, n. 77, Corte cost. 13 aprile 2016, n. 83, Corte cost. 26 novembre 2010, n. 341, Corte cost. 23 luglio 2009, n. 232, Corte cost. 26 luglio 2002, n. 407, in *https://www.cortecostituzionale.it/default.do*. In quest'ultima decisione, la Corte Costituzionale chiarisce peraltro che non tutti gli ambiti materiali specificati nel secondo comma dell'art. 117 Cost. possono, in quanto tali, configurarsi come "materie" in senso stretto, poiché, in alcuni casi, si tratta più esattamente di competenze del legislatore statale idonee ad investire una pluralità di materie. In questo senso, l'evoluzione legislativa e la giurisprudenza costituzionale portano ad escludere che possa identificarsi una materia in senso tecnico, qualificabile come "tutela dell'ambiente", dal momento che non sembra configurabile come sfera di competenza statale rigorosamente circoscritta e delimitata, ma, al contrario, essa investe e si intreccia inestricabilmente con altri interessi e competenze.

[43] TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, 2012, 165 ss.

[44] Cfr. ordinanza del T.A.R. Puglia, Bari, SS.UU., 30 luglio 2019, n. 315, cit.

Da un'altra angolazione, si sono rinvenute fattispecie in cui alcuni Comuni italiani hanno tentato di utilizzare l'istituto dell'ordinanza sindacale contingibile e urgente *ex* art. 50, D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (T.U. delle leggi sugli enti locali), ma tali iniziative non hanno avuto seguito, in quanto la giurisprudenza, nella quasi totalità delle ipotesi, non ha ritenuto sussistenti i presupposti di legge per l'utilizzo di siffatto strumento, sia sotto il profilo della mancanza del requisito dell'eccezionalità ed imprevedibilità della situazione che si intenderebbe fronteggiare, sia sotto quello della mancata previsione di un limite temporale di efficacia[45].

Di segno contrario è invece il T.A.R. per l'Abruzzo, che non ha sospeso cautelarmente un'ordinanza sindacale contingibile ed urgente, emanata da un Comune abruzzese, fondando la pronuncia sulla mancanza di danno grave ed irreparabile, in quanto l'efficacia dell'ordinanza era, di fatto, limitata ad una piccola città litoranea[46]. All'evidenza, una simile motivazione, totalmente avulsa dal contesto giuridico di riferimento, rappresenta un disperato tentativo di difendere una posizione ideologica, ancorata alla tutela ad oltranza dell'ambiente, prescindendo da qualsiasi risvolto di tipo diverso, quali la libera concorrenza e libertà di iniziativa economica.

4. Legge di stabilità 2014 e introduzione *green taxes*.

Le decisioni adottate dalla Conferenza delle parti12[47] trovano un riscontro e concrete implicazioni anche in alcune iniziative in corso nel nostro Paese. Il cosiddetto collegato ambientale italiano (disegno di legge "collegato" alla legge di stabilità 2014, approvato con la Legge 27 dicembre 2013, n. 147) recante disposizioni in materia ambientale per promuovere misure di *green economy* e per il contenimento dell'uso eccessivo di risorse naturali, è stato esaminato il 18 febbraio scorso da parte della 13° Commissione Territorio del Senato. Esso contiene una sezione dedicata al capitale naturale e alla contabilità ambientale, prevedendo

[45] Cfr. ordinanza del T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. I, 6 luglio 2019, n. 807, in *https://www.giustizia-amministrativa.it/dcsnprr*; cfr. altresì ordinanza del T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. I, 5 luglio 2019, n. 798, in *https://www.giustizia-amministrativa.it/dcsnprr*.

[46] Cfr. ordinanza del T.A.R. Abruzzo, Sez. I, 11 luglio 2019, n. 123, in *https://www.giustizia-amministrativa.it/dcsnprr*.

[47] 12ª Conferenza delle Parti (COP12) della Convenzione sulla Diversità Biologica (CBD).

l'istituzione del Comitato per il capitale naturale (Capo XI, art. 50). Questo avrà il compito di produrre il rapporto annuale sullo stato del capitale naturale, producendo informazioni e dati espressi non solo in unità fisiche ma anche monetarie, nonché di promuovere l'adozione di sistemi di contabilità ambientale. Si tratta di un importante e inevitabile progresso nel settore della contabilità ambientale che si collega strettamente al processo europeo dei MAEs (*Mapping and Assessment of Ecosystems and their Services*). Inoltre, si sta lavorando per la raccolta dei dati sui flussi finanziari mobilitati dal settore privato nel cosiddetto *Reporting Framework*, che costituisce il riferimento in base al quale misurare il grado di raggiungimento degli impegni finanziari in favore dei PVS assunti in ambito CBD.

Un altro fronte di impegno assai rilevante è stato quello dei rifiuti. A tale riguardo è stata elaborata una proposta di Direttiva europea che modifica le direttive n. 2008/98/Ce relativa ai rifiuti, n. 94/62/Ce relativa agli imballaggi e i rifiuti di imballaggio, n. 1999/31/Ce relativa alle discariche di rifiuti, n. 2000/53/Ce relativa ai veicoli fuori uso, n. 2006/66/Ce, relativa a pile e accumulatori ed ai rifiuti di pile e accumulatori e n. 2012/19/Ue relativa ai rifiuti di apparecchiature elettriche ed elettroniche. La proposta risponde all'obbligo giuridico di riesame degli obiettivi inerenti alla gestione dei rifiuti fissati dalle direttive ora menzionate.

Era poi stato confermato l'accordo politico sulla proposta di direttiva relativa alla riduzione del consumo dei sacchetti di plastica in materiale leggero. Tuttavia la proposta di revisione del pacchetto rifiuti a quanto consta è stata ritirata dalla Commissione europea, come anche quella per il pacchetto "Aria Pulita", al fine di presentare una proposta più ambiziosa nell'ambito del nuovo programma di lavoro 2015. Il compromesso raggiunto in seguito al negoziato tra le istituzioni europee avrebbe previsto due opzioni per raggiungere l'obiettivo di limitare l'uso delle buste: la scelta da parte dei singoli Stati sull'imposizione di un prezzo ai sacchetti usa e getta di spessore inferiore a 0,05 millimetri entro la fine del 2017, oppure l'impegno a raggiungere il target di riduzione, cioè un consumo di 90 sacchetti pro capite entro il 2019 (contro i 198 di oggi) e di 40 pro capite entro il 2025[48].

Sta inoltre prendendo avvio tra gli Stati Membri la considerazione del problema delle microplastiche nell'ambiente, soprattutto in relazione ai danni all'ambiente marino. Si parla di un potenziale divieto dell'utilizzo delle microplastiche nei

[48] *http://www.ansa.it/europa/notizie/rubriche/ambienteenergia/2014/11/21/buste-plastica-passa-intesa-ue-ok-a-quasi-stop-entro-2025_5dffb238-1569-46b8-a1e8-f378440bf83d.html.*

cosmetici e detergenti, allo scopo di rafforzare il ruolo dell'Ue come precursore nei prodotti innovativi e nella crescita verde (c.d. *green growth*, al centro dell'attenzione anche in area OCSE e ONU). In merito, anche le rappresentanze del comparto industriale hanno concretamente mostrato di voler collaborare per affrontare il problema.

Sul fronte nazionale, l'Italia ha dato conto dello stato delle bonifiche delle discariche illegali in Italia, e delle azioni che il Governo intende intraprendere in sede europea, in seguito alla sentenza del 2 dicembre 2014 con cui la Corte di Giustizia dell'Ue ha condannato il nostro Paese[49]. La sentenza, che ha deciso sul ricorso presentato dalla Commissione europea il 16 aprile 2013 che contesta l'inadempimento da parte dell'Italia della sentenza Commissione/Italia (EU:C:2007:250) del 26 aprile 2007, impone una sanzione forfettaria una tantum che ammonta a 40 milioni di euro, ed una penalità semestrale di 42 milioni e 800 mila euro, applicabile in forma decrescente, fino all'esecuzione completa della sentenza. La legge di Stabilità 2014 (legge n. 147/2013) ha istituito un apposito fondo destinato al finanziamento di un "piano straordinario di bonifica delle discariche abusive individuate in relazione alla procedura di infrazione comunitaria n. 2003/2077", che individua interventi su 45 discariche[50].

Di tutto ciò si avvede la stessa Commissione europea (per tutti il libro bianco Delors), la quale, pur attribuendo particolare rilevanza ai tributi ambientali - che considera, *"a ben vedere, lo strumento più efficace rimasto in capo agli stati nazionali per orientare il mercato verso nuovi, più efficienti e concorrenziali, modelli di produzione"*-, non li pone in relazione con i disastri ambientali e con altre situazioni in cui gli interventi di ripristino e mitigazione appaiono particolarmente complessi, estesi e onerosi.

Ne consegue che lo Stato è portato ad intervenire soprattutto con l'impiego diretto di risorse straordinarie che vengono reperite, più che con nuovi tributi, mediante la fiscalità generale. A ciò va aggiunto che i disastri ambientali, a differenza di quelli naturali, non sono eccezionali, né del tutto imprevedibili. Essi dipendono per lo più da condotte umane reiterate, riconoscibili e causalmente imputabili. Ciò comporta che, mentre nel caso di calamità naturali possono essere adottate misure fiscali

[49] CORTE DI GIUSTIZIA CE-UE, Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie, - Sentenza 2 dicembre 2014, n. C-148/13.
[50] Documentazione per le Commissioni, esame di atti e documenti dell'Ue, n. 28, *Condanna dell'Italia in materia di gestione di rifiuti e discariche*, 16 dicembre 2014: *http://documenti.camera.it/leg17/dossier/pdf/es028.pdf.*

temporanee (si pensi alla sospensione dei termini per la presentazione delle dichiarazioni fiscali o del versamento dei tributi), nel caso di disastri ambientali le misure non possono essere circoscritte temporalmente, dovendo proiettarsi su più periodi d'imposta, il cui numero dipende dai tempi necessari a rimuoverne gli effetti. Allo stesso tempo, a differenza dei disastri naturali, per quelli ambientali è generalmente possibile risalire a chi abbia causalmente dato origine al disastro stesso e, successivamente, farne valere le responsabilità di ordine risarcitorio-riparatorio. La possibilità di ricorrere a modelli privatistici di responsabilità da fatto illecito, magari sulla base di provvedimenti dell'autorità giudiziaria, ha determinato un'ulteriore erosione degli spazi per l'applicazione di strumenti di carattere fiscale. E ciò nonostante la larga applicazione, nella materia, del principio "chi inquina paga", vero pilastro e fondamento del diritto ambientale che è stato spesso proiettato in una dimensione squisitamente tributaria[51]. Nel programma d'azione per la protezione dell'ambiente del 17 aprile 1973, la Commissione europea ha stabilito che "*qualsiasi spesa connessa alla prevenzione e all'eliminazione delle alterazioni ambientali è a carico del responsabile*"[52], introducendo una sorta di responsabilità a carico di chi ha il controllo

[51] L'azione inquinante si traduce così in un costo aziendale, tanto più elevato, quanto maggiore è il danno producibile. Espresso, per la prima volta, dalla Dichiarazione sull'ambiente umano, approvata il 16 giugno 1972 dai Capi delle centodieci delegazioni partecipanti alla Conferenza dell'ONU tenutasi a Stoccolma, il principio del "chi inquina paga" ha ispirato l'evoluzione della disciplina comunitaria in materia ambientale, legittimando strumenti riparatori-risarcitori e prelievi commisurati agli effetti dell'inquinamento prodotto o agli esborsi da sopportarne per eliminare i predetti effetti. Sull'argomento si veda MELI, *Le origini del principio "chi inquina paghi" ed il suo accoglimento da parte della comunità europea*, in "Riv. giur. amb.", 1989, pag. 217 ss.; ID., *Il principio comunitario <chi inquina paga>*, Milano, 1996, pag. 89. Evidenziano JMALHERBE-VAN VYVE, in *Environmental taxation: the Belgian experience*, in "Riv. dir. trib. int.", 2005, pag. 61, *"When a Member State or one of its subdivisions applies the polluter-pays-principle, the tax rate applied will depend from the answer to the question for what the polluter is paying. If the tax is meant to make the polluter bear the costs for the prevention and control of pollution, the tax could be aimed at merely recovering the specific, marginal costs of prevention and control. In that event, a less ambitious environmental objective will be attained. The tax rate can, however, be higher, on the ground that the complete behavior of the polluter should be corrected and that all costs of realizing a specific environmental objective should be recovered from the polluter (for e.g. the restoration of the whole environment)"*. Si consultino, ancora, SELICATO, *Imposizione fiscale e principio "chi inquina paga"*, in "Rass. Trib." n. 4/2005, pag. 1161, il quale ricorda che la prima formulazione del principio può essere fatta risalire alla raccomandazione OCSE C(72) 128 del 26/5/1972, secondo la quale all'inquinatore devono imputarsi i costi della prevenzione e delle azioni contro l'inquinamento al fine di mantenere l'ambiente in uno stato accettabile e che già nella legge francese n. 1245 del 16/12/1964 veniva espressa compiutamente la formula "chi inquina paghi e chi depura viene aiutato". Così anche MARIOTTI-IANNANTUONI, *Il nuovo diritto ambientale*, Rimini, 2009, 74 secondo cui il principio del chi inquina paga affonda le proprie radici nella legge francese 16 dicembre 1964, n. 1245 con la quale si istituisce la *agence financière de bassin*.

[52] Nella Raccomandazione del 3 marzo 1975, n. 436, adottata di concerto tra CEE, CECA ed EURATOM, concernente l'imputazione dei costi e l'intervento dei pubblici poteri in materia di ambiente si stabilisce che "sia le Comunità europee a livello comunitario, sia gli Stati membri nelle loro legislazioni nazionali in materia di protezione dell'ambiente devono applicare il principio "chi inquina paga", secondo il quale le persone fisiche o

dell'attività all'origine del danno. In forza di tale principio, l'attività imprenditoriale viene responsabilizzata attraverso l'accollo, in capo allo stesso autore, degli oneri collettivi relativi al disinquinamento o alla rimozione del degrado ambientale. Misure risarcitorie di natura civilistica e strumenti di carattere fiscale non solo non sono incompatibili ma possono convivere tranquillamente, concorrendo alla ripartizione degli oneri finanziari occorrenti per il ripristino ambientale. Infatti, come da ultimo ribadito nel Settimo Programma europeo di azione per l'ambiente[53], "*occorrerà applicare il principio 'chi inquina paga' in modo più sistematico, in particolare attraverso l'eliminazione graduale delle sovvenzioni dannose per l'ambiente … e prendere in considerazione misure fiscali a sostegno di un impiego sostenibile delle risorse, ad esempio operando uno spostamento sostanziale dalla tassazione della manodopera verso la tassazione sull'inquinamento.*". Non può tuttavia tacersi come tali modelli fatichino a trovare attuazione per la difficoltà di un efficace bilanciamento dei diversi interessi in gioco; a ciò va aggiunto il ruolo della Magistratura, manifestatosi con forza in alcuni disastri ambientali (Area industriale di Taranto o c.d. Terra dei fuochi, solo per citare i più recenti e importanti esempi), e destinata in molti casi a svolgere un ruolo di supplenza rispetto agli amministratori e allo stesso legislatore (anche fiscale) che finisce per incidere, per altra via, sulla sfera economico-patrimoniale dei responsabili (si pensi ai provvedimenti di natura cautelare o ablatoria quali i sequestri, le confische, etc.).

5. Tributi ambientali nell'ordinamento tributario italiano.

A partire dalla Legge 19 dicembre 2019, n. 157, recante disposizioni urgenti in materia fiscale e per esigenze indifferibili, e dalla Legge di Bilancio 27 dicembre 2019, n. 160, pubblicate rispettivamente nella Gazzetta Ufficiale del 24 e del 30 dicembre

giuridiche, di diritto pubblico o privato, responsabili di inquinamento debbono sostenere i costi delle misure necessarie per evitare questo inquinamento o per ridurlo, al fine di rispettare le misure e le misure equivalenti che consentono di raggiungere gli obiettivi di qualità o, qualora non esistano i suddetti obiettivi, le norme e le misure equivalenti fissate dai pubblici poteri". La Raccomandazione, poi, aggiunge: "in linea di massima, quindi, la protezione dell'ambiente non deve essere assicurata da politiche basate sulla concessione di aiuti e che addosserebbero alla collettività l'onere della lotta contro l'inquinamento".

[53] Si veda la decisione n. 1386/2013/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 20 novembre 2013 su un programma generale di azione dell'Unione in materia di ambiente fino al 2020 "Vivere bene entro i limiti del nostro pianeta".

2019, osserveremo distintamente le norme di specifico interesse del settore ambientale, distinguendo le disposizioni che, in relazione agli obiettivi di sostenibilità, determinano incentivi agli investimenti ambientali ovvero introducono più specificamente una tassazione ambientale.

Così "provando" a cogliere se, nei fatti, il dibattito sulla sostenibilità e sul *Green New Deal* ha prodotto dei risultati concreti.

Rinviando ad altra sede le riflessioni su come le risorse pubbliche sono state investite in questi ultimi anni, vale la pena valutare l'effettiva portata di una riforma fiscale "ecologica" che si pone l'obiettivo di riorganizzare le entrate dello Stato italiano a gettito invariato, introducendo nuove "tasse"ambientali, riducendo i sussidi impropri e il costo del lavoro ed aumentando gli investimenti pubblici di *green economy*.

Tale valutazione deve necessariamente partire dalla considerazione che in Italia la pressione fiscale è già alta e che ciò ha avuto l'effetto di ridurre gli investimenti, soprattutto nel campo della ricerca e dell'innovazione. Con la conseguenza di "rallentare" piuttosto che "spingere" verso l'obiettivo della sostenibilità[54].

Alla stessa stregua, il riferimento al gettito invariato porta inevitabilmente con sé una difficoltà di fondo che è quella di non poter incidere sulla leva fiscale per rilanciare lo sviluppo sostenibile, diminuendo la competitività del nostro Paese.

Si considerino, inoltre, le entrate parafiscali, quali, ad esempio quelle delle bollette energetiche (corrisposte da imprese e famiglie) che finanziano le fonti rinnovabili e che un nucleo ristretto di imprese già paga il "diritto" ad emettere CO_2, secondo le regole comunitarie in vigore.

Queste entrate parafiscali assolvono alla funzione di introdurre sull'energia degli oneri, che, nel caso migliore, spingono verso l'efficienza e, in quello peggiore, a rendere meno competitive le nostre imprese.

Dopodiché bisogna intendersi sul fatto che le imprese non sono tutte uguali.

Ci sono quelle che sono *energy intensive* e quelle *labour intensive*, e, molto spesso, le filiere produttive sono orizzontali, in cui c'è chi produce il materiale (e quindi usa più risorse) e chi lo trasforma in diversi manufatti (fase nella quale il "lavoro" ha un maggiore peso).

[54] TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, 2018, 170 ss.

L'uno presuppone l'altro, senza contare che il produttore del materiale è sovente (sempre?) anche il riciclatore e, quindi, il perno del sistema di economia circolare.

Pertanto, è difficile dividere il mondo in due, tra chi usa le risorse e chi no, perché ognuno ha un ruolo nella filiera produttiva.

Piuttosto, si dovrebbe premiare l'efficienza e l'innovazione, attraverso una ulteriore un sistema di incentivi concreti e di riduzione del carico fiscale; ponendo ambiente, innovazione e infrastrutture in cima all'agenda di un Piano di investimenti pubblici e privati.

Ma per ridurre drasticamente le emissioni ed avere una maggiore sostenibilità, occorre ben altro e il *Green Deal* europeo presentato nel dicembre scorso sembra andare in una direzione diversa e più decisa.

C'è poi il tema delle imposte definite "correttive".

Queste sono applicate in tutto il mondo con l'obiettivo di ridurre le esternalità (come i costi sanitari del fumo, dell'inquinamento, dell'obesità) che altrimenti non emergono dai prezzi finali dei prodotti.

Per funzionare le tasse "correttive" devono essere applicate su dati scientifici e con la consapevolezza degli effetti esterni negativi e positivi che la produzione e il consumo di determinati beni possono avere sull'ambiente o sul consumo.

Si può agire con imposte esistenti (come l'IVA, innalzandola) oppure introducendone di nuove.

Una ulteriore variabile nel campo delle imposte "correttive" è quella di ridurre le imposte su prodotti che si intendono incentivare e promuovere (ne vedremo un esempio nel Decreto Fiscale[55]).

C'è un ultimo aspetto da considerare e cioè che la tassazione "al servizio della sostenibilità" dovrebbe prevedere una tassazione di scopo e cioè che il gettito sia investito in campo ambientale: ad esempio il gettito su tassa sulle emissioni sia utilizzato per finanziare investimenti in tecnologie meno inquinanti.

Il Tributo per l'esercizio delle funzioni ambientali, in qualche modo, costituisce il più antico tributo o tassa ambientale dell'ordinamento italiano. Più che di tassa correttiva dovremmo correttamente definirlo un tributo ambientale.

Era l'art. 19, D.Lgs. n. 504/1992 che istituiva "Tributo per l'esercizio delle funzioni di tutela, protezione e igiene dell'ambiente" (TEFA).

[55] Legge 19 dicembre 2019, n. 157 "Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 26 ottobre 2019, n. 124.

Il tributo provinciale per l'esercizio delle funzioni ambientali (TEFA) veniva istituito a fronte dell'esercizio delle funzioni amministrative di interesse provinciale, riguardanti l'organizzazione dello smaltimento dei rifiuti, il rilevamento, la disciplina ed il controllo degli scarichi e delle emissioni e la tutela, difesa e valorizzazione del suolo.

Il TEFA, date le caratteristiche normative volute dal Legislatore, è un tributo incassato dai singoli Comuni contestualmente alla tassa/tariffa per lo smaltimento dei rifiuti solidi urbani (TARSU/TIA fino al 2012, TARES 2013 e TARI 2014).

Con apposita Delibera, da adottarsi entro il mese di ottobre di ciascun anno per l'anno successivo, viene determinato il tributo, in misura compresa tra l'1% ed il 5% delle tariffe per unità di superficie ai fini della tassa per lo smaltimento dei rifiuti solidi urbani applicate dai Comuni.

Il tributo è liquidato e iscritto al ruolo dai Comuni contestualmente alla tassa per lo smaltimento dei rifiuti solidi urbani e con l'osservanza delle relative norme per l'accertamento, il contenzioso, la riscossione e le sanzioni. Al Comune spetta una commissione posta a carico della provincia impositrice, nella misura dello 0,30 per cento sulle somme riscosse, senza importi minimi e massimi.

L'ammontare del tributo riscosso congiuntamente alla tassa per lo smaltimento dei rifiuti solidi urbani, previa deduzione della corrispondente quota del compenso della riscossione, è versato dal concessionario o dal Comune, in caso di gestione diretta.

L'art. 1, comma 666, Legge n. 147/2013 ha confermato l'applicazione del tributo *ex* art. 19, D.Lgs. n. 504/1992 per quanto riguarda la "TARI" – Tassa sui rifiuti prevista dall'art. 1, comma 639 ss., Legge n. 147/2013.

Il D.Lgs. 6 maggio 2011, n. 68, recante disposizioni in materia di autonomia di entrata delle regioni a statuto ordinario e delle Province, ha ridisegnato le entrate tributarie di competenza provinciale e delle Città Metropolitane in attuazione della Legge delega n. 42/2009 sul federalismo fiscale. In particolare, l'art. 20 sempre del D.Lgs. n. 68/2011 prevede che spettino alle Province gli altri tributi ad esse riconosciuti nei termini previsti dalla legislazione vigente che costituiscono tributi propri derivati; conseguentemente, è fatta salva l'applicazione del "Tributo per l'esercizio delle funzioni di tutela, protezione e igiene dell'ambiente" (TEFA) previsto dall'art. 19, D.Lgs. n. 504/1992.

L'art. 38-*bis* non innova nulla sotto il profilo della natura del tributo e delle relative attribuzioni, ma semplicemente stabilisce le regole per il "riversamento" del TEFA a

Province e Città Metropolitane nel caso di pagamenti unificati effettuati dal contribuente, al netto di una commissione del 5% (comma 1).

In questa prima parte si tratta di una norma di specifico interesse per la Pubblica Amministrazione.

A ciò si aggiunge - e qui riguarda tutti, anche i contribuenti - l'introduzione della fissazione della misura del 5% del tributo del prelievo collegato al servizio di raccolta e smaltimento dei rifiuti solidi urbani stabilito da ciascun comune ai sensi delle leggi vigenti in materia.

Questo nel caso in cui non vi sia diversa deliberazione adottata dalla Provincia o dalla Città Metropolitana, da comunicare all'Agenzia delle entrate entro il 28 febbraio 2020.

Anche in questo caso sono necessarie delle ulteriori norme di attuazione.

Infatti, con uno o più decreti del Ministero dell'economia e delle finanze, emanati entro il 31 maggio 2020, previa intesa in sede di Conferenza Stato-città ed autonomie locali, sono stabiliti i criteri e le modalità per assicurare il sollecito riversamento del tributo anche con riferimento ai pagamenti effettuati tramite conto corrente, nonché eventuali ulteriori criteri e modalità di attuazione della disposizione di cui al primo periodo. In mancanza dell'intesa, i decreti di cui al periodo precedente sono comunque emanati purché i relativi schemi siano stati sottoposti all'esame della Conferenza Stato-città ed autonomie locali almeno trenta giorni prima dell'emanazione.

In conclusione, un articolo che dà certezza in termini di entrate a Province e Città Metropolitana, oltre che a prevedere una misura minima del 5% del TEFA nel caso in cui non vi sia una diversa deliberazione sulla misura dello stesso da parte della stessa Provincia o Città Metropolitana.

La prima lente di ingrandimento attraverso cui analizzare la fiscalità ambientale complessivamente intesa si sostanzia nel principio generale del diritto dell'Unione di non discriminazione fiscale, finalizzato alla piena attuazione delle libertà di circolazione. Previsto in origine dall'art. 12 TCE, il principio in campo fiscale si concretizza nel divieto di esercitare la potestà tributaria con arbitrio e irragionevolezza nel campo dei tributi, posto che il prelievo tributario deve realizzarsi per categorie omogenee di soggetti, indipendentemente da valutazioni di ordine sociale o di equità. Il divieto di discriminazione tra Stati è espressione del principio di uguaglianza tributaria ed è funzionalmente indirizzato "alla correzione

degli squilibri del mercato ed alla rimozione delle discriminazioni derivanti da differenze di condizioni personali non come regola generale ed inderogabile"[56].

Tale principio segna un margine netto rispetto alle scelte operabili in sede nazionale e fornisce indicazioni di ordine sostanziale e contenutistico sulla fiscalità interna. Si tratta di una norma generale, applicata solo in assenza di altre disposizioni che disciplinino in modo specifico il mercato, che assume precipuo rilievo nell'ambito dei rapporti economici e commerciali tra gli Stati. Il principio di non discriminazione incide sul contenuto degli ordinamenti giuridici tributari nazionali e diviene in prospettiva uno strumento di eliminazione delle disparità fiscali sul piano meramente soggettivo. La diversa accezione di libertà cui si è in precedenza fatto riferimento, correlata al "cittadino" europeo, che traspare nella più recente giurisprudenza della Corte di Giustizia, lentamente sta portando ad estendere anche ai propri cittadini il divieto di discriminazione ad opera di uno Stato membro: la discriminazione a danno dei propri connazionali deve essere considerata una disparità di trattamento che confligge con il concetto di mercato unico e con il principio di non discriminazione, in grado di creare potenziali distorsioni alla concorrenza[57]. Fra le giustificazioni a possibili discriminazioni fiscali, fondate su ragioni imperative di interesse generale, vi è la coerenza fiscale: un esempio può essere fornito dalla presenza di misure fiscali tese a garantire il mantenimento del nesso diretto tra una qualsiasi forma di imposizione e l'applicazione di un trattamento sottrattivo, quale la deduzione di un contributo, l'esenzione o l'applicazione di tariffe preferenziali. Tale giustificazione applicata principalmente nel settore delle imposte dirette, ha subito progressive limitazioni, che ne hanno ristretto l'ambito applicativo: "Il consolidato orientamento restrittivo della Corte di Giustizia è da condividere in pieno. Va, anzi, auspicato che la rilevanza del principio di coerenza sia ulteriormente ristretta. La coerenza interna dei sistemi fiscali nazionali non può prevalere sull'esigenza di coerenza dei sistemi nazionali con le regole del Trattato"[58].

Anche nell'ipotesi di agevolazioni fiscali ambientali è necessario il rispetto del principio in questione, che non può essere violato neanche per la realizzazione di una diversa politica dell'Unione, come ha più volte ribadito la Corte di Giustizia. In tal

[56] ALFANO,*Tributi ambientali. Profili interni ed europei*, Giappichelli, 2012, 152.
[57] ALFANO,*Tributi ambientali. Profili interni ed europei*, cit., 160.
[58] ALFANO,*Tributi ambientali. Profili interni ed europei*, cit., 161.

senso appare opportuno ricordare alcune fattispecie interne. In primo luogo, con riferimento al patrimonio culturale, si ricorda la questione inerente le agevolazioni tariffarie previste da alcuni musei - il palazzo dei Dogi di Venezia e il museo comunale di Treviso - che consentivano l'accesso gratuito per i cittadini italiani di età inferiore a diciotto o superiore a sessanta o sessantacinque anni e di altri - musei municipali di Firenze e Padova - che prevedevano l'accesso gratuito ai soli residenti nel territorio comunale in presenza di medesimi requisiti di età; di tali agevolazioni non beneficiavano i turisti cittadini di altri Stati membri o i non residenti, con identiche condizioni oggettive di età. La gestione del patrimonio culturale comporta notevoli oneri finanziari sulla collettività, solo in parte riversati sui visitatori mediante il pagamento di un biglietto di ingresso; l'accesso gratuito per i cittadini od i residenti rappresenta uno strumento di politica sociale con cui l'ente locale o lo Stato privilegiano gli appartenenti alla collettività che ne sostiene i costi di gestione. La Corte di Giustizia ha però rilevato che tale agevolazione per i soli cittadini o residenti si traduce in un ostacolo alla libertà di ricevere servizi a carattere turistico-culturale sia in modo diretto - come nel caso dei musei di Venezia e Treviso - sia dissimulato, come nel caso dei musei di Firenze e Padova, con palese contrasto del principio di non discriminazione[59].

Anche in campo ambientale la Corte ha più volte evidenziato che tale finalità non può essere tutelata in contrasto con altri principi fiscali dell'Unione. Con riferimento al sistema interno, diverse fattispecie tributarie sono state dichiarate illegittime in presenza di una presunta finalità ambientale. Si fa riferimento, in ordine cronologico, alle cosiddette tasse "sul marmo", "sul tubo" e "sul lusso".

Il primo caso si riferisce ad una particolare fattispecie di prelievo del Comune di Carrara posta in essere su un prodotto all'atto dell'esportazione dal territorio comunale[60]. Il tributo si applicava, con aliquote differenziate in relazione al pregio della roccia, su tutti i marmi estratti dalle cave di Carrara, a prescindere dalla destinazione finale; faceva eccezione il marmo lavorato negli stabilimenti di Carrara e di alcuni Comuni limitrofi, per i quali erano previste esenzioni ed agevolazioni, con

[59] ALFANO,*Tributi ambientali. Profili interni ed europei*, cit., 163.
[60] Corte di Giustizia, 9 settembre 2004, Causa C-72/03, Carbonati Apuani Srl/Comune di Carrara in "Riv. dir. trib.", n. 3/2005, III, pag. 57, con commento di ALFANO, *Tasse di effetto equivalente e libera circolazione delle merci all'interno del territorio dello Stato membro*; CARINCI, *Autonomia tributaria delle Regioni e vincoli del Trattato dell'Unione Europea*, in "*Rass. trib.*", n. 4/2004, pag. 1228.

riferimento alla destinazione industriale dei prodotti o alla lavorazione nel comprensorio.

La Corte di Giustizia ne ha dichiarato l'illegittimità in quanto tassa di effetto equivalente ad un dazio doganale. Occorre solo ricordare che per tassa di effetto equivalente si intende ogni onere pecuniario che, a prescindere dalla denominazione e dalla struttura, sia direttamente o indirettamente collegato all'importazione o all'esportazione di un prodotto, con conseguente aumento del suo costo. Si ricomprende ogni prelievo imposto unilateralmente da uno Stato, che colpisca le merci destinate oltre frontiera, aumentandone il prezzo, sia qualora tale onere venga applicato all'atto del materiale attraversamento della frontiera, sia nel caso in cui tale aumento avvenga successivamente. Vige un divieto assoluto, ovvero, il regime di libera concorrenza non deve essere turbato, a prescindere dal potenziale profitto per lo Stato, dai reali effetti discriminatori o protezionistici, dallo scopo in vista del quale sono stati istituiti o dalla destinazione dei proventi che ne derivano. Non sono, invece, contrastanti, con il principio di libera circolazione, quei tributi locali il cui gettito rappresenta la remunerazione di un servizio reso all'operatore economico che ha sostenuto l'onere stesso. La Corte, per tali fattispecie, ha stabilito la non equivalenza a dazi doganali: in determinate ipotesi, in cui non vi sia contrasto con il principio di libera circolazione, un servizio effettivamente prestato può dar luogo ad una proporzionata controprestazione[61], purché si realizzi una serie di presupposti valutati dal giudice nazionale.

Altra possibile deroga si ha nell'ipotesi in cui il prelievo colpisca sia il prodotto nazionale sia quello importato: gli Stati membri sono liberi di stabilire tributi interni purché, in linea generale, questi non comportino turbamento al mercato unico e non si trasformino in forme di protezione o sostegno dei propri prodotti. Il Comune di Carrara tentò di difendere il proprio prelievo invocando una pretesa finalità ecologica della tassa, che avrebbe dovuto essere destinata a coprire le spese causate dall'industria del marmo sul territorio e l'ambiente: i proventi, secondo il Comune, dovevano finanziare la costruzione e riparazione di infrastrutture stradali e portuali, l'adozione di provvedimenti di protezione ambientale, il sostegno di iniziative

[61] CARINCI, Autonomia tributaria delle Regioni e vincoli del Trattato dell'Unione Europea, cit., pag. 1228 e la giurisprudenza ivi citata, fra cui Corte di Giustizia, 26 febbraio 1975, causa C-63/74, Cadsky, in "Racc.", 1975, pag. 281, punto 8; Corte di Giustizia 15 dicembre 1993, cause riunite C-277/91, C-318/91 e C-319/91, LigurCarni in Racc., 1993, I - 06621, punto 31.

culturali ed, infine, l'assistenza sociale a favore degli operai impegnati nel settore. La Corte di Giustizia rilevò che nel caso di specie, non si evidenziava nessun nesso di causalità fra il prelievo e le opere di riqualificazione ambientale realizzate dall'industria marmifera né alcun ritorno del tributo, sotto forma di servizi, in favore dei soggetti passivi del tributo stesso; la Corte confermò che in ogni caso, né lo scopo - sociale, ambientale, culturale o altro - né la finalizzazione dei proventi possono giustificare l'istituzione di una tassa in contrasto con un principio fiscale dell'Unione.

Analoga violazione viene invocata con riferimento alla cd. tassa sul tubo della Regione siciliana, che si riporta in quanto esempio di prelievo con finalità ambientale contrastante con principi europei, pur non contemplando fattispecie agevolative[62]. *Ex* art. 6 della legge regionale siciliana primo marzo 2002 n. 2, che riformula l'art. 5 della Legge regionale 3 maggio 2001, n. 6, il tributo in oggetto si sostanziava in un prelievo fisso di natura patrimoniale su specifiche attività di trasporto e commercializzazione del gas. La legge in questione, nelle intenzioni del legislatore regionale, avrebbe dovuto recuperare risorse per finanziare investimenti finalizzati a ridurre e prevenire il potenziale danno ambientale derivante dalle condotte installate sul territorio della Regione siciliana e, più in generale, al reperimento di risorse volte alla salvaguardia, alla tutela ed al miglioramento dell'ambiente. La legge, sin dalla sua emanazione, era stata vivacemente contestata sia dalla dottrina sia dalla giurisprudenza[63]. Il

[62] La Tassa sul tubo, per molti aspetti, ha ricordato la prima imposta propria spagnola di carattere ambientale della Comunidad Autónoma delle Isole Baleari, l'Impuesto Balear sobre Instalaciones que Inciden en el Medio Ambiente, - I.B.I.I.M.A - che fu introdotta dal¬la legge n. 12 del 20 dicembre 1991. Il suo presupposto si sostanziava nella presenza sul territorio di stabilimenti siti nel territorio delle Baleari potenzialmente in grado di danneggiare l'ambiente quali oleodotti, gasdotti, torrette di telecomunicazione, cisterne per la conservazione di carburanti e combustibili solidi, liquidi o gassosi. Soggetto passivo era il titolare dello stabilimento, a qualunque titolo giuridico, tenuto al pagamento di una somma pari all'1 per cento del valore dell'immobile. Il gettito ricavato non era però destinato ad alcun fine specifico, sebbene l'esposizione dei motivi della legge facesse riferimento ad "un'imposta diretta alla compensazione, mediante l'internalizzazione dei costi derivati da determinate azioni che inquinino o modifichino negativamente l'ambiente nel territorio della Comunidad Autónoma delle Isole Baleari". Dopo molteplici contestazioni dottrinarie la Corte Costituzionale, con sentenza n. 289/2000, ha dichiarato tale imposta illegittima, in quanto non gravava le attività contaminanti ma la mera titolarità degli elementi patrimoniali, senza reale attenzione per la concreta capacità contaminante; inoltre il legislatore non aveva mostrato nessuno strumento diretto ad stimolare le attività in grado di proteggere l'ambiente. P. HERRERA MOLINA, *Los tributos con fines ambientales, Impuestos autonómicos sobre instalaciones contaminantes* in AA.VV., *Derecho del Medio Ambiente y Administración Local*, Diputación de Barcelona-Civitas, Madrid, 1996, pag. 693; più specificamente GUERVÓS MAÍLLO, *El Impuesto Balear sobre Instalaciones que Inciden en el Medio Ambiente*, *Marcial Pons*, Madrid, 2000, che riferisce anche di figure affini all'I.B.I.I.M.A. negli ordinamenti francesi e tedeschi, sia precedenti sia successive.

[63] La questione fu sollevata sia in sede amministrativa, TAR Lombardia, sez. II, 24 gennaio 2003 n. 130, sia tributaria, Commissione Tributaria Provinciale di Palermo, Sez. I, 5 gennaio 2004 n. 1203 in "TributImpresa", n. 3/2004, http://www.tributimpresa.it/, con nota di ALFANO, Applicabilità d'ufficio del diritto comunitario nel processo tributario (a proposito del tributo regionale sul passaggio del gas metano attraverso il territorio della

legislatore era però stato sordo ai richiami che da più parti provenivano in tal senso, probabilmente anche per ragioni politiche connesse con la necessità di piantare i primi semi del federalismo fiscale. La Corte di Giustizia ne ha dichiarato l'illegittimità, evidenziando che la presunta finalità ambientale - a prescindere dal fatto che apparisse tardiva e pretestuosa - esterna o interna alla struttura di un tributo, non può di *per sé sola* giustificare l'introduzione di una tassa di effetto equivalente ad un dazio doganale, posto che i principi fondamentali del diritto europeo travalicano i confini delle singole politiche, compresa dunque quella ambientale.

Infine, vi è la nota questione della tassa sul lusso sarda, la cui illegittimità si fonda *anche* sulla violazione della disciplina in tema di aiuti di Stato. Per tale fattispecie è stato giustamente rilevato che "è difficile rinvenire un caso di così palese contrasto tra un progetto di buone intenzioni e la sua non meditata realizzazione[64]". Con legge regionale 11 maggio 2006 n. 4 era stata istituita un'imposta regionale sulle plusvalenze dei fabbricati adibiti a seconde case, un'imposta regionale sulle seconde case ad uso turistico ed un'imposta regionale sugli aeromobili ed unità da diporto; la legge prevedeva trattamenti differenziati in ragione del domicilio fiscale e della residenza in Sardegna ovvero dell'essere o meno nato nell'isola. La Presidenza del Consiglio dei Ministri aveva presentato, all'indomani dell'emanazione, ricorso alla Corte Costituzionale. Il Consiglio della Regione Sardegna, nel tentativo di salvare la norma, aveva approvato, con l'art. 3 della legge regionale 29 maggio 2007 n. 2, alcune modifiche alle fattispecie previste dagli artt. 2, 3 e 4 della legge regionale 4/2006, istituendo, nel contempo, l'imposta di soggiorno. La Corte Costituzionale, investita della questione, con la sentenza n. 102 del 4 febbraio 2008 ha dichiarato l'incostituzionalità degli art. 2 e 3 della Legge 4/2006; con ordinanza n. 103 ha - prima volta nel sistema italiano - operato rinvio alla Corte di Giustizia *ex* art. 234 del Trattato CE, chiedendo alla Corte di pronunciarsi in via pregiudiziale sulla compatibilità dell'imposta con le norme del Trattato CE. Il giudice delle Leggi ha richiesto alla Corte di Giustizia di interpretare gli artt. 49 e 87 del Trattato, chiamati in causa dalla ricorrente, come elementi integrativi del parametro di cui al primo comma dell'art. 117 della Costituzione; era infatti necessario verificare la legittimità

Regione Sicilia): la Ctp aveva proceduto a dichiarare l'inapplicabilità del predetto art. 6, in quanto contrastante con i principi comunitari e a disapplicarlo.

[64] MARONGIU, *Le tasse "Soru" e l'impatto con la Corte costituzionale* , cit., pag. 568.

della norma censurata non solo in riferimento all'art. 117, primo comma, Cost., risultando imprescindibile la preventiva valutazione della sua conformità al diritto europeo. La Corte di Giustizia ha dichiarato l'illegittimità dell'imposta sarda sugli aeromobili e sulle unità da diporto in quanto aiuto di Stato contrario all'art. 87 n. 1 CE nei confronti delle imprese che svolgono la propria attività e hanno il domicilio fiscale all'interno della Regione; il significativo vantaggio fiscale per le imprese sarde era tale da alterare la libera concorrenza. La Corte ha altresì rimarcato che né la finalità di tutela ambientale né l'insularità possono essere ragioni valide a giustificare una limitazione della libertà di prestazione dei servizi, ammissibile solo per motivi di ordine, sicurezza o sanità pubblica.

Il tributo avrebbe dovuto configurarsi, nelle intenzioni del legislatore, come una rinnovata imposta di soggiorno, di cui sembrerebbe, per certi versi, condividere la *ratio*: infatti, le tradizionali imposte di tal genere - come ad esempio proprio quella istituita dalla stessa Regione Sardegna, con l'art. 5 della legge regionale n. 2/2007 - permettono agli enti locali di applicare un'imposta a carico delle persone non residenti che soggiornano nelle strutture alberghiere ed extra-alberghiere di un determinato territorio, al fine di far concorrere anche i turisti alle spese pubbliche che i residenti già finanziano attraverso una parte del proprio carico tributario. Il tributo regionale sugli scali aereo-portuali avrebbe potuto essere inquadrato come un prelievo teso a colpire una analoga manifestazione di capacità contributiva, selezionando i flussi turistici cui applicare il tributo in ragione delle modalità di ingresso dei visitatori sull'isola; ciò anche in considerazione del fatto che le imbarcazioni incise permettono il pernottamento dei passeggeri[65]. La Corte di Giustizia ha però rilevato che, anche volendo considerare legittimi i motivi invocati dalla Regione Sardegna quali fondamento dell'imposta regionale, gli stessi non possono giustificarne le modalità applicative, per l'oggettiva disparità di trattamento nei confronti degli esercenti aventi il domicilio fiscale fuori dal territorio regionale, unici debitori di tale imposta. Ciò in contrasto con la linea interpretativa della Corte, secondo cui a prescindere dall'esistenza di uno scopo legittimo che corrisponda a motivi imperativi di interesse generale, la giustificazione di una restrizione alle libertà fondamentali garantite dal Trattato CE presuppone che la misura in questione sia idonea a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e non vada oltre

[65] A conferma che, almeno in parte, questa fosse l'intenzione del legislatore sardo si osserva che, qualora si fosse trattato di imbarcazioni che sostavano sull'isola tutto l'anno, non vi sarebbe stata applicazione del tributo.

quanto è necessario per il suo raggiungimento. Per la fattispecie in questione, dunque, "gli inquinamenti ambientali laddove siano causati da aeromobili privati e da unità da diporto che fanno scalo in Sardegna, si producono a prescindere dalla provenienza di detti aeromobili e unità da diporto e, in particolare, non presentano alcun legame con il domicilio fiscale degli esercenti degli stessi. Gli aeromobili e le imbarcazioni dei non residenti contribuiscono a danneggiare le risorse ambientali in maniera analoga agli aeromobili e alle unità da diporto dei residenti. Pertanto, la restrizione alla libera prestazione di servizi, quale essa risulta dalla normativa tributaria di cui trattasi nella causa principale, non può essere giustificata da motivi relativi alla tutela dell'ambiente in quanto l'applicazione dell'imposta regionale sullo scalo che essa istituisce si basa su una differenziazione tra le persone priva di relazione con detto obiettivo ambientale[66]". Per alcune fattispecie è possibile un trattamento diverso tra non residenti e residenti, se si verifica l'esistenza di un'oggettiva diversità di situazioni: in caso contrario non è legittimata una disparità della norma tributaria per un preteso motivo ambientale a nessun livello di governo.

[66] Corte di Giustizia, 17 novembre 2009, causa C-169/08, Presidente del Consiglio dei Ministri contro Regione Sardegna, in "Racc.", 2009, I-10821, punti 44 e 45.

LA TUTELA DELL'AMBIENTE COSTIERO NELL'ORDINAMENTO DELLA SPAGNA: prime fondamenta meta-normative di un "diritto del litorale"?

Giuliano Vosa*

ABSTRACT [ITA]: Nell'ambito di una ricostruzione storica e giuridica dei rapporti pubblico-privato e Stato-autonomie inerenti alla tutela del litorale nell'ordinamento spagnolo, il lavoro s'incentra sull'emergere di schemi procedimentali adottati *ex lege* volti a una decisione inclusiva di diritti e interessi tanto pubblici quanto privati, afferenti a molteplici livelli di governo, nel quadro della tutela dell'ambiente costiero; vi si scorgono le prime fondamenta di un "diritto del litorale" che riconcilia principi costituzionali ed euro-unitari.

ABSTRACT [ENG]: *Pursuant to a brief legal-historical account of the relations between public authorities and private citizens, as well as between the central State and the local autonomies, in the Spanish legal order, the work analyses the procedural schemes provided for by regional legislation which aim at the protection of coastal environment including both private and public interests at multiple layers of government. Such schemes can be seen as early foundations of a 'Coastal Law' that builds upon constitutional principles of national and European descent.*

SOMMARIO: 1. Introduzione: il litorale spagnolo e il suo diritto. – **2.** Breve storia giuridica del litorale in Spagna. – **3.** Registrazione delle proprietà immobiliari fra garanzia reale del credito ed esigenze di unificazione del diritto: un *fil rouge* da Carlo V al Novecento. – **4.** La *Ley Hipotecaria* e il demanio pubblico marittimo-terrestre: storia di un conflitto irrisolto. . – **5.** Il diritto di proprietà nella Costituzione del 6 dicembre 1978: l'intreccio fra il (nuovo) diritto costituzionale e un diritto comunitario già solido. – **6.** La *Ley de Costas* del 1988: da proprietari privati a concessionari privilegiati. – **7.** Meta-legislazione per un "diritto del litorale": centralità dello Statoe convivenza con le istanze territoriali. – **8.** *Segue*. Pubblico *vs.* privato, centro *vs.* autonomie: origini e sviluppo del modello del *Consejo Rector*. – **9.** Conclusioni. Verso un "diritto del litorale" nell'ordinamento spagnolo: utili spunti per il legislatore italiano?

* Post-Doc *Investigador "García Pelayo"*, *Centro de Estudios Políticos y Constitucionales* (CEPC), Madrid. Il contributo riprende, con significativi ampliamenti e robuste integrazioni, la *Relazione* svolta al *Webinar* "Le concessioni demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo: alla ricerca di soluzioni" organizzato dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Macerata, 7 maggio 2021.

1. Introduzione: il litorale spagnolo e il suo diritto.

A partire dalla Costituzione del 6 dicembre 1978, la Spagna ha messo in campo notevoli sforzi per dotarsi di un quadro normativo capace di evitare uno sfruttamento intensivo ed indiscriminato del litorale. L'adozione di una disciplina generale nel 1988, poi riformata in modo sostanziale nel 2013, ha innescato un robusto contenzioso sia presso il *Tribunal Constitucional* sia in sede di giudizio di merito, in ordine al quale si è registrata l'attenzione costante della dottrina – in specie, degli studiosi del diritto amministrativo e di quelli del diritto civile.

Una tale attività riformatrice si è resa necessaria a causa della peculiarità del regime spagnolo del demanio costiero, le cui radici storiche affondano in un passato remoto. Le pretese demaniali dell'amministrazione, infatti, sono sorte in opposizione a diritti dominicali privati talvolta assai risalenti, finanche d'origine medievale. Tali diritti, già oggetto di travagliate controversie negli ultimi secoli, non potrebbero oggi, per l'attenzione che viene loro tributata dalla Costituzione, infrangersi *tout court*; nondimeno, s'intuisce, stridono non poco con una tutela dell'ambiente costiero che si elevi verso interessi e diritti più alti, e più larghi, rispetto a quelli, pur certo meritevoli di tutela, di singoli proprietari privati.[1]

A coronamento di questi sforzi, merita menzione la disciplina adottata da alcune *Comunidades Autónomas* per la gestione del litorale: il varo di schemi procedurali anche assai articolati mira a costruire gli spazi pubblici istituzionali per la partecipazione di un ampio numero di soggetti direttamente o indirettamente coinvolti, allo scopo di ottenerne il consenso e di incanalarne le istanze verso il perseguimento di un interesse pubblico.[2]

Questa strategia sembra presupporre una concezione dell'ambiente costiero non già quale monolitico bene materiale, preesistente alla decisione su di esso e *in toto* preconfigurabile da un decisore unico, ma piuttosto come bene *in fieri*, che inevitabilmente ha da costruirsi per mezzo di ponderazioni successive di diritti e

[1] S. RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà e i beni comuni*, Bologna, Il Mulino, 2013, spec. p. 47s., 175s., 459s.
[2] Sul punto, L.K. WEIS, *Environmental constitutionalism: Aspiration or transformation?*, in *International Journal of Constitutional Law*, 16:3, 2018, p. 836-870.

interessi ubicati a vari livelli sul duplice asse centro-periferie e pubblico-privato.[3] Proprio per questa sua particolarità, tale approccio meta-normativo contribuisce a gettare le prime fondamenta di un "diritto del litorale", modello e insieme metodo per un *decision making* informato a principi costituzionali sia nazionali sia euro-unitari.[4]

2. Breve storia giuridica del litorale in Spagna.

La peculiare conformazione oro-geografica e, più in generale, la storia della Spagna, dai tempi della *romanización*[5] fino al tardo Medioevo,[6] hanno esercitato un'influenza massiccia sulle vicende del litorale, fluviale e marino.[7] I tratti costieri hanno giocato un ruolo cruciale nella vita del Paese, segnando il verso della *repoblación* occorsa intorno all'anno Mille[8] e facilitando l'insediamento di collettività urbane in luoghi ove l'abbondanza di risorse idriche[9] permetteva una maggior speditezza dei traffici e dei commerci.[10] In tali realtà, che rapidamente si avviano ad una più piena urbanizzazione, il diritto altomedievale s'arricchisce di molteplici elementi innovativi:[11] vi si consolida così un vivace particolarismo,[12] capace di un alto grado di resistenza all'accentramento politico e giuridico promosso dai sovrani

[3] D.E. ADELMAN, K.H. ENGEL, *Adaptive Federalism: The Case Against Reallocating Environmental Regulatory Authority*, in *Minnesota Law Review*, 92, 2007/'08, p. 1796-1850.
[4] Si vedano M. CECCHETTI, Principi costituzionali per la tutela dell'ambiente, Milano, Giuffrè, 2000, p. 8 ss., e, da ultimo, L. COLLINS, The Ecological Constitution: Reframing Environmental Law, Oxon-New York, Routledge, 2021, p. 7 ss.
[5] F. TOMÁS y VALIENTE, *Manual de Historia del Derecho español*, IV ed., 2009, p. 84s.
[6] P. ZAMBRANA MORAL, *La protección de las aguas frente a la contaminación y otros aspectos medioambientales en el Derecho romano y en el Derecho castellano medieval*, in *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 37/2011, p. 597-650, spec. 621s.
[7] M.E. GÓMEZ ROJO, *Precedentes de protección medioambiental en el Derecho Histórico Español de la Edad Moderna*, in J. ARANCIBIA MATTAR, J.I. MARTÍNEZ ESTAY (cur.) *La primacía de la persona. Estudios en homenaje al Profesor Eduardo Soto Kloss*, Santiago de Chile, Perrot, 2009, p. 641-642.
[8] F. TOMÁS y VALIENTE, *Manual*, cit., p. 115s.
[9] P. GARCÍA FARÍA, *Deficiencias de la Ley de Aguas en cuanto a abastecimiento de poblaciones*, in *Revista de Obras Públicas*, 62-I (2042), 1914, p. 571-572.
[10] A. GARCÍA i SANZ, *Estudio sobre los orígenes del Derecho marítimo hispano-mediterráneo*, in *Anuario de historia del derecho español*, 39/1969, p. 213-316.
[11] M. GARCÍA PELAYO, *La idea medieval del Derecho*, in ID., *Del mito y de la razón en la historia del pensamiento político – Obras completas*, vol. II, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 1073-1092.
[12] A. GALLEGO ANABITARTE, *Evolución del Derecho de Aguas en España. Del sistema ribereño basado en la propiedad del sistema ribereño territorial*, in *Derecho de aguas*, 2006, p. 45-60.

spagnoli.[13]

Tale resistenza, peraltro, si rivela più tenace proprio là dove la prosperità degli scambi commerciali propizia il consolidamento di norme e usi a carattere settoriale.[14] Con l'affermazione dei *Fueros municipales*,[15] infatti, un tal materiale normativo contribuisce a sostenere la rivendicazione di autonomia da parte delle città costiere in opposizione alla *señoría campesina*.[16] Di qui il radicamento territoriale di posizioni giuridiche inizialmente riconducibili a *status* personali o funzionali;[17] sicché i diritti afferenti ad aree litoranee assumono i tratti tipici della proprietà e si consolidano in capo a individui e gruppi determinati, a mo' di concretizzazione di uno *status* uguale e contrario a quello dei proprietari fondiari dell'entroterra – e ciò proprio mentre s'incendiava la lotta per il potere all'interno delle nascenti, benché ancora incerte, strutture dello Stato spagnolo.[18]

Appare dunque che, nell'evolversi della storia della Spagna, dal Medioevo all'età moderna, le aree costiere siano continuamente oggetto di pretese concorrenti, riconducibili a ordini giuridici operanti in chiave *eterarchica*nel quadro di un'esasperata frammentazione giuridica[19] alla quale si aggiunge un'elevata instabilità politica.[20]

S'intuisce allora perché la regolamentazione del litorale nell'ordinamento spagnolo è tema di ampio respiro costituzionale.[21] Fondata su titoli dominicali anteriori all'effettiva stabilizzazione di un'autorità politica-giuridica centralizzata, essa intercetta infatti le principali linee di tensione che tengono a battesimo lo Stato spagnolo: da un lato il *cleavage* centro *vs.* autonomie, dall'altro la "grande dicotomia"

---

[13] J.M. FONT RIUS, *El desarrollo general del Derecho en los territorios de la Corona de Aragón (siglos XII-XIV)*, in *Anuario de Historia del Derecho Español*, 50/1980, p. 93-110.
[14] A. GARCÍA i SANZ, *Estudio sobre los orígenes del Derecho marítimo hispano-mediterráneo*, cit., p. 234s.
[15] F. TOMÁS y VALIENTE, *Manual*, cit., p. 140s.
[16] S. ROMEU, *Los Fueros de Valencia y los Fueros de Aragón: Jurisdicción Alfonsina*, in *Anuario de Historia del Derecho Español*, 42/1972, p. 75-115. Relativamente alle Siete Partidas con cui Alfonso X, Re di Castiglia, cercò di superare i particolarismi locali, databile attorno alla metà del Duecento, cfr. D. PANATERI, *La Ley en las Siete Partidas*, in *eHumanista: Journal of Iberian Studies*, 31/2015, 711-727.
[17] J. LALINDE ABADÍA, *Los derechos individuales en el Privilegio General de Aragón*, in *Anuario de Historia del Derecho Español*, 50/1980, p. 55-68.
[18] A. GALLEGO ANABITARTE, Á. MENÉNDEZ REXACH, J.M. DÍAZ LEMA, *El Derecho de Aguas en España*, I, MOPU, Madrid, 1986, p. 341s.
[19] P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Laterza, Roma-Bari, 2006 (rist.), p. 39s., 223s.
[20] J.A. GARCÍA de CORTÁZAR, *La época medieval*, in *Historia de España*, Alianza Editorial, Madrid, 1973, p. 25s.
[21] Á. MENÉNDEZ REXACH, *El derecho al agua en la legislación española*, in *AFDUC – Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Coruña*, 15/2011, p. 53-84.

pubblico-privato.[22]

Cimentarsi nella rilettura di questo percorso significa ripercorrere le modalità con cui da un coacervo di posizioni giuridiche collocate nell'ampia area delimitata da questi due grandi assi prende le mosse, con l'entrata in vigore della Costituzione del 1978 e l'adesione alla Comunità del 1986, un moto di riforma che coinvolge il legislatore al pari dei giudici e della dottrina. Tale processo scorre in parallelo al radicarsi di una coscienza ambientale[23] e vede da ultimo affermarsi, a livello delle *Comunidades*, una legislazione a carattere procedurale, tesa ad assicurare l'inclusione di diritti e interessi eterogenei verso la tutela dell'ambiente costiero. Sicché, oggi, può forse iniziare a parlarsi di un "diritto del litorale" inteso non tanto, da un punto di vista sostanziale e descrittivo, come l'insieme di norme che hanno a oggetto i tratti costieri; ma, piuttosto, in senso procedimentale e precettivo, come quel diritto che – insistendo su beni attorno ai quali si condensano posizioni eterogenee per natura e portata, e che tuttavia determinano condizioni di vita basilari per la comunità umana di riferimento[24] – necessita di dispiegarsi in schemi procedimentali massimamente *inclusivi*, capaci di ricomporre il conflitto fra tali posizioni lungo i molteplici piani territoriali coinvolti.[25] Tali schemi, dunque, sembrerebbero ammantarsi di un certo grado di obbligatorietà, alla luce di principi costituzionali sia statali sia *euro-unitari*; poiché funzionalmente necessari alla tutela integrata di quel complesso di beni e diritti che prende il nome di "ambiente" con riguardo alle aree litoranee.

La Spagna, a tal fine, offre un banco di prova d'eccezione, sia per il corposo retroterra storico-giuridico che sostiene la regolamentazione del litorale, sia per la vitalità dimostrata dal legislatore, tanto a livello statale quanto sul piano delle Comunità territoriali, nella confezione dei tratti strutturali di una tal interazione, dotata di forme procedimentali assai articolate.

Rispecchiandosi in almeno cinque secoli di evoluzione storica e politica, l'indagine

[22] L'espressione, com'è noto, è di N. BOBBIO, *Pubblico/privato*, in *Enciclopedia*, vol. XIII, Einaudi, Torino, 1981, anche in ID., *Stato, governo, società. Per una teoria generale della politica*, Einaudi, Torino, 1985, p. 3s. Si veda, per un approccio al caso spagnolo, I. FERNÁNDEZ SARASOLA, *Constitucionalismo y propiedad(En torno a las "Lecciones de Historia del Constitucionalismo"de Clara Álvarez Alonso)*, in *Historia Constitucional*, 2/2001, p. 213-227.

[23] Cfr. P.M.W. HACKETT, *Modelling environmental concern: Theory and application*, in *The Environmentalist*, 13/1993, p. 117-120.

[24] Cfr. A. LUCARELLI, *La democrazia dei beni comuni*, Laterza, Roma-Bari, 2013, spec. p. 67s.

[25] Il concetto è approfondito da J. HABERMAS, *Die Einbeziehung des Anderen. Studien zur politischen Theorie* (1996) ed.it. a cura di L. Ceppa, *L'inclusione dell'altro. Studi di teoria politica*, Milano, Feltrinelli, 2008, spec. p. 63s.

che qui si propone muove da un'epoca anteriore alla stabilizzazione del potere statale. A fronte dell'emergere di diritti proprietari localizzabili nelle nuove realtà locali urbanizzate, si manifestano, per i Re spagnoli, due principali esigenze. La prima è di promuovere l'unificazione del diritto su tutto il territorio nazionale, allo scopo di consolidare il proprio dominio e contrastare la tendenza all'auto-regolazione delle comunità locali. L'altra è quella di procedere ad una radicale riforma della proprietà fondiaria, assicurando in primo luogo stabilità alle garanzie reali in supporto del mercato del capitale; e ciò al fine di consentire il rafforzamento della borghesia spagnola sui mercati europei e non solo. Successivamente, il lavoro segue la curvatura pubblicistica che la Costituzione del 1978 imprime alla gestione di diritti e interessi inerenti a tratti litoranei – la sintesi dei quali si prefigge quale obiettivo la tutela dell'ambiente costiero – e si studia di illuminarne l'incrocio con i principi generali di diritto dell'Unione; donde la valenza "euro-unitaria"[26] della disciplina che ne consegue, rispettosa di una legalità costituzionale ma pure sovranazionale. Infine, si passa in rassegna la *Ley de litoral* catalana del 2020, presa a modello di meta-legislazione relativa alla tutela dell'ambiente costiero; vi si rinvengono schemi procedurali ambiziosi, capaci, in astratto almeno, di contemperare diritti e interessi in gioco a più livelli di governo – delineandosi, quindi, le prime fondamenta di un nascente "diritto del litorale".

3. Registrazione delle proprietà immobiliari fra garanzia reale del credito ed esigenze di unificazione del diritto: un *filrouge* da Carlo V al Novecento.

Con la *Pragmática Sanción* del 1539, Carlo V accoglieva alcune *doléances* relative alla carente pubblicità delle transazioni immobiliari e istituzionalizzava l'idea di annotarle in un Registro (*Registro de Tributos, Censos e Hipotecas*) tenuto da funzionari

[26] Sul concetto di "euro-unitario", in tal senso, si veda ad es. A. RUGGERI, *Le fonti del diritto eurounitario ed i loro rapporti con le fonti nazionali*, in P. COSTANZO, L. MEZZETTI, A. RUGGERI, (cur.) *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2014, cap. V, p. 268s.; cfr., dello stesso A., *Interpretazione conforme e tutela dei diritti fondamentali, tra internazionalizzazione (ed "europeizzazione") della Costituzione e costituzionalizzazione del diritto internazionale e del diritto eurounitario*, in *Riv. AIC*, 2 luglio 2010, p. 1-28.

regi.[27] Questo metodo, tuttavia, non fu applicato nello stesso modo in tutto il territorio; al contrario, la maggioranza delle città, specie sulla costa, continuò ad applicare norme ed usi locali – mantenendosi fra l'altro in vigore registri alternativi in aree come Tenerife (1543) o Cadice (1661).[28] La *Pragmática* di Filippo V (11 dicembre 1714) ambiva a superare tali resistenze redigendo una disciplina più dettagliata, la cui applicazione restava però monopolio degli organismi locali.[29] Al fine di arginare le velleità autonomistiche di questi ultimi, la *Pragmática* di Carlo III del 31 gennaio 1768 istituì le *Contadurías de hipotecas*, attraverso cui, *inter alia*, si fissavano competenze precise quanto alle attività di pubblicizzazione delle transazioni immobiliari e al relativo controllo – aprendo all'inopponibilità *ex lege* a terzi del diritto ipotecario non iscritto.[30]

Un altro tassello verso una più solida disciplina della pubblicità delle transazioni immobiliari fu costituito dalla riforma fiscale (*Real Decreto* 31 gennaio 1829) che obbligava a dichiarare lo stato degli immobili interessati da diritti reali di garanzia.[31] Tale prescrizione si collocava nel solco di un moto di riforma strutturale della proprietà, specialmente fondiaria, ormai indispensabile a fronte della necessità di modernizzazione dello Stato. Con l'incedere della *desamortización*[32] – un processo a carattere saltuario, protrattosi da fine '700 a inizio Novecento, in cui venivano confiscate talune proprietà immobiliari, in uno alle pertinenze rispettive, appartenenti alla Chiesa, ai grandi possidenti terrieri o alle corporazioni civili e ai

[27] "*… que en las ciudades, villas o lugares que fueran cabeza de jurisdicción, hubiera una persona con un libro en que se registren todos los contratos de las cualidades dichas*". Si trattò di un tema aspramente discusso nelle *Cortes* di Toledo del 1538; cfr. M. d. P. ESTEVES SANTAMARÍA, *Toledo en las Cortes de Carlos I: cuestiones de interés general para el Reino*, in *Cuadernos de Historia del Derecho*, 12/2005, p. 229-283.

[28] R. CERDEÑA RUIZ, *La Contaduría de Hipotecas de Fuerteventura: referencias históricas e inventario de su fondo documental*, in *Anuario del Archivo Histórico Insular de Fuerteventura*, 16/2003, p. 415-485.

[29] R. FRANCH BENAVENT, *Política mercantilista y comercio interior en la España de Felipe V*, in E. SERRANO (cur.) *Felipe V y su tiempo – Congreso internacional(Zaragoza, 15-19 de enero de 2001)* Institución «Fernando el Católico», Zaragoza, 2004, p. 103-132.

[30] L. DIEZ PICASO, *Los principios de inspiración y los precedentes de las Leyes Hipotecarias españolas*, in J. CERDÁ GIMENO (cur.) L*eyes Hipotecarias de España. Fuentes y evolución – Tomo I (Leyes de 1861 y 1869)*, Centro de Estudios Hipotecarios – Editorial Castalia, Madrid, 1974, p. 3-27.

[31] M. PESET, *La primera codificación liberal en España (1808-1823)*, in *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 488/1972, p. 125-157.

[32] F. TOMÁS y VALIENTE, *El proceso de desamortización de la tierra en España*, in *Agricultura y sociedad*, 7/1978, p. 11-33; cfr. A. MUÑOZ JIMÉNEZ, *La tierra para el que la trabaja. El proyecto desamortizador de la Primera República española (1873-1874)*, in F.M. ESPINO JIMÉNEZ, M. CALVO-MANZANO JULIÁN (cur.) *La problemática de la tierra en España durante la historia contemporánea*, Egregius, Sevilla, 2019, p. 53-72.

municipi[33] – prevalsela spinta ad una ristrutturazione più radicale dei diritti reali, che portò all'entrata in vigore della *Ley Hipotecaria* (1861)[34] e all'adozione del *Código civil* del 1889.[35] La *Ley Hipotecaria* istituì il *Real Registro de la Propiedad*, per mezzo del quale si uniformava il groviglio di discipline preesistenti in tema di registrazione delle transazioni immobiliari e di opponibilità a terzi dei diritti reali di garanzia.

Si noti, a questo punto, l'anteriorità cronologica della disciplina dei diritti reali di garanzia rispetto a quella dei diritti di godimento.[36] Questo dato permette di introdurre una duplice necessità politica che ha ispirato la riforma complessiva dell'istituto dominicale nell'arco di tre secoli, e che ne ha cospicuamente influenzato gli sviluppi concreti.[37]

Da un canto, si ravvisa l'urgenza di garantire stabilità al mercato del capitale: un'esigenza strumentale al rafforzamento geopolitico della Spagna, relegata ai margini dello scenario mondiale e segnata dalla lenta, inesorabile erosione della *plenitud del absolutismo* tipica dell'antico regime.[38] S'intende, dunque, come l'incertezza quanto all'effettiva possibilità di ottenere il bene posto a garanzia del credito in caso di insolvenza del debitore rendesse il creditore assai titubante, conscio che le garanzie a sostegno del suo credito avrebbero potuto rivelarsi sprovviste della tutela reale pattuita.

D'altro canto, il tramonto dell'assolutismo monarchico si lega a una crescente instabilità politica, che la *Ley Hipotecaria* vuol lasciarsi alle spalle con l'adozione di una disciplina uniforme. Il compromesso con i titolari di posizioni giuridiche istituite dal diritto previgente si rivela allora, seppur oneroso, indispensabile per il nascente Stato: è garantita, in cambio della fedeltà al nuovo regime, la vigenza, almeno in

[33] F. TOMÁS y VALIENTE, *Recientes investigaciones sobre la desamortización: intento de síntesis*, in *Moneda y Crédito*, 131/1974, p. 95-160.
[34] L. DIEZ PICASO, *Los principios de inspiración y los precedentes de las Leyes Hipotecarias españolas*, cit.,*passim*.
[35] A seguito di un lavoro lungo oltre due decenni, che include il progetto di Codice civile poi approvato con *Real Decreto* n. 206 del 24 luglio 1889: J. BARÓ PAZOS, *La Codificación del Derecho civil en España (1808-1889*), Universidad de Cantabria, Santander, 1993, p. 22s., *passim*.
[36] M. SERNA VALLEJO, *Propiedad, crédito y garantía: una mirada desde el derecho, la economía y la historia*, in S. deDIOS de DIOS, J. INFANTE MIGUEL-MOTTA, R. ROBLEDO HERNÁNDEZ, E. TORIJANO PÉREZ (cur.) *Historia de la propiedad. Crédito y garantía* (*V Encuentro Interdisciplinar. Salamanca, 31 de mayo -2 de junio*) Colegio de Registradores de Madrid – Servicio de Estudios, Madrid, 2007, p. 867-896.
[37] R. FORNESA RIBÓ, *Eficacia del título hipotecario sobre parcelas de zona marítimo-terrestre– especial referencia a los terrenos ganados al mar*, in *Revista de administración pública*, 46/1965, p. 123-148.
[38] F. TOMÁS y VALIENTE, *Manual*, cit., p. 369s., 383s.

principio, dei diritti dominicali così come anteriormente consolidatisi.[39]

Sicché, la *Ley de Aguas* del 3 agosto 1866, nel consegnare al "*dominio nacional y uso público*" il mare litorale e le spiagge[40] non può evitare l'insorgere di regolari conflitti tra le pretese di demanializzazione del litorale sollevate dall'autorità pubblica statale e i diritti proprietari di terzi acquisiti in base a registrazioni precedenti.[41]

4. La *Ley Hipotecaria* e il demanio pubblico marittimo-terrestre: storia di un conflitto irrisolto.

Tali conflitti generano un contenzioso assai vivo a cavallo tra i due secoli, ove i turbinosi eventi che segnano la fine del regno di Isabella II – la parentesi della *Primera República*, la successiva restaurazione ad opera di Alfonso XII, l'interludio autoritario di Primo de Rivera, la *Segunda República* e la guerra civile conclusasi con la vittoria di Franco [42] – rendono l'idea della notevole instabilità politica che caratterizzò quel periodo.A fronte di un'incertezza congenita delle situazioni giuridiche, si segnala il frequente ricorso all'espropriazione di beni privati pure inerenti al litorale[43] – istituto, quello della *expropiación*, marcato da estrema varietà formale e, talora, assai disattento quanto al rispetto dei diritti degli espropriati (finanche sguarniti del congruo ristoro preventivo, o *previo pago deljustiprecio*).[44] A posteriori, infatti, Eduardo García de Enterría a buon diritto può dire che la Spagna, fra gli Stati occidentali, è quello che meno ha saputo e voluto proteggere il diritto di

[39] Cfr. I. FERNÁNDEZ SARASOLA, *El derecho de propiedad en la historia constitucional española*, in J. VARELA SUANZES-CARPEGNA (cur.) *Propiedad e historia del derecho*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2005, p. 73-120.

[40] F. SAINZ MORENO, *El dominio público: una reflexión sobre su concepto y naturaleza, cincuenta años después de la fundación de la «Revista de administración pública»*, in *Revista de administración Pública*, 150/1999, p. 477-514.

[41] L. PAREJO ALFONSO, *Dominio público: un ensayo de reconstrucción de su teoría general*, in *Revista de administración pública*, 100-102/1983, p. 2379-2422, spec. 2408s.

[42] O. BASCUÑÁN AÑOVER, *La crisis de la Restauración 1898-1923*, in M. ORTIZ HERAS (cur.) *Historia Contemporánea de España (siglo XX): del desastre del '98 a la crisis sistemática actual*, Albatán, Madrid, 2018, p. 105-138.

[43] Cfr. J. INFANTE MIGUEL-MOTTA, E. TORIJANO PÉREZ, *Propiedad privada y expropiación forzosa: los entresijos de un binomio (1812-1931)*, in S. de DIOS de DIOS, J. INFANTE MIGUEL-MOTTA, R. ROBLEDO HERNÁNDEZ, E. TORIJANO PÉREZ (cur.) *Historia de la propiedad: la expropiación*, Ediciones Universidad de Salamanca – Colegio de Registradores de Madrid – Servicio de Estudios, 2012, p. 211-240.

[44] Non a caso, nel 1954, una *Ley de expropiación forzosa* fu adottata in seguito a un'ampia elaborazione del *Consejo de Estado*, con l'obiettivo di regolamentare il coacervo di posizioni giuridiche che veniva ad addensarsi intorno alla titolarità di diritti dominicali privati su beni pubblici – specificamente, con l'obiettivo di mettere ordine fra i concetti di "*expropiación urgente*" (assai spesso abusato in base alla precedente normativa, datata 1879) "*justiprecio*" e "*previopago*".Cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, *La ley de expropiación forzosa de 1954, medio siglo después*, in *Revista de Administración Pública*, 156/2001, p. 251-268.

proprietà nella storia recente.[45]

La riforma della disciplina ipotecaria (1946)[46] paradigmaticamente esprime il conflitto tra amministrazione e privati quanto ai beni afferenti al demanio. A voce dell'art. 5 del Regolamento esecutivo,[47] i beni immobili *de dominio público* (*ex* art. 339 del *Código civil*) non possono formare oggetto di registrazione da parte di privati qualora appaiano come "*destinados a algún servicio público, al fomento de la riqueza nacional o a las necesidades de la defensa del territorio*". Questa previsione di carattere generale, mai emendata fino al 1998,[48] ribalta in capo alla pubblica autorità l'onere di avviare un procedimento di *rectificación* per provare che a un certo bene demaniale, iscritto da un privato a nome proprio nel *Registro de la Propiedad* – istituito dall'art. 1 della *Ley Hipotecaria* – fosse stata attribuita effettivamente una destinazione siffatta, e che quest'attribuzione fosse conoscibile dal terzo. L'iscrizione al *Registro*, infatti, fa piena prova, *ex* art. 38 *Ley Hipotecaria*, dell'esistenza dei diritti reali così come ivi menzionati, nei modi e con le forme di cui all'iscrizione stessa; è quindi sospesa l'applicazione del regime demaniale fino a prova contraria esibita dall'amministrazione.[49]

Inoltre, il terzo acquirente in buona fede a titolo oneroso è tutelato nel suo acquisto dal principio di *fe pública registral* di cui all'art. 34 della *Ley Hipotecaria*; tale principio opera sin dal momento dell'iscrizione a condizione che il venditore sia "*persona que aparezca con facultades para transmitir*" il bene oggetto di alienazione. La buona fede del terzo si presume anche nei casi in cui il diritto dell'alienante si estingua per cause che non figuravano nel *Registro* al momento della transazione, a meno che l'amministrazione non provi che il terzo era consapevole dell'inesattezza dell'iscrizione.[50]

In conclusione: la solidità accordata alle previsioni del *Registro* deriva da quell'esigenza di stabilità della garanzia reale a tutela del credito su cui fin dalla

[45] *Ibid*., p. 253s.
[46] "Decreto de 8 de febrero de 1947 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la *Ley Hipotecaria*, in «BOE» núm. 58, de 27/02/1947".
[47] "Decreto de 14 de febrero de 1947 por el que se aprueba el *Reglamento Hipotecario*, in «BOE» núm. 106, de 16/04/1947".
[48] Fino cioè all'entrata in vigore dell'art. 1 del "*Real Decreto* 1867/1998, de 4 de septiembre, «BOE» núm. 233, de 29 de septiembre de 1998" che ha fatto salva la legislazione speciale relativa a ciascuna categoria di beni.
[49] J.A. GARCÍA-TREVIJANO FOS, *Titularidad y afectación demanial en el ordenamiento jurídico español*, in *Revista de administración pública*, 29/1959, 11-58, 22s.
[50] R. FORNESA RIBÓ, *Eficacia del título hipotecario*, cit., 137s.; cfr. S. ROYO VILLANOVA, *Los términos municipales y sus alteraciones*, Publicaciones del Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1947, 57s.

prima metà del Cinquecento i sovrani spagnoli avevano fatto leva per contrastare il particolarismo locale e per avviare la modernizzazione del Paese. Per paradosso, tuttavia, tale solidità viene infine a pregiudicare la pubblica amministrazione dello Stato spagnolo nel concreto perseguimento dell'interesse pubblico:la leggeconsente infatti a un terzo di opporre alle autorità pubbliche il contenuto delle iscrizioni contenute nel *Registro* stesso, di tal ché il bene regolarmente registrato è immune da azioni ad effetti reali. La tutela del pubblico interesse viene dunque sacrificata a fronte della priorità dei diritti dominicali privati.

Rebus sic stantibus, la Spagna assiste impotente all'occupazione, a vario titolo, dei tratti litoranei: un fenomeno già noto da tempi risalenti e ulteriormente rafforzatosi negli ultimi decenni, con l'incremento del turismo di massa su lunghi tratti della costa spagnola.[51] Un'antropizzazione incontrollata dei litorali ne ha innescato lo sfruttamento intensivo e talora vorace, causando il depauperamento di non pochi ecosistemi costieri.[52] Una situazione che, con il completamento della *Transición democrática* e l'avvio della monarchia parlamentare governata dalla Costituzione del 6 dicembre 1978,[53] tanto lo Stato come le *Comunidades autónomas* si sono studiati di risolvere.[54]

5. Il diritto di proprietà nella Costituzione del 6 dicembre 1978: l'intreccio fra il nascente diritto costituzionale e un diritto comunitario già solido.

Con la Costituzione del 6 dicembre 1978 (*Constitución Española*: CE) il concetto di diritto soggettivo in Spagna entra in una fase nuova,[55] e così, del pari – a contraltare –

[51] L. FERNÁNDEZ FUSTER, *Historia general del turismo de masas*, Alianza, Madrid, 1991, p. 515s., 829s.; cfr. J.M. ROSSEL RECASENS, *Turismo de litoral*, in H.M. VALDUEZA, C. VOGELER RUIZ, M.Á. GONZÁLEZ de SOUZA, F. BAYÓN MARINÉ (cur.) *50 años del turismo español: un análisis histórico y estructural*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1999, p. 639-651.
[52] J. MAYOL SERRA, *El naufragio del litoral: hundido por el turismo industrial*, in *Quercus*, 294/2010, p. 8-9.
[53] Si veda A. SÁNCHEZ PICÓN, B. MARZO LÓPEZ, *Unas notas sobre la expansión turística española y la Transición política:* Spain is different, in R. QUIROSA-CHEYROUZE MÚÑOZ (cur.) *Historia de la transición en España: los inicios del proceso democratizador*, Editorial Biblioteca Nueva, Madrid, 2007, p. 137-145.
[54] L. MEDINA ALCOZ, *Historia del Derecho Administrativo (ii): Del Estado autoritario al Estado constitucional*, in J.M. RODRÍGUEZ de SANTIAGO, G. DOMÉNECH PASCUAL, L. ARROYO JIMÉNEZ (cur.) *Tratado de Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2021, p. 229-328.
[55] Cfr. L. MEDINA ALCOZ, *Historia del concepto de derecho subjetivo en el Derecho administrativo español*, in *Revista de Derecho Público: teoría y método*, 13/2021, p. 7-52.

quello di interesse pubblico generale.[56]

Un tale discorso coinvolge in prima battuta la proprietà pubblica e privata. L'istituto dominicale, nel quadro costituzionale, assume una caratura nuova, sforzandosi di contemperare i diritti e interessi del singolo proprietario con i diritti e interessi della collettività cui quel proprietario si lega – per via soggettiva, d'appartenenza a una certa comunità, ovvero per il legame che s'instaura attraverso il bene oggetto del diritto dominicale.[57]

La CE inserisce la proprietà fra quei diritti alla regolazione del cui esercizio è apposta una riserva di legge assoluta, nonché in ogni caso rispettosa del limite del *contenuto essenziale* proprio del diritto stesso(art. 53 CE).[58]

La disciplina costituzionale dell'istituto dominicale è alquanto articolata. A voce dell'art. 33 CE, il diritto alla proprietà e all'eredità è riconosciuto e garantito; tuttavia, la funzione sociale di tali diritti, "*de acuerdo con las leyes,delimitará su contenido*". Inoltre, è stabilito che l'espropriazione di beni o diritti di proprietà può avvenire solo per causa giustificata di utilità pubblica o interesse sociale, "*mediante la correspondiente indemnización* y *de conformidad con lo dispuesto por las leyes*".[59]

Una tal conformazione è avallata dal *Tribunal Constitucional* con la sentenza 37/1987 sulla *Ley de Reforma agraria de Andalucía*.[60] I giudici costituzionali ribadiscono che, a fronte di una siffatta poliedricità, l'istituto dominicale sopporta determinati limiti riconducibili all'attività dell'amministrazione; essi emergono sia là dove l'amministrazione si risolva, in forza di una legge precedente, allo spegnimento dei diritti proprietari a fronte dell'indennizzo corrispondente, sia là dove essa si arresti a modularne il contenuto, fermo restando il limite del contenuto essenziale determinato in conformità alla legge stessa.

Su tali basi, il diritto di proprietà acquista una notevole complessità concettuale. Non si presenta, difatti, in guisa monolitica, ma come un complesso ordinato di facoltà e diritti diversi, la sottrazione o spegnimento di alcuni dei quali può costituire,

[56] E. GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, *Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado*, in *Revista española de Derecho administrativo*, 89/1996, p. 69-89.
[57] F.M. GARCÍA COSTA, *El derecho de propiedad en la Constitución Española de 1978*, in *Criterio Jurídico*, 7/2007, p. 281-294.
[58] Cfr. M.A. MARTÍN HUERTAS, *El contenido esencial de los derechos fundamentales*, in *Revista de las Cortes Generales*, 75/2008, p. 105-190.
[59]M.D. UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO, *Expropiación forzosa y beneficiario privado: Una reconstrucción sistemática*, Marcial Pons, Madrid, 2015, p. 133s.
[60] *Tribunal Constitucional*, "Sentencia 37/1987, de 26 de marzo (BOE núm. 89, de 14 de abril de 1987)".

secondo i casi, limitazione del contenuto del diritto ovvero privazione del diritto stesso.[61] Queste due fattispecie stanno su poli concettuali opposti e conducono a divergenze pratiche notevoli. Nel primo caso, difatti, la riserva di legge in base alla quale l'amministrazione incide sul diritto di proprietà è relativa, e la legittimità della limitazione contenutistica del diritto proprietario si sottopone a un giudizio che tende a sconfinare nel merito, appoggiandosi alle categorie dello scrutinio di proporzionalità;[62] nel secondo caso la spoliazione del diritto in capo al proprietario non può avvenire se non in virtù di una legge ben dettagliata (a fronte della previsione di una riserva assoluta) mentre la verifica giudiziale si limiterebbe a constatare l'effettivo versamento di un indennizzo congruo – senza, in linea di principio, cimentarsi in una più profonda valutazione dell'*an* dell'espropriazione.

Sicché, nella pratica, ogni interferenza fra proprietà privata e pubblico potere si colloca su un punto determinato della linea che unisce questi poli opposti, e trova nel concreto di ciascuna vicenda giuridica la propria definitiva regolamentazione.

Entrambi i casi esigono che l'amministrazione metta in campo il suo potere discrezionale; tuttavia, questo potere si atteggia in modi diversi secondo che si tratti di esproprio o di limitazione. Nel primo caso, la legge possiede una densità regolativa più abbondante e fa da limite *esterno* all'attività dell'amministrazione, costituendone il parametro di legittimità. Nel secondo caso, i diritti e interessi cui l'*utilidad social* si riconduce costituiscono limiti *interni* all'esercizio di tale potere, nel quadro di un'opera di mediazione fra posizioni che tendono alla reciproca equi-ordinazione;[63]affievolendosi a contraltare l'imperio della legge.

Potrebbe allora argomentarsi che una siffatta rivisitazione dei criteri di legalità dell'azione amministrativa è tratto distintivo di un nuovo atteggiarsi dei rapporti fra privati cittadini e pubblica autorità: [64] le *trasformazioni della funzione legislativa* [65]

[61]E. GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, *Las expropiaciones legislativas desde la perspectiva constitucional: en particular, el caso de la Ley de costas*, in *Revista de Administración Pública*, 141/1996, p. 131-152, 134s.

[62] L. ARROYO JIMÉNEZ, *Ponderación, proporcionalidad y Derecho administrativo*, in *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2/2009, p. 1-32.

[63] J.M. RODRÍGUEZ de SANTIAGO, *Normas de conducta y normas de control. Un estudio metodológico sobre la discrecionalidad planificadora, la ponderación y su control judicial*, in *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, 1/ 2015, p. 1-45, 16s.

[64] J. ORTEGA BERNARDO, *Reflexiones sobre los desafíos evolutivos del Derecho Administrativo Contemporáneo: ¿De dónde venimos y hacia dónde vamos?*, in *Revista Andaluza de Administración Pública*, 106/2020, p. 19-50, spec. 26s., 29s.

inducono quest'ultima a ricercare la legittimazione del proprio agire nel risultato e nei modi per raggiungerlo, piuttosto che limitarsi al rispetto formale della fonte superiore.[66]

Non può non notarsi che una tale lettura dell'istituto proprietario si accorda con quel moto di profondo cambiamento degli ordinamenti nazionali impresso dall'integrazione europea[67] – e acceleratosi, in Spagna, con l'adesione alla Comunità del 1986.[68] Sicché, l'interazione fra un diritto dell'Unione già ben solido nei suoi profili costituzionali e un diritto costituzionale statale in via di espansione apre il passo a una legalità di respiro euro-costituzionale, che s'insinua nell'ordinamento spagnolo attraverso il canone dell'interpretazione conforme a diritto sovranazionale[69] – il cui fondamento costituzionale è l'art. 10(2) CE.[70]Nel settore *de quo*, un siffatto parametro di legalitàopera sia dal versante del diritto amministrativo,[71] sia da quello civilistico, teso alla ristrutturazione del diritto di proprietà alla luce del rilievo cruciale assegnato all'istituto dominicale come diritto fondamentale nelle Carte europee dei diritti.[72]

6. La *Ley de Costas* del 1988: da proprietari privati a concessionari privilegiati.

In siffatto contesto, marcato da un più consapevole rispetto sia della funzione

---

[65] C. DE FIORES, *Le trasformazioni della delega legislativa nell'epoca della globalizzazione*, inF. MODUGNO (cur.) *Trasformazioni della funzione legislativa*, Vol. 2: *Crisi della legge e sistema delle fonti*, Milano, Giuffrè,2000, p. 169-232.

[66] M. REBOLLO PUIG, M. LÓPEZ BENÍTEZ, *El principio de legalidad administrativa*, in M. REBOLLO PUIG, D.J. VERA JURADO (cur.) *Derecho Administrativo*, Vol. 1 – *Conceptos fundamentales, fuentes y organización*, Madrid, Tecnos, 2019, p. 145-178.

[67] S. MUÑOZ MACHADO, *La Unión europea y las mutaciones del Estado*, Madrid, Alianza Universal, 1983, p. 44s.

[68] R. ALONSO GARCÍA, *Treinta años de "*ius publicum commune*" europeo en España*, in *Revista de administración pública*, 200/2016 (*Ejemplar dedicado a: "El Derecho administrativo a los 30 años de nuestro ingreso en la Unión Europea"*) p. 341-360.

[69] A. SÁIZ ARNÁIZ, *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, *passim*.

[70] F. de CARRERAS, *Función y alcance del artículo 10.2 de la Constitución*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 20:60, 2000, p. 321-341.

[71] Cfr. A. NIETO, *El Derecho comunitario europeo como Derecho común vulgar*, in *Revista de administración pública*, 200/2016 (*Ejemplar dedicado …* cit.,) p. 25-44.

[72] M.D. UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO, *Las garantías del derecho de propiedad privada en Europa: Derecho de la Unión Europea y Convenio Europeo de Derecho Humanos*, Civitas, Madrid, 2012, p. 6s.

sociale della proprietà, sia dell'intera configurazione dell'azione amministrativa verso la tutela del pubblico interesse, la *Ley de Costas* (22/1988, 28 luglio)[73] si volge a disciplinare nuovamente l'intera materia del demanio litoraneo.[74]

Già nel *Preambolo*, il legislatore prende atto di una situazione fattuale non più tollerabile quanto alla regolamentazione delle coste, e segnala la decisa volontà di un cambio di passo: se la legislazione anteriore si era occupata di attribuzioni di competenza, ovvero di sanzioni, in modo isolato e asistematico, incapace di superare "*el carácter fragmentario de la legislación vigente*", la nuova legge ha da tenere in considerazione il mutato ruolo delle istituzioni pubbliche quanto alla "*preocupación por la conservación de la Naturaleza*" e, alla luce di una siffatta consapevolezza, ridisegnare l'armamentario concettuale e giuridico nella materia del litorale.

Su questa falsariga, l'assegnazione dei beni litoranei al demanio fa riferimento all'art. 132(2) CE e si cimenta in una serie di definizioni tecniche specifiche dei vari tratti costieri, la cui traduzione concreta ha comportato nella pratica problemi non insignificanti.[75] A contraltare, i diritti proprietari privati su tali beni vengono *ex lege* modificati in "*derecho[s] de ocupación y aprovechamiento del dominio público marítimo-terrestre*" a titolo gratuito, per un tempo determinato (30 anni, rinnovabili fino a un massimo di altri 30).[76]

Tale disposizione, che muta coattamente i titoli dominicali privati su beni litoranei in altrettanti titoli di mera concessione, ancorché privilegiata per gratuità e durata, è stata esaminata dal *Tribunal Constitucional* con la sentenza 149/1991.[77] I giudici costituzionali spagnoli si sono chiesti se corrispondesse a *delimitación del contenido* del diritto proprietario (*ex* art. 33, comma 2, CE) o a *privación* del diritto stesso, a mente dell'art. 33, comma 3, CE. Non sfugge, alla luce del ragionamento già esposto con riguardo alla sentenza 37/1987, la differenza delle conseguenze pratiche derivanti dalla scelta per l'una o l'altra opzione. Nel primo caso, infatti, la delimitazione del

[73] "In «BOE» núm. 181, de 29 de julio de 1988".
[74] J.L. MEILÁN GIL, *El dominio público natural y la legislación de costas*, in *Revista de Administración Pública*, 139/1996, p. 7-47, 20s.
[75] Cfr. ad es. J.M. SOUVIRÓN MORENILLA, *El dominio público marítimo-terrestre y el registro de la propiedad*, in M del C. NÚÑEZ LOZANO (cur.) *Estudios jurídicos sobre el litoral*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, p. 543-574, e Á. MENÉNDEZ REXACH, *Anchura de la zona de servidumbre de protección según la clasificación del suelo a la entrada en vigor de la Ley de Costas: estado de la cuestión*, in *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, 53:330/331, 2019, p. 249-276.
[76] Si veda J. LEGUINA VILLA, C. CHINCHILLA MARÍN, *Prólogo a la "Legislación de Costas"*, Madrid, Tecnos, 1995, spec. p. 14s.
[77] *Tribunal Constitucional*, "Sentencia 149/1991, de 4 de julio (BOE *núm.* 180, de 29 de julio de 1991)".

contenuto del diritto, pur in base alla legge e nel rispetto del contenuto essenziale, tende a respingere la pretesa a un congruo indennizzo del proprietario, non verificandosi un *despojo*, o spoliazione, del diritto dominicale; al contrario, nel secondo caso, l'evidenza dell'avvenuto *despojo* esige un più fedele rispetto del parametro legislativo da parte dell'amministrazione e si accompagna al *previo pago del justiprecio*, nonché a tutte le altre garanzie previste dalla legge in caso di espropriazione.[78]

Il *Tribunal Constitucional* traccia la sua linea argomentativa su tre livelli.[79]

In primo luogo, riconduce l'assegnazione al demanio pubblico dei beni litoranei direttamente alla Costituzione – onde l'estinzione dei diritti e interessi anteriori potesse farsi derivare direttamente da essa, imponendosi su altre fonti, qualunque sia il rango di queste ultime.[80] In secondo luogo, statuisce in via generale la natura di *privación del derecho de propiedad* della reversione del titolo da proprietario ad autorizzatorio/concessorio,[81] obbligando lo Stato al rispetto dei diritti di proprietà privata e dunque vincolandolo, in linea di principio, al *previo pago del justiprecio*.[82] Infine, pone la regola per cui, fermo restando il diritto a un indennizzo adeguato, spetta alle amministrazioni competenti nel caso concreto verificare se la spoliazione o modificazione contenutistica del diritto di proprietà relativamente a un dato bene sia sufficientemente coperta dalla garanzia di una concessione gratuita per un certo numero di anni successivi; ovvero se all'espropriato spetti un ulteriore ristoro.[83]

Sicché, dal punto di vista teorico, la costruzione dell'istituto dominicale e la ridefinizione dei rapporti fra autorità amministrativa e privato quanto ai diritti reali su beni litoranei sembrano coincidere con una certa coerenza.[84] Tali diritti, nel

---

[78] E. DESDENTADO DAROCA, *La difícil situación jurídica de las actividades económicas ubicadas en antiguas marismas: análisis crítico y propuestas de solución*, in *Revista de Administración Pública*, 186/2011, p. 181-221, spec. 188s.

[79] A. de MARCOS FERNÁNDEZ, *Las concesiones compensatorias de la Ley de costas. Una aproximación desde un planteamiento jurídico-constitucional y legal*, in E. SÁNCHEZ GOYANES (cur.) *El derecho de costas en España*, Wolters Kluwer, Madrid, 2010, p. 1013-1086.

[80] E. GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, *Las expropiaciones legislativas desde la perspectiva constitucional*, cit., p. 142s.

[81] J.A. CHINCHILLA PEINADO, *Bienes públicos y expropiación forzosa*, in *Anuario de Derecho Municipal*, 4/2010, p. 413-423.

[82] B. NOGUERA DE LA MUELA, *El derecho de propiedad y la nueva Ley de costas*, Universitat de Barcelona, 1995, p. 9s.

[83] J.L. MEILÁN GIL, *Dominio público y protección del litoral. Relectura de la Ley de costas*, in E. SÁNCHEZ GOYANES (cur.) *El derecho de costas en España*, cit., p. 61-100.

[84] J.R. CALERO RODRÍGUEZ, *Régimen jurídico de las costas españolas*, Aranzadi, Pamplona, 1995, p. 884s.

concreto, si collocheranno su un punto qualunque della linea che idealmente unisce espropriazione e limitazione del contenuto; di quale punto precisamente si tratti, spetterà all'autorità pubblica competente dichiararlo caso per caso, nell'ambito di un procedimento che tenga assieme diritti e interessi di tutte le parti coinvolte con l'interesse pubblico alla tutela del litorale.[85]

Che questa ricostruzione trovi il suo fondamento nell'attenzione precipua verso una tutela sostenibile e integrata dell'ambiente costiero, coerente con l'ordito intessuto dalla Costituzione e per il tramite di questa dal diritto euro-unitario,[86] è testimoniato, fra l'altro, dalle linee della riforma dell'intera materia, avvenuta con *Ley* 2/2013 (29 maggio)[87] e con un nuovo regolamento applicativo (*Real Decreto* 876/2014, 10 ottobre).[88]

Nel Preambolo alla *Ley*, il legislatore esordisce con parole inequivocabili:

"La Constitución Española proclama, como principio rector de la política social y económica, el derecho de todos a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo. En el caso del litoral, entendido como la franja de terreno en la que se encuentra el mar con la tierra, este derecho queda reforzado por la propia Constitución al establecer que la zona marítimo-terrestre, las playas y el mar territorial serán en todo caso dominio público".

A fronte di tale ambizioso progetto di riforma, permangono tuttavia non poche difficoltà concrete. Da un lato, la presenza di insediamenti privati non può essere eradicata *tout court* nella maggior parte dei casi;[89] ciò comporta una fattuale coesistenza fra la tutela dell'interesse generale e la vigenza dei diritti proprietari, la cui compatibilità con il concetto di demanio pubblico non appare immediata né in termini astratti[90] né quanto alle condizioni concrete (che peraltro vedono una regolare preminenza delle posizioni private).[91] Ulteriori problemi applicativi si

[85] J.A. CHINCHILLA PEINADO, *El convenio expropiatorio. Teoría y práctica administrativa*, La Ley, Las Rozas – El Consultor de los Ayuntamientos, 2009, spec. p. 11s., 101s.
[86] F.J. SANZ LARRUGA, *La protección ambiental del litoral español: hacia una gestión sostenible e integrada de las zonas costeras*, in *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 4/2000, p. 459-486.
[87] In "«BOE» núm. 129, de 30 de mayo de 2013".
[88] In "«BOE» núm. 247, de 10 de octubre de 2014".
[89] E. DESDENTADO DAROCA, *La reforma de la Ley de costas por la Ley 2/2013: ¿una solución adecuada al problema de los enclaves privados?*, in *Revista de Administración Pública*, 193/2014, p. 45-81, 48s.
[90] J.R. MARTÍNEZ CORDERO, *Concepto legal: bienes que lo integran (Arts. 4 y 5 de la ley de costas y Art. 6 del reglamento)*, in E. SÁNCHEZ GOYANES (cur.) *El derecho de costas en España*, cit., p. 237-337.
[91] Á. MENÉNDEZ REXACH, *La nueva regulación de las costas: un giro hacia el dominio privado marítimo-terrestre*, in J.L. CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J. FERREIRA FERNÁNDEZ, A. NOGUEIRA LÓPEZ

verificano per definire il tema della competenza, che intreccia Stato e *Comunidades* con le concrete attribuzioni dei singoli municipi, in una singolare riedizione dell'antico conflitto fra *ius commune* e *iura propria*;[92] altri profili problematici riguardano le destinazioni d'uso,[93] non sempre ben conciliabili con i fini di carattere pubblico,[94] e in generale la disciplina degli spazi privati interni ad aree destinate a tali finalità.[95]

7. Meta-legislazione per un "diritto del litorale": centralità dello Stato e convivenza con le istanze territoriali.

Nell'ordinamento della Spagna, dunque, l'evoluzione del diritto di proprietà s'incrocia da un lato con il consolidamento di uno Stato accentrato e, dall'altro, con le vicende della relazione tra cittadini privati e pubblica amministrazione. Se dunque, per un verso, l'ampliamento in senso pluralista, politico e territoriale, dello Stato spagnolo implica l'esigenza di rileggere le forme della partecipazione alla gestione del litorale di enti cui la Costituzione riconosce autonomia politica, per altro verso l'autorità amministrativa volta per volta incaricata di tale gestione vede evolvere, nei rapporti con i privati, la sua strutturale superiorità nel quadro di un rapporto bilaterale verso una multilateralità di relazioni equi-ordinate in uno scenario non più solo statale ma europeo.[96]

Di qui l'urgenza di prevedere per legge schemi procedimentali inclusivi e

(cur.) *La nueva regulación de costas. Actas del IX Congreso de la Asociación española de profesores de Derecho administrativo (Santiago de Compostela, 7-8 de febrero de 2014)* INAP, Madrid, 2014, p. 13-56.

[92] J.V. GONZÁLEZ GARCÍA, M. ZAMBONINO PULITO, *El derecho de costas y la distribución constitucional de competencias entre el Estado y las Comunidades autónomas. Cuestiones recurrentes y controversias nuevas*, in E. SÁNCHEZ GOYANES (cur.) *El derecho de costas en España*, cit., p. 101-194.

[93] Á. MENÉNDEZ REXACH, *Principios generales de utilización del dominio público marítimo terrestre: uso común, usos especiales (con previa autorización; con previa concesión); adscripción; reserva*, in E. SÁNCHEZ GOYANES (cur.) *El derecho de costas en España*, cit., p. 725-760.

[94] M. del C. NÚÑEZ LOZANO,*La prórroga de las concesiones sobre bienes de dominio público marítimo-terrestre otorgadas antes de la Ley 2/2013 y que albergan usos incompatibles*, in J.L. CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J. FERREIRA FERNÁNDEZ, A. NOGUEIRA LÓPEZ (cur.) *La nueva regulación de costas*, cit., p. 177-185.

[95] E. DESDENTADO DAROCA, *Los enclaves privados tras el Reglamento de Costas de 2014 y la última jurisprudencia*, in *Revista General de Derecho Administrativo*, 49/2018, *passim* (*online*).

[96] M.D. UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO, *La influencia del Derecho de la Unión Europea sobre la adjudicación de concesiones*, in *Las nuevas directivas de contratación pública: ponencias sectoriales X Congreso Asociación Española Profesores de Derecho Administrativo*), Aranzadi – Thomson Reuters, Madrid, 2015, p. 329-339.

sufficientemente articolati, sì da costruire percorsi di collaborazione tra portatori di istanze eterogenee ed offrire fondamenta meta-normative alla negoziazione tra diritti e interessi divergenti che afferiscono al litorale.

Tali schemi poggiano su una struttura normativa-istituzionale solida, che vede alla base la Costituzione e si dispiega in un ventaglio di atti-fonte situati a livelli diversi di governo. I tratti salienti di una struttura siffatta possono compendiarsi nella breve formula che segue: centralità dello Stato e convivenza con le istanze territoriali. Tale formula si traduce nella previsione di una competenza statale tendenzialmente esclusiva quanto alle decisioni di carattere generale e nella definizione di percorsi d'interazione via via più fitta con amministrazioni locali ed esponenti privati man mano che si entra nel concreto delle rispettive vicende. Tali percorsi ovviano in via politico-amministrativa alla fissazione piuttosto vaga delle competenze reciproche, che si passa qui di seguito ad esaminare, da parte del diritto positivo.

La CE assegna allo Stato la titolarità del dominio marittimo terrestre (art. 132) istituendo una riserva di legge. Tuttavia, secondo la sentenza del *Tribunal Constitucional* n. 149/1991 già citata, l'esercizio di questa competenza non deve "*condicionar abusivamente la utilización de competencias ajenas, en particular la de ordenación del territorio propia de las Comunidades Autónomas*".[97] A ben vedere, tuttavia, data la molteplicità di titoli competenziali esclusivi attribuiti allo Stato dalla CE (art. 149.1) in materie affini – in specie, quella dell'art. 149.1.18 CE in tema di "*legislación sobre expropiación forzosa*" e di "*legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas*", a contraltare della quale sta la competenza generale (art. 149.1.1) a garantire "*la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales*" – la competenza delle *Comunidades*, sulla carta, è circoscritta alla *ordenación del territorio, urbanismo y vivienda* (art. 148.1.3 CE) nonché alla *gestión en materia de protección del medio ambiente* (art. 148.1.9) e infine alla [*p*]*romoción y ordenación del turismo en su ámbito territorial* (art. 148.1.18).

L'azione dello Stato può inoltre considerarsi preminente nell'individuazione e destinazione dei beni oggetto di tutela demaniale pubblica. Analoga preminenza si esplica altresì sul piano delle funzioni amministrative che la *Ley de Costas* (art. 110) assegna allo Stato:

[97] M. RODRÍGUEZ BEAS, *El régimen jurídico de las costas. Especial referencia a la reforma de la Ley de Costas a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional más reciente*, in *Revista Catalana de Dret Ambiental*, 7:1, 2016, 1-50, 8s.

a) *El deslinde de los bienes de dominio público marítimo-terrestre, así como su afectación y desafectación, y la adquisición y expropiación de terrenos para su incorporación a dicho dominio;*
b) *La tutela y policía del dominio público marítimo-terrestre y de sus servidumbres, así como la vigilancia del cumplimiento de las condiciones con arreglo a las cuales hayan sido otorgadas las concesiones y autorizaciones correspondientes*".

Emerge dunque la centralità del ruolo svolto dallo Stato sia nel delimitare in concreto i beni demaniali, sia nel procedere ad eventuali espropriazioni, nonché nel definire in concreto il *trade-off* fra concessione e diritto di proprietà;[98] al punto che la dottrina si è chiesta se le competenze gestionali sul piano territoriale non restino in qualche modo pregiudicate dall'incisività della competenza statale.[99]

Ciò nondimeno, nei fatti, non mancano spazi per l'auto-regolazione locale: a tale angusta previsione normativa supplisce, difatti, il riconoscimento di autonomia politica in capo ai livelli di governo sub-statali operato dalla Costituzione. L'art. 137 CE, infatti, ponendo sullo stesso piano *municipios*, *provincias* e *Comunidades Autónomas*quanto al riconoscimento di autonomia "*para la gestión de sus respectivos intereses*", sottintende un ruolo generale da parte delle singole amministrazioni territoriali, ciascuna nel proprio ambito di azione amministrativa.[100] Su tali basi, l'art. 115 della *Ley de Costas* traccia in linea generale le competenze municipali e rinvia alla legislazione delle *Comunidades autónomas* (non a quella dello Stato) per definirne il perimetro concreto.[101]

In virtù di tale ricostruzione, si rafforza l'idea per cui alle amministrazioni territoriali nel loro complesso sia riconosciuto di fatto un margine di movimento più ampio di quello desumibile in astratto sulla base del mero dato normativo.[102] In effetti, la legislazione autonomica, nel regolamentare le competenze dei livelli *sub*-statali di governo, ha proceduto ad impiantare schemi normativi suscettibili di

[98] J.R. FUENTES i GASÓ, *Consecuencias de la Ley 27/2013, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local, en el régimen local de Cataluña*, in *Revista Vasca de Administración pública*, 101/2015, 55-88.
[99] J.L. BLASCO DÍAZ, *La distribución competencial en materia de costas*, in *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, 10/2010, p. 245-285.
[100] F. VELASCO CABALLERO, *Nuevo régimen de competencias municipales en el Anteproyecto de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local*, in *Anuario de Derecho Municipal*, 6/2012, 23-60.
[101] M. RODRÍGUEZ BEAS, *El régimen jurídico de las costas*, cit., p. 7s., 12s.
[102] Cfr. W. BLÜMEL, *Contenido esencial y límites del Derecho a la autonomía municipal*, in *Autonomies: Revista catalana de dret públic*, 4/1986, p. 7-22.

costruire sul piano procedurale efficaci "*relaciones interadministrativas*"[103] inclusive altresì dei portatori di interessi privati, sì da contemperare le molteplici pretese in gioco in un quadro normativo che soddisfi la complessità concettuale del concetto di "ambiente".[104]

8. Segue. Pubblico *vs.* privato, centro *vs.* autonomie: origini e sviluppo del modello del *Consejo Rector*.

Suscita a tal scopo un certo interesse il modello del *Consejo Rector* del *Plan de protección y ordenación del litoral*, cui si accompagnano ulteriori organi consultivi e/o conciliatori allo scopo di addivenire ad una definizione delle controversie che emergano in corso di procedimento.

L'origine storica di tali consessi s'intreccia con quella di un organo creato dalla *Ley de Expropiación forzosa* del 1954[105] allo scopo di gestire la determinazione del *quantum debeatur* nei casi di esproprio: il *Jurado Provincial de Expropiación*.[106] Tale organo, nell'arco della sua evoluzione, ha subito due modifiche assai rilevanti ai fini dell'indagine qui condotta.[107] In prima battuta, è venuto a territorializzarsi, giusta l'"appropriazione" della disciplina in materia da parte di non pochi statuti delle *ComunidadesAutónomas* – malgrado il citato disposto dell'art. 149.1(18) CE, che assegna allo Stato la competenza esclusiva in tema di esproprio. In secondo luogo, ha perso gradualmente la sua natura arbitrale *interpartes* per trasformarsi in un collegio di carattere marcatamente pubblicistico: lo testimoniano la scomparsa della figura notarile, ormai già definitiva negli anni Novanta, e l'abbandono della parità tra privati cittadini e pubbliche autorità nella composizione dell'organo stesso e nel voto sulla relazione della *Comisión Técnica de Valoración*, che viene a disporre di un potere

[103] È la dizione del *Capítulo IV*, *Título VI*, della *Ley de Costas* (testo consolidato) che stabilisce all'art. 116 il reciproco dovere di "*información mutua*, *colaboración*, *coordinación*" fra tutte le amministrazioni pubbliche coinvolte.
[104] L.I. ORTEGA ÁLVAREZ, *Concepto de medio ambiente*, in L.I. ORTEGA ÁLVAREZ, M.C. ALONSO GARCÍA, R. de VICENTE MARTÍNEZ (cur.) *Tratado de Derecho ambiental*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, 31-54.
[105] Promulgata il 16 dicembre; in "«BOE» núm. 351, de 17 de diciembre de 1954".
[106] M. GARCÉS SANAGUSTÍN, *Los jurados provinciales de expropiación: Análisis retrospectivo y alternativas para su mejora*, in J. MARCHENA NAVARRO (cur.) *La ley de expropiación forzosa: análisis y perspectivas de reforma*, Madrid, Ministerio de Hacienda, 2003, p. 175-200.
[107] E. GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, *La ley de expropiación forzosa de 1954, medio siglo después*, cit., p. 260s.

sostanziale di decisione nel merito sul *quantum*[108] e potrebbe talora arrivare a rimettere in questione l'*an* dell'esproprio stesso.

La peculiarità di questo consesso sta nel riunire attorno ad un unico tavolo un magistrato in qualità di arbitro, un funzionario dell'amministrazione locale, uno o più tecnici ad essa riconducibili, un rappresentante delle associazioni di categoria, l'interessato e altri eventuali co-interessati. In origine, spettava al notaio far constare delle eventuali divergenze tra espropriato e autorità pubblica, se del caso procedendo a ulteriori perizie. Tuttavia, la prevalenza degli apparati amministrativi è netta già con l'art. 102 della *Ley madrileña de Medidas de Política Territorial, Suelo y Urbanismo* (28 marzo 1995):[109] da un canto, la valutazione della *Comisión Técnica de Valoración* (composta da quattro tecnici della *Comunidad* più due scelti dalla *Federación Madrileña de Municipios*) può essere contestata solo dai professionisti scelti in rappresentanza delle associazioni di tecnici di categoria (*dos profesionales libres en representación de Colegios de Arquitectos o Ingenieros*); d'altro canto, è prevista la presenza di un *Letrado* della *Comunidad* e di un rappresentante della *Corporación Municipal*, ossia di due funzionari che lavorano a stretto contatto con gli organi rappresentativi degli enti territoriali.[110] Si assicura così il tramite con l'organo politico locale, quindi con l'attività di direzione politico-amministrativa che sovrintende al più ampio disegno – *Plan*, per l'appunto – di cui l'esproprio in questione è parte.[111]

Si intende allora perché, nella stesura e nell'esecuzione di un *Plan* relativo a una determinata attività che preveda quale parte integrante un esproprio, o comunque una rimodulazione dei diritti proprietari privati insistenti su beni coinvolti, risulti assai vantaggioso istituire organi collegiali che mettano allo stesso tavolo privati e autorità pubbliche provenienti da vari livelli di governo. Entrando in funzione dell'adozione del *Plan* da parte delle autorità competenti, un simile strumento ne contribuisce a concretizzare il contenuto, rapportandosi con i privati e con gli enti esponenziali del territorio già all'atto della discussione e valutazione dei titoli dei

[108] J.A. CUERVA DE CAÑAS, A. MOMBLÁN GARCÍA, De rerum iustum pretium*: determinación y pago: una problemátic*a de la expropiación forzosa, in *CEF-Legal: Revista práctica de Derecho. Comentarios y casos prácticos*, 51/2005, 85-122.
[109] In «BOCM» núm. 86, de 11 de abril de 1995; «BOE» núm. 186, de 05 de agosto de 1995.
[110] L.I. ORTEGA ÁLVAREZ, *Las competencias propias de las Corporaciones locales*, in S. MUÑOZ MACHADO (cur.) *Tratado de Derecho municipal*, Vol. 1, 2011, 391-482.
[111] N.M. GARRIDO CUENCA, *Evaluación ambiental de proyectos, planes y programas*, in L.I. ORTEGA ÁLVAREZ, M.C. ALONSO GARCÍA, R. de VICENTE MARTÍNEZ (cur.) *Tratado de Derecho ambiental*, cit., 259-286; cfr.

concessionari in carica e degli altri interessati; tali titoli verrebbero esaminati direttamente in sede di concreta programmazione amministrativa, contribuendo ad orientare la decisione finale sotto il diretto controllo degli organi rappresentativi.

L'esperienza dei *Jurados Provinciales de Expropiación* si è rivelata preziosa allorché si è deciso per l'istituzione in via legislativa di strumenti che, non di rado proprio nel quadro di una procedura di esproprio ovvero di conversione del titolo proprietario sottostante in titolo concessorio a norma della *Ley de Costas*, consentissero di riunire a un sol tavolo tutti gli interessati e un congruo numero di esponenti di posizioni eterogenee in vista della gestione del litorale.

In questo settore, infatti, l'elevatissima conflittualità generata dall'insistere di titoli pubblici e privati, nonché di pretese regolative contrapposte e non sempre conciliabili da parte dello Stato e degli enti territoriali, spinge alla costruzione di un quadro meta-normativo teso all'inclusione, trattazione e soluzione dei molteplici conflitti. Tale schema si è ulteriormente arricchito nel dialogo con la pluralità dei livelli di governo competenti, articolandosi in una costellazione di organismi che operano nell'ambito di un singolo schema meta-normativo;[112] ha altresì usufruito dell'elaborazione in tema di partecipazione democratica per la disciplina dell'ambiente e in generale del territorio.[113]

Sicché, l'autorità preposta alla decisione – che mantiene in principio un ruolo preminente all'interno dello schema – può/deve tener conto di istanze provenienti da livelli diversi, e rischia altresì di veder rimessa in gioco la propria decisione in più momenti successivi, ove ne ricorrano le condizioni.

A titolo di esempio, onde risulti più chiara una descrizione altrimenti criptica, si prenda lo schema normativo di cui alla *Ley* 8/2020 (20 luglio) della *Comunidad Autónoma de Cataluña* (*Generalitat*).[114]

Tale legge si fonda sulla competenza esclusiva reclamata dalla *Generalitat* e sancita all'art. 149.3 dello Statuto di autonomia, vertente su "*el establecimiento y la regulación de los planes territoriales de ordenación y uso del litoral y de las playas*" nonché sulla

[112] L.M. ARROYO YANES, *La conformación de un marco normativo para hacer frente a los efectos adversos del cambio climático en el litoral*, in M del C. NÚÑEZ LOZANO (cur.) *Estudios jurídicos sobre el litoral*, cit., p. 409-450.
[113] G. BONATTI, *El estado de derecho democrático y ambiental: participaciónón popular y el derecho a la información ambiental como mecanismos de protección al derecho al medio ambiente adecuado*, in A. MYERS GALLARDO, G.A. MARTÍNEZ HERNÁNDEZ, D.A. CARVAJAL BRIÑEZ, M. HERNÁNDEZ RAMOS (cur.) *Estudios sobre estado de derecho, democracia y gobernanza globa*l, Ratio Legis, Madrid, 2014, p. 89-104.
[114] In «BOE» núm. 217, 12 agosto 2020, 68442-68464.

"*gestión de los títulos de ocupación y uso del dominio público marítimo terrestre, especialmente el otorgamiento de autorizaciones y concesiones y, en todo caso, las concesiones de obras fijas en el mar*". Competenza che, *prima facie* confligge con quella, parimenti assoluta, che l'art. 132 CE assegna allo Stato; tanto più in tempi segnati da uno stretto controllo sugli eventi pubblici a causa della pandemia, nonché battuti – con particolare riguardo alla Spagna – dall'annosa questione catalana. Difatti, il 4 maggio 2021 il Governo spagnolo ha impugnato gli articoli 20.1.b e 30.d della *Ley*, che delegano ai Comuni (*Ayuntamientos*) la concessione di permessi privati per eventi sportivi, culturali e di altro tipo, da realizzarsi in spiaggia, anche mediante attrezzature temporanee smontabili.[115] Tale ricorso, ad ogni buon conto, non sembra in alcun modo inficiare o revocare in dubbio l'impianto complessivo della *Ley* catalana nella rete di rapporti che si prefigge d'intessere. Ai fini di questo lavoro, infatti, sono altri gli articoli che assumono un rilievo centrale: se ne passano in rassegna alcuni fra i più importanti.

A voce dell'art. 6, "*[e]l Plan de protección y ordenación del litoral es el instrumento básico de ordenación y gestión integrada del ámbito terrestre y marino del litoral catalán*". Contiene (art. 7) un'analisi dello stato del litorale, della conformazione delle coste, dei pericoli connessi al cambiamento climatico e all'accesso; delimita le varie aree del lido ai fini della disciplina di cui alla *Ley de costas* (*deslinde*, servitù di protezione o transito, zone di influenza) e detta i criteri per il trattamento delle domande di autorizzazione dei servizi stagionali in spiaggia, nonché delle domande di concessione, proroga, rinnovo, modifica ed estinzione delle stesse; infine, indica le priorità di investimento nell'ambito territoriale di riferimento che interessino le coste, con riguardo al settore pubblico.

Rispetto alla realizzazione di tale piano ed alla sua esecuzione, *ex* art. 28 della *Ley* catalana, entra in funzione il *Consejo Rector*, organo composto da esponenti delle amministrazioni pubbliche competenti per la stesura del *Plan* e associazioni rappresentative di interessi economici e sociali inerenti al territorio interessato dal *Plan*. Al suo interno – ogni ente locale nell'ambito della *Generalitat* può decidere i dettagli della composizione con regolamento – va garantita comunque la rappresentazione dei municipi e delle unioni di enti locali, nonché la partecipazione

[115] Si veda la notizia a https://tirant.com/actualidad-juridica/noticia-recurre-tc-ley-catalana/ . Si aggiunge che il Tribunal Constitucional ha ammesso il ricorso (21 maggio 2021) e ha sospeso provvisoriamente l'efficacia degli articoli impugnati con ordinanza del 24 maggio 2021.

effettiva di esperti delle discipline professionali "*directamente relacionadas con la ordenación y la gestión del litoral y de las playas*".

Lo scopo del *Consejo Rector* è assicurare "*la participación, consulta, tutela de la gestión y evaluación del cumplimiento de objetivos*" del *Plan*. Intervenendo subito dopo la redazione dei criteri per il trattamento delle concessioni e autorizzazioni, si propone di fatto come un decisore collegiale per condensare in norma tali criteri e per vegliare sulla loro corretta applicazione. Il *Consejo Rector* è presente sia a livello dell'autorità competente per la stesura del *Plan*, sia a livello municipale, designato *ex lege* all'applicazione dello stesso; membri dei *Consejos Rectores* municipali sono ammessi a far parte del *Consejo Rector* situato al livello territoriale più alto.

È prevista poi una *Comisión de Ordenación del Litoral*, con funzioni di "*carácter resolutivo, consultivo, informativo y, a petición de los ayuntamientos, con funciones interpretativas*". Tale organo riunisce esponenti delle amministrazioni locali e "*personas con reconocido prestigio profesional y experiencia en materia ambiental, de lucha contra el cambio climático, de costas y de urbanismo*".[116]

Il modello che ne deriva è così riassumibile: il *Plan* è elaborato e redatto dall'amministrazione competente a livello territoriale *supra*-municipale; alla determinazione concreta partecipa il *Consejo Rector*, che opera in stretta collaborazione con i *ConsejosRectores municipales*; un componente del *Consejo Rector*, e, se del caso, uno o più componenti dei *Consejos Rectores municipales* coinvolti, partecipa(no) alla *Comisión de Ordenación del Litoral*, i cui orientamenti – rafforzati dall'*expertise* specifico dei suoi membri – formano la base per l'ulteriore attività amministrativa e, col cementarsi delle pratiche di collaborazione interistituzionale, si candidano a supportare la giurisprudenza in materia, onde si rafforzino la stabilità e la certezza del diritto applicabile.

9. Conclusioni. Verso un "diritto del litorale" nell'ordinamento spagnolo: utili spunti per il legislatore italiano?

L'adozione di norme sulla normazione che dispongono forme procedimentali altamente inclusive, capaci di ospitare il multiforme negoziato fra diritti e interessi in

[116] Art. 32, par. 2, della *Ley* 8/2020 (20 luglio) della *Comunidad Autónoma de Cataluña*.

principio eterogenei, sembra essere il tratto strutturale caratteristico del "diritto del litorale" per come viene a formarsi nell'ordinamento spagnolo. Pur nella complessità e forse ridondanza delle articolazioni in cui si dispiegano, tali forme esibiscono una valenza strumentale alla tutela di quell'insieme di beni e diritti che si suole designare, con espressione ellittica, "ambiente", la cui gestione integrata è un punto di partenza per la sua stessa comprensione materiale.[117]

Tale schema, benché senz'altro assai complesso, offre almeno due vantaggi, la cui portata è tale da renderlo apprezzabile, sul piano del diritto comparato, come ispirazione per il legislatore italiano.

In prima battuta, svilupperebbe a ogni livello di governo una responsabilità nel senso di *accountability* a carico dei vari livelli di governo;[118] intreccerebbe, infatti, pubblico e privato su più piani, assicurando la trasparenza delle posizioni di ciascuna parte e integrando le rispettive esigenze nel quadro di una reciproca comprensione.[119] Riattiverebbe così la circolarità fra democrazia rappresentativa e partecipativa che pare indispensabile non solo alla "tutela dell'ambiente", ma alla stessa, reale comprensione di "cosa sia" esattamente l'oggetto di quella tutela;[120] in tal senso, la categoria dei beni comuni vedrebbe concretizzarsi, almeno in parte, in un dato normativo strutturale il poderoso sostrato teorico su cui si poggia.[121]

In secondo luogo, più prosaicamente, permetterebbe di scongiurare le conseguenze più immediate di una procedura d'infrazione già attivata in cui l'Italia – già altre volte colta in fallo dalle istituzioni dell'Unione [122] – ben difficilmente potrà evitare di soccombere; e ciò gioverebbe non poco alla salute delle casse pubbliche e alla credibilità dei rapporti diplomatici sul piano europeo

---

[117] Si perdoni il rinvio a G. VOSA, *La tutela dell'ambiente 'bene materiale complesso unitario' fra Stato e autonomie territoriali*, in *Federalismi.it*, 19/2017 (11 ottobre), p. 1-39.

[118] M.C. GIRARDI, *La disciplina delle concessioni demaniali marittime. Il persistente contrasto tra diritto interno e diritto sovranazionale*, in A. LUCARELLI, B. DE MARIA, M.C. GIRARDI (cur.) *Governo e gestione delle concessioni demaniali marittime*, Napoli, Jovene, 2021, 29-52, spec. 48s.

[119] C. FELIZIANI, *Industria e ambiente. Il principio di integrazione dalla Rivoluzione industriale all'economia circolare*, in *Diritto amministrativo*, 4/2020, p. 843-875.

[120] M. DELLA MORTE, *Rappresentanza vs. partecipazione? L'equilibrio costituzionale e la sua crisi*, Milano, FrancoAngeli, 2012, 57s.

[121] A. LUCARELLI, *Crisi della demanialità e funzione sociale dei beni pubblici nella prospettiva costituzionale. Verso i beni comuni*, in *Diritto Pubblico Europeo – Rassegna online*, 1/2016, 131-140; cfr. D. MONE, *La categoria dei beni comuni nell'ordinamento giuridico italiano: un paradigma per la lettura del regime dei beni pubblici alla luce della Costituzione*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 13:2, 2014, 63-126.

[122] Cfr. A. COSSIRI, *La proroga delle concessioni demaniali marittime*, in *Federalismi.it*, 14/2016, 13 luglio, p. 1-23, e C. BENETAZZO, *Il regime giuridico delle concessioni demaniali marittime tra vincoli U.E. ed esigenze di tutela dell'affidamento*, in *Federalismi.it*, 25/2016, 28 dicembre, p. 1-35.

ed internazionale.

INTERAZIONE PORTO-CITTÀ: FRA PIANIFICAZIONE PORTUALE E NOVITÀ LEGISLATIVE

Antonio Scattaglia

ABSTRACT [ITA]: Il presente elaborato nasce con l'intento di approfondire la possibilità di integrazione fra città e infrastruttura portuale, analizzando i più recenti interventi normativi a supporto di tali finalità. A questo proposito, un ruolo chiave è svolto dalle aree di interazione porto-città, spazi i cui profili sono previsti e delineati dai Piani Regolatori Portuali. In questo contesto, il Decreto Legge 16 Luglio 2020 n.76, convertito dalla Legge 11 Settembre 2020 n.120, ha adottato notevoli semplificazioni di carattere amministrativo in materia portuale. Fra queste, la previsione di un iter autorizzatorio più agevole per le misure che attuano adeguamenti tecnico-funzionali, nelle aree di interazione porto-città.

ABSTRACT [ENG]: *This paper was created with the intention of investigating the possibility of integration between the city and the port infrastructure, analyzing the most recent regulatory interventions in support of these purposes. In this regard, a key role is played by the port-city interaction areas, spaces whose profiles are foreseen and delineated by the Port Regulatory Plans. In this context, the Decree Law 16 July 2020 n.76, converted by Law 11 September 2020 n.120, has adopted significant simplifications of an administrative nature in port matters. Among these, the provision of an easier authorization process for the measures that implement technical-functional adaptations, in the port-city interaction areas.*

SOMMARIO: 1. Sulla città-porto. – **2.** Sulle aree di interazione porto-città. – **3.** Governance ed esperienze europee. – **4.** Piano Regolatore Portuale e novità legislative a supporto dell'interazione fra città e porto. – **5.** Conclusioni.

1. Sulla città-porto.

Le principali esperienze europee insegnano che la crescita delle città-porto si è resa esponenziale, solo quando sono stati attuati interventi volti a favorire la compenetrazione fra infrastruttura portuale e spazio urbano.

Si deve, quindi, affermare che, dall'effettiva integrazione fra città e porto, traggano origine specifiche strategie di sviluppo, quindi nuove dinamiche di *governance* dello spazio urbano.

Dalle occasioni di condivisione che ne scaturiscono prendono vita delle catene di innovazione sociale, che afferiscono indistintamente tanto ai saperi, alla qualità della vita della cittadinanza, quanto alla realizzazione di modelli politici di successo.

La coesistenza di funzioni portuali e funzioni urbane, infatti, esemplifica i perenni conflitti tra città e porto. Questo attrito è definito dalla necessità del porto di disporre di infrastrutture utili al suo sviluppo, e dalle esigenze della città di mitigare gli impatti ambientali derivanti dal porto stesso.

Le interazioni tra città e porto, in quest'ottica, si rivelano molteplici ed eterogenee. Il porto è spesso considerato come "una città nella città", per questo risulta utile definire, studiare e quantificare le interazioni tra città e porto.

Una visione attenta e lungimirante delle aree di interazione porto-città può divenire, infatti, la chiave per lo sviluppo di un porto, con l'obiettivo di aumentarne la produttività.

Sebbene le potenzialità di sviluppo per un porto siano determinate da diversi fattori, è pacifico che un porto ben integrato con la città abbia un potenziale di crescita maggiore.

2. Sulle aree di interazione Porto-città.

Alla luce di quanto premesso, sembra indispensabile lo sviluppo di una progettualità urbana che qualifichi l'infrastruttura portuale quale valore aggiunto per il contesto cittadino.

A questo proposito, il Piano Regolatore Portuale, riflettendo gli indirizzi dettati dalle "Linee Guida per la redazione dei Piani Regolatori Portuali"[1], emanate nel 2004 dal Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici, assume un ruolo tecnico-funzionale nella risoluzione dei conflitti tra porto e città.

Invero, al Piano Regolatore Portuale è assegnato il compito di definire strategicamente le diverse aree funzionali del porto.

Per questo, il Piano Regolatore Portuale si articola distinguendo due zone: la prima, che afferisce al porto "operativo", quindi all'area più funzionale all'economia e all'efficienza delle attività portuali; la seconda, di contro, che pertiene alle aree di interazione porto-città, nelle quali le attrezzature portuali sono solite convivere con quelle urbane, in un contesto di libera commistione.

In quest'ultimo insistono "innesti" ed "affacci urbani", volti -entrambi- a connettere il tessuto della città e le aree portuali maggiormente compatibili con flussi e attività cittadine.

Tale interesse ci lascia intuire che, proprio le aree di interazione porto-città, siano i luoghi ideali per svolgere sperimentazione di progetti e piani strategici integrati, tali da conciliare le esigenze di sviluppo dei porti con gli obiettivi di qualità urbana e ambientale.

A questo proposito, non può trascurarsi una maggiore sensibilità mostrata nelle azioni di riqualificazione del *waterfront*, secondo un'ottica di recupero degli spazi portuali di interazione con la città, a seguito della delocalizzazione delle attività marittime.

Il *waterfront*, così inteso, diventa un "contenitore" di idee che si dispiega lungo *«un'area urbana liminale, una straordinaria porta tra artificio e natura, dove la città si rappresenta tradizionalmente al confine tra terra e acqua»*[2] .

Ma non solo! Gli interventi di rigenerazione della costa consentono di *«offrire nuove opportunità per la completa trasformazione delle città, agire […] verso la qualità urbana ed offrire un campo di sperimentazioni»*[3].

[1] Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici, *Linee Guida per la redazione dei Piani Regolatori*, Roma, 2004
[2] RUSSOM.,*Harbourscape: Between Specialization and Public Space*, in The Fluid City Paradigm: Waterfront Regeneration as an Urban Renewal Strategy, UNIPA Springer Series, Palermo, 2016.
[3] MOSTAFAVIM., DOHERTY G., *Ecological Urbanism*, Harvard University Graduate School of Design, Lars Müller Publishers, Harvard, 2010.

In quest'ottica, si registra un notevole passo in avanti con la pubblicazione - nel Marzo 2017 - delle "Linee Guida per la redazione dei Piani Regolatori di Sistema Portuale".

Queste ultime, con funzioni di "indirizzo tecnico-operativo", ampliano e innovano i temi della versione del 2004, includendo i concetti di rigenerazione urbana, accessibilità integrata, sostenibilità, e delle valutazioni ambientali, prevedendo la Valutazione Ambientale Strategica - ai sensi del D.lgs. 152/2006 - in luogo della Valutazione di Impatto Ambientale.

Ebbene, sono tre gli scenari che possono intendersi con riferimento alle "aree di interazione porto-città" [4].

Il primo caso concerne le aree a vocazione significativamente portuale in cui, nonostante il forte contatto con la città, predomini l'aspetto portuale; in questo frangente, non è da escludersi la ricerca di equilibrio tra funzioni portuali e valori paesaggistici.

Nel secondo caso, si tratta di aree a vocazione significativamente urbana, in cui porto e città convergono: qui, il decentramento del porto rispetto alla città si esplica nella necessità di risolvere il conflitto tra *waterfront* da riqualificare e nuove destinazioni d'uso urbane.

Il terzo scenario afferisce alle aree avocazione "ibrida". Quest'ultima ipotesi si configura con riferimento ad aree a permeazione urbana, in cui insiste un'alta concentrazione di attività portuali, che invocano un reciproco adattamento, in favore di un compromesso che non disperda la natura funzionale dei luoghi.

3. *Governance* ed esperienze europee.

Nonostante le innovazioni di carattere organizzativo e gestionale, i processi di pianificazione delle aree di interazione porto-città ripropongono una visioneereditata da una cultura urbanistica che non è intervenuta incisivamente nell'orientare le politiche di recupero tanto della città esistente, quanto delle aree di contatto tra la città e il porto.

[4] D'AMORA S., *Il paesaggio nella pianificazione portuale. Indirizzi metodologici per il progetto di paesaggio nelle aree di interazione tra porto e città*", in Urbanistica Informazioni 278 s.i., 2018.

Un'occasione di crescita può rinvenirsi ricostruendo le *best practices* attuate nelle realtà portuali europee più avanzate.

In Europa, le esperienze delle città-porto di Rotterdam, Amburgo, Anversa, Le Havre, dimostrano come i progetti di rigenerazione delle aree d'interfaccia città-porto abbiano migliorato le relazioni fra le differenti *governances,* incentivando l'autonomia degli attori pubblici e privati.

Le leggi di riforma del settore portuale, attuate in Olanda, Belgio, Germania e Francia negli ultimi vent'anni, hanno aumentato la competitività e l'attrattività dei sistemi portuali, snellendo le procedure e garantendo, nel contempo, l'interesse collettivo delle trasformazioni programmate.

Le esperienze di *Koop Van Zuid* e *Stadshavens* a Rotterdam, *Hafencity* ad Amburgo, *Havenstad* e *Spoorstad* ad Anversa, così come i progetti per il parco "lungo-fiume" di Le Havre, dimostrano in che misura si presentino le opportunità di sviluppo, nel momento in cui ci si soffermi su processi di *governance* che superino l'impianto gestionale tradizionale, fondato sul modello "misto" pubblico-privato, denominato "L*andlord Port*"[5].

Di contro, in Italia, prima della riforma introdotta dal D.lgs. n. 169/2016 -adottata in attuazione della L. n. 124/2015 (legge Madia)- la disciplina statale in materia di porti indicava, quale punto di riferimento, l'Autorità Portuale, presente nei porti di rilievo nazionale, affidando alla stessa le principali competenze nella *governance* dello scalo, in un'ottica di separazione delle attività amministrative e regolatorie, dalle attività di gestione ed erogazione di beni e servizi dall'altro[6].

In relazione a tale profilo, il panorama non ha subito sostanziali modifiche a seguito delle recenti riforme, alle quali è da imputare, tra l'altro, l'istituzione delle Autorità di Sistema Portuale[7].

---

[5] Cfr. DI VENOSA M., *L'interfaccia città. Geografie e governance in transizione*, INU, 2021; PALLIS A.A., VERHOEVEN P., *Does the EU Port Policy Strategy Encompass 'Proximity'?*, in NOTTEBOOM T., DUCRUET C., DE LANGEN P. (a cura di), *Ports in proximity. Competition and Coordination among Adjacent Seaports*, Farnham-Burlington, Ashgate, 2009.

[6] VERMIGLIO G., *Autorità portuale*, voce in Enc. Dir., Agg., vol. VI, Milano, 2002, 198 ss.; CITRIGNO A.M., *Autorità portuale. Profili organizzativi e gestionali*, Milano, 2003; ROMAGNOLI A., *L'autorità Portuale: profili strutturali e funzionali*, Bologna, 2003; ACQUARONE G., *Le attività di promozione, programmazione e regolazione delle Autorità portuali*, in Dir. Mar., 2008.

[7] A proposito dei principali profili di continuità e discontinuità fra Autorità portuali e Autorità di Sistema Portuale, si vedano MUNARI F., *La riforma della l. 84/1994: prime riflessioni.*, in *Il Diritto marittimo*, 2017, 2, 581 ss.; RUBECHINI P., *Critica della ragion portuale: una prima analisi del D.lgs. n. 169/2016*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, 1, 19 ss.

È opportuno aggiungere che le Autorità di Sistema portuale, per larga parte, si attestano quali enti pubblici non economici[8] operanti come organismi commerciali di tipo privatistico, che investono nei settori dell'energia, dell'innovazione tecnologica, delle infrastrutture, della riqualificazione urbana, senza tralasciare il coinvolgimento di attori privati e delle comunità locali.

Nonostante ciò, risulta tutt'ora attuale la visione di Roberto Longobardi, il quale – nella celebre opera "I porti marittimi"- sosteneva che il reale scopo delle (allora) Autorità portuali fosse quello di «*animare la vita del porto, sollecitandone e favorendone le occasioni di sviluppo, dopo averne pianificato e programmato le strutture che gli sono propedeuticamente collegate*»[9].

L'innovazione dei modelli di *governance* rappresenta, dunque, una condizione di successo degli interventi di rigenerazione delle aree d'interfaccia città-porto[10].

Alla luce delle predette esperienze, non si può trascurare la presenza di un nutrito filone di ricerche[11], volte ad indagare le relazioni tra la qualità complessiva dell'interfaccia città-porto con il territorio, la dimensione istituzionale e decisionale riferita ai *players* locali, e i processi che subentrano nella pianificazione degli spazi di contatto tra città, porto e territorio.

4. Piano Regolatore Portuale e novità legislative a supporto dell'interazione fra città e porto.

Il Piano Regolatore portuale (PRP), prima della Legge n. 84 del 1994, rappresentava un mero atto di programmazione delle opere marittime. Seppur con la medesima definizione, i piani erano «*sostanzialmente privi di una qualsiasi disciplina organica degli spazi acquei e delle aree interessate*»[12].

[8] Cfr. Tribunale di Bari, sez. lav., 29 aprile 2019, n. 1855; Corte Appello Genova, sez. lav., 1 febbraio 2019, n. 3.
[9] LONGOBARDI R., *I Porti Marittimi. Nella Legge 28 gennaio 1994, n.84 (Aggiornata con Legge 23 dicembre 1996*, n. 647, 1997.
[10] SMITH H., SOLEDAD GARCIA FERRARI M., *Waterfront Regeneration. Experiences in City-building*, Routledge, New York-London 2012.
[11] DE MARTINO P., *Land in Limbo. Understanding path dependencies at the intersection of the port and city of Naples*, phd thesis, 2020; HEIN C. *Temporalities of the Port, the Waterfront and the Port City*, Portus n. 29/2015; RUSSO M. *Harbourscape: Between Specialization and Public Space, in Carta M, Ronsivalle D., The Fluid City Paradigm. Waterfront Regeneration as an Urban Renewal Strategy*, AG Switzerland, Springer 2016.
[12] ACQUARONE G., *Il piano regolatore delle autorità portuali*, Milano, 2009.

La normativa ha ampliato notevolmente la prospettiva tecnica del Piano Regolatore Portuale, rendendolo non più un semplice programma di opere marittime e infrastrutturali, ma un complesso strumento per il governo del territorio portuale.

A tal proposito, si sono svelati molteplici gli enti da interpellare, per l'esercizio delle funzioni di promozione, programmazione e pianificazione.

Il Piano Regolatore Portuale ha determinato un passo in avanti nella risoluzione dei conflitti tra porto e città, osservando gli indirizzi dettati dalle linee guida che si sono succedute negli anni.

Tra i contenuti di importanza strategica, le aree di interazione porto-città si sono mostrate determinanti per il ridisegno degli ambiti urbano-portuali e la riconquista degli spazi marittimi da parte della città.

Ad incentivare lo sviluppo delle aree di interazione porto-città è intervenuto il legislatore, con l'adozione del Decreto Legge 16 Luglio 2020 n.76 -cd. "*Decreto Semplificazioni*"- convertito dalla Legge 11 Settembre 2020 n.120, che ha previsto misure specifiche in tema di porti e attività marittime.

Invero, tale intervento normativo semplifica le procedure di modifica del piano regolatore portuale, con riferimento alle aree destinate a funzioni di interazione porto-città, per quanto concerne gli adeguamenti tecnico-funzionali, qualora questi non alterino «*in modo sostanziale la struttura del piano regolatore portuale in termini di obiettivi, scelte strategiche e caratterizzazione funzionale delle aree portuali*».

Nello specifico, le predette di misure di adeguamento sono adottate dal Comitato di Gestione dell'Autorità di Sistema Portuale, previa acquisizione della dichiarazione di non contrasto con gli strumenti urbanistici vigenti da parte del comune interessato.

Secondo la nuova procedura, è sufficiente una preventiva acquisizione della dichiarazione di non contrasto con gli strumenti urbanistici vigenti da parte del comune, o dei comuni interessati, con riferimento esclusivo alle previsioni delle aree destinate a funzioni di interazione porto-città.

Successivamente, l'*iter* amministrativo contempla il parere del Consiglio superiore dei Lavori Pubblici, espresso entro quarantacinque giorni dalla ricezione della proposta di adeguamento tecnico-funzionale: decorso il predetto termine, il parere si intende comunque espresso positivamente. Tale ipotesi non era prevista dal testo previgente della norma.

In ultimo, può dirsi soppresso l'atto di approvazione dell'adeguamento tecnico funzionale, reso dalla regione nel cui territorio è ubicato il porto interessato.

5. Conclusioni.

Concludendo, nell'ottica dello sviluppo di una progettualità urbana è - senza dubbio - da apprezzare lo sforzo del legislatore che ha colto l'occasione, in un contesto emergenziale, per volgere l'attenzione ai temi della portualità. Tuttavia, la strada da percorrere appare ardua e tortuosa, in un momento in cui semplificare sembra sempre più complesso.

DERIVATI SOSTENIBILI, *"GREEN-WASHING"* E TUTELA LEGALE: DALLO *"STAKEHOLDER"* AL *"GREEN STAKEHOLDER"*

Prof. Pierre de Gioia Carabellese[*] - Avv. Simone Davini

ABSTRACT [ITA]: Il derivati collegati a fattori di sostenibilità, oggetto di una recente comunicazione dell'ISDA, *International Swaps and Derivatives Association*, rappresentano nel presente contributo l'occasione per una disamina più ampia, connessa ai fattori di sostenibilità quali obiettivi sottesi, contrattualmente e/o statutariamente, non solo ai contratti speculativi, ma anche agli altri prodotti bancari, finanziari e assicurativi, e da ultimo anche alla stessa attività dell'impresa esercitata in forma collettiva, in cui sia esplicitato un fattore di tal fatta. In tal scenario si prende in considerazione anche il "*downside*", il rovescio della medaglia, della sostenibilità, il *greenwashing*, e dunque i rischi derivanti da una violazione delle promesse di sostenibilità (il *green default)*, e le forme, antiche e nuove, di tutela per individui e gruppi, a fronte di quello che a livello dottrinale viene ritenuto sempre di più un *green default*.

ABSTRACT [ENG]: *Derivatives or, better, speculative contracts, pegged to sustainability factors, constitute the subject matter of very recent ISDA guidelines. This piece of "soft law" constitutes the opportunity of a more in-depth analysis concerned with the sustainability and its factors, entailed, either by contract or by bylaws, to the business entities. In this scenario, the contribution takes pain to examine the downside of the sustainability and, therefore, the risks arising out of the violation of sustainability commitments. These factors, either new or "ancient", aimed to protect both the individuals and the groups, are increasingly regarded, by scholars, as "green defaults".*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – **2.** I derivati di credito collegati alla sostenibilità. – **3.** I derivati scambiati nei sistemi multilaterali connessi agli obiettivi di sostenibilità. – **4.***Emissions Trading*. – **5.** Le energie e i carburanti rinnovabili: relativi contratti. – **6.** I derivati collegati a catastrofi ambientali e alla meteorologia. – **7.** La tutela degli *stakeholders* nei derivati e prodotti sostenibili. – **8.** Dalla *corporate social responsibility* al *green stakeholder*?!

[*] *(Ph.D. - LL.M. - Solicitor and Notary Public - Avv. - Full Professor of Law).*

1. Introduzione.

Ad una prima approssimativa analisi, il settore bancario potrebbe risultare antitetico all'ambiente e a obiettivi di sostenibilità, avendo il primo caratteristiche di profitto che possono risultare in contrato con le intrinseche finalità pubblicistiche della sostenibilità.

Eppure, la *banking regulation*, prima ancora che vi fossero i ben noti eventi mondiali del 2020, era già stata interessata da un processo di ridefinizione dei propri obiettivi, nel senso di ricomprendere l'ambiente e il rischio ambientale. La realizzazione di obiettivi di *market discipline*, di corretto operare dell'impresa bancaria, non può ora prescindere da una gamma di rischi che ricomprendono anche una serie di *externalities*, di fattori esterni all'impresa. Fra questi fattori negativi esterni, vi è anche l'ambiente e le sfide di sostenibilità ambientale che possano impattare sulla banca[1].

Il quadro delle sfide ambientali al settore bancario e finanziario si arricchisce ulteriormente, con la previsione ora di una *soft law*, che si commenta in questo lavoro, con la quale, nella contrattualistica internazionale, in particolare in tema di derivati, si mira a definire il quadro dei prodotti di natura speculativa i quali, direttamente ovvero indirettamente, si ricollegano all'ambiente.

In tale logica va letto ed interpretato un recente documento pubblicato dall'ISDA[2], la *International Swaps and Derivatives Association*, con il quale questa organizzazione internazionale di stampo privatistico, eppure molto influente[3], pone in risalto il rapporto fra i contratti derivati negoziati al di fuori dei mercati regolamentati (di

[1] Sebbene il lavoro sia il frutto di una disamina ed analisi congiunta, i paragrafi 1, 2 e 3 vanno attribuiti a Simone Davini, mentre i paragrafi 4, 5, 6, 7 e 8 vanno attribuiti a Pierre de Gioia Carabellese.
Per tutti, nella letteratura internazionale, cfr. K. ALEXANDER, *Principles of Banking Regulation*, Cambridge University Press, Cambridge, 2019, p. 356.

[2] ISDA, *Overview of ESG-related Derivatives Products and Transactions*, 11 gennaio 2021, in *https://www.isda.org/2021/01/11/overview-of-esg-related-derivatives-products-and-transactions/*.

[3] Gli articolati di *soft law* di una organizzazione come l'ISDA non sono norme, ma tuttavia, data l'importanza dell'organizzazione da cui provengono, presentano caratteristiche di persuasione morale, sicché è difficile negarne la cogenza *de facto*, soprattutto nei comportamenti che vengono ingenerati presso gli operatori internazionali.

seguito anche "derivati OTC" o "derivati") e la finanza sostenibile che, a sua volta, fa riferimento al concetto di sviluppo sostenibile[4].

Tale concetto viene infatti sempre più applicato alla finanza nella prospettiva di preservare l'ambiente e le risorse utili a creare valore nel tempo per l'intero eco (e socio) sistema mondiale.

Al riguardo, viene evidenziato che, nella logica di un'economia sostenibile - che richiede, per sua natura, volumi crescenti di finanziamenti a lungo termine - il settore dei servizi finanziari "rappresenterà un partner essenziale nel fornire finanziamenti e nel gestire i rischi associati agli investimenti sostenibili, inclusi i rischi di progetto e di tasso di interesse e di valuta"[5].

In sostanza i derivati, verso cui la dottrina e la giurisprudenza italiana non sempre hanno espresso un giudizio benevolo, tendono a favorire un maggiore afflusso di capitali verso investimenti c.d. "sostenibili" (quali, in particolare, quelli con obiettivi di miglioramento dell'ambiente, del contesto sociale e del modo in cui si governa lo sviluppo mondiale), svolgendo una importante funzione di copertura (c.d. "*hedging")* di taluni rischi collegati a tali investimenti.

Questi rischi connessi agli obiettivi di sostenibilità vengono anche identificati dall'ISDA attraverso un acronimo di tre parole inglesi: *"environmental, social and governance factors* or *ESG"*[6]. In aggiunta a ciò, i derivati con focus ambientale, come si potrebbe definire il nuovo *genus* di derivati, svolgono funzioni ulteriori, fra cui quelle di facilitare la trasparenza, la migliore definizione del prezzo (*price discovery*) e

[4] Su questa materia vedi anche, S. DAVINI, P. DE GIOIA CARABELLESE, *Derivati ESG ed altri prodotti finanziari sostenibili*, in *Diritto bancario*, 2021, *www.dirittobancario.it/approfondimenti/derivati/derivati-esg-ed-altri-prodotti-finanziari-sostenibili*.

[5] ISDA, *op. cit.*, p. 1.

[6] Gli *ESG investing* o "investimenti ambientali, sociali e di governo [globale]", in breve investimenti sostenibili, sono definiti, dall'ISDA (ISDA, *op. ult. cit.*, p. 16) come "investimenti in una attività economica che contribuisce ad un obiettivo ambientale, quale misurato da indicatori chiave di efficienza delle risorse sull'uso dell'energia, dell'energia rinnovabile, sui materiali grezzi, sull'acqua e le risorse terrestri, sulla produzione di rifiuti e sulle emissioni di gas ad impatto ambientale, o sull'impatto in tema di biodiversità ed economia circolare. Può essere anche un investimento in un'attività economica che contribuisce ad un obiettivo economico, mira a ridurre le disuguaglianze sociali, ovvero promuove coesione sociale, integrazione sociale in comunità svantaggiate da un punto di vista sociale [...]" (traduzione dall'inglese di chi scrive).
Sempre nell'ambito degli *investing*, ma più afferenti al concetto di strumenti di capitale di rischio, vi sono i *sustainable development investing*, che costituiscono "l'utilizzo di capitale in modo da contribuire allo sviluppo sostenibile, usando gli Obiettivi di sviluppo Sostenibile delle Nazioni Unite quale base di riferimento" (traduzione dall'inglese di chi scrive). Sono quindi strumenti di capitale di rischio, volti ad aumentare la disponibilità di capitale da destinare, nell'ottica della sostenibilità, a prodotti, servizi, operazioni e a settori vari.
Da ultimo, i *socially responsible investing* costituiscono "investimenti il cui obiettivo è quello di realizzare un utile di natura finanziaria, sebbene attraverso il rispetto di criteri etici, ambientali e/o sociali" (traduzione dall'inglese di chi scrive).

l'efficienza del mercato. Da un punto di vista dello scopo, poi, gli stessi tendono a favorire anche l'adozione di orizzonti finanziari di lungo periodo, piuttosto che di breve e medio periodo, essendo per contro tali orizzonti finanziari più corti maggiormente tipici dei derivati tradizionali[7].

I derivati *ESG* (o *ESG derivative*) o contratti speculativi, come forse dovrebbero essere definiti, ad utilizzare la nomenclatura di Oltremanica[8], costituiscono dunque la più recente frontiera dei derivati, le cui maggiori sfide sono volte a rendere maggiormente edotti i partecipanti al mercato del rapporto esistente fra derivati e finanza sostenibile e le relative tutele apprestate in favore degli *stakeholders*.

La legislazione europea ha già mosso i primi passi concreti in tal senso, attraverso una normativa, incentrata sul Regolamento 2019/2088[9], che impone determinati doveri di trasparenza alle imprese di investimento, alle banche che prestano servizi di gestione di portafogli, alle imprese di assicurazione e agli *asset manager*. Tali doveri riguardano la natura (o etichetta) ESG dei prodotti finanziari offerti (inclusi i derivati) e la sua stretta correlazione con gli obiettivi di sostenibilità che devono risultare chiari, concreti, realistici e misurabili.

Ciò premesso, nel presente contributo si segnalano la struttura e le caratteristiche dei principali derivati con motore *ESG* (gli "*ESG derivatives*"), inclusi gli indici di *credit default swap* collegati agli *ESG*, i derivati scambiati nei mercati non

---

[7] Nella letteratura internazionale, per una disamina in tema di derivati, cfr. A. HUDSON, *The Law on Financial Derivatives*, 6ª ed., Sweet & Maxwell, London, 2017.

[8] Nel *contract law* sia nel sistema anglo-gallese, che in quello scozzese, prevale la definizione di *speculative contract*, in luogo di *"derivative"*, che appartiene di più al gergo della finanza, ma non al "puro" e ortodosso diritto dei Paesi di lingua inglese. In Scozia, nel Regno Unito, ad esempio, in merito agli *speculative contract*, definiti *sponsiones ludicrae* dalla giurisprudenza cfr. H.L. MACQUEEN, J. THOMSON, *Contract Law in Scotland*, Bloomsbury Professional, Edinburgh, 2020, p. 337. I contratti *sponsiones ludicrae* sono sostanzialmente scommesse, *gaming*, per i quali storicamente le Corti non consentivano azione legale. Tuttavia, con il *Gambling Act 2005*, applicabile a tutto il Regno, il divieto di azione è stato abolito, e dunque i *gaming contracts* sono ora dotati di azione. In materia finanziaria, l'esenzione da azione relativa a contratti speculativi è prevista dal *Financial Services and Markets Act 2000*, *section 412*, nella sua ultima versione. La condizione per cui la validità ovvero attivabilità dinanzi ad una Corte del contratto non sia pregiudicata è precisa al *paragraph 2* della *section 412*: fondamentalmente, il contratto deve essere stipulato da ciascuna parte nell'esercizio di attività di affari, e deve rientrare fra la attività che solitamente esercita quel contraente a livello statutario.
Sulla espressa *enforceability*, ora, dei contratti di *gaming* nel Regno Unito, si fa riferimento anche al *decisumIvey v Genting Casinos UK Ltd (t/a Crockford Club)* [2017] UKSC 67. Quanto al rapporto fra diritto inglese e derivati, si permette di rinviare a P. DE GIOIA CARABELLESE, *"Derivatives" in the light of the Recent Financial Crises (Lehman Brothers) and through Glimpses of Comparative Analysis*, in *Rivista Trimestrale di Diritto dell'Economia*, 2010, pp. 234 ss.

[9] Regolamento (UE) 2019/2088 del 27 novembre 2019 relativo all'informativa sulla sostenibilità nel settore dei servizi finanziari (G.U.U.E. del 9 dicembre 2019). Il predetto Regolamento si applica a partire dal 10 marzo 2021.

regolamentati su indici di capitale pure collegati agli *ESG*, i derivati su energia rinnovabile[10] e combustibili rinnovabili, i derivati su eventi catastrofici e quelli sul tempo meteorologico.

Più in generale, e da un punto di osservazione specificamente dogmatico, il presente contributo cerca di individuare ed esaminare, alla luce della crescente importanza dei derivati sostenibili, le tutele che devono essere apprestate in favore dell'*economic citizen* che sia potenzialmente beneficiario di (o investitore in) tali prodotti o strumenti, quale che ne sia la configurazione. Trattasi del tema ormai noto quale *greenwashing*, ossia la pratica dell'impresa che, dopo aver attirato un investitore sulla scorta di obiettivi di eco-sostenibilità (c.d. "obiettivi verdi"), lo inganna, non realizzando nella pratica, dopo che il contratto è concluso, quegli stessi obiettivi sostenibili[11].

In questo senso, si esaminano qui le norme che nell'ordinamento italiano, già tutelano potenzialmente il destinatario dei prodotti di natura sostenibile, e non solo i derivati ESG: a tal fine, l'ordinamento italiano viene rapportato a quello britannico, quale tendenziale parametro di riferimento in materia di *"greenwashing"* (anche sulla scorta del fatto che i derivati ESG sono prevalentemente documentati con contratti retti dalla legge inglese e che il mercato delle operazioni ESG è senz'altro più maturo ed sviluppato di quello nostrano).

La ricerca viene effettuata tenuto conto anche che, al di là delle norme legislative già esistenti, di rango primario, vi sarebbero già norme di rango costituzionale che, tutelando l'integrità dell'ambiente - *lato sensu* - come derivazione del diritto alla

---

[10] L'energia rinnovabile o *renewable energy* è definita, ai sensi del documento ISDA (*Overview of ESG-related Derivatives Products and Transactions*) quale "energia da fonti che sono sostituibili in modo naturale ma limitate nel loro flusso. Le risorse rinnovabili sono virtualmente inesauribili ma limitate nell'ammontare di energia che è disponibile per unità di tempo" (traduzione dall'inglese di chi scrive)
La dottrina internazionale sul tema dell'energia rinnovabile è vasta. Fra i tanti, si rimanda a V. QUASCHNING, *Understanding Renewable Energy Systems*, 2ª ed., London & New York, 2016; V. NELSON, K. STARCHER, *Wind Energy. Renewable Energy and the Environment*, 3ª ed., Boca Raton, 2019; J. TWIDELL, *Renewable Energy Resources*, London, 2005. Nella letteratura italiana, di natura economica, con riferimento ai fondi comuni, si rimanda a M. INTONTI, G. FERRI, *I fondi eticamente orientati e la finanza sostenibile*, Aracne, Roma, 2018.

[11] Il tema del *greenwashing*, anche a livello internazionale, sembra essere esaminato più da una prospettiva economica che giuridica. Fra i non molti contributi in inglese si segnala: C. MARQUIS, M. W. TOFFEL, Y. ZHOU, *Scrutiny, Norms, and Selective Disclosure: A Global Study of Greenwashing*, in *Organisation Science*, 2nd February 2016, online; B. PARGUEL, F. BENOÎT-MOREAU, F. LARCENEUX, *How Sustainability Ratings Might Deter 'Greenwashing': A Closer Look at Ethical Corporate Communication*, in *Journal of Business Ethics volume*, 2011, pp. 102 ss.; P. SEELE, L. GATTI, *Greenwashing Revisited: In Search of a Typology and Accusation-Based Definition Incorporating Legitimacy Strategies*, in *Business Strategy and the Environment*, 2015, online.

salute, o il principio dello sviluppo sostenibile come portato costituzionale delle norme del diritto internazionale che lo sanciscono, costituirebbero già un solido punto di riferimento per la parte potenzialmente danneggiata. Non solo: da un punto di vista di causa del contratto, il collegamento fra sostenibilità ambientale e coerenti pattuizioni inserite nei contratti speculativi potrebbe consentire l'elaborazione di una nuova causa, costituzional-ambientale, che giustifica la liceità dei derivati, in Italia così controversi.

2. I derivati di credito collegati alla sostenibilità.

I *sustainability linked derivatives* sono stati emessi negli ultimi anni con una certa frequenza. Si tratta pur sempre di operazioni su derivati altamente standardizzate, ma le stesse prendono ad oggetto determinati indicatori di prestazione (c.d. "KPI" – *key performance indicators*), di tal via contrattualizzando obiettivi di sostenibilità. Da una visuale soggettiva, va osservato che si tratta di derivati in cui la controparte dell'istituzione finanziaria con cui vengono stipulati (che è normalmente una società privata, ma teoricamente potrebbe essere anche un ente pubblico) si impegna contrattualmente a realizzare obiettivi di sostenibilità ambientale.

Ad esempio, l'ISDA stessa ricorda alcuni casi di prestiti sindacati ESG di grosso taglio con copertura dei relativi rischi di tasso mediante *ESG derivatives*; una struttura ormai consolidata di questi prestiti comprende una linea di finanziamento *revolving*[12], dunque flessibile (connessa ad obiettivi di natura societaria, quale ad esempio il *"corporate financing"*), ed una linea *ad hoc* di "*loan*" destinata a finanziare e/o rifinanziare iniziative legate alla sostenibilità[13]. Nell'ambito dei finanziamenti in

[12] Il concetto di *"revolving credit"* è analizzato in M. HAENTJENS, P. DE GIOIA CARABELLESE, *European Banking and Financial Law*, 2ª ed., Routledge, London and New York, 2020, pp. 189-214.

[13] Un tal esempio empirico sembra confermare la definizione di *green loan*, fornita dallo stesso documento ISDA in commento (ISDA, *Overview of ESG-related Derivatives Products and Transactions*, cit., p. 16). Trattasi di un tipo di prestito, *loan* appunto, "che è reso disponibile esclusivamente al fine di finanziare o rifinanziare, in tutto ovvero in parte, nuovi ovvero già esistenti progetti verdi. Esempi di progetti verdi includono energia rinnovabile, efficienza energetica, prevenzione e controllo dell'inquinamento, gestione ambientalmente sostenibile delle risorse naturali viventi e dell'uso della terra, trasporto pulito, gestione di acque e di reflui sostenibili, adattamento al cambiamento ambientale e costruzioni verdi" (traduzione dall'inglese di chi scrive). Ai *green loan*, si affiancano, in quanto leggermente diversi, i *sustainability linked loan*, i quali costituiscono tipologie di prestiti e/o di aperture di credito connesse [...] che incentivano gli obiettivi del *borrower* in merito a obiettivi di prestazioni di sostenibilità ambiziosi [e] predeterminati" (traduzione dall'inglese di chi scrive).

parola, la componente di derivato sostenibile è tipicamente costituita da un *interest rate swap*, che ingloba un meccanismo di incentivo allineato agli obiettivi di sostenibilità indicati nel contratto di finanziamento.

Nel *genus* dei derivati collegati alla sostenibilità rientrano anche i *credit derivatives* (di seguito: CD). A questi si ricorre per la gestione del rischio di credito di una controparte ovvero per la semplice gestione del credito stesso. Si prevede in particolare che, ove i risultati finanziari del creditore ovvero la prestazione del debitore possa variare, e ciò sia dovuto a cambiamenti climatici, la copertura di cui al contratto derivato viene attivata. L'evento che fa scattare la polizza potrebbe essere anche un potenziale evento, piuttosto che un vero e proprio evento, già conclamato, il quale faccia intendere che l'aspetto ambientale del contratto possa essere pregiudicato. Si tratta, dunque, di contratti la cui tipologia è derivata, ma in cui, da un punto di vista causale, la copertura del rischio, in questo caso ambientale, fa assumere, come spesso sottolineato dalla dottrina italiana, una connotazione assicurativa[14]. Ancora, come inferibile da tale contributo, la natura, totalmente esplicitata nel contratto, della sua connotazione ambientale, inferibile dal contratto "speculativo", potrebbe consentire, per tali tipologie, il superamento dei limiti della meritevolezza dei derivati da una prospettiva codicistica, atteso che verrebbe in rilievo una causa ambientale, costituzionalmente garantita, dunque meritevole in quanto prevista da una norma gerarchicamente superiore.

Il *CD* può assolvere due fondamentali funzioni: da un lato, di copertura di potenziali future perdite a seguito di un evento catastrofico (ad es., un evento atmosferico che comporta la distruzione di un'opera eco-sostenibile), il quale sia prodromico all'inadempienza ovvero all'insolvenza; dall'altro, di copertura del rischio di variazioni del valore di mercato delle obbligazioni ovvero dei prestiti connessi alla sostenibilità dalle quali si prevede possano derivare perdite o potenziali danni futuri.

Connessa a tale definizione è quella di *green bond*, fornita anche nel medesimo documento ISDA (ISDA, *op. cit.*, p. 16), quali "strumenti di debito i cui importi saranno esclusivamente applicati a finanziare ovvero rifinanziare, in parte ovvero in tutto, qualificati progetti verdi esistenti e che siano allineati alle quattro componenti dei principi delle obbligazioni verdi [*Green Bond Principles*]" (traduzione dall'inglese di chi scrive). A differenza dei *loans*, alquanto perimetrati nella definizione, i *bond* godono di ampie definizioni nel documento ISDA in commento. Accanto ai *green bonds*, appena definiti, vi sono i *social bond*, i *social impact bond*, i *sustanability bond*, i *sustainability-linked bond*, i *transition bond*.

[14] In merito alla causa dei contratti derivati, da un punto di vista di ordinamento italiano, si permette di rinviare a P. DE GIOIA CARABELLESE, S. DAVINI, *Derivati, danno erariale e un* obiter dictum *sulla causa del contratto speculativo*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2021, in corso di pubblicazione.

Con riflessi che possono essere anche di *corporate governance*, alcuni studi dimostrano che maggiore è il fattore di coerenza con gli obiettivi di sostenibilità, minore sarà il rischio di credito; verosimilmente, un'impresa che presenti valori di maggiore coerenza con i fattori *ESG* può conseguire più alti ricavi e minori rischi di quelli di altra la cui attività non sia informata a tali fattori/obiettivi.

3. I derivati scambiati nei sistemi multilaterali connessi agli obiettivi di sostenibilità.

In relazione al crescente interesse delle imprese alle strategie ESG, i sistemi di scambi globali hanno lanciato recentemente una serie di nuovi f*utures* e opzioni collegati a indici di capitale, il cui *benchmark* è costituito da obiettivi di sostenibilità (*ESG*). La liquidità che affluisce a tali nuovi strumenti è ancora bassa, anche se le prospettive di loro crescita appaiono rilevanti e inducono a ottimismo. Si tratta dunque di contratti negoziati nei mercati regolamentati, piuttosto che derivati *over-the-counter*[15].

I *future* e *options" ESG* ", i quali da un punto di vista causale presentano maggiore autonomia, quali contratti speculativi, piuttosto che assicurativi[16], consentono ai gestori di meglio coprire i rischi degli investimenti di natura sostenibile, di implementarne le relative strategie e di meglio gestire i flussi nell'ambito dei fondi *ESG*, con conseguente ottimale allocazione delle risorse che affluiscono ai mercati finanziari.

Un aspetto, quest'ultimo, che fa emergere la possibilità di crescita dei mercati medesimi in un contesto di operatività i cui attori sanno guardare al profitto, coniugandolo con i fattori di miglioramento dell'ambiente e con la necessità di preservarlo a beneficio delle future generazioni con la creazione di nuovo valore.

[15] Sulla differenza fra derivati quotati e derivati *over-the-counter*, cfr. M. HAENTJENS, P. DE GIOIA CARABELLESE, *European Banking and Financial Law*, cit., pp. 216-228.

[16] È arduo ricostruire le teorie che, in tema di causa, sono rifiorite nell'analisi dei derivati italiani. Fra contratti aleatori, da un lato, e contratti puramente speculativi, dall'altro, le posizioni sono molte, e molto controverse. Cfr. per una ultima rassegna sul tema, P. DE GIOIA CARABELLESE, S. DAVINI, *Derivati, danno erariale e un* obiter dictum *sulla causa del contratto speculativo*, cit.

4. *Emissions Trading.*

La negoziazione delle c.d. "emissioni" *(emissions trading*) costituisce un approccio empirico finalizzato a ridurre l'inquinamento, ponendo un limite geografico all'ammontare di diossido di carbonio che può essere immesso nell'atmosfera distintamente per specifici settori dell'economia.

Al riguardo, è da ricordare che la definizione di quote di emissione (*allowances*) include due fondamentali componenti: da un lato, un limite all'inquinamento e agli strumenti negoziabili che autorizzino i titolari di dette quote ad emettere una quantità specifica di inquinanti; dall'altro lato, il fatto che tale limite si riduca su base annuale, con l'obiettivo di contenere la quantità complessiva di emissioni in circolazione.

I partecipanti al mercato possono quindi emettere certificati che rappresentino limiti alle emissioni o derivati che siano vincolati a tali limiti. L'acquisto degli uni e degli altri può avvenire tanto in aste (mercato primario) quanto sul mercato secondario; in quest'ultimo attraverso l'acquisto da altre società, che possono averne in eccesso rispetto a quanto non debbano per esigenze organizzative interne e dunque per esigenze di *compliance*.

Da una prospettiva dell'ordinamento giuridico italiano non è agevole definire la categoria di tali nuove fattispecie. Considerando la loro unilateralità, quali dichiarazioni con cui un emittente, l'impresa che abbia ambizioni ambientali, si obbliga a realizzare taluni obiettivi, potrebbe trattarsi di promesse unilaterali, vincolanti per il soggetto dichiarante ed azionabili da parte del "portatore" che li negozia, nel caso di mancata osservanza degli impegni[17].

L'ISDA ha emanato un *master agreement* per le *emission allowances* per la negoziazione di *swaps*, *options* e f*orwards*. L'ISDA offre anche *format* o schemi negoziali basati su emissioni UE, per la negoziazione di certificati su diossido di carbonio.

[17] L'art. 1987 c.c. prescrive, come noto, che la promessa unilaterale di una prestazione "non produce effetti obbligatori fuori dei casi ammessi dalla legge". La tipicità della promessa unilaterale, peraltro contestata in Italia da dottrina più recente (ciò ad iniziare da G. SBISÀ, *La promessa al pubblico*, Giuffrè, Milano, 1974), costituirebbe un limite alla validità di tali nuove figure negoziali. Peraltro, il fatto che le stesse siano rette, spesso, dal diritto inglese ove si riconosce da oltre un secolo tanto la validità (validità) quanto l'attivabilità (*enforceability*) del così detto *unilateral contract* di cui al ben noto precedente *Carlyll v Carbolic Smoke Ball Company* ([1892] EWCA Civ 1) consente di affermare, più agevolmente, che tali nuove pattuizioni non presentano profili di rischi legali.

5. Le energie e i carburanti rinnovabili: relativi contratti.

Nell'ambito dell'energia rinnovabile i nuovi prodotti che vengono elaborati ed offerti al mercato sono strettamente connessi con gli accordi di acquisto di fonti di energia o *power purchase agreements* (*PPA*); si tratta di accordi contrattuali, in notevole crescita negli ultimi anni nella prassi internazionale, che intercorrono fra uno specifico produttore di energia rinnovabile (il venditore) e un compratore operante nello stesso settore energetico, ma non ancora così specializzato nell'energia rinnovabile. I *PPA* possono ridurre la volatilità del prezzo di mercato a beneficio dell'acquirente e rappresentano, per chi sviluppa nuovi prodotti, la garanzia di acquistare energia generata da fonti rinnovabili e, dunque, di sostenere i relativi nuovi progetti di sviluppo. Di per sé tali contratti non vincolano chi li sottoscrive a ridurre la quantità di emissioni di inquinanti che aumentano l'effetto serra; tuttavia, gli stessi costituiscono un catalizzatore di risorse verso progetti di finanziamento concernenti fonti di energia pulita.

Diversa natura hanno i *renewable energy certificates* (noti con l'acronimo *RECs*) che, in quanto titoli di credito, sono strumenti destinati al mercato che rappresentano i diritti di proprietà su prodotti di natura ambientale, sociale e comunque non convenzionale. Tali certificati sono emessi solo quando, in relazione ad uno specifico prodotto, è generata un'ora di valore di un megawatt che derivi da una risorsa di energia di tipo rinnovabile. Un format finalizzato alla negoziazione di certificati di tale tipologia è stato pubblicato dall'ISDA ed è dotato, quanto al mercato nordamericano, di uno specifico supplemento, valido solo per quel mercato. La natura giuridica di tali "certificati", da un punto di vista italiano, è quella di titoli di credito atipici, avendo alcune caratteristiche simili ai titoli di credito, quali ad esempio una certa astrattezza. Va detto che, in una microarea in cui non sembra vi siano contributi domestici, un tema che si porrà in merito a tali prodotti, da una prospettiva di diritto italiano, è la definizione dell'oggetto, in particolare la definizione di concetto di bene, afferente in certificati, di modo che il sottoscrittore abbia una reale contezza dei rischi che va ad assumere.

Da ultimo, molto peculiari sono i *future* su indici del vento o *wind index futures*, i quali sono strumenti finanziari che consentono alla società che li negozia e alle società che operano nell'industria energetica di coprirsi contro i rischi associati alle

fluttuazioni relative alla produzione di energia eolica. In tal senso questi sono veri e propri derivati negoziati nei mercati regolamentati, i quali sono già presenti in alcuni mercati, come la Germania, ove vi sono i *future* sull'indice del vento, ma anche negli USA, ove vi sono i *future* negoziati al Nasdaq, il cui obiettivo è quello di consentire ai produttori e agli altri portatori di interessi generali (*stakeholders*) di coprirsi contro le suddette fluttuazioni[18].

I *Renewable Identification Numbers* o RIN rappresentano di fatto "crediti ambientali" e sono utilizzati negli Stati Uniti d'America in linea con i programmi standard di combustibile rinnovabile. Più in particolare, gli stessi stabiliscono, per i produttori di combustibile tradizionale, alcuni standard che rendono la produzione tradizionale compatibile con quella dei combustibili rinnovabili. Sotto l'aspetto più tecnico, viene previsto che le parti obbligate devono osservare un programma tale per cui una minima percentuale di combustibile rinnovabile sia ricompresa nel combustibile tradizionale. L'obiettivo verrebbe realizzato indirettamente dalle parti obbligate acquistando *Renewable Identification Numbers*, dunque "crediti ambientali", al fine di "pareggiare" i propri obblighi contrattuali. È difficile stabile ancora, da un punto di vista italiano, la qualificazione giuridica che sia da attribuirsi ai RIN. Sembra possibile parlare di promesse unilaterali, in quanto vi sono impegni assunti nei confronti del pubblico, da parte di un'impresa, ad operare secondo uno specifico *modus operandi*, il quale crea legittime aspettative presso il pubblico.

I *Low Carbon Fuel Standard* (o LCFS) rappresentano invece un programma di riduzione dei gas che provocano l'effetto serra e si focalizzano nel settore dei trasporti in California. Incentivano la produzione di combustibili a bassa emissione di carbonio e metodi di trasporto alternativi e sono quindi programmi di natura pubblica che mirano al conseguimento di obiettivi di carattere generale. Parlare di una qualificazione privatistica dei LCFS non sembra pertinente. Piuttosto, bisogna enfatizzare il carattere pubblicistico di tali strumenti, i quali rappresentano programmi che in futuro l'Italia, ovvero un ente territoriale quale la Regione o un Comune, potrebbe adottare.

[18] Sul concetto di "derivato" quotato, nell'ambito del *genus* dei valori mobiliari, si permette di rinviare a P. DE GIOIA CARABELLESE, *Commento sub art. 1*, in R. COSTI, F. VELLA (a cura di), *Commentario al Testo Unico della Finanza*, Wolters Kluwer, Milano, 2021, in corso di pubblicazione.

6. I derivati collegati a catastrofi ambientali e alla meteorologia.

I derivati connessi al rischio di catastrofi sono strumenti finanziari, relativamente chiari e definiti, con cui il rischio di disastro naturale viene trasferito a controparti. Il più semplice e standardizzato è lo *swap* sulle catastrofi naturali (*catastrophe swap*), in cui, in una struttura di "derivati OTC"[19], un portatore di rischio, connesso a catastrofi naturali, ottiene protezione da massicce perdite potenzialmente connesse ad eventi naturali, a fronte del pagamento periodico di un premio[20]. Il *catastrophe swap* può essere utilizzato da uno Stato al fine di coprire un rischio ambientale tipico della nazione; ad esempio, con riferimento all'Italia, detto rischio potrebbe rinvenirsi in quello sismico, ricorrente nel nostro Paese. Lo Stato paga un premio e, ove l'evento dovesse verificarsi, riceve in cambio un indennizzo che, cospicuo teoricamente, ha il vantaggio di poter essere corrisposto in tempi ragionevolmente brevi, in relazione agli accordi stipulati fra le parti. Da un punto di vista di qualificazione giuridica, si può ritenere che tali *swaps*, siano contratti di assicurazione ovvero prodotti cartolarizzati anche se rispetto a quest'ultima ipotesi la struttura è molto più semplice, essendo collegati, quali meri contratti di assicurazione, ad un rischio dedotto in contratto.

La stessa *World Bank*, quale venditore di protezione, ha creato una serie di *catestrophe swap*, il cui obiettivo è quello di proteggere contro il rischio di catastrofe naturale, tipico del Paese contraente[21].

Da ultimo, i derivati sul tempo meteorologico ovvero sul mutamento delle condizioni climatiche sono strumenti finanziari il cui valore dipende da variabili connesse a vari fattori quali la temperatura, le precipitazioni, il vento e le correnti (con relativi flussi)[22]. I partecipanti al mercato acquistano siffatti derivati per mere finalità di copertura ovvero al fine di mitigare i rischi associati a condizioni di tempo

[19] Sullo specifico dei derivati OTC nella dottrina italiana, *ex plurimis*, cfr. D. MAFFEIS, *I contratti dell'intermediazione finanziaria*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 221 ss.

[20] Il *catestrophe swap* presenta, indubbiamente, caratteristiche di tipo assicurativo. Per contributi internazionali sul tema, cfr. G. NIEHAUS, *The allocation of catastrophe risk*, in *Journal of Banking and Finance*, 2002, pp. 585-596.

[21] Un esempio, riferito nello stesso documento dell'ISDA (ISDA, *Overview of ESG-related Derivatives Products and Transactions*, cit., p. 14) è quello delle Filippine. Quest'ultimo, Paese notoriamente martoriato da tifoni e terremoti, ha stipulato con la Banca Mondiale, polizze assicurative che coprono gli attivi, dunque i beni, dei Governi locali e nazionali contro i suddetti rischi ambientali.

[22] Per una disamina, nella letteratura internazionale, e non strettamente legale, dei *weather derivative*, si rimanda a S. JEWSON, A. BRIX, with C. ZIEHMANN, *Weather Derivative Valuation. The Meteorological, Statistical, Financial and Mathematical Foundations*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005.

avverse; per il loro corretto funzionamento contrattuale e per esigenze di certezza del diritto, tali derivati sono quindi collegati a indici, che misurano un particolare aspetto del tempo meteorologico.

È interessante notare che, a differenza dei tipici contratti assicurativi, in cui il rischio è più in generale connesso al reale danno arrecato all'opera, i contratti in discorso, quasi a confermare la loro natura speculativa, possono generare per il sottoscrittore l'incasso di un indennizzo, anche nel caso in cui il superamento del valore teorico dell'indice non abbia prodotto alcun danno. È chiaro che, in un tale scenario, è essenziale che l'indice sia chiaro e puntuale e non dia adito ad alcuna interpretazione in merito al suo concreto verificarsi.

Un ulteriore vantaggio del *weather derivative* è, a differenza del contratto di assicurazione, la focalizzazione dell'evento protetto su quello che, relativamente ad una grande opera, è di fatto il vero ed unico fattore di rischio ambientale, con conseguente selezione dei diversi potenziali eventi e, dunque, minore costo del derivato, rispetto ad una tradizionale polizza. Ad esempio, con specifico riferimento all'opera più controversa tra quelle realizzabili in Italia e cioè al ponte sullo stretto di Messina, assumendo che l'opera dal punto di vista strutturale fosse impeccabile, e dunque non necessitasse di essere assicurata con apposita polizza, si potrebbe comunque immaginare un *weather derivative*, connesso al rischio eolico della zona in cui sorgesse (notoriamente molto ventosa). Al verificarsi del superamento di valori soglia, a prescindere dal fatto che l'opera collassi (evento da scongiurare ovviamente e da escludere alla luce del succitato assunto), i sottoscrittori, *ergo* i "proprietari" del Ponte, incasserebbero comunque l'indennizzo, anche cospicuo, da potersi accantonare per destinarlo all'attività manutentiva.

7. La tutela degli *stakeholders* nei derivati e prodotti sostenibili.

Dall'analisi che precede, si può ritenere che i prodotti connessi alla sostenibilità, come risultanti dal recente documento dell'ISDA, sono di diversa natura[23]. Quelli che

[23] Sul concetto di strumento finanziario, cfr. E. RIGHINI, *Commento sub art. 1*, in F. VELLA (a cura di), *Commentario T.U.F.*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2012, pp. 1-44; M. CIAN, *Le forme dell'attività*, in *Diritto Commerciale*, *IV. Diritto del sistema finanziario*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2020, pp. 191-192. Si veda anche, più in generale, R. COSTI, *Il mercato mobiliare*, 11ª ed., Giappichelli, Torino, 2018; F. ANNUNZIATA, *La disciplina del mercato mobiliare*, 9ª ed., Giappichelli, Torino, 2017.

possono essere considerati veri e propri strumenti finanziari derivati [24] sono i *sustainability linked derivative*, gli *ESG related credit derivatives*, ma anche i *catastrophe derivatives* e i *weather derivative*. La loro regolamentazione, incluso l'oggetto del contratto, verrebbe lasciata solo in parte all'autonomia dei privati, assumendo l'autorità – in questo caso l'autorità del mercato – un ruolo preponderante nella definizione delle diverse clausole, anche in funzione della tutela delle disposizioni di ordine pubblico[25].

Al di là di questi, vi sono "prodotti" di varia natura, di tipo più pubblicistico, il cui obiettivo sembra essere più in generale il raggiungimento di finalità di politiche di sostenibilità, a beneficio di una serie di *stakeholders*, come ad esempio i cittadini.

Da un punto di vista operativo, la sfida sottesa ai "derivati sostenibili" è quella di raccordarne correttamente la documentazione contrattuale con quella dell'operazione ESG sottostante di cui coprono taluni rischi finanziari; appare perciò essenziale che il derivato rispecchi correttamente le previsioni contrattuali, in materia di "ESG", che caratterizzano l'operazione. In particolare, dovranno essere attentamente allineati i meccanismi di determinazione dei tassi (che, nelle operazioni ESG, contemplano spesso sconti o penalità a fronte del raggiungimento o meno degli obiettivi di sostenibilità dedotti in contratto), nonché i parametri che identificano e misurano gli aspetti rilevanti ai fini dell'etichetta ESG, i già citati "KPI" (*key performance indicators*). Sul punto rammentiamo inoltre gli appositi doveri di informativa/trasparenza citati in apertura del presente articolo. Ove questi ultimi fossero violati, chi ha speso l'etichetta ESG sul mercato per una determinata operazione, potrebbe infatti incorrere in ipotesi di responsabilità nella commercializzazione del prodotto derivato (c.d. "*mis-selling*"), e, a certe condizioni, in ipotesi di pubblicità ingannevole. In riferimento allo specifico tema degli *ESG derivatives*, il rischio in questione viene sinteticamente definito in gergo quale "*green-washing risk*".

[24] Sul concetto di "derivato" nella letteratura internazionale si rimanda a C. PROCTOR, *The Law and Practice of International Banking*, 2nd ed., Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 425-434; P. WOOD, *Law and Practice of International Finance*, Sweet & Maxwell, London, 2008. A livello manualistico, si permette di rinviare a M. HAENTJENS, P. DE GIOIA CARABELLESE, *European Banking and Financial Law*, cit., pp. 215-228.

[25] In proposito si parla, nella dottrina italiana (C. FERRARI, *I contratti dei mercati regolamentati*, Giappichelli, Torino, 2018, pp. 33), di regolazione passiva del contratto, definita nel seguente modo: "l'esercizio costante di una funzione *normativa* attraverso atti, spesso atipici, di tenore puntuale e concreto", il quale solitamente deriva proprio dalle autorità indipendenti. Viene osservato altresì che l'Autorità "regola il contratto" e "il contratto, così regolato, a sua volta è chiamato a dar regola al mercato di cui costituisce un segmento, una particella sì minima, ma riproducibile all'infinito" (C. FERRARI, *ivi*, p. 41).

Si consideri che il principio di tutela dell'ambiente, e più in generale dello sviluppo, trova in Italia una tutela costituzionale, seppur in una forma non così ovvia nella versione di origine della Carta costituzionale[26], e finanche presente nella dimensione europea[27].

Il primo precetto che viene in rilievo è quello di cui all'art. 9 Cost.: "*la Repubblica promuove lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica. Tutela il paesaggio e il patrimonio storico artistico della Nazione*". In tale disposizione si distingue tra ambiente e paesaggio, ciò rendendo l'individuazione del precetto più complessa, e depotenziandone di fatto la portata.

Vi è anche l'art. 32 Cost., attinente al diritto alla salute correlato però al diritto all'ambiente in quanto deve essere interpretato come attenzione necessaria da prestare all'insieme dei fattori ambientali suscettibili di incidere in modo negativo sullo stato di salute fisica e psichica dell'individuo. La dottrina ha qualificato l'ambiente come diritto della personalità, insieme al diritto alla salute, facendolo divenire diritto fondamentale dell'uomo[28]. Questa impostazione ha ricevuto di recente autorevole conferma anche da parte della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo[29], che, a sua volta, giudicava su vicende relative al caso ILVA[30].

Non solo: vi è anche l'art. 117, co. 2 e 3, Cost., ove l'ambiente viene qualificato come materia tecnica per quanto concerne la divisione delle competenze legislative tra Stato e Regioni, sebbene ciò confermerebbe purtroppo il carattere di arma spuntata del principio in oggetto, in quanto, come icasticamente rimarcato, la tutale dell'ambiente, nell'ordinamento italiano, entra "dalla finestra", anziché "dalla

[26] Cfr. *ex plurimis*, C. DELLA GIUSTINA, *Il diritto all'ambiente nella Costituzione italiana*, in *AmbienteDiritto.it*, 1/2020, online). Al momento in cui si scrive è in corso una discussione parlamentare finalizzata ad un espresso riconoscimento dell'ambiente per un futuro di crescita sostenibile. Sebbene estraneo al *focus* del presente lavoro, va notato che il diritto all'ambiente può essere inteso anche nella sua forma più lata quale diritto al cibo. Nella dottrina, cfr. C. DELLA GIUSTINA, *Il diritto al cibo adeguato. Un diritto umano presupposto o consequenziale?*, in *AmbienteDiritto.it*, 2/2021, online.

[27] Il tema della dimensione europea costituirà oggetto di approfondimento in diversa sede. In dottrina, sul punto, si rinvia per tutti a A. ODDENINO, *La tutela della natura e del paesaggio in dimensione europea*, in R. FERRARA, M.A. SANDULLI (dir.), *Trattato di diritto dell'ambiente*, II, *La tutela della natura e del paesaggio*, a cura di A. CROSETTI, Giuffrè, Milano, 2014, pp. 29-58.

[28] Cfr. *ex plurimis*, E. PICOZZA, *Le fonti del diritto dell'ambiente*, in ID. (a cura di), *Nozioni fondamentali di diritto dell'ambiente*, Aracne, Canterano, 2016, pp. 61-62.

[29] Vedi F. CARELLI, *Enforcing a right to healthy environment in the ECHR system: the "Cordella vs. Italy" case*, in *AmbienteDiritto.it*, 4/2019, online.

[30] Su cui vedi, tra gli altri, G. AMENDOLA, *ILVA: diritto alla salute (ed all'ambiente) e diritto al lavoro (ed alla produzione)*, in *Industriaeambiente*, 7 novembre 2019, online.

porta"[31], "come sarebbe accaduto se fosse stata introdotta nella parte sui principi, nella quale si trova, ad esempio, la tutela del paesaggio"[32].

Da ultimo si deve tenere conto che si è ormai formata una giurisprudenza costituzionale, in tema di ambiente. L'ambiente viene definito "*come formazioni geologiche e le loro spontanee manifestazioni; gli adunamenti di flora e fauna di particolare rilevanza, la peculiare bellezza che caratterizza il paesaggio*" (Corte cost. n. 79/1971). Vi è poi un *decisum*, ancor più risalente, Corte costituzionale, n. 151/1968, secondo cui il "precetto dell'art. 9 secondo una scelta operata al più alto livello dell'ordinamento assume il detto valore come primario", cioè come insuscettibile di essere subordinato a qualsiasi altro[33].

Le decisioni della Consulta sulle predette materie dovranno altresì tenere conto, quantomeno come canone ermeneutico, del principio dello sviluppo sostenibile, che, negli ultimi decenni, si è affermato come norma di diritto internazionale generalmente riconosciuta e che, in quanto tale, si applica nell'ordinamento italiano ai sensi dell'art. 10 della Costituzione[34].

In definitiva, il *"green-washing"* potrebbe generare anche una responsabilità extra-contrattuale, attivabile dal *greenholder*[35], per violazione di norme di ordine pubblico, in particolare di rango costituzionale, ove anche si ritenesse che non vi siano norme di rango ordinario che lo tutelino.

---

[31] G. ROSSI, *Prima parte. Parte generale*, in ID. (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, 4ª ed., Giappichelli, Torino, 2017, p. 44.

[32] *Ibidem*.

[33] Per ogni riferimento alla disciplina ambientale, cfr. R. FERRARA, M.A. SANDULLI (dir.), *Trattato di diritto dell'ambiente*, cit.; G. ROSSI, in ID. (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, cit., pp. 44-46. Viene osservato che "l'impianto essenziale di livello costituzionale era già stato del tutto strutturato quando con la legge cost. n. 3/2001 'la tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali' (art. 117, comma 2, lett. s) è stata inserita fra le competenze esclusive dello Stato, attribuendosi peraltro alla competenza concorrente delle Regioni la 'valorizzazione dei beni culturali e ambientali' (art. 117, comma 3)" (*ivi*, p. 44). Cfr., anche, sulla tematica generale dell'ambiente, A. CROSETTI, R. FERRARA, F. FRACCHIA, N. OLIVETTI RASON, *Diritto dell'ambiente*, Laterza, Bari, 2008.

[34] Vedi, in particolare, V. BARRAL, *Sustainable Development in International Law: Nature and Operation of an Evolutive Legal Norm*, in *European Journal International Law*, 2012, pp. 377-400. Da un punto di vista legale, si può solo segnalare, a quanto consta, I. H-Y CHIU, *Building a Single Market for Sustainable Finance in the EU. Mixed Implications and the Missing Link of Digitalisation*, in *European Company and Financial Law Review*, 2021, di prossima pubblicazione; E. AVGOULEAS, *Resolving the Sustainable Finance Conundrum: Activist Policies and Financial Technology*, in *Law and Contemporary Problems*, 2021, pp. 55-73.

[35] A quanto consta, il presente contributo è il primo, anche nella letteratura internazionale, ad utilizzare tale termine, che dunque costituisce un neologismo, il quale si evolve nel solco del concetto di *stakeholder*. Nella letteratura giuridica italiana, un riferimento *ante litteram* alla sostenibilità, in connessione con le crisi finanziarie del 2007/2008, vi è in F. CAPRIGLIONE, *Misure anticrisi tra regole di mercato e sviluppo sostenibile*, Giappichelli, Torino, 2010.

Si tratta d'altronde di una logica conseguenza in linea con la parabola giuridica, e giudiziaria, che ha caratterizzato l'affermazione della risarcibilità del danno biologico, in via aquiliana, nel nostro ordinamento: si può quindi ipotizzare che anche il danno ecologico (nell'accezione di cui sopra), oltre che quello biologico, sia risarcibile *ex* art. 2043 c.c.[36].

In aggiunta a ciò, si porrebbe anche un tema di diritto internazionale privato, quello del coordinamento fra la legge inglese e la giurisdizione che solitamente si applicano al "derivato" e la legge italiana che (almeno per le operazioni con controparti nostrane) reggerebbe di regola il rapporto sottostante.

Al di là della diversa tipologia di "derivati sostenibili", definizione sotto cui si cela una gamma molto ampia di contratti, prodotti e programmi di politica generale, la vera sfida connessa a tale nuova operatività, certamente in auge, è quella di meglio proteggere i soggetti che, almeno teoricamente, ne sono beneficiari e che ne abbiano una aspettativa, inclusa quella di *return*, di utile dunque, di un determinato investimento.

Una tale regolamentazione dovrebbe avere una portata globale, e non "regionale" come, ad esempio, se limitata alla UE, e dovrebbe legittimare, anche da un punto di vista giudiziale, categorie di soggetti che possono essere lese da una mancanza, ovvero scorretta informazione circa la natura dell'investimento, asseritamente sostenibile. In tal senso si parla sempre di più di *greenwashing*, giustappunto la pratica di comunicare al mercato e/o ad uno specifico soggetto, l'investitore o più in generale l'utente, in modo non corrispondente al vero ovvero fuorviante, caratteristiche ambientali o, più in generale, sostenibili di prodotti e servizi che in realtà non lo sono, o non lo sono nel grado e forma che vengono prospettati[37].

---

[36] Per un'interessante ricostruzione dei presupposti costituzionali del danno biologico vedi, *ex multis*, G. ALPA, *Il danno biologico*, 6ª ed., Cedam, Padova, 1994; ID., *Il danno biologico: parabola o evoluzione di un progetto di "politica del diritto"*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2000, pp. 169-180; ID., *La responsabilità civile. Principi*, 2ª ed., Wolters Kluwer, Milano, 2018; E. LECCESE, *Danno all'ambiente e danno alla persona*, Franco Angeli, Milano, 2011, p. 197 ss.; G. MARCATAJO, *Il danno ambientale esistenziale*, Esi, Napoli, 2016, p. 51 ss.; E. AL MUREDEN, *I fatti illeciti. Casi e materiali*, 3ª ed., Giappichelli, Torino, 2018.

[37] Il tema dei derivati e della sostenibilità si innesterebbe, e verrebbe vieppiù giustificato, da una letteratura in cui la sostenibilità ecologico-sociale viene messa alquanto in luce. Cfr., fra i più autorevoli interventi: M. PENNASILICO, *La "sostenibilità ambientale" nella dimensione civil-costituzionale: verso un diritto dello "sviluppo umano ed ecologico"*, in *Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente*, 3, 2020, p. 4 ss.; C. MAGLI, *Pratiche commerciali scorrette e rimedi civilistici nel contesto della responsabilità sociale di impresa*, in *Contratto e impresa*, 2019, p. 716 ss.; A. LAS CASAS, *Dai diritti di emissione alla finanza* green, in *Teoria e critica della regolazione sociale*, 2020, p. 129 ss.; G. CAPALDO, *Linee evolutive in tema di soggetti per una società sostenibile*, in *Personaemercato.it*, 2020, pp. 334 ss.; B. POZZO, *I* green claims*, l'economia circolare e il*

L'obiettivo dell'affermazione men che corretta sarebbe quello di attrarre, a diverso titolo un investimento. Ad esempio, uno strumento di debito emesso da una azienda affinché la stessa usi le somme incassate dalla raccolta per sviluppare attività di natura ambientale potrebbe essere contraddetto dal fatto che in realtà si scopre che l'obiettivo eco-sostenibile costituisse soltanto lo specchio per le allodole per ignari investitori [38]. L'obiettivo *eco-friendly* è, si scopre più tardi, tradito dall'operare dell'emittente, totalmente difforme agli obiettivi dichiarati. Il *greenwashing* più spesso si interseca con la pubblicità ingannevole, non meno grave, anche se meno difficile da configurare dal punto di vista giuridico, in quanto ascrivibile a norme ben consolidate[39].

Manca, nell'ordinamento italiano, ma anche in uno che, in questa sede, si è preso a riferimento, il Regno Unito, una normativa di protezione *ad hoc.* Non difettano tuttavia norme che, indirettamente, tutelino l'investitore. Ad esempio, in Gran Bretagna, la *Consumer Protection from Unfair Trading Regulation 2008*, proibisce pratiche commerciali false e fuorvianti. Ma anche la stessa *Regulation 6* proibisce pratiche commerciali il cui scopo sia quello di coprire ovvero offuscare informazioni di natura sostanziale. Tali norme rispecchiano, nonostante l'uscita dalla UE, la disciplina europea della *Unfair Commercial Practices Directive 2005*, in particolare l'articolo 6 e l'articolo 7, che trova applicazione anche in Italia[40].

---

ruolo dei consumatori nella protezione dell'ambiente: le nuove iniziative della Commissione UE, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 2020, p. 707 ss.; F BERTELLI, *I* green claims *tra diritti del consumatore e tutela della concorrenza*, in *Contratto e impresa*, 2021, p. 286 ss.; N. LINCIANO, *La finanza per lo sviluppo sostenibile. Tendenze, questioni in corso e prospettive alla luce dell'evoluzione del quadro regolamentare dell'Unione europea*, in *Consob.it*, 28 giugno 2021.

[38] Empiricamente la casistica va già oltre l'immaginazione di chi scrive. *Green bond* sono stati emessi, anni addietro, da una società del Sud America, per finanziare la costruzione di dighe, che avrebbero migliorato le condizioni di vita delle popolazioni locali: salvo poi dover prendere atto che alcune dighe crollarono, distruggendo proprio le case delle popolazioni che volevano salvare.

[39] Un caso simile potrebbe essere quello del "Dieselgate", non troppo in là con il tempo, in cui è rimasta coinvolta una nota casa produttrice di autoveicoli tedesca. Il comunicare dati di test relativi al basso grado di inquinamento di veicoli diesel, dati in realtà non corretti o addirittura alterati, aveva un effetto ambientale, un *greenwashing*, anche se la condotta era un vero e proprio caso, da un punto di vista privatistico, di pubblicità ingannevole e concorrenza sleale. Né tali condotte sono andate impunite in alcuni Paesi, come ad esempio la Spagna, dove la relativa *class action* è stata accolta. Cfr. AltroConsumo, *Dieselgate, i consumatori spagnoli vincono la class action. In Italia manca poco*, 21 gennaio 2021, in *www.altroconsumo.it/auto-e-moto/automobili/news/altroconusmo-contro-volkswagen*.

[40] Per un commento alla Direttiva, tra la dottrina italiana, cfr., *ex multis*, T. BROGGIATO, *La direttiva n. 2005/29/CE "sulle pratiche commerciali sleali"*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 2006, p. 21 ss.; R. INCARDONA, *La direttiva n. 2005/29/CE sulle pratiche commerciali sleali: prime valutazioni*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2006, p. 361 ss. A livello internazionale v. S. WEATHERILL, U. BERNITZ, *The Regulation of Unfair Commercial Practices Under EC Directive 2005/29*, Hart Publishing, Oxford-Portland, 2007; B.B. DUIVENVOORDE, *The Consumer Benchmarks in the Unfair Commercial Practices*

Nonostante l'assenza di precetti *ad hoc*, le norme che indirettamente tutelano l'*economic citizen* contro il *greenwashing* hanno comunque sicura cogenza in Italia. Stanti le previsioni legislative europee, anche in Italia, a fronte di dichiarazioni non vere circa la reale sostenibilità, vi sarebbe la possibilità di invalidare il relativo contratto, per violazione delle regole a presidio della tutela del consumatore, come anche di ottenere un congruo risarcimento del danno[41].

In particolare, qualora il *greenwashing* incida sulle condizioni di offerta o collocamento di uno strumento o prodotto finanziario, l'investitore che, a causa di quel tipo di irregolarità informativa, subisca un danno, potrà senz'altro azionare rimedi risarcitori contro chi ha emesso o distribuito il predetto strumento o prodotto (ed anche verso chi abbia certificato la bontà degli impegni ed obiettivi ecosostenibili esposti nei relativi documenti di offerta e sottoscrizione)[42].

Al di là della tutela giudiziale dinanzi al giudice, per l'impresa che in modo sistematico si appropri di caratteristiche di sostenibilità che non le sono propri, vi è pur sempre l'indagine dell'autorità amministrativa, nel caso italiano giustappunto l'Autorità Garante per la Concorrenza e Mercato[43]. È anche vero che vi potrebbe essere una incertezza circa la linea di demarcazione fra questa Autorità, la quale verrebbe chiamata in causa per le condotte degli operatori non bancari e finanziari, e

Directive, Springer, Cham, 2015; W. VAN BOOM, A. GARDE, O. AKSELI (eds.), *The European Unfair Commercial Practices Directives*, Routledge, London-New York, 2016.

[41] Ove le informazioni promanassero da un intermediario bancario e finanziario, la tutela potrebbe essere quella di cui alla MiFID II, ben consolidata e costantemente aggiornata. Nella letteratura inglese, in tema di MiFID II, cfr. D. BUSCH, G. FERRARINI (eds), *Regulation of the EU Financial Markets. MiFID II and MiFIR*, Oxford University Press, Oxford, 2017; M. HAENTJENS, P. DE GIOIA CARABELLESE, *European Banking and Financial Law*, cit., pp. 83-100. Nella manualistica italiana, si rimanda, quanto alla tutela del depositante e dell'investitore, rispettivamente, a F. VELLA, G. BOSI, *Diritto ed economia di banche e mercati finanziari*, Il Mulino, Bologna, 2019, pp. 310-326; R. COSTI, *Il mercato mobiliare*, cit., pp. 123-184; F. ANNUNZIATA, *La disciplina del mercato mobiliare*, cit., pp. 133-176.

[42] Sui principi che informano la materia vedi, *ex multis*, F. SARTORI, *La responsabilità da prospetto informativo*, in *Diritto bancario*, 2011, online; P. LUCANTONI, *L'informazione da prospetto. Struttura e finzione nel mercato regolato*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2020. Nella letteratura di lingua inglese, cfr. M. HAENTJENS, P. DE GIOIA CARABELLESE, *op. cit.*, pp. 34-44. Sempre nella letteratura internazionale, ma relativa alla precedente Direttiva UE, piuttosto che all'attuale Regolamento UE, cfr. N. MALONEY, *EU Securities and Financial Markets, Regulation*, 3ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 71-126. Da un punto di vista di legislazione britannica, cfr. R. CRANSTON, E. AVGOULEAS, K. VAN ZWIETEN, C. HARE, T. VAN SANTE, *Principles of Banking Law*, Oxford University Press, Oxford, 2018; I. H-Y CHIU, J. WILSON, *Banking Law and Regulation*, Oxford University Press, Oxford, 2019.

[43] In Gran Bretagna, questa Autorità sarebbe attualmente la *Competition and Markets Authority*. Cfr. *ex plurimis* R. WHISH, D. BAILEY, *Competition Law*, 10ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2021; A. EZRACHI, *Competition and Antitrust Law: A Very Short Introduction*, Oxford University Press, Oxford, 2021.

la Consob, quest'ultima per le condotte pur ingannevoli attribuibili agli intermediari[44].

Nei casi più estremi, si può inoltre ipotizzare una responsabilità dell'impresa e dei suoi amministratori per false comunicazioni sociali, con ricadute anche ai fini del D.lgs. n. 231/2001[45]. D'altro canto, in una Italia che gode di una Carta costituzionale formalmente rigorosa, una possibile tutela potrebbe essere quella basata direttamente sui precetti costituzionali, ove l'ambiente, stando l'interesse della dottrina italiana verso il tema, godrebbe di una qualche forma di tutela.

In uno scenario di tale tipo sembra potersi affermare che l'*economic citizen*, sia esso depositante, institore, assicurato, socio ovvero ogni altro soggetto che fosse fuorviato nell'investimento per qualità ambientali che sono assenti al progetto, malgrado l'enfasi della pubblicità o più in generale della comunicazione di supporto, potrebbe comunque avvalersi di un'azione extracontrattuale, basandosi sulla violazione delle norme costituzionali di tutela dell'ambiente, testé citate[46].

Certo è che, data la novità della disciplina, un supporto sicuro potrebbe essere fornito dalla normativa secondaria, attraverso la creazione di una tassonomia di ciò

[44] È da ricordare che la CONSOB, recentemente, ha emesso una comunicazione il cui obiettivo teorico è anche quello di meglio definire il tema del *greenwashing*, anche al fine di una corretta ripartizione di competenze dei soggetti vigilanti. Oggetto dell'analisi è anche quello di avere un quadro più dettagliato di agenzie di *rating* e *data provider*. Cfr. V. D'ARGERIO, *Sostenibilità, Consob vuol vederci chiaro su agenzie di rating e data provider*, in *ilSole24Ore.com*, 16 giugno 2021, online.

[45] Su questo tipo di rischi nell'ambito dell'operatività in derivati vedi S. DAVINI, T.E. ROMOLOTTI, *Operatività in strumenti finanziari derivati e profilo di rischio* ex *D.lgs 231/2001: casi e problemi*, in *Rivista 231*, 2007, p. 55 ss.; S. DAVINI, T.E. ROMOLOTTI, *Responsabilità* ex *D.lgs. 231/2001 e operatività in derivati OTC: riflessioni e prospettive in esito a un decennio vissuto pericolosamente*, *ivi*, 2017, p. 117 ss.

[46] Senza pretesa di esaustività in tema di responsabilità extracontrattuale, nell'ordinamento italiano, si rinvia, per tutti, a A. DE CUPIS, *Fatti illeciti*, in *Commentario del codice civile a cura di A. Scialoja e G. Branca*, Zanichelli Editore, Bologna e Il Foro Italiano, Roma, 1971. Nella manualistica, cfr. V. ROPPO, *Diritto privato. Linee essenziali*, 6ª ed., Giappichelli, Torino, 2020, pp. 513-533; P. PERLINGIERI, L. CORSARO, *Responsabilità da fatto illecito*, in P. PERLINGIERI*et al.*, *Manuale di diritto civile*, 9ª ed., Esi, Napoli, 2018, pp. 877-879; A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, 48ª ed., a cura di G. Trabucchi, Cedam, Padova, 2017, pp. 1219-1267; L. NIVARRA, V. RICCIUTO, C. SCOGNAMIGLIO,*Diritto privato*, 5ª ed., G. Giappichelli Editore, Torino, pp. 461-500 In altra sede (A. D'ADDA, A. GORASSINI, *La responsabilità extracontrattuale*, in E. GABRIELLI (a cura di), *Diritto privato*, 2ª ed., Giappichelli, Torino, 2020, pp. 1019-1053) viene correttamente rimarcato che a livello privatistico vi è una disciplina speciale "in tema di risarcimento del danno all'ambiente, contemplata dapprima dalla l. n. 349/1986 ed oggi dagli artt. 300 ss. c. ambiente (d.lgs. n. 152/2006)" (*ivi*, 1050). Si prosegue affermando che il danno all'ambiente regolato in tale legge non è il danno "che condotte illecite produttive di inquinamento arrechino a beni ovvero ad utilità direttamente riconducibili a privati", per i quali vi è una specifica azione individuale. Nel nostro caso il danno è collettivo, e dunque il legislatore prevede una "legittimazione speciale dello Stato (per il tramite del Ministero dell'Ambiente) a vedersi risarcito il pregiudizio 'nell'interesse della collettività'" (*ivi*, p. 1051).

che deve ritenersi sostenibile (*green factors*), ciò che non lo è (*brown factors*) e ciò che è nel mezzo.

Lo sforzo tecnico-giuridico in tal senso non sembra troppo arduo, come sottolineato dalla migliore dottrina[47], anche perché alcuni strumenti di coercizione diretta già esistono. Al novero della *direct coercion*, ossia alla coercibilità di natura diretta, sembra riconducibile la *green liability*, la responsabilità, che risulti da una inosservanza ad adempiere una promessa "verde", di natura ecologica, presente ad esempio in una obbligazione di tale natura. In tal senso si può parlare di *green default*[48]. Una ulteriore *direct coercion* è quella che discende da obblighi fiduciari che gravino sugli amministratori di società, laddove la società in questione abbia chiaramente inglobato un obiettivo, debitamente pubblicizzato, a perseguire un'agenda sostenibile. Data la natura fiduciaria dei doveri degli amministratori, il deviare da questo obiettivo, a meno che non sia giustificato da norme di ordine pubblico, determina una responsabilità di tipo fiduciario[49]. Da ultimo, una *indirect coercion*, una coercizione di tipo indiretto, potrebbe essere costituita da norme di natura prudenziale del settore bancario e finanziario, le quali potrebbero indurre le banche a disinvestire da imprese che assumano rischi di sostenibilità ovvero a manifestare le proprie preoccupazioni verso i relativi *Board of Directors*[50].

Infine una forma di *moral suasion* molto incisiva potrebbe emergere dai Codici Etici, e dalle *policy*, degli investitori istituzionali, che dovrebbero vietare di fornire ulteriore supporto finanziario, in qualsivoglia forma, a chi, dopo averlo ricevuto anche sulla base di un programma di obiettivi ecosostenibili, si sia macchiato di

---

[47] D. RAMOS MUNOZ, E. CERRATO GARCIA, M. LAMANDINI, *EBI. European Banking Institute*, in *EBI Working Paper Series*, n. 90, 12 april 2021. Viene sottolineato quanto segue: "*Thus, it is the political challenge that looks formidable. Even if climate-related shocks and financial (in)stability are related in general, establishing a direct link between a State's contribution, and climate shocks is more difficult, and the greatest contributor need not be the state in need of financial, while the imposition of climate-related adjustments under threat of financial duress may not be a popular option. The fact that we look at this scenario with some disbelief is proof that, as far as 'green promises' go, they are less credible than financial promises"* (*ivi*, pp.41-42).

[48] Viene sottolineato, correttamente, in dottrina (D. RAMOS MUNOZ, E. CERRATO GARCIA, M. LAMANDINI, *op. cit.*, p. 33), quanto segue: "*Liability resulting from a 'green default' is primarily contractual, and, as result, will be articulated in the offering documents themselves. These must determine how to assess a specific default, i.e. whether it is serious enough to result in an increase in the cost of debt, or in the acceleration of payments*".

[49] *Ivi*, pp. 36-37.

[50] Anche in questo caso, la migliore dottrina sembra inquadrare il fenomeno al meglio (*ivi*, p. 39). La normativa secondaria da emanarsi potrebbe consentire alle banche agevolazioni nella valutazione del proprio patrimonio di vigilanza per investimenti che siano caratterizzati da *green factors*, ovvero per contro potrebbero penalizzare il patrimonio delle banche per *brown investments*, ossia per investimenti i cui fattori di sostenibilità siano molto bassi.

greenwashing; e ciò almeno sino a quando quest'ultimo non abbia dimostrato di aver sanato le carenze organizzative, di processo e/o di cultura o formazione aziendale, che hanno generato quel tipo di incidente.

Nel frattempo, quanto ai comportamenti degli intermediari vigilati, i quali però costituiscono solo una piccola parte degli operatori che possono cedere alla tentazione del *greenwashing*, la legislazione europea, con il Regolamento 2019/2088, si indirizza a questi, definendo le relative condotte, anche se l'orizzonte legislativo potrebbe, ed anzi dovrebbe, vedere un nuovo testo legislativo di migliore inquadramento di tutta la tipologia di prodotti (finanziari e non, derivati e non) connessi alla sostenibilità.

Più ardua, a parere di chi scrive, sembra essere l'ipotesi di creare una autorità *ad hoc* per la sostenibilità, la quale vigili trasversalmente sulle condotte di tale tipologia, con la specifica missione di prevenire il *greenwashing* o, meglio, di evitare ogni condotta che impatti sulla corretta azione e comunicazione di natura sostenibile ed ambientale. Anche se in un Paese come l'Italia dalle facili infatuazioni non si può escludere che un tale obiettivo possa essere perseguito, si ritiene che, da un lato, il *corpus* normativo esistente già protegge il bene in considerazione (la sostenibilità in relazione all'attività finanziaria[51]), dall'altro la ulteriore creazione di autorità, in un Paese che non ne difetta, pare poco opportuna, almeno al momento in cui si scrive, per le finalità di trasparenza dell'azione amministrativa e, ancor di più, della sua struttura.

8. Dalla *corporate social responsibility* al *green stakeholder*?!

I derivati di natura sostenibili ricevono, con il documento ISDA in commento, un loro riconoscimento di fatto. La sostenibilità, tuttavia, va assumendo, alla luce delle vicende politiche internazionali di questo ultimo mese, una nuova spinta ed un inaspettato impulso, tanto da costituire il *leit motif* di tutta una gamma di prodotti, non solo derivati.

[51] Il rischio ambientale, in relazione all'attività di impresa, è stato avvertito dalla dottrina italiana da subito, in epoca in cui non si parlava ancora di *greenwashing*. Per tutti, G. ALPA, G. CONTE, V. DE GREGORIO, A. FUSARO, U. PERFETTI, *Rischio di impresa e tutela dell'ambiente. Precauzione – responsabilità - assicurazione*, Esi, Napoli, 2012.

La sostenibilità, quale nuovo valore fondante di un nascente diritto globale o, quanto meno, di una *global regulation*, pone i problemi che si sono esaminati nel presente contributo.

Il *green default*, quale violazione della promessa di sostenibilità contenuta in un contratto ovvero in un documento statutario-societario ovvero nella legge, fra cui potenzialmente quella costituzionale italiana, pone problemi nuovi e sfide non immaginabili. Al di là della necessità che un ordinamento si doti di una autorità di settore, ipotesi che si è esclusa nel presente scritto, nuovi aspetti da valutare sono quelli costituiti dalle tutele nuove e antiche, presenti nell'ordinamento, a fronte del crescente rischio di *greenwashing*.

Lo scritto addiviene alla conclusione - e fortunatamente dimostra - che al momento gli strumenti tradizionali di tutela di chi abbia una aspettativa da sostenibilità siano sufficienti, laddove il vero problema è tuttora costituito dall'assenza di norme procedimentali, le quali, attraverso meccanismi quali la *class action*, consentano una sicura ed economica tutela alla parte offesa.

Al di là di ciò la disamina della portata del nuovo concetto mette alla luce come la sostenibilità possa costituire per il futuro un tema ancora più cruciale della *corporate social responsibility*, anche perché di quest'ultima ne costituisce l'evoluzione [52], individuando, rispetto alla *CSR*, una categoria di destinatari molto meglio definibile[53], il *green stakeholder*, meglio linguisticamente del *greenholder*, dotato delle sue tutele, già definibili al momento, e non vaghe, invece che lo *stakeholder*, categoria

[52] Nella letteratura giuridica, il tema non sembra essere stato approfondito, tranne che in questo contributo. In ambito economico, si fa riferimento a M. BILLIO, M. COSTOLA, I. HRISTOVA, C. LATINO, L. PELLIZON, *Inside the ESG Ratings: (Dis)Agreement and Performance*, in *Corporate Social Responsibility and Environmental Management*, 2021, di prossima pubblicazione.

[53] Nella letteratura italiana, in tema di *corporate social responsability*, cfr. D. CATERINO, I. INGRAVALLO (a cura di), *L'impresa sostenibile alla prova del dialogo dei saperi*, EuriConv European Research Institute, Lecce, 2020. In una visuale di *common law*, si rimanda a P. DE GIOIA CARABELLESE, Corporate social responsibility *e* common law, in *Giurisprudenza commerciale*, 2019, I, pp. 1041-1060. Nella letteratura d'Oltremanica, il tema della *corporate social responsibility* si trova solitamente amalgamato nella più ampia tematica dei doveri degli amministratori e, in particolare, dopo il *Companies Act* 2006, nel controverso dovere di cui alla *section* 172 (il dovere di promuovere il successo della società). Cfr. per tutti P.L. DAVIES, S. WORTHINGTON, *Principles of Modern Company Law*, 10ª ed., Sweet & Maxwell, London, 2016, pp. 461-590. In modo ancora più specifico si rimanda a S. MORTIMORE (ed.), *Company Directors. Duties, Liabilities, and Remedies*, 2nd ed., Oxford University Press, Oxford, 2013. A livello monografico, non può che farsi riferimento a J.E. PARKINSON, *Corporate Power and Responsibilities Issues in the Theory of Company Law*, Oxford University Press, Oxford, 1995. Nella manualistica italiana, cfr. F. VELLA, *Diritto ed economia delle società*, Il Mulino, Bologna, 2015, pp. 176-209; A. GAMBINO, D.U. SANTOSUOSSO, *Società di capitali*, 4ª ed., Giappichelli, Torino, 2014, pp. 123-154.

quest'ultima che, al di là dell'infatuazione dottrinale degli ultimi anni, non ha mai avuto, processualmente e concretamente, un vero riconoscimento[54].

Indirettamente, il fondamento anche costituzionale dell'ambiente e, dunque, *lato sensu* della sostenibilità costituirebbe nella materia dei derivati italiani, da tempo sotto l'attacco della giurisprudenza, la base per andare oltre i limiti angusti della causa, criticati dalla dottrina[55], e di giustificare la meritevolezza degli stessi[56], proprio nella misura in cui realizzino i nuovi obiettivi e finalità che si sono lumeggiati in questo contributo.

[54] In proposito, si permette di rinviare a P. DE GIOIA CARABELLESE, *Corporate Governance of British Banks and Duties of Directors: Practical Implications of the Royal Bank of Scotland's Demise*, in *Law and Economics Yearly Review*, 2014, pp. 134-165.

[55] Cfr. C. ANGELICI, *Alla ricerca del "derivato"*, Giuffré Editore, Milano, 2016. Da ultimo si permette di rimandare anche a P. DE GIOIA CARABELLESE, S. DAVINI, *Danno erariale, derivati e causa del contratto*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2021, in corso di pubblicazione.

[56] Il tema della meritevolezza dei nuovi contratti derivati di natura ambientale, anche in relazione alla loro funzione "ecologico-sociale", viene esaminato con attenzione, ed in modo innovativo, da M. PENNASILICO, *Dal "controllo" alla "conformazione" dei contratti: itinerari della meritevolezza*, in *Contratto e impresa*, 2020, p. 823 ss. Viene correttamente notato (*ivi*, pp. 829-830) che, con i precetti della Costituzione, vi è stata una "costituzionalizzazione" del diritto civile tale anche da "modernizzare la concezione bettiana della funzione negoziale" (*ivi*, p. 829). Per effetto della Costituzione, da un lato, "non appare più adeguato il criterio neutro della liceità, nell'ambito del quale confluiscono e si confondono contratti notevolmente meritevoli di tutela con contratti semplicemente leciti e permessi"; dall'altro diventano "immeritevoli di tutela i contratti il cui assetto di interessi è difforme dai principi normativi identificativi dell'ordinamento, innanzi tutto quelli costituzionali, sì che la non conformità della 'regola' contrattuale a quei principi priva l'operazione di una causa meritevole di tutela, con conseguente nullità del contratto" (*ivi*, p. 830). Trasferendo tali considerazioni al contesto ambientale, viene affermato ed è condiviso in presente lavoro (M. PENNASILICO, *op. ult. cit.*, p. 854) che l'interesse ambientale costituisce un "*vincolo positivo e intrinseco* all'attività di operatori pubblici e privati: non già un *mero limite esterno* all'autonomia negoziale, bensì un *fattore trainante* dello sviluppo, che indirizza la produzione verso i dettami dell'economia 'circolare' e rende meritevoli di tutela i contratti idonei a realizzare una funzione 'ecologico-sociale'" (*ivi*, p. 854). In tale contratto "ecologico", che è anche coerente con una natura derivata, "le parti intendono collaborare non tanto per ottenere un vantaggio personale, quanto piuttosto per perseguire l'interesse generale" (*ivi*, p. 855) In tema di derivati nell'ordinamento italiano, si rimanda, senza pretesa di esaustività, a E. GIRINO, *I contratti derivati*, 2ª ed., Giuffrè, Milano, 2010; F. CAPUTO NASSETTI, *Profili civilistici dei contratti "derivati" finanziari*, Giuffrè, Milano, 1997; S.S. DI ROSA, M.A. MERES, *Gli strumenti finanziari derivati*, in S. AMOROSINO (a cura di), *Manuale di diritto del mercato finanziario*, 3ª ed., Giuffrè, Milano, 2014. Per una rassegna completa di tipo giurisprudenziale in tema di derivati, si permette di rinviare a P. DE GIOIA CARABELLESE, S. DAVINI, *op. ult. cit.*

PER UN PRIMO INQUADRAMENTO TEORICO DELLA DECISIONE AMMINISTRATIVA ALGORITMICA*

Biagio Spampinato**

ABSTRACT [ITA]: L'Autore, nel prendere in considerazione la giurisprudenza amministrativa più recente relativa alla decisione amministrativa algoritmica, ne evidenzia i punti di convergenza e di divergenza più significativi, individuando, tra questi ultimi, quello concernente la qualificazione (giuridica) della predetta decisione. Si sofferma, pertanto, su tale ultimo profilo, cercando di trovare la nozione teorica più adeguata e di delinearne il regime giuridico applicabile, prospettando, in particolare, il dubbio sull'applicabilità dell'art. 21*octies*, comma 2, della legge sul procedimento amministrativo.

ABSTRACT [ENG]: *The Author, in taking into consideration the most recent administrative judgments relating to the algorithmic administrative decision, highlights the most significant points of convergence and divergence, identifying, among the latter, the one concerning the (legal) qualification of the aforementioned decision. He therefore focuses on this last profile, trying to find the most appropriate theoretical notion and to outline the applicable legal regime, raising, in particular, the doubt on the applicability of art. 21octies, paragraph 2, of the law on administrative procedure.*

SOMMARIO: **1.** Premessa. **2.** Le direttrici segnate dal Consiglio di Stato nel percorso di digitalizzazione della pubblica amministrazionemediante l'impiego di algoritmi. **3.** I punti di divergenza. **4.** Brevissime notazioni a margine della giurisprudenza considerata. **5.** Un primo inquadramento teorico della decisione amministrativa algoritmica: rilevanza della nozione di documento informatico e di atto amministrativo informatico. **6.** Le prime irrinunciabili garanzie da applicare (pure) alla decisione amministrativa algoritmica. I dubbi prospettabili sull'applicabilità dell'art. 21*octies*, comma 2, legge n. 241/1990 e succ. modif. e integr..

* Prodotto del Programma di ricerca di Ateneo UNICT 2020-22 linea 2.
** Professore associato di Diritto amministrativo Università degli Studi di Catania.

1. Premessa.

Già da qualche tempo la giurisprudenza amministrativa ha avuto modo di confrontarsi con la tecnologia smart e, in particolare, con l'uso degli algoritmi da parte della pubblica amministrazione[1]. Una delle occasioni finora più ghiotte l'ha offerta il settore della scuola, dove gli algoritmi sono stati impiegati nella procedura di assegnazione delle sedi agli insegnanti neoassunti e nella procedura concorsuale per dirigenti scolastici[2].

[1] Nel processo di digitalizzazione della pubblica amministrazione si possono registrare tre tappe: la prima, di fine anni '90, consistita, semplicemente, nella smateralizzazione dell'attività e nella interoperatività delle banche date; la seconda, iniziata con l'avvento del nuovo secolo, con l'utilizzo anche dell'intelligenza artificiale (in senso lato) per lo svolgimento dell'attività; la terza è quella cominciata nel 2020, con l'avvento della pandemia, che ha visto l'impiego della videotecnologia informatica (*smartworking*, DAD, ecc.).

[2] Per il primo versante, v.: Cons. St., sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270; Cons. St., sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472; Cons. St., sez. VI, 4 febbraio 2020, n. 881.

Per il secondo versante, v.: Cons. St., sez. VI, 2 gennaio 2020, n. 30; T. A. R. Lazio, Roma, III*bis*, 30 giugno 2020, n. 7370; T. A. R. Lazio, Roma, III*bis*, 01 luglio 2020, n. 7526; T. A. R.Lazio, Roma, III*bis*, 23 giugno 2021, n. 7489; T. A. R. Lazio, Roma, III*bis*, 30 giugno 2021, n. 7769.

In dottrina, v., tra gli altri: G. AVANZINI, *Decisioni amministrative e algoritmi informatici. Predeterminazione analisi predittiva e nuove forme di intellegibilità*, Napoli, 2019; A. CARLEO (A CURA DI), *Decisione robotica*, Bologna, 2019; E. CARLONI, *I principi della legalità algoritmica. Le decisioni automatizzate di fronte al giudice amministrativo*, in *Dir. amm.* 2020, 273 ss.; A. CASSATELLA, *La discrezionalità amministrativa nell'età digitale*, in AA. VV., *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, Napoli, 2020, I, pp. 675 ss.; R. CAVALLO PERIN (A CURA DI), *L'amministrazione pubblica con i* big data*: da Torino un dibattito sull'intelligenza artificiale*, Torino, 2021; S. DE FELICE, *Intelligenza artificiale e "Invalidità e giustiziabilità dinanzi al giudice amministrativo"*, *www.giustizia-amministrativa.it* 06 luglio 2021; R. FERRARA, *Il giudice amministrativo e gli algoritmi. Note estemporanee a margine di un recente dibattito giurisprudenziale*, in *Dir. amm.* 2019, pp. 773 ss.; D. U. GALETTA, *Algoritmi, procedimento amministrativo e garanzie: brevi riflessioni, anche alla luce degli ultimi arresti giurisprudenziali in materia*, in AA. VV., *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, Napoli, 2020, III, pp. 2265 ss.; G. MARCHIANÒ, *Intelligenza artificiale: IA specifiche e l'amministrazione provvedimentale – IA generali e i servizi pubblici*, in *www.federalismi.it* 21 aprile 2021, pp. 137 ss.; D. MARONGIU, *L'automazione delle decisioni amministrative: teorie, esperienze e sentenze*, in AA. VV., *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, Napoli, 2020, IV, pp. 3369 ss.; A. MASUCCI, *Atto amministrativo informatico*, in *Enc. dir.-Agg.*, I, Milano, 1997, pp. 221 ss.; ID., *Il documento amministrativo informatico*, in G. ARENA - M. BOMBARDELLI - M. P. GUERRA - A. MASUCCI, *La documentazione amministrativa. Certezze, semplificazione e informatizzazione nel d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445*, Santarcangelo di Romagna (Rimini), 2001, pp. 173 ss.; ID.,*Il documento informatico. Profili ricostruttivi della nozione e della disciplina*, in *Riv. dir. civ.* 2004, pp. 749 ss.; ID., *Procedimento amministrativo e nuove tecnologie. Il procedimento amministrativo ad istanza di parte*, Torino, 2011; P. OTRANTO, *Riflessioni in tema di decisione amministrativa, intelligenza artificiale e legalità*, in *www.federalismi.it* 10 marzo 2021; B. RAGANELLI, *Decisioni pubbliche e algoritmi: modelli alternativi di dialogo tra forme di intelligenza diverse nell'assunzione di decisioni amministrative*, in *www.federalismi.it* 22 luglio 2020, pp. 242 ss.; L. VIOLA, *Giurimetria*, in *www.treccani.it-diritto on line*, 2020.

La giurisprudenza si è, quindi, venuta a confrontare – in assenza di una disciplina *ad hoc*[3] - con questo nuovo fenomeno tecnologico, in relazione al quale sembra aver voluto cominciare a tracciare le prime linee direttrici lungo le quali la pubblica amministrazione si troverà costretta, volente o nolente, a muoversi nel suo percorso verso questa più intensa forma di digitalizzazione. Nelle sue principali pronunce molte sono le convergenze ma non manca pure qualche divergenza.

2. Le direttrici segnate dal Consiglio di Stato nel percorso di digitalizzazione della pubblica amministrazione mediante l'impiego di algoritmi.

Le direttrici cui si accennava possono riassumersi nei tre principi che il Consiglio di Stato ha cercato di enucleare: il principio della «piena conoscibilità a monte del modulo utilizzato e dei criteri applicati», della «imputabilità della decisione all'organo titolare del potere, il quale deve poter svolgere la necessaria verifica di logicità e legittimità della scelta e degli esiti affidati all'algoritmo», il principio di non discriminazione algoritmica[4].

Sul principio di conoscibilità dell'algoritmo va evidenziato che esso viene inteso nell'ottica di una trasparenza rinforzata e, quindi, nel senso che ad esso è complementare il principio di comprensibilità: non solo, pertanto, piena ostensibilità dei documenti, dati e informazioni ma anche piena loro comprensibilità[5]. Sembra, poi, volersi superare ogni limite laddove si afferma che «[i]n senso contrario [al principio di conoscibilità nell'accezione indicata] non può assumere rilievo l'invocata

[3] La dottrina ha persino notato: «[i]nvero, nonostante numerose disposizioni prevedano la digitalizzazione dei procedimenti amministrativi, manca una norma generale che ammetta, precisando le modalità, l'impiego di sistemi di AI nell'adozione di atti amministrativi. / Tale possibilità non sembra potersi desumere da norme di carattere eminentemente programmatico (art. 3 *bis* l. n. 241/1990; artt. 12 e 41 CAD), che paiono riferite in generale all'attività amministrativa e al procedimento, ma non alla decisione o all'atto automatizzato» (OTRANTO, *Riflessioni cit.*, p. 196); e, ancora: «…mentre gli algoritmi *deterministici* sono compatibili con i principi dell'attività amministrativa in quanto rendono prevedibili i risultati e comprensibile la logica decisionale, ciò non vale per gli algoritmi *non deterministici* tipici dei sistemi di AI. / Deve ritenersi, pertanto, che la norma attributiva del potere non possa di per sé legittimare l'esercizio dell'azione amministrativa attraverso l'uso di algoritmi, specie ove si tratti di algoritmi *non deterministici* tipici dei sistemi di AI» (*ibidem*, p. 198). Sulla problematica, v.: CARLONI, *I principi cit.*, par. 3; GALETTA, *Algoritmi cit.*, par. 2.

[4] Cons. St., VI, 4 febbraio 2020, n. 881, punti 9 e 11. Sui tre principi, v. CARLONI, *I principi cit.*, 289 ss..

[5] Cfr., *illo tempore*, G. ARENA-M. BOMBARDELLI, *Il diritto di accesso ai documenti amministrativi*, in V. CERULLI IRELLI (A CURA DI), *La disciplina generale dell'azione amministrativa. Saggi ordinati in sistema*, Napoli, 2006, pp. 409 ss..

riservatezza delle imprese produttrici dei meccanismi informatici utilizzati i quali, ponendo al servizio del potere autoritativo tali strumenti, all'evidenza ne accettano le relative conseguenze in termini di necessaria trasparenza»[6]. Questa decisa presa di posizione sembra aver trovato sponda in sede di pronunciamento del T. A. R. capitolino sul diritto di accesso «difensivo» avente per oggetto il c. d. codice sorgente relativo ad un programma informatico utilizzato per le prove scritte in un concorso pubblico[7]. Per questa giurisprudenza, dunque, l'esigenza di trasparenza sarebbe destinata a prevalere – vieppiù, proprio nei concorsi pubblici – sulle contrapposte esigenze portate avanti dalla pubblica amministrazione e ravvisate nella necessità di mantenere segreta l'invenzione dell'algoritmo e del suo codice sorgente e di consentirne l'utilizzo ripetuto in altri concorsi gestiti dalla stessa amministrazione, con il conseguente risparmio nell'impiego delle risorse pubbliche[8]. Anche la dottrina si è espressa nel medesimo senso, mostrando di condividere l'orientamento giurisprudenziale e, tutt'al più, notando che, diversamente dall'accesso c. d. procedimentale, il c. d. accesso civico generalizzato trova un espresso limite «[ne]gli interessi economici e commerciali di una persona fisica o giuridica, ivi compresi la proprietà intellettuale, il diritto d'autore e i segreti commerciali» (art. 5*bis*, comma 2, lett. c), d. lgs. n. 33/2013 e succ. modif. e integr.)[9]. Differenziazione, quest'ultima, che potrebbe, peraltro, trovare la sua giustificazione nel fatto che «[i]l bilanciamento è,

[6] Cons. St., sez. VI, 4 febbraio 2020, n. 881, punto 10, che, ad ulteriore conferma della «…rilevanza della trasparenza per i soggetti coinvolti dall'attività amministrativa informatizzata in termini istruttori e decisori», evoca la disciplina europea in materia di trattamento dei dati personali in forma automatizzata (reg. n. 679/2016).
[7] Si tratta della giurisprudenza citata nella nota n. 1.
[8] «Dalla lettura delle due norme richiamate [artt. 68, comma 1 e 1*ter*, 69 d. lgs. n. 82/2005 e succ. modif. e integr.] si evince chiaramente come l'accessibilità e la conoscenza dei codici sorgente, di regola, non determini una vulnerabilità della sicurezza dei programmi utilizzati dalle Amministrazioni ed anzi sia voluta dal Legislatore al fine di consentire il riuso dei programmi…. / Solo laddove invece sussistano "motivate ragioni di ordine e sicurezza pubblica, difesa nazionale e consultazioni elettorali" tale accessibilità è recessiva. Tuttavia si tratta in tal caso di programmi informatici utilizzati per finalità che presentano ontologicamente profili di segretezza e appaiono completamente diverse dalla mera gestione di un concorso pubblico, il quale deve essere permeato dalla massima trasparenza a tutela stessa del buon andamento dell'Amministrazione» (identicamente: T. A. R. Lazio, Roma, III*bis*, 30 giugno 2020, n. 7370; T. A. R. Lazio, Roma, III*bis*, 01 luglio 2020, n. 7526; T. A. R. Lazio, Roma, III*bis*, 30 giugno 2021, n. 7769).
[9] Cfr.: AVANZINI, *Decisioni cit.*, p. 144, che osserva «[r]iguardo alla dibattuta questione della tutela della proprietà intellettuale e del diritto d'autore, essa non rappresenta una causa di esclusione dall'accesso, dal momento che tale disciplina è funzionale a garantire gli interessi economici dell'autore ovvero del titolare dell'opera intellettuale e non impedisce pertanto la semplice riproduzione, ma solo la riproduzione cui consegua lo sfruttamento economico dell'opera stessa da parte di un soggetto diverso dall'autore. L'accesso disciplinato dalla legge generale sul procedimento e la sua funzione difensiva e strumentale alla tutela di posizioni soggettive del privato non sono lesivi del diritto all'uso economico esclusivo dell'opera»; MARONGIU, *L'automazione cit.*, par. 5, ed ivi, a p. 3386, il rilievo di cui nel testo.

infatti, ben diverso nel caso dell'accesso previsto dalla l. n. 241 del 1990, dove la tutela può consentire un accesso più in profondità a dati pertinenti, e nel caso dell'accesso generalizzato, dove le esigenze di controllo diffuso del cittadino devono consentire un accesso meno in profondità (se del caso, in relazione all'operatività dei limiti), ma più esteso, avendo presente che l'accesso in questo caso comporta, di fatto, una larga conoscibilità (e diffusione) di dati, documenti e informazioni»[10].

Per ciò che concerne il secondo principio, esso viene esplicitato con il sussidio dell'art. 22 reg. n. 679/2016, da cui il Supremo Consesso ha tratto che «…deve comunque esistere nel processo decisionale un contributo umano capace di controllare, validare ovvero smentire la decisione automatica»: «[c]iò a garanzia dell'imputabilità della scelta al titolare del potere autoritativo, individuato in base al principio di legalità, nonché della verifica circa la conseguente individuazione del soggetto responsabile, sia nell'interesse della stessa p.a. che dei soggetti coinvolti ed incisi dall'azione amministrativa affidata all'algoritmo»[11]. In sostanza, non sarebbero ammissibili «processi decisionali interamente automatizzati», ciò che trova, nuovamente, concorde la dottrina, la quale ribadisce la necessità che l'impiego della tecnologia informatica non equivalga ad una generalizzata deresponsabilizzazione degli organi amministrativi e, in particolare, degli organi di indirizzo politico-amministrativo[12].

Riguardo al terzo principio, prendendo spunto, questa volta, dal considerando n. 71 del reg. cit., il Consiglio di Stato afferma che «[i]n tale contesto, pur dinanzi ad un algoritmo conoscibile e comprensibile, non costituente l'unica motivazione della decisione, occorre che lo stesso non assuma carattere discriminatorio»[13]. Ancora una volta, gli fa eco la dottrina, la quale non ha mancato di notare come all'algoritmo si ritenga quasi connaturale l'errore poiché «[i]l codice sorgente deve essere tradotto in un linguaggio di programmazione eseguibile da una macchina (codice macchina o codice binario) e tale riscrittura non è un'operazione matematica ma di equivalenza logica, definita "un salto distruttivo e creativo"»; e, soprattutto, «[g]li algoritmi non sono neutri sillogismi di calcolo ma rimangono opinioni strutturate in forma

[10] Cons. St., a. p., 02 aprile 2020, n. 10, punto 9.1..
[11] Cons. St., sez. VI, 4 febbraio 2020, n. 881, punti 10.3 e 11.2.
[12] CASSATELLA, *La discrezionalità cit.*, p. 703, 704, dove afferma che «[l]a discrezionalità si esprime…nell'assunzione della responsabilità, politica e giuridica, rispetto ai risultati derivanti dall'applicazione dell'algoritmo, imponendo alla p.a. una costante vigilanza sul modo in cui la soluzione proposta dall'algoritmo è attuata e sui suoi concreti impatti».
[13] Cons. St., sez. VI, 4 febbraio 2020, n. 881, punto 11.3.

matematica, "*opinions embedded in mathematics*", e come tali riflettono le precomprensioni di chi li progetta, rischiando di tradurre le discriminazioni o i pregiudizi umani in discriminazioni o pregiudizi algoritmici»[14].

3. I punti di divergenza.

Come si è anticipato, all'interno della richiamata giurisprudenza non sembrano mancare le divergenze. La prima concerne l'ambito di ammissibilità dell'utilizzo dell'algoritmo, mentre la seconda sembra riguardare la qualificazione (giuridica) della decisione amministrativa adottata mediante algoritmo.

Per il primo profilo, pur concordando sulla necessità di non scoraggiare il processo di digitalizzazione della pubblica amministrazione, se non anche di favorirlo, per renderla più efficiente, mentre la sentenza «pioniera» sembrava voler restringere l'ammissibilità dell'utilizzo dell'algoritmo alla sola attività (autoritativa) vincolata, la più recente pronuncia non la esclude neppure rispetto all'attività (autoritativa) discrezionale, pur scorgendo il terreno d'elezione nel campo dei servizi e dell'attività ripetitiva (seriale), basati su grandi quantità di fattispecie[15]. Più avvertitamente, invece, la dottrina tende a distinguere tra algoritmo «tradizionale» e intelligenza artificiale (in senso stretto), per riservare il primo all'ambito dell'attività provvedimentale e la seconda al settore dei servizi pubblici. «Infatti, gli algoritmi tradizionali possono divenire trasparenti nel momento in cui il compilatore li rende conoscibili e ne illustra i contenuti. Invece, l'intelligenza artificiale, essendo soggetta a meccanismi di *machine learning* e di auto-modifica del *software*, genera il paradosso – noto agli informatici con il nome di *black box* – per cui le determinazioni assunte dalla macchina risultano non pienamente prevedibili e conoscibili nel loro percorso logico neanche da parte del programmatore. / Dunque, adoperando l'intelligenza artificiale nell'attività provvedimentale si incorrerebbe nel paradosso per cui le logiche sulla cui base il programma produce determinati output non solo non sarebbero conosciute dalla collettività, ma sarebbero oscure anche alla stessa

[14] AVANZINI, *Decisioni cit.*, rispettivamente, pp. 18, 22, cui *adde* pp. 119, 132.
[15] Cfr., infatti: Cons. St., sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270; Cons. St., sez. VI, 4 febbraio 2020, n. 881. Sugli ambiti di impiego degli algoritmi, v., comunque, la nota n. 20.

Amministrazione che ha adottato il programma informatico: si avrebbe quindi una condizione che costituirebbe la nemesi della trasparenza amministrativa»[16].
Riguardo invece alla qualificazione giuridica della decisione amministrativa algoritmica, la giurisprudenza richiamata si limita ad accenni, spesso fugaci se non anche confusi: talora, infatti, si è affermato che «[i]n definitiva, dunque, l'algoritmo, ossia il software, deve essere considerato a tutti gli effetti come un "atto amministrativo informatico"»[17]; altra volta si è invece detto che «[n]on si tratta, infatti, di sperimentare forme diverse di esternazione della volontà dell'amministrazione, come nel caso dell'atto amministrativo informatico…./ Nel caso dell'utilizzo di tali strumenti digitali…ci si trova dinanzi ad una situazione…efficacemente qualificata con l'espressione di rivoluzione 4.0 la quale, riferita all'amministrazione pubblica e alla sua attività, descrive la possibilità che il procedimento di formazione della decisione amministrativa sia affidato a un *software*, nel quale vengono immessi una serie di dati così da giungere, attraverso l'automazione della procedura, alla decisione finale»[18]; infine, si è parlato senz'altro del c. d. codice sorgente come di un «documento amministrativo»[19]. Ben più netta appare invece la posizione della dottrina, come si vedrà tra breve.

4. Brevissime notazioni a margine della giurisprudenza considerata.

A margine della giurisprudenza considerata ci si limita a brevissime notazioni.

Innanzitutto, non può non rilevarsi lo sforzo del Consiglio di Stato a non scoraggiare l'impiego dell'algoritmo per l'assunzione delle decisioni amministrative, mostrando così, il Supremo Consesso, di essere ben conscio, evidentemente, del fondamentale ruolo che il progresso tecnologico è destinato ad occupare nelle società

[16] MARONGIU, *L'automazione cit.*, p. 3395. E per la distinzione tra algoritmo «tradizionale» e intelligenza artificiale (in senso stretto), v.: *ult. loc. cit.*, pp. 3374-3377, cui *adde*, C. TASSO, *Attori, processi, meriti e responsabilità nell'utilizzo di algoritmi di Intelligenza Artificiale: il caso* Machine Learning, in CAVALLO PERIN (A CURA DI), *L'amministrazione cit.*, pp. 19 ss..
[17] Cons. St., sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270, punto 8.2.
[18] Cons. St., sez. VI, 4 febbraio 2020, n. 881, punto 5.4.
[19] Identicamente: T. A. R. Lazio, Roma, III*bis*, 30 giugno 2020, n. 7370; T. A. R. Lazio, Roma, III*bis*, 01 luglio 2020, n. 7526; T. A. R. Lazio, Roma, III*bis*, 30 giugno 2021, n. 7769. Per la definizione di «codice sorgente» in tali pronunce v. il par. 5.

avanzate[20]. È vero però che l'orientamento finora espresso dalla giurisprudenza, tutto a favore della trasparenza amministrativa e, quindi, della piena conoscibilità dell'algoritmo e del sottostante codice sorgente utilizzati in procedure amministrative di natura concorsuale (assegnazione di sedi e selezione dei dirigenti scolastici), potrebbe anche frenarne l'impiego, in un settore – quello, appunto, dei concorsi pubblici – dove, invece, il processo di digitalizzazione, se ben congegnato, sperimentato e gestito, potrebbe persino assicurare più imparzialità, nella selezione dei migliori, di quanto non ne possa assicurare la volontà umana. Il fatto è che appare estremamente difficile conciliare l'esigenza di favorire o, quanto meno, di non scoraggiare la digitalizzazione dell'amministrazione con quella - non meno rilevante - di non arretrare la tutela degli amministrati nei confronti della pubblica amministrazione, tutela faticosamente raggiunta con il riconoscimento delle garanzie procedimentali da parte della più recente legislazione amministrativa, a partire dalla legge n. 241/1990, e con il rafforzamento del processo amministrativo ad opera della disciplina contenuta nel c. p. a.. Si manifesta, insomma, in tutta evidenza, la difficoltà a trovare un punto di equilibrio tra il progresso tecnologico e quello che potrebbe definirsi «progresso amministrativo». E ci sarebbe, persino, da chiedersi se quel punto non spetti trovarlo agli organi politici piuttosto che al giudice.

Infine, resta ancora da inquadrare giuridicamente il nuovo fenomeno dell'algoritmo applicato all'agire autoritativo della pubblica amministrazione, aspetto sul quale ora si indugia.

[20] Sull'impatto della tecnologia smart sul ruolo dello Stato, v. L. CASINI, *Lo Stato nell'era di google. Frontiere e sfide globali*, Milano, 2020.
Per una ricognizione degli ambiti in cui si è già fatto ricorso allo strumento algoritmico, v.: AVANZINI, *Decisioni cit.*, pp. 41 ss.; CASINI, *Lo Stato cit.*, p. 59; CASSATELLA, *La discrezionalità cit.*, p. 677-679. Sugli scenari futuri dell'intelligenza artificiale, v., invece, D. MARINO, *L'intelligenza artificiale. Saga fantascientifica o realtà scientifica?*, Soveria Mannelli (Catanzaro), 2020. «Nel caso di specie, il programma realizzato dal CINECA ed utilizzato dal M.I.U.R. per lo svolgimento delle prove scritte del concorso ha svolto diverse funzioni. In primo luogo, ha consentito agli utenti di visualizzare le domande precaricate sul sistema e di fornire una risposta alle stesse. In secondo luogo, ha consentito di salvare queste risposte, collezionandole e cifrandole in vista della loro successiva messa a disposizione delle commissioni valutatrici. In sostanza, il programma ha svolto compiti di acquisizione, di custodia e di condivisione di dati, comportandosi come un "recettore-intermediario", veicolando e raccogliendo quesiti e risposte» (così, identicamente, nelle fattispecie da esse esaminate: T. A. R. Lazio, Roma, III*bis*, 30 giugno 2020, n. 7370; T. A. R. Lazio, Roma, III*bis*, 01 luglio 2020, n. 7526; T. A. R. Lazio, Roma, III*bis*, 30 giugno 2021, n. 7769).

5. Un primo inquadramento teorico della decisione amministrativa algoritmica: rilevanza della nozione di documento informatico e di atto amministrativo informatico.

Va premesso che secondo una definizione abbastanza diffusa, per algoritmo si intende un «insieme di regole, che connotano una sequenza finita di operazioni, rigorosamente formalizzate, atte a risolvere uno specifico problema»[21]. A sua volta, «…il c.d. "codice sorgente" di un *software* è rappresentato dal testo di un algoritmo di calcolo scritto in un linguaggio di programmazione volto a definire il flusso di esecuzione del programma. Si tratta, in particolar modo, di una sequenza articolata di tutti i dati e di tutti i comandi per mezzo dei quali il programmatore struttura il *software* e ne consente l'esecuzione, determinandone in concreto le modalità di funzionamento»[22]. Va subito aggiunto, però, che, allo stato attuale, esistono vari tipi di algoritmi, deterministici, probabilistici, di apprendimento, e così via e che la definizione che precede si attaglia, più che altro, all'algoritmo «tradizionale»[23]. Al di là però di una loro compiuta classificazione e di più analitiche definizioni[24], si può qui semplicemente sottolineare il fatto che, comunque, più gli algoritmi sono complessi, più essi possono avere capacità di autonomia decisionale, che si accompagna all'elaborazione dei c. d. *big data*, gli innumerevoli dati per gestire i quali essi vengono creati e sulla base dei quali essi sono in grado di «prendere decisioni»[25]. Dal punto di vista strutturale, infine, l'algoritmo è stato scomposto in (almeno) due fasi (discendenti, peraltro, dalla sua stessa definizione, come sopra riportata): «la

[21] In questi termini, A. GAGLIARDI LA GALA, *Natura, stato dell'arte e prospettive sull'uso dell'i. a. da parte delle amministrazioni*, Relazione al convegno *webinar* «Intelligenza artificiale e funzioni amministrative. Sindacato e tutela rispetto alle decisioni automatizzate», 19 giugno 2020, visibile su *www.youtube.com*. Per definizioni analoghe, cfr., per esempio: AVANZINI, *Decisioni cit.*, pp. 5, 6; CASSATELLA, *La discrezionalità cit.*, p. 677 nt. 8; GALETTA, *Algoritmi cit.*, p. 2280 nt. 71; MARONGIU, *L'automazione cit.*, pp. 3375, 3376; OTRANTO, *Riflessioni cit.*, p. 190; RAGANELLI, *Decisioni cit.*, p. 246.

[22] Identicamente: T. A. R. Lazio, Roma, III*bis*, 30 giugno 2020, n. 7370; T. A. R. Lazio, Roma, III*bis*, 01 luglio 2020, n. 7526; T. A. R. Lazio, Roma, III*bis*, 30 giugno 2021, n. 7769.

[23] AVANZINI, *Decisioni cit.*, pp. 6-9; CASINI, *Lo Stato cit.*, p. 50; OTRANTO, *Riflessioni cit.*, pp. 190, 191. Per la specificazione, v. MARONGIU, *L'automazione cit.*, pp. 3375, 3376, sul presupposto che nell'ambito dell'attività provvedimentale siano utilizzati solo algoritmi «tradizionali».

[24] Per le quali si rimanda alla nota precedente.

[25] Su tale connessione, v.: AVANZINI, *Decisioni cit.*, pp. 10-13; CAVALLO PERIN (A CURA DI), *L'amministrazione cit.*, *passim*. Una nozione di *big data* si trova in GALETTA, *Algoritmi cit.*, 2265 nt. 1.

formulazione matematica del problema e delle istruzioni e la sua traduzione in codice macchina»[26].

Ciò premesso, ad inquadrare teoricamente questo tipo di decisione amministrativa possono venire in aiuto due nozioni, quella di documento informatico e quella di atto amministrativo informatico o elettronico, ciascuna delle quali sembra poter cogliere del fenomeno un diverso profilo[27].

La prima nozione trova la sua sede nell'art. 22, comma 1, lett. d), legge n. 241/1990 e succ. modif. e integr. (legge sul procedimento amministrativo), nell'art. 1, comma 1, lett. b), t. u. n. 445/2000 (testo unico sulla documentazione amministrativa) e nell'art. 1, comma 1, lett. p), d. lgs. n. 82/2005 e succ. modif. e integr. (codice dell'amministrazione digitale-CAD): la prima disposizione allude ad esso all'interno della più ampia nozione di «documento amministrativo», quando parla di «ogni rappresentazione…elettromagnetica…del contenuto di atti…detenuti da una pubblica amministrazione»; la seconda disposizione lo definisce, invece, in termini generali, come «la rappresentazione informatica di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti»; infine, la terza disposizione, nel prendere in considerazione specificatamente il documento informatico «amministrativo», lo definisce «il documento elettronico che contiene la rappresentazione informatica di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti»[28]. Se ne desume che il documento informatico starebbe

[26] AVANZINI, *Decisioni cit.*, p. 131, cui *adde* p. 134, dove si aggiunge: «[g]li esperti traducono le indicazioni della pubblica amministrazione e il contenuto precettivo delle norme prima nel linguaggio naturale e successivamente nel codice-macchina costruendo l'algoritmo o adattandolo alle istruzioni stesse, se si tratta di programmi standardizzati».

[27] Sulla doppia qualificazione, v., per tutti, MARONGIU, *L'automazione cit.*, parr. 5 e 6.
Nella giurisprudenza non sembra neppure mancare una certa sovrapposizione tra le due nozioni: «[c]on riferimento ai codici sorgente, pertanto, la questione che si pone è se gli stessi possano essere qualificati alla stregua di un *documento amministrativo* o, comunque, di una sua rappresentazione informatica. Sul punto la sentenza n. 3769/2017 di questa Sezione ha già avuto modo di statuire che "sotto l'indicato specifico profilo del procedimento amministrativo e dell'accesso alla documentazione amministrativa, il tenore testuale della lett. d) dell'art. 22 della legge n. 241 del 1990, come modificata e integrata dalla legge n. 15 del 2005, conduce a una nozione particolarmente estesa dell'*atto amministrativo informatico*, che tiene, pertanto, conto della sostanziale valenza amministrativa del documento piuttosto che della sua provenienza, atteso che è specificatamente previsto che sono ricompresi nella relativa nozione anche gli atti di natura privata quanto alla relativa disciplina sostanziale che, tuttavia, si inseriscono e utilizzano nell'ambito e per le finalità di attività a rilevanza pubblicistica, ossia gli atti funzionali all'interesse pubblico; deve, inoltre, ritenersi che vi sono, inoltre, ricompresi gli atti cd. endoprocedimentali, ossia gli atti che si inseriscono all'interno del procedimento e rappresentano i singoli passaggi del relativo iter e che sono funzionalizzati all'adozione del provvedimento finale nonché anche gli atti cd. interni, ossia gli atti attraverso i quali l'amministrazione organizza la propria attività procedimentale» (identicamente: T. A. R. Lazio, Roma, III*bis*, 30 giugno 2020, n. 7370; T. A. R. Lazio, Roma, III*bis*, 01 luglio 2020, n. 7526; T. A. R. Lazio, Roma, III*bis*, 30 giugno 2021, n. 7769) (corsivo mio).

[28] Cfr. MASUCCI, *Procedimento cit.*, p. 62 nt. 25.

ad indicare il supporto - materiale o immateriale che sia[29] - che può dare forma ad un atto amministrativo (con il suo contenuto specifico), tipo (nuovo) di documento che sarebbe privo del carattere del carattere dell'«incorporamento» (tra testo e supporto), tipico invece del documento tradizionale, quello cartaceo[30]. Ne consegue, allora, che detta nozione non è destinata ad identificare la decisione amministrativa algoritmica in se stessa, in quanto tale, ma il supporto - appunto, il documento informatico - nel quale essa si manifesta, supporto idoneo a ricomprendere, peraltro, qualsiasi altro atto giuridico elaborato allo stesso modo («elettronicamente»)[31].

Più mirata e, quindi, selettiva appare invece la nozione di atto amministrativo informatico, di cui, a differenza del documento informatico, manca ogni definizione nella legge ma che, nondimeno, la dottrina ha così ricostruito: «…per atto amministrativo informatico intendiamo l'atto amministrativo predisposto e definito attraverso un sistema informatico che, collegando dati e norme (*rectius*, istruzioni) fra loro, elabora un atto amministrativo in modo automatico»[32]. Così intesa, allora, la

[29] Per l'immaterialità, v. MASUCCI, *Procedimento cit.*, p. 62 (e già MASUCCI, *Il documento cit.*, par. 4).

[30] «Il documento informatico è "*autonomo*", "*indipendente*" dal supporto informatico sul quale di volta in volta è registrato. A differenza del documento cartaceo non ricorre la "*incorporazione*" dei segni nel supporto, anche se tale supporto è necessario per la perdurabilità ed usufruibilità del documento. Esso "vive" *indipendentemente* dal supporto immateriale sul quale di volta in volta è registrato. Questo fa sì che il documento informatico può circolare in rete» (MASUCCI, *Procedimento cit.*, p. 63. E già MASUCCI, *Il documento cit.*, par. 5).

[31] Sulla natura di «documento amministrativo» della decisione amministrativa algoritmica, v.: AVANZINI, *Decisioni cit.*, p. 144; MARONGIU, *L'automazione cit.*, par. 5.

[32] MASUCCI, *Atto cit.*, par. 3, il quale così continua: «…allora possiamo affermare che si può parlare di atto amministrativo informatico in due ipotesi. La prima riguarda l'atto che, elaborato attraverso strumenti informatici, è «scritto» su un "supporto cartaceo" ovvero è scritto su un documento formato dall'elaboratore mediante i propri organi di uscita. La seconda riguarda l'atto che, elaborato attraverso strumenti informatici, è «scritto» in "forma elettronica". In questo caso, l'eventuale trasposizione dello scritto su supporto cartaceo, ove avvenisse, si configurerebbe come una mera copia dell'originale, che resta virtuale». Analogamente, AVANZINI, *Decisioni cit.*, p. 131 nt. 225. Invero, però, una cosa parrebbe l'atto semplicemente prodotto mediante sistema informatico o telematico ad opera del pubblico dipendente e riproducibile (anche) su supporto cartaceo, come potrebbe essere un esame universitario, che prima veniva registrato su verbale cartaceo ed oggi invece su piattaforma telematica e nondimeno riproducibile su supporto cartaceo; altra cosa sembra essere invece l'atto prodotto dalla *machina*, come potrebbe essere – nel caso più semplice - una graduatoria ordinata automaticamente dall'elaboratore elettronico (sulla base dei dati inseriti) e – in un caso più complesso – la decisione adottata automaticamente dalla *machina*, mediante, ad esempio, l'uso di un algoritmo più o meno complesso, come nelle fattispecie esaminate dalla giurisprudenza qui richiamata. Per evitare sovrapposizioni con la nozione di documento informatico, sembrerebbe, allora, più appropriato circoscrivere la nozione di atto amministrativo informatico solo all'ultima ipotesi, all'atto, cioè, prodotto (direttamente) da una *machina*, quale che sia la capacità «decisionale» dell'algoritmo che essa abbia impiegato. «In questa prospettiva l'elaborazione del *software* dovrebbe essere il momento della trasformazione del potere in provvedimento amministrativo tradizionale nel contenuto ma innovativo nella forma; l'atto scaturente dall'algoritmo determina il contenuto del provvedimento finale. Tale atto si sostanzia in un documento elettronico adottato dalla P.A.: atto dell'amministrazione ma prodotto dall'IA o meglio dal *codice sorgente* del *software* e non da un funzionario amministrativo» (MARCHIANÒ, *Intelligenza cit.*, p. 152). Significativamente, sulla scorta dell'art. 1, comma 1, lett. p), d. lgs. n. 82/2005, cit., MASUCCI, *Il documento cit.*, p. 98 nt. 184 ha optato per la denominazione di

nozione sembra calzare a pennello rispetto alla decisione amministrativa algoritmica, data la definizione corrente di quest'ultima sopra ricordata[33]. A differenza della nozione di documento informatico, la nozione di atto amministrativo informatico coglie la specificità della decisione amministrativa algoritmica, la sua imputazione (direttamente) ad una *machina* della pubblica amministrazione, non senza, peraltro, sottacere che la nozione stessa, nel rappresentare una *species* del più ampio *genus* di atto amministrativo (*tout court*)[34], finisce col «torcere» quest'ultima ben al di là dei suoi confini tradizionali, quest'ultima essendo nata storicamente dalla necessità di trasporre la nozione di atto giuridico in campo amministrativo ed essendo perciò

«atto amministrativo automatizzato», in contrapposizione al documento informatico. Può forse tornare utile la giurisprudenza della Suprema Corte sulla notificazione ai contribuenti delle cartelle di pagamento a mezzo PEC da parte degli agenti della riscossione, che ha tracciato il seguente indirizzo: «[c]om'è noto, il D.P.R. n. 602 del 1973, art. 26, comma 2, come aggiunto dal D. L. 31 maggio 2010, n. 78, art. 38, comma 4, lett. b), convertito con modificazioni, dalla L. 30 luglio 2010, n. 122, nel testo applicabile *ratione temporis*, prevede che la notifica della cartella di pagamento "può essere eseguita, con le modalità di cui al D.P.R. 11 febbraio 2005, n. 68, a mezzo posta elettronica certificata, all'indirizzo risultante dagli elenchi a tal fine previsti dalla legge. Tali elenchi sono consultabili, anche in via telematica, dagli agenti della riscossione. Non si applica l'art. 149-bis c.p.c.". / A sua volta il D.P.R. n. 68 del 2005, art. 1, lett. f), definisce il messaggio di posta elettronica certificata, come "un documento informatico composto dal testo del messaggio, dai dati di certificazione e dagli eventuali documenti informatici allegati". / La lett. i-ter), dell'art. 1 del CAD - inserita dal D. Lgs. 30 dicembre 2010, n. 235, art. 1, comma 1, lett. c), -, poi, definisce "copia per immagine su supporto informatico di documento analogico" come "il documento informatico avente contenuto e forma identici a quelli del documento analogico", mentre la lett. lett. i-quinquies), dell'art. 1 del medesimo CAD - inserita dal D. Lgs. 30 dicembre 2010, n. 235, art. 1, comma 1, lett. c), -, nel definire il "duplicato informatico" parla di "documento informatico ottenuto mediante la memorizzazione, sullo stesso dispositivo o su dispositivi diversi, della medesima sequenza di valori binari del documento originario". / 1.2. Dunque, alla luce della disciplina surriferita, la notifica della cartella di pagamento può avvenire, indifferentemente, sia allegando al messaggio PEC un documento informatico, che sia duplicato informatico dell'atto originario (il c.d. "atto nativo digitale"), sia mediante una copia per immagini su supporto informatico di documento in originale cartaceo (la c.d. "copia informatica"), come è avvenuto pacificamente nel caso a mano, dove il concessionario della riscossione ha provveduto a inserire nel messaggio di posta elettronica certificata un documento informatico in formato PDF (*portable document format*) - cioè il noto formato di file usato per creare e trasmettere documenti, attraverso un *software* comunemente diffuso tra gli utenti telematici -, realizzato in precedenza mediante la copia per immagini di una cartella di pagamento composta in origine su carta» (Corte Cass., sez. trib., 27 novembre 2019, n. 30948. Cfm. Corte Cass., sez. VI, 05 ottobre 2020, n. 21328).

[33] Con il solo limite che l'algoritmo può anche «provenire» da un soggetto privato al quale la pubblica amministrazione lo abbia commissionato. Nondimeno, l'elemento soggettivo sembra essere sottovalutato dalla dottrina (cfr.: MARONGIU, *L'automazione cit.*, p. 3388; MASUCCI, *Il documento cit.*, pp. 85, 97), probabilmente perché, nel momento in cui l'algoritmo viene commissionato, viene anche fatto proprio dall'amministrazione committente. La questione non viene affrontata nelle pronunce sul diritto di accesso (citate nella nota n. 2), dove si insisteva sulla natura (pubblicistica) del CINECA che aveva fornito al Ministero l'algoritmo.

[34] Su questa nozione, v., più di recente: S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino, 2016; F. SATTA, *Atto amministrativo*, in *www.treccani.it*, *diritto on line*, 2018; D. SORACE, *Atto amministrativo*, in *Enc. dir.-Annali*, Milano, 2010, III, pp. 46 ss.; R. VILLATA - M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017.

legata al burocrate in carne ed ossa [35], poco importa che, poi, effettuata la trasposizione, i connotati psicologici propri dell'atto di diritto privato e del negozio giuridico, in particolare, siano andati perduti[36]. Vale la pena, infine, aggiungere che la dottrina, nel momento in cui, come si è visto, scompone la decisione amministrativa algoritmica in due fasi - quella delle istruzioni e quella dell'attuazione ripetitiva (per le singole fattispecie) di tali istruzioni - cerca anche un porto sicuro nel collaudato schema concettuale atto generale/normativo – atti attuativi, individuando nelle istruzioni un atto-programma o un'autolimitazione e, nella loro attuazione, gli atti (volta per volta) applicativi[37].

6. Le prime irrinunciabili garanzie da applicare (pure) alla decisione amministrativa algoritmica. I dubbi prospettabili sull'applicabilità dell'art. 21*octies*, comma 2, legge n. 241/1990 e succ. modif. e integr.

Se, dunque, non mancano le nozioni per un inquadramento teorico della decisione amministrativa algoritmica, ciò che, però, sembra veramente dirimente in relazione ad essa è quanto prospettato dal Consiglio di Stato: «[i]l tema dei pericoli connessi allo strumento non è ovviato dalla rigida e meccanica applicazione di tutte le minute regole procedimentali della legge n. 241 del 1990 (quali ad es. la comunicazione di avvio del procedimento…o il responsabile del procedimento che, con tutta evidenza, non può essere una macchina in assenza di disposizioni espresse), dovendosi invece ritenere che la fondamentale esigenza di tutela posta dall'utilizzazione dello strumento informatico c.d. algoritmico sia la trasparenza nei termini prima

[35] Cfr., infatti, l'opinione riportata in MASUCCI, *Il documento cit.*, p. 95 (e già in MASUCCI, *Atto cit.*, par. 3).
[36] Per questa trasposizione, v., in particolare, SATTA, *Atto cit.*, *passim*, ed ivi, nel par. 3, l'affermazione: «[e]ra dunque necessario ricorrere ad uno strumento giuridico, collocato ad un livello di astrazione pari a quella del "negozio giuridico", che esprimesse la posizione di superiorità dell'amministrazione, pur nella sua soggezione alla legge. Di fronte al vasto numero di mezzi a disposizione delle amministrazioni (decretali, ordini, ingiunzioni, etc.), l'unico strumento, debitamente astratto, non poteva essere altro che una nuova versione dell'atto giuridico, applicabile all'agire delle pubbliche amministrazioni: l'"atto amministrativo", appunto. / Questo – e solo questo – è il significato che ha avuto l'espressione "atto amministrativo" e che ad esso ancor oggi si può dare: non già fenomeno giuridico univoco, meritevole e suscettibile di una trattazione organica, ma termine convenzionale di riferimento per individuare genericamente e riassuntivamente una serie di categorie di fenomeni, attraverso i quali le pubbliche amministrazioni esercitano le loro funzioni».
[37] Nei termini indicati, v.: AVANZINI, *Decisioni cit.*, p. 138; MARONGIU, *L'automazione cit.*, pp. 3377-3380; MASUCCI, *Procedimento cit.*, pp. 86-89 (e già in ID., *Atto cit.*, par. 2).

evidenziati riconducibili al principio di motivazione e/o giustificazione della decisione»[38]. Il Supremo Consesso mostra così la piena consapevolezza che la legge sul procedimento amministrativo non sia suscettibile di un'applicazione «in blocco» alla fattispecie algoritmica, quest'ultima prestandosi invece ad essere assoggettata soltanto ad alcune delle sue garanzie procedimentali e non ad altre. L'insegnamento che se ne può trarre è cioè che la decisione amministrativa algoritmica possa essere soggetta ad alcuni «pezzi» soltanto della citata legge, quali di questi essendo poi compito dell'interprete individuare e, quindi, in ultima analisi, del giudice amministrativo. Rilievo che, per la verità, ben si attaglia a qualsiasi figura di atto amministrativo, essendo evidente che la predetta legge sia suscettibile di essere segmentata a seconda dei diversi tipi di procedimenti: procedimenti ad istanza di parte (art. 20 l. ult. cit.), procedimenti limitativi della sfera giuridica dei privati (art. 21*bis* l. ult. cit.), tanto per rammentare qualche esempio.

Se, dunque, l'inquadramento teorico della decisione amministrativa algoritmica si presenta abbastanza facile, più complesso appare invece determinarne il regime giuridico applicabile[39]. E a questo proposito, finora, come si è visto, il punto di equilibrio per contemperare progresso tecnologico e (quello che si è prima definito) «progresso amministrativo» è stato individuato dal Consiglio di Stato nella necessità che venga quanto meno salvaguardato il principio della motivazione/giustificazione della decisione algoritmica amministrativa, al fine, se non altro, di consentirne un pieno sindacato giudiziale[40]. Ma non meno avvertita, soprattutto in dottrina, è stata la necessità di assicurare la partecipazione degli interessati al processo decisionale e la trasparenza anche rispetto a questo nuovo modo dell'agire amministrativo[41].

Qui si vuole invece solo prospettare il dubbio sull'applicabilità dell'art. 21*octies*, comma 2, della legge n. 241/1990, il quale dispone: «[n]on è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto

[38] Cons. St., sez. VI, febbraio 2020, n. 881, punto 12.
[39] Sul profilo, v.: CASSATELLA, *La discrezionalità cit.*, pp. 704 ss.; RAGANELLI, *Decisioni cit.*, par. 4.
[40] In dottrina, v.: CASSATELLA, *La discrezionalità cit.*, pp. 706, 707, dove l'articolazione dell'obbligo di motivazione rispetto alla scelta di avvalersi dell'algoritmo (c. d. decisione di indirizzo) e al «provvedimento che si pone a valle dell'utilizzo degli algoritmi»; MASUCCI, *Procedimento cit.*, pp. 101, 102.
[41] I. ALBERTI, *La partecipazione procedimentale per legittimare gli algoritmi nel procedimento amministrativo*, in CAVALLO PERIN (A CURA DI), *L'amministrazione cit.*, pp. 285 ss.; AVANZINI, *Decisioni cit.*, pp. 137 ss.; MASUCCI, *Procedimento cit.*, pp. 43 ss..

adottato. Non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato»[42]. Se si considera infatti che la decisione algoritmica sostituisce la decisione (amministrativa) umana, resta da capire se rispetto ad essa siano configurabili i c. d. vizi formali[43], come pure se sia possibile estenderle il binomio vincolatezza/discrezionalità (elaborato, evidentemente, avendo presente la mente umana)[44], e, soprattutto, se il «contenuto dispositivo» (del provvedimento) o il «contenuto del provvedimento» avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Il dubbio che sovviene è, in particolare, se, in relazione ad una *machina* che adotti o comunque contribuisca ad adottare un decisione amministrativa, ci sia spazio, *ceteris paribus*, per una decisione di contenuto dispositivo diverso da quello effettivamente posto in essere; il che

[42] Per l'inquadramento teorico dell'istituto, se si vuole, v. B. SPAMPINATO, *L'articolo 21* - octies, *comma 2, della legge 7 agosto 1990, n. 241, nella lente dell'interesse a ricorrere*, in *Annali del Seminario Giuridico, volume VII (2005-2006)*, Milano, 2007, pp. 311 ss.. Più recentemente, v.: A. CIOFFI, *L'illegittimità del provvedimento amministrativo*, in A. ROMANO E ALTRI, *L'azione amministrativa*, Torino, 2016, *sub* articolo 21*octies*, pp. 838 ss.; P. LAZZARA, *Annullabilità e annullamento [dir. amm.]*, in *www.treccani.it*, 2012; P. PROVENZANO, *I vizi nella forma e nel procedimento amministrativo. Fra diritto interno e diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2015. In giurisprudenza, v., per esempio: Cons. St., III, 13 maggio 2020, n. 6917; Cons. Giust. Amm., s. g., 27 ottobre 2020, n. 996; Cons. St., II, 30 ottobre 2020, n. 6687.

[43] Sui quali, v., *amplius*, PROVENZANO, *I vizi cit.*, pp. 141 ss..

[44] Sulla problematica, v. CASSATELLA, *La discrezionalità cit.*, *passim*, il quale sembra possibilista, tanto da affermare a p. 700: «[a]ppare, innanzitutto, comprovata l'applicabilità delle tecnologie informatiche e degli algoritmi nella formulazione di bilanciamenti di interessi relativi ad attività di pianificazione, programmazione e gestione delle risorse (umane e materiali) della p.a. La discrezionalità amministrativa e, in particolare, la discrezionalità organizzativa, subiscono e subiranno crescenti trasformazioni derivanti dalla diffusione delle tecnologie esaminate. / Si deve, tuttavia, ribadire come gli algoritmi rimangano sempre espressione dell'ingegno umano, e seguano una serie di *input* comunque derivanti da scelte e valutazioni effettuate, a monte, dagli autori del software, per quanto esso sia complesso e consenta al computer attività di autoapprendimento e di ulteriore elaborazione dei dati immessi». Nello stesso senso, cfr. OTRANTO, *Riflessioni cit.*, pp. 193, 194, 196. Cfr., poi, Cons. St., sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472, punto 11. Sulla difficoltà di normalizzare il linguaggio giuridico «vago» (tipicamente, i concetti giuridici indeterminati) in linguaggio informatico, v., tuttavia: MASUCCI, *Procedimento cit.*, pp. 90-92, ed ivi l'osservazione secondo cui «[d]iversamente dal caso dei *concetti giuridici indeterminati* in cui le difficoltà di una "attuazione" del processo decisionale mediante computer derivano…dalla *molteplicità dei significati* attribuibili al singolo concetto, nel caso dei *poteri discrezionali* le difficoltà derivano, invece, dal fatto che questi poteri sono caratterizzati dalla possibilità di una *molteplicità di "scelte"* tra le diverse alternative di azione»; RAGANELLI, *Decisioni cit.*, par. 4.
Sulla discrezionalità della pubblica amministrazione, v., da ultimo, anche per ulteriori ragguagli bibliografici, M. CLARICH-M. RAMAJOLI, *Diritto amministrativo e clausole generali: un dialogo*, Lungarno Mediceo (Pisa), 2021.

implica, di necessità, comprendere come la discrezionalità sia esercitabile da parte di una *machina* (amministrativa)[45]. E qualora si propendesse per una risposta negativa, sarebbe giocoforza optare per l'inapplicabilità dell'art. 21*octies* cit. alle decisioni amministrative algoritmiche, se non altro perché, diversamente opinando, sarebbe a rischio l'utilità stessa della partecipazione degli interessati alla procedura amministrativa nella quale l'amministrazione (procedente) avesse optato per l'impiego di algoritmi (più o meno complessi) a supporto della decisione amministrativa da adottare[46]; partecipazione che, invece, come poco sopra si è ricordato, viene reputata principio indefettibile anche nell'ipotesi considerata, comunque, poi, in relazione all'esercizio del potere decisionale mediante algoritmo,

[45] Concettualmente e al di là delle tradizionali categorizzazioni (in amministrativa, tecnica e mista), la discrezionalità della pubblica amministrazione (come, del resto, di qualsiasi altro soggetto – legislatore, giudice, ecc. -) è qualcosa di sfuggente. Qui si può dire che un'idea abbastanza diffusa è che essa lasci all'operatore un margine di scelta, inteso come scelta tra più soluzioni, tutte compatibili con la disciplina attributiva e regolativa del potere ammnistrativo esercitato (cfr., a titolo d'esempio: CASSATELLA, *La discrezionalità cit.*, p. 676; V. CERULLI IRELLI, *Prima lezione di diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2021, p. 105; M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2019; LICCIARDELLO, *Diritto amministrativo. Principi, organizzazione e azione*, Milano, 2020, p. 244; B. G. MATTARELLA, *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino, 2018, p. 194. Analogamente, CLARICH-RAMAJOLI, *Diritto cit.*, pp. 53 nt. 33, dove l'ombra di H. Kelsen, 57). In realtà, accolta l'assimilazione tra discrezionalità e interpretazione (su cui v., anche per il profilo storico-evolutivo, CLARICH-RAMAJOLI, *Diritto cit.*, pp. 52-57, dove, peraltro, si tende a sottolinearne la differenza. In quest'ultima direzione, cfr., pure, MASUCCI, *Procedimento cit.*, pp. 92, 93), è plausibile ritenere che la molteplicità delle soluzioni è solo apparente o, meglio, sussiste solo *ex ante*, allorché ci si pone con la mente nel momento in cui prende avvio l'esercizio del potere ammnistrativo; *ex post*, invece, ad esercizio del potere ormai concluso, si viene a scoprire che la soluzione è unicamente quella che ha finito col prevalere in quanto si è imposta sulle altre, o perché l'atto amministrativo è divenuto inoppugnabile o perché è quella riconosciuta (come valida) dal giudice amministrativo. Nella prospettiva *ex post*, quindi, la soluzione compatibile con la disciplina attributiva e regolativa del potere amministrativo è una sola, la quale, però, rimane ignota fino a quando non abbia finito col predominare concretamente (nei modi anzidetti), unico momento in cui essa si disvela. Il fatto che una soluzione rimanga oscurata (fino a quando la discrezionalità non si sia interamente consumata) non significa ancora che non sia l'unica esistente. Così, a proposito della discrezionalità amministrativa, dire che l'assetto di interessi non sia predeterminato in astratto (a differenza di quanto accadrebbe nell'ipotesi di potere amministrativo vincolato) e sia rimesso pertanto all'autorità amministrativa, riflette l'apparenza (quasi, l'illusione) descritta: in realtà, quell'assetto è già predeterminato ma è destinato a disvelarsi solo nel momento in cui l'esercizio del potere si potrà considerare (completamente) esaurito, nei modi anzidetti. Ciò premesso, nell'applicazione dell'art. 21*octies*, comma 2, cit., invece, la decisione di contenuto dispositivo diverso (da quello concretamente adottato) sarà quella che il giudice immagina – in base ad un giudizio prognostico – avrebbe dovuto prevalere al posto di quella concretamente adottata: ove non ne sia immaginabile un'altra diversa da quella concretamente adottata, viene meno l'interesse (del ricorrente) all'annullamento degli atti impugnati. Resta, appunto, da capire se questo processo mentale sia percorribile anche quando la decisione amministrativa sia stata presa mediante utilizzo di un algoritmo.

[46] Per la giurisprudenza, «…detto art. 21- *octies*, attraverso la dequotazione dei vizi formali dell'atto, mira a garantire una maggiore efficienza all'azione amministrativa, risparmiando antieconomiche ed inutili duplicazioni di attività, laddove il riesercizio del potere non potrebbe comunque portare all'attribuzione del bene della vita richiesto dall'interessato, l'atto amministrativo non può essere annullato (cfr. Cons. Stato, sezione II, 19 febbraio 2020, n. 1081; sezione II, 17 settembre 2019, n. 6209; sezione III, 19 febbraio 2019, n. 1156; sezione IV, 11 gennaio 2019, n. 256; id., 27 settembre 2018, n. 5562)» (Cons. Giust. Amm., s. g., 27 ottobre 2020, n. 996).

si ritenga di doverla declinare. Peraltro, nel senso che l'uso dell'algoritmo escluda che la decisione amministrativa, adottata sulla sua base, non ammetta che il «contenuto dispositivo» (del provvedimento) o il «contenuto del provvedimento» avrebbe potuto essere diverso sembrerebbe deporre la ricostruzione che di essa tende a dare la dottrina e di cui si è sopra parimenti dato conto, la quale, per esempio, si è così espressa: «[t]uttavia, nel caso dell'automazione mediante *sofware* l'autolimite è portato alla sua forma estrema: non costituisce più semplice individuazione di criteri-guida, bensì si risolve nella totale predeterminazione delle decisioni future attraverso, appunto, la fissazione definitiva di ogni aspetto nelle stringhe dell'algoritmo»[47].

Se, dunque, non ci fosse spazio per una decisione alternativa, prudenza, forse, allora, consiglierebbe di escludere l'applicabilità del cit. art. 21*octies*, comma 2, alle decisioni amministrative algoritmiche, soluzione che non potrebbe, certo, destare perplessità perché comunque pienamente consonante con l'indirizzo metodologico della giurisprudenza amministrativa sopra segnalato, il quale subordina l'applicabilità della legge sul procedimento amministrativo a quelle decisioni ad una valutazione di compatibilità da parte dell'interprete[48].

[47] MARONGIU, *L'automazione cit.*, p. 3380. Non molto diversamente MASUCCI, *Il documento cit.*, p. 98: «[i]n breve, nel caso dell'atto amministrativo adottato mediante computer ricorre una "*macchinalizzazione*" del procedimento decisionale, dal momento che la manifestazione di volontà o di scienza dell'amministrazione non è altro che il risultato di un procedimento automatizzato, che si svolge secondo le "regole" stabilite precedentemente dall'amministrazione nell'atto-programma»; e, ancora: «[i]n breve, la specificità (e in un certo senso il rischio) dell'atto amministrativo automatizzato è che gli effetti giuridici dell'atto "derivano" da un procedimento decisionale automatizzato, che si svolge secondo le istruzioni dell'atto-programma e rispetto al quale il funzionario si limita ad inserire i dati» (*ult. loc. cit.*, p. 99).

[48] La soluzione potrebbe, semmai, essere diversa relativamente all'intelligenza artificiale (in senso stretto), *machine learning* compresa, posto che «…nell'IA, e nel ML in particolare, si sfuma l'aspetto deterministico che caratterizza le applicazioni ICT tradizionali, ossia basate su algoritmi ben definiti che provengono dagli studi svolti nei settori applicativi considerati e che definiscono in modo deterministico i passi di elaborazione da compiere. / Ciò accade perché modellare processi cognitivi complessi non può essere fatto, allo stato attuale delle conoscenze scientifiche, in modo altrettanto deterministico: non sempre sono chiari i passi da compiere, le procedure risolutive spesso risultano incomplete (non coprono tutta la casistica), non sono noti tutti gli elementi cognitivi rilevanti da includere in un modello. Ne consegue che l'accuratezza dei modelli predittivi sviluppati mediante algoritmi di ML difficilmente può raggiungere (se non mai o solo in casi banali) il livello del 100% e si deve sempre considerare la possibile presenza di errori. In sostanza, viene meno quella tipica caratteristica di non discrezionalità e non indeterminatezza dell'informatica tradizionale in cui ogni elaborazione è precisamente e completamente definita e determinata» (TASSO, *Algoritmi cit.*, 20). Peraltro, gli algoritmi «non tradizionali» sarebbero impiegati solo nel settore dei servizi pubblici (v. in corrispondenza della nota n. 16).

FOCUS

LA CORTE COSTITUZIONALE DICHIARA ILLEGITTIMA UNA "DISCRIMINAZIONE" IN BASE ALL'ETA' IN MATERIADI "MASI CHIUSI": DECISIONE CONDIVISIBILE CON QUALCHE DUBBIO SULLO *STYLUS IUDICANDI*

Gian Paolo Dolso

ABSTRACT [ENG]: *The article concerns a ruling by the Constitutional Court that annulled a law of the Province of Bolzano that discriminated on the basis of age. In particular, it concerns the law on "closed farms" (Geschlossener Hof), a legal institution that is widespread in South Tyrol. The Geschlossener Hof law stipulated that the eldest person was entitled to inherit in the event of an equal degree of eligibility. The Court declares this provision unlawful. In comparison with a recent precedent, Sentence No. 193 of 2017, the Court, however, does not address the historical genesis of the institution and the role of customary law with regard to state law. The Court in that decision had dwelt on the genesis of this traditional legal institution and the social, economic, and legal pluralism of which it is an expression. The contribution investigates the reasons why these arguments have not been taken up in the ruling in question.*

ABSTRACT [ITA]: L'articolo riguarda una sentenza della Corte costituzionale che ha annullato una norma della provincia di Bolzano che operava una discriminazione in case all'età. In particolare si tratta della legge in materia di masi chiusi, un istituto giuridico tradizionale (*Geschlossener Hof*) diffuso in Alto Adige. Tale legge prevedeva che la successione ereditaria spettasse, in caso di chiamati di pari grado, al maggiore di età. La Corte dichiara illegittima tale previsione. Rispetto ad un recente precedente, la sent. n. 193 del 2017, la Corte tuttavia non si sofferma sulla genesi storica dell'istituto e sul ruolo del diritto pre-statuale nella cornice dell'ordinamento. Dato che la Corte aveva approfondito in quella decisione la genesi di questo istituto giuridico tradizionale e rimarcando il pluralismo sociale, economico e giuridico di cui esso è espressione, nel contributo si si interroga sulle ragioni del fatto che queste argomentazioni non siano state riprese nella pronuncia in commento, a dispetto della vicinanza e della pregnanza del precedente prossimo.

SOMMARIO. 1. La questione di costituzionalità. **2.** Profili processuali e sostanziali della decisione. **3.** Considerazioni sullo *stylus judicandi* della sentenza.

1. La questione di costituzionalità.

La Corte costituzionale, a distanza di pochi anni dall'ultimo precedente, viene investita di una ulteriore questione di costituzionalità che ha a che fare con la disciplina dell'istituto del maso chiuso[1]. Viene in questo caso censurata la disciplina secondo cui in caso di successione *mortis causa* la preferenza, in presenza di più chiamati alla successione di pari grado, spetta a quello più anziano[2]. Siamo al cospetto di una disciplina dalla portata applicativa assai circoscritta essendo essa stata successivamente abrogata, anche se nel giudizio *a quo*, come correttamente rilevato dal rimettente, risulta applicabile. Si tratta quindi di una situazione che ha forti elementi di affinità con il precedente più immediato, costituito dalla sent. n. 193 del 2017: in quel caso la Corte aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale di una norma che prevedeva una preferenza –in relazione a chiamati alla successione- al sesso, disponendo che il maso fosse destinato al figlio maschio piuttosto che alla femmina. Anche in quel caso, pur essendo stata tale disciplina eliminata nel 2001, la norma risultava ancora applicabile nel giudizio da cui la questione muoveva[3].

La Corte, respinte diverse eccezioni di inammissibilità, parte dal presupposto secondo cui «la tutela accordata all'istituto del maso chiuso non giustifica […] qualsiasi deroga ai principi dell'ordinamento, ma soltanto quelle che siano funzionali

[1] Si tratta, come noto di un istituto giuridico diffuso nell'Alto Adige e su cui la letteratura è molto vasta: per un inquadramento di esso si può rinviare, anche per ulteriori riferimenti, a G. GABRIELLI, *Maso chiuso*, in Dig. disc. priv., sez. civ., vol. XI, Torino, 1994, 205 ss.

[2] Il riferimento è a Corte cost., sent. n. 15 del 2021, avente in particolare ad oggetto l'art. 18, comma 2, del decreto del Presidente della Provincia di Bolzano 7 febbraio 1962, n. 8 (*Testo unico delle leggi provinciali sull'ordinamento dei masi chiusi nella Provincia di Bolzano*). Si tratta di una questione che ha forti analogie con il precedente prossimo, costituito dalla sent. n. 197 del 2017: in quel caso era stata censurata, e di poi dichiarata illegittima, la norma che prevedeva una preferenza, tra i chiamati dello stesso grado, per maschi rispetto alle femmine. Tra i commenti alla sentenza, L. CONTE, *Masi chiusi: per la Corte maschio o femmina pari sono*, in *www.lacostituzione.info*, 2017; E. LONGO, *Maso chiuso,. Tempo, pluralismo ed eguaglianza, nella decisione n. 193 del 2017 della Corte costituzionale*, in *www.federalismi.it*, 2017.

[3] Il riferimento è alla legge della Provincia di Bolzano n. 17 del 2001.

alla conservazione dell'istituto, nelle sue essenziali finalità e specificità e che non comportino la lesione di principi fondamentali dell'ordinamento»[4]. Il punto è quindi verificare se la regola dell'età come criterio di attribuzione del maso sia ancora coerente con le finalità che connotano l'istituto[5]. Alla luce del «mutato contesto economico sociale» -ragiona la Corte- non è più decisiva l'età dei coeredi rispetto agli obiettivi del maso, «mentre quello che conta è il tempo effettivo che un soggetto abbia ivi trascorso e quanto si sia dedicato alle attività dell'azienda e alla specializzazione nella sua conduzione»[6]. Se la disciplina censurata si basava sulla presunzione di una maggiore attitudine a gestire il maso chiuso sulla base dell'età, retaggio dell'antico istituto del maggiorascato e della presunzione di maggiore idoneità del maggiore di età, la Corte ritiene che, «a supportare il vaglio di ragionevolezza di una presunzione, l'irragionevolezza della regola del maggiorascato è comprovata dal carattere "agevole" con cui è dato formulare la "normalità" di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta alla base di tale presunzione»[7]. A suffragio di tale constatazione, dal sapore un poco apodittico, la Corte si limita a richiamare l'evoluzione legislativa che ha portato, all'inizio degli anni 2000, all'eliminazione dell'istituto del maggiorascato[8]. Di qui la conclusione secondo cui «l'evoluzione economico, sociale nonché quella normativa dell'istituto del maso chiuso […] palesano, dunque, l'irragionevolezza della presunzione di idoneità sottesa all'art. 18, secondo comma, del d. Pres. Prov. Bolzano n. 8 del 1962»; si tratta di un vizio che «non pregiudica soltanto l'interesse della persona discriminata, ma lo stesso istituto del maso e dunque la tutela oggettiva del res frugifera, di cui tradisce le finalità: l'efficienza dell'azienda, che è garanzia della stessa indivisibilità, e la connessione con la compagine familiare che, nei passaggi in via successoria, non può tollerare discriminazioni da tempo superate nell'ambito

[4] Corte cost.,sent. n. 15 del 2021, *Considerato in diritto*, 4.1. Si tratta dell'impostazione tradizionalmente adottata dalla Corte costituzionale sul punto: oltre alla sent. n. 197 del 1993, già sentt. nn. 4 del 1956 e 40 del 1957.

[5] La Corte sul punto richiamo l'antico precedente in cui tale regola era stata ritenuta conforme a Costituzione: si tratta della sent. n. 40 del 1957: nell'occasione la Corte aveva riconosciuto come un «fatto normale» che «colui che, essendo più a lungo vissuto accanto al titolare dell'azienda agricola", avesse dimostrato «un maggiore attaccamento al fondo avito».

[6] Ancora Corte cost., sent. n. 15 del 2021, *Considerato in diritto*, 4.4.

[7] Corte cost., sent. n. 15 del 2021, *Considerato in diritto*, 4.4

[8] Il riferimento è all'art. 14 della legge della Provincia di Bolzano n. 17 del 2001. Si tratta dell'unico argomento che giustifichi l'inattualità della regola, peraltro data per scontata dalla Corte: tanto è vero che il carattere *agevole* della dimostrazione e la *normalità* degli accadimenti su cui esso si fonda sono messi prudentemente tra virgolette nel testo della sentenza.

giusfamiliare»[9]. Preso quindi atto dell'«irrimediabile contrasto con l'art. 3, primo comma, Cost.», la Corte conclude nel senso che «la regola della preferenza per il maggiore d'età viene ad essere sostituita con quella secondo cui, fra più coeredi dello stesso grado, "quale assuntore o assuntrice viene scelta, sentiti i e le coeredi e la commissione locale peri masi chiusi, la persona che dimostra di possedere i migliori requisiti per la conduzione personale del maso chiuso" (art. 14, comma 2, legge prov. Bolzano, n. 17 del 2001)»[10].

2. Profili processuali e sostanziali della decisione.

Come si vede dunque la pronuncia si sviluppa in modo piuttosto lineare e prevedibile, trattandosi in definitiva di una vicenda dall'esito piuttosto scontato. Al netto di alcune annotazione sia sul versante processuale che su quello sostanziale, quello che però forse merita una certa attenzione è la distanza che separa lo *stylus iudicandi* della pronuncia rispetto al suo immediato precedente dato dalla più volta citata sentenza n. 193 del 2017.

Sotto il profilo processuale le considerazioni in tema di rilevanza, per lo più svolte a seguito di altrettante eccezioni di inammissibilità, si prestano a qualche rapida considerazione. In primo luogo, con riguardo alla applicabilità *ratione temporis* della legge oggetto di giudizio, la Corte non si limita a constatare che si tratta della legge che il giudice individua come applicabile, ma svolge considerazioni aggiuntive: si menziona il precedente dato dalla sent. n. 193 del 2017, si fa riferimento alla disciplina del regolamento UE relativo alla legge applicabile in materia di successioni, si citano le pronunce di legittimità che alla applicazione della legge vigente al momento dell'apertura della successione fanno riferimento, si menziona infine un *revirement* della Cassazione relativo alla natura costitutiva della divisione ereditaria di cui peraltro sono dubbi i riflessi in relazione alla individuazione della legge applicabile *ratione temporis*. Atteso tuttavia che la stessa Corte ha cura di ribadire a più riprese che nella verifica della rilevanza essa si limita ad un «controllo meramente esterno» sulle valutazioni compiute dal rimettente, ci si potrebbe

[9] Corte cost., sent.n. 15 del 2021, *Considerato in diritto*, 4.6.
[10] Corte cost., sent. n. 15 del 2021, *Considerato in diritto*, 4.7, che appunto si chiude con un dispositivo di tipo «sostitutivo».

chiedere allora perché si sia indugiato su profili che in definitiva erano stati già delibati (pur in senso implicito, ma univoco) dal giudice *a quo* all'atto di rimettere la *quaestio* alla Corte. Il rimettente ave al riguardo semplicemente rilevato «di dover applicare il d. Pres. Prov. Bolzano n. 8 del 1962 in quanto diritto sostanziale vigente al momento dell'apertura della successione»: non essendo per vero nemmeno un profilo contestato dalle parti costituite, in effetti ogni ulteriori considerazione sul punto appare ultronea e un poco asimmetrica rispetto ai moduli processuali dalla Corte di norma seguiti e in fin dei conti condivisibili. A fronte di una motivazione non implausibile del rimettente sulla rilevanza, in assenza di specifiche eccezioni provenienti da parti costituite, il profilo non dovrebbe essere oggetto di ulteriori considerazioni.

In effetti la linea che poi la Corte sposa, rigettando le obiezioni in punto di rilevanza sollevate da una delle parti costituite, è proprio quella che fa leva su un sindacato minimale da parte del Giudice delle leggi. Da una lato si evoca un controllo di tipo meramente «esterno», dall'altro si conferma come debba ritenersi «totalmente ininfluente sull'ammissibilità della questione di legittimità costituzionale il senso degli ipotetici effetti che potrebbero derivare per la parti in causa da una pronuncia sulla costituzionalità della legge»[11]. Il punto è che sia l'una che l'altra affermazione conoscono smentite nell'ambito della assai variegata giurisprudenza costituzionale, di modo che le regole enunciate dalla Corte con una certa perentorietà non vengono invariabilmente osservate. Il rigetto, per vero, delle eccezioni di inammissibilità non postulava forse esplicite prese di posizione su aspetti che, appunto, non conoscono uniformità di orientamenti, come è normale che sia.

È noto che la Corte non si attiene sempre e univocamente ad un controllo meramente "esterno" sulla rilevanza della questione, entrando spesso nelle dinamiche applicative della legge contestata alla luce della fattispecie che fa ad essa da sfondo così come desumibile dall'ordinanza di rimessione. I non rari casi in cui la Corte dichiara *de plano* irrilevante la questione suonano talora come una (pur di norma giustificata) smentita dell'impostazione adottata dal giudice rimettente. Già la presenza di un numero tutt'altro che esiguo di pronunce che dichiarano

[11] Corte cost., sent. 15 del 2021, *Considerato in diritto*, 3.2, che sul punto cita la sent. n. 98 del 1997 e altre più recenti pronunce.

l'inammissibilità delle questioni per difetto di rilevanza rivela la tendenza della Corte a non pretermettere, nella valutazione del requisito in parola, l'effettiva applicabilità della norma alla fattispecie. In certi casi poi è abbastanza manifesto il fatto che, ad una valutazione del rimettente sull'applicabilità delle norme al caso, la Corte sovrapponga una propria valutazione, fondata per lo più su una diversa lettura della situazione processuale, per lo più sulla base dell'atto introduttivo del giudizio di costituzionalità[12]. In certi casi la ri-valutazione della rilevanza è abbastanza evidente e si fonda appunto su una ri-lettura del sistema normativo che governa la fattispecie rispetto a cui la Corte evidenzia "errori" interpretativi del giudice da cui deriva l'irrilevanza della questione[13].

Particolarmente emblematico un recente caso in cui la Corte, con riguardo ad una previsione di legge, relativa al l'applicabilità del rito abbreviato in casi di reati punibili con l'ergastolo, che limitava la propria applicabilità ai «fatti commessi successivamente alla data di entrata in vigore», adotta una propria interpretazione, del resto motivata e non ignara della giurisprudenza di legittimità, in relazione alla individuazione del *tempus commissi delicti*: esso viene identificato nel momento della morte della vittima (nel caso successiva all'entrata in vigore della norma), non avendo per il rimettente rilievo il momento in cui la condotta costitutiva del reato era stata compiuta. La Corte, con ampia argomentazione, e considerando il ragionamento del giudice affetto da un errore interpretativo, giunge ad opposte conclusioni, concludendo nel senso che la norma censurata non vada applicata nella

[12] Il fatto che non sia agevole limitare il sindacato della Corte al difetto di motivazione sulla rilevanza, senza consentire, al ricorrere di certe circostanze, uno slittamento verso una valutazione sulla rilevanza della questione, che non si esaurisce sulla motivazione risolvendosi in un controllo "esterno", è stato notato dalla migliore dottrina sin dai primi anni di attività della Corte: per tutti, tra i primi, V. CRISAFULLI, *Sulla sindacabilità da parte della Corte costituzionale della "rilevanza" della questione di legittimità costituzionale*, in *aì*, 1957, 616.

[13] In alcuni casi la sovrapposizione è abbastanza evidente: ad esempio Corte cost., sentt. nn. 130, 218 del 2019, 13, 269 del 2020. La Corte sembra entrare in modo abbastanza penetrante nelle vicende dei giudizi principali giungendo in definitiva ad indicare quale sia la norma applicabile al caso. In altre situazioni il giudizio è più sfumato limitandosi a verificare, talora attraverso una mera lettura dell'ordinanza di rimessione, l'irrilevanza della questione, risultando talvolta chiaro che altra è la norma che disciplina la fattispecie così come descritta dal giudice: ad esempio, Corte cost., sentt. nn. 42, 188, 189, 206 del 2020. Anche negli anni passati non sono infrequenti dichiarazioni di irrilevanza in cui la Corte ripercorre, anche con acribia, le vicende dei giudizi principali: a mero titolo di esempio Corte cost., sentt. nn. 47 e 76 del 2016. Non è del resto meno vero che in altre occasioni la Corte allude ad un sindacato meramente "esterno" sulla rilevanza della questione: anche qui a mero titolo di esempio, cfr. Corte cost., sentt. nn.71 del 2005; 47 del 2016.

specie: pur non potendo qui ripercorrere tutte le tappe del ragionamento, non si può certo dire che esso si esaurisca in un sindacato *esterno* rispetto alla motivazione –pur sussistente, ma inficiata da errore secondo la Corte- svolta nell'ordinanza di rimessione[14].

Che quindi la valutazione sulla rilevanza possa risolversi in una presa d'atto dell'impostazione del rimettente, dando luogo ad un mero controllo "esterno", è una possibilità tra le tante che la giurisprudenza costituzionale conosce: in questo senso declinare il controllo esterno in guisa di "regola" seguita correntemente dalla Corte non appare producente non solo perché non fotografa la realtà ma anche perché un sindacato meramente "esterno" non sarebbe del tutto funzionale alle esigenze che il controllo sulla rilevanza mira a soddisfare: in definitiva assicurare che il giudizio davanti alla Corte non smarrisca la sua natura incidentale, frutto dell'opzione contenuta nella legge costituzionale n. 1 del 1948[15].

Anche con riguardo all'"influenza" della decisione sulle vicende del processo, se è vero che di regola si tratta in effetti di un profilo di cui la Corte non si occupa, è anche per vero da ammettere che non mancano casi in cui le motivazioni di alcune pronunce recano più di qualche traccia di queste valutazioni, che in tali casi finiscono per sfiorare una declinazione della rilevanza come "influenza" appunto della decisione della Corte sull'esito dei giudizi principali. Non è infrequente che la Corte, ad esempio, vada a verificare se la richiesta avanzata (il *petitum*) sia tale da soddisfare l'obiettivo perseguito dal giudice, che pur indirettamente può riflettere quello sotteso all'interesse delle parti o di una parte del processo principale[16]. Talora accade che la Corte, a fronte della richiesta contenuta nell'atto introduttivo del giudizio, compia valutazioni che hanno a che fare con l'esito del giudizio stesso, in qualche misura

[14] Il riferimento è a Corte cost., sent. n. 260 del 2020. In particolare oggetto di censura era la legge n. 33 del 2019 (*Inapplicabilità del giudizio abbreviato per i delitti puniti con la pena dell'ergastolo*).
[15] Di una valutazione "elastica" sulla rilevanza ragiona giustamente, da ultimo, S. CATALANO, *Valutazione della rilevanza delle questioni di costituzionalità ed effetto della decisione della Corte sul giudizio* a quo, in *Gruppo di Pisa*, n. 2/2017. Sulle varie declinazioni della rilevanza cfr., per tutti, A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2014, 214 ss. Su una valutazione anche rigorosa della rilevanza, che potrebbe estendersi alla verifica della sussistenza dei presupposti del giudizio principale, si veda, volendo, G.P. DOLSO, *Giudici e Corte alle soglie del giudizio di costituzionalità*, Milano, 2003.
[16] In questo senso, ad esempio, Corte. cost., sent. n. 239 del 2019.

sfiorando una accezione di influenza della rilevanza che di regola si è portati a ritenere estranea alla rilevanza in senso stretto[17].

Questo solo per rimarcare il fatto che i vari snodi del processo costituzionale, essendo per lo più espressione dell'evoluzione giurisprudenziale, della coerenza della giurisprudenza si nutrono: stando così le cose, è auspicabile che un'attenzione per tali profili non venga mai meno come è del pari desiderabile che i precedenti, che in questi frangenti sono decisivi, siano ricostruiti in modo coerente dalla Corte e non parziale[18]. Un margine di discrezionalità, in punto "valutazione della rilevanza", è ineliminabile, ma esso non dovrebbe mai dare l'impressione che gli strumenti processuali possano essere utilizzati in modo funzionale rispetto a decisioni di volta in volta assunte in base a ragioni che esulano dalla motivazione della decisione.

Quanto ai profili sostanziali, ci si limiterà a poche considerazioni che muovono anche dal precedente più vicina in materia di masi chiusi, e cioè la sent. n. 193 del 2017. Il ragionamento della Corte prende le mosse da tale precedente ricordando che in quella pronuncia si è constatato, con riguardo all'istituto in esame, che la tutela ad esso accordata «non giustifica qualsiasi deroga ai principi dell'ordinamento, ma soltanto quelle che siano funzionali alla conservazione dell'istituto, nelle sue essenziali finalità e specificità, e che non comportino la lesione di principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale»[19]. In tale modo si finisce però per riprodurre quella ambiguità che si era profilata nel contesto della precedente decisione la quale sembrava accreditare l'idea che deroghe alla disciplina tradizionale dei masi chiusi potevano tollerarsi solo ove esse fossero espressione si principi fondamentali dell'ordinamento costituzionali (principi supremi?)[20].

---

[17] In questa direzione si è spinta talora la Corte anche in tempi non recenti Per alcune esemplificazioni al riguardo cfr. G.P. DOLSO, *Le decisioni deli inammissibilità nella recente giurisprudenza della Corte*, in *La prassi degli organi costituzionali*, a cura di A. BARBERA e T.F. GIUPPONI, Bologna, 2008, spec. 553 ss.

[18] Tra i primi che hanno colto il forte nesso tra processo costituzionale e precedenti della Corte, si vedano le belle pagine di A. PIZZORUSSO, Stare decisis *e Corte costituzionale*, in G. TREVES) a cura di, *La dottrina del precedente nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Torino, 1971, 50 ss.

[19] Corte cost., sent. n. 15 del 2021, *Considerato in diritto*, 4.1, che sul punto cita testualmente la sent. n. 193 del 2017.

[20] In realtà, come la giurisprudenza insegna, gli spazi più ampi che la disciplina dell'istituto in parola conosce sono giustificati solo a condizione che essi siano da ricondurre a finalità di conservazione dell'istituto: diversamente, come evidentemente accade nel caso in esame, si ri-

In entrambe le pronunce la Corte asserisce che la tutela riservata al maso chiuso giustifica non tutte le deroghe ma solo «quelle che sono funzionali alla conservazione dell'istituto nelle sue essenziali finalità e specificità», non potendo esse determinare la lesione «di principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale, quali la parità tra uomo e donna», principio di cui si predica la «primazia indefettibile nella valutazione degli interessi di rango costituzionale» coinvolti nella decisione in esame[21]. Dopo aver inserito il divieto di discriminazione tra uomo e donna nel novero dei "principi supremi" del nostro ordinamento, la sentenza del 2017 conclude nel senso dell'incostituzionalità della preferenza accordata al maschio. Al netto delle perplessità che tale *modus procedendi* può ingenerare[22], rimane il fatto che nel caso che ci occupa il criterio di distinzione non riposa sul sesso ma sull'età dei chiamati.

La normativa sui masi chiusi è abilitata a derogare anche norme di rango costituzionale, a patto che le deroghe «trovino fondamento nella *ratio* della speciale regolamentazione in questione», ragionando in certi casi espressamente di deroghe al principio di eguaglianza[23]. Il criterio dell'età, come noto, non compare nell'art. 3 Cost. e nemmeno è molto frequentato nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Ogni legge è sottoposta al sindacato di eguaglianza, che assume forme più o meno intense: se non si rientra tra i criteri espressamente menzionati dall'art. 3 Cost., oggetto di un controllo più severo, il giudizio è di norma improntato a deferenza rispetto alle scelte legislative.

---

espandono i comuni limiti tra cui il rispetto dei principi di eguaglianza e ragionevolezza: tra le tante, Corte costi., sent. n. 173 del 2010.

[21] Corte cost., sent. n. 193 del 2017,la quale, prendendo le distanze dal precedente del 1957 considera superata in modo irreversibile l'istituzione del maggiorascato in quanto in contrasto con il principio di eguaglianza.

[22] Si tratta di dubbi e perplessità sui quali si veda, volendo, G.P. DOLSO, *Pluralismo sociale e principi supremi in una sentenza in materia di masi chiusi*, in *forumcostituzionale.it* (13 febbraio 2018).

[23] La citazione è tratta da Corte cost., sent. n. 340 del 1996, a conferma dell'approccio dalla stessa Corte adottato nella sent. n. 505 del 1988. Anche più di recente si è consentito che norme provinciali, se coerenti con le finalità dell'istituto del maso chiuso, possano giustificare «le deroghe alla disciplina generale senza violazioni dell'art. 3 della Costituzione»: Corte cost., sent. n. 405 del 2006; analoga impostazione si riscontra chiaramente in Corte cost., sent. n. 340 del 1996. Per una ricostruzione ragionata della giurisprudenza in materia si rinvia a a D. PARIS, *Il maso chiuso nella giurisprudenza costituzionale. La storia e la tradizione nel giudizio di legittimità costituzionale delle leggi*, in M. COSULICH e G. ROLLA, (a cura di), *Il riconoscimento dei diritti storici negli ordinamenti costituzionali*, Napoli, 2014, 195 ss., il quale divide la giurisprudenza in due fasi: la prima in cui la storia funge come «schermo di costituzionalità» e una seconda in cui questa impostazione viene via via superata e il richiamo alla storia «non vale più come salvacondotto nel giudizio di legittimità costituzionale», dovendo il legislatore «reinterpretare la ststoria dell'istituto, adeguandola alle mutate condizioni sociali».

L'età potrebbe tutt'al più essere ricompresa tra le "condizioni personali e sociali" di cui ragiona, in guisa di clausola di chiusura, l'art. 3 Cost.[24] Dato che nella motivazione non compare alcun riferimento al riguardo, non avendo la Corte speso alcun argomento al fine di giustificare un eventuale l'inserimento del criterio dell'età all'interno dell'elenco dei criteri vietati (nel caso appunto le "condizioni personali o sociali"), appare quanto meno eccentrico il riferimento ai "principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale". Se tale espressione è mutuata dalla sentenza n. 193 del 2017, che aveva riguardo ad una distinzione in base al sesso, nel caso in esame tale riferimento non trova giustificazione nel principio in discussione che è in definitiva individuato in una violazione del principio di eguaglianza: la cartina di tornasole di quanto appena osservato è data dal fatto che in sostanza la Corte mette in atto nel caso un tipo di sindacato per nulla distinguibile dal giudizio di eguaglianza come praticato quando *non* vengano in evidenza i criteri di distinzione espressamente vietati dall'art. 3 Cost. Non solo in questa prospettiva appare superfluo insistere sul concetto di *discriminazione* in base all'età, ma risulta pure ultroneo il riferimento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ove all'art. 21 si vieta espressamente le discriminazioni fondate sull'età. In primo luogo il concetto di "discriminazione" non coincide con ogni disparità di trattamento, pur non giustificata. A livello costituzionale contano piuttosto i divieti espressamente enunciati nell'art. 3 Cost. che sottendono una discriminazione *ratione subiecti*, il che rimanda a quello che con felice espressione è stato individuato come il nucleo "forte" del principio di eguaglianza[25]. Anche la giurisprudenza comune ha sottoposto ad approfondita, anche se non sempre coerente, elaborazione il concetto di *discriminazione*[26].

[24] Sul punto, per tutti, A. CERRI, *Ragionevolezza delle leggi*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XXV, Roma, 1994, il quale ricorda l'esperienza della Corte suprema degli Stati Uniti ove il controllo più severo viene riferito dalla Corte USA alle *suspect classifications*, di cui la razza è l'esempio più importante. Le fasce d'età, tuttavia, non concretano una fattispecie di questo tipo, perché l'età è un requisito diffuso nella popolazione e non concentrato (cfr. *S. Antonio v. Rodriguez*, 411 U. S. 128, del 1973, ove si ragiona di *large and amorphous class of people*; oppure anche *Massachussetts Board of Retirement v. Murgia*, 427 U. S. 307, del 1976, con riguardo alle persone anziane).

[25] In questo senso, come noto, A. CERRI, *Eguaglianza giuridica ed egualitarismo*, L'Aquila, 1984, 47 ss.

[26] Per considerazioni ulteriori sul punto, che in questa sede non è possibile approfondire, G. PAVICH, A. BONOMI, *Reati in tema di discriminazione: il punto sull'elaborazione normativa recente, sui principi e valori in gioco, sulle prospettive legislative e sulla possibilità di*

In secondo luogo il richiamo alla Carta europea dei diritti, nel caso in cui se ne invochi l'applicabilità, dovrebbe essere accompagnato da una considerazione relativa alla sfera di applicazione del diritto Ue, come si desume dalle norma del Trattato[27]. Si tratta di una pre-condizione necessaria affinchè le norme della Carta possano avere rilievo nell'ordinamento interno[28]. Il vero è che la questione viene accolta dalla Corte in quanto «l'evoluzione economica-sociale nonché quella normativa dell'istituto del maso chiuso […] palesano l'*irragionevolezza* della presunzione di idoneità sottesa all'art. 18, secondo comma, del d. Pres. Prov. Bolzano n. 8 del 1962»[29]. Se in definitiva è la ragionevolezza della *ratio distinguendi* che non è giustificata, sulla base per vero di considerazioni di comune esperienza come la stessa Corte rimarca, i riferimenti ai profili "discriminatori" della disposizione, così come il richiamo alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione finiscono non solo per non essere decisivi ma rischiano di

interpretare in senso conforme a Costituzione la normativa vigente, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 2014.

[27] Cfr. soprattutto art. 51 del Trattato UE. Ma si tratta di un dato pacifico in giurisprudenza: a mero titolo di esempio Corte di giustizia, Causa C-617/10, *Åkerberg Fransson* (2013). Da ultimo, sul punto, molto chiaramente, B. NASCIMBENE, *Carta dei diritti fondamentali, applicabilità e rapporti fra giudici: la necessità di una tutela integrata*, in *www.europeanpapers.eu* (21/04/2021), secondo cui «l'ambito di applicabilità della Carta è tema legato alle competenze dell'Unione e al principio di attribuzione». Trarre, come fa la Corte «ulteriore conferma» del fatto che «l'elenco di cui all'art. 3, primo comma, Cost., non debba ritenersi tassativo, esprimendo piuttosto il generale divieto di arbitrarie discriminazioni», «dal coordinamento ermeneutico con l'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea […] che espressamente vieta, al paragrafo n. 2, qualsiasi forma di discriminazione fondata, tra l'altro, sull'età», non è solo operazione discutibile in sé, ma è altresì un ragionamento non del tutto in asse con il sistema dato che una disposizione costituzionale viene interpretata alla luce della Carta dei diritti in relazione ad un caso in cui mancano i presupposti per l'applicazione della Carta stessa. Si tratta di considerazioni che avrebbero potuto suggerire di evitare ogni riferimento alla Carta dei diritti, non aggiungendo tale riferimento nulla al ragionamento che conduce la Corte alla –assolutamente condivisibile- dichiarazione di illegittimità della norma sindacata.

[28] Di fatto il richiamo può avere solo un significato interpretativo, come pare desumersi dal passaggio della motivazione: ancora sent. n. 21 del 221, *Considerato in diritto*, 4.3. Nessuna argomentazione trapela in ordine ai profili di applicazione del diritto dell'Unione europea in materia, di modo che, quindi, la Carta a rigore non può dispiegare alcun effetto particolare. Se infatti il nesso vi fosse stato, la Corte costituzionale avrebbe potuto richiamare la giurisprudenza della Corte di giustizia che ha nel tempo molto valorizzato il requisito dell'età: per tutte, cfr. Corte Giustizia Unione europea Grande Sezione), *Kücükdeveci*, 19 gennaio 2010, causa C- 555/2007, in *Foro it.*, 2011, IV, 150; il criterio dell'età viene del resto radicato nell'ambito delle "tradizioni costituzionali comuni", anche se poi il tenore del controllo esercitato dalla Corte di giustizia non va molto lontano da un modello di *deferential review*.

[29] Così Corte cost., sent. n. 15 del 2021, *Considerato in diritto*, 4.6 (mio il corsivo).

rendere meno lineare una incostituzionalità che deriva da una piana applicazione degli stilemi classici del giudizio di ragionevolezza[30].

3. Considerazioni sullo *stylus judicandi* della pronuncia.

Se la sentenza in commento denota qualche piccola crepa sia sul versante processuale che su quello sostanziale, tutto ciò non ne inficia certo la conclusione, del tutto condivisibile, che si sostanzia nella dichiarazione di incostituzionalità di tipo sostitutivo, che determina l'eliminazione del criterio di distinzione non più in sintonia con l'evoluzione economica e sociale[31], e quindi irragionevole[32]. Ciò che tuttavia più colpisce è la distanza che separa l'itinerario argomentativo seguito nella presente occasione rispetto al precedente più prossimo dato dalla più volte citata sentenza n. 193 del 2017. Il filo conduttore della sentenza del 2017 è di matrice essenzialmente storica. Lo si percepisce dall'*incipit* della motivazione in cui l'*excursus* storico-normativo viene considerato addirittura come "necessario". Che non sia una descrizione fine a se stessa lo dimostra il prosieguo del ragionamento in cui la Corte rimarca i «caratteri originari e pregnanti dell'istituto, che ne giustificano la conservazione attraverso una peculiare disciplina», giustificata appunto dal fatto che si tratta di un istituto «fortemente espressivo della tradizione sudtirolese», tanto che «non può qualificarsi né rivivere se non con le caratteristiche sue proprie derivanti dalla tradizione e dal diritto vigente»[33]. Ma questo alla Corte non basta, dovendo l'istituto del maso chiuso essere riguardato e considerato in una prospettiva ancora più ampia, di sistema. In quest'ottica la Corte costata che esso «si inquadra in una particolare ipotesi normativa in cui è l'assetto giuridico a doversi conformare a quello sociale e alla sua evoluzione, anche alla luce delle evidenze storiche, che registrano il

[30] Come è in certi casi accaduti: ad esempio con la sent. n. 505 del 1988 la Corte ha fondato l'incostituzionalità di alcune disposizioni in materia di masi chiusi senza rimarcare la necessità di salvaguardare principi costituzionali di particolare pregio e fondando l'illegittimità semplicemente su un anacronismo legislativo fonte, in fin dei conti, di irragionevolezza.
[31] A questo riguardo in dottrina si è non a caso ragionato di "anacronismo legislativo": tra i primi, E. SPAGNA MUSSO, *Norma anacronistica e norma costituzionalmente illegittima*, in *Foro it.*, I, 2713, 1973.
[32] Si tratta in sostanza di una decisione che si inserisce in quella tendenza a depurare la disciplina del maso chiuso da quelle «incrostazioni discriminatorie oggi non più tollerabili»: così D. PARIS, *op. cit.*, 213.
[33] Corte cost., sent. n. 193 del 2017.

fallimento del precedente tentativo del legislatore statale del 1928 di trasformare il regime giuridico dei masi con un atto di imperio»; «l'evoluzione dell'antica usanza sudtirolese –prosegue la Corte nel suo ragionamento- in un peculiare istituto giuridico dell'ordinamento italiano trova la sua corrispondenza nei perduranti bisogni ed esigenze di una collettività locale che si è attribuita regole *ab immemorabili*»[34]. Del resto la genesi dell'istituto rende evidente il fatto che lo stesso, lungi dall'esserne "conformato", è stato in sostanza "recepito" dall'ordinamento giuridico utilizzando all'uopo una qualificatissima fonte, di rango appunto costituzionale. Tale «recezione del maso chiuso attraverso il più elevato livello normativo del nostro ordinamento […] costituisce fenomeno emblematico del pluralismo economico, sociale e giuridico che permea la Carta costituzionale, tanto più significativo in quanto di questo *istituto prestatuale* è stata più volte messa in dubbio la compatibilità rispetto all'ordinamento civile italiano, con il quale tuttavia convive da sempre»[35].

Se è vero che si tratta di un affresco, quello storico, unitamente a quello concettuale ad esso parallelo, che non sono forse da ritenere decisivi rispetto all'epilogo della questione di cui alla sentenza n. 193 del 2017, è tuttavia da non trascurare il fatto che nel processo costituzionale la distinzioni tra *rationes decidendi* e *obiter dicta* si fanno quanto mai incerte, sicuramente meno cariche degli effetti che la stessa distinzione riveste nell'ambito della giurisprudenza comune[36]. Resta il fatto che l'aver incastonato l'antico istituto del maso in un ordine di idee che attribuisce una particolare valenza al diritto pre-statuale e al pluralismo sociale di cui esso costituisce una epifania, e che del resto connota la stessa Carta costituzionale, non sembra un dato da cui sembra si possa prescindere al fine di inquadrare correttamente la decisione del 2017. La ricostruzione di un ampio affresco in cui si prende atto che gli istituti giuridici non hanno una matrice solamente normativa ma derivano da consuetudini ben precedenti alla loro traduzione in testi scritti, l'insistito riferimento al pluralismo, economico, sociale e giuridico che permea la Costituzione e fornisce una sorta di "copertura" agli istituti giuridici espressione della tradizione,

[34] Corte cost., sent. n. 193 del 2017.
[35] Corte cost., sent. n. 193 del 2017 (mio il corsivo).
[36] Sul punto, e anche per ulteriori indicazioni, C. SALAZAR, Ratio decidendi *e* obiter dicata *nella più recente giurisprudenza costituzionale (1986-1992): due formule "antiche" (forse troppo) per un processo "nuovo" (ma non troppo)?*, in A. RUGGERI (a cura di), *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Torino, 1994, spec. 314 ss.

sono tutti elementi non certo insignificanti e che non è frequente trovare enunciati con sistematicità nella giurisprudenza costituzionale. Quello che preme rimarcare è che tale inquadramento, anche storico, non intende, come accadeva nella prima giurisprudenza della Corte in materia, fornire una giustificazione ad istituti eccentrici rispetto alla nostra tradizione[37], ma vuole piuttosto fornire una spiegazione della genesi di tali istituti e della loro piena compatibilità con l'impianto pluralistico sotteso alla Costituzione repubblicana.

Di tutto questo, la pronuncia immediatamente successiva, tra l'altro connotata da vistose analogie, non reca traccia. L'inquadramento concettuale dell'antico istituto non viene riproposto sulle orme dell'impianto della precedente pronuncia. Ad esso in realtà non si fa che fugace accenno nella cornice della motivazione della pronuncia in commento. Nulla invece trapela dell'ampio impianto concettuale del precedente, ancorato al complesso rapporto tra diritto di fonte normativa e diritto come espressione della società[38]. Non è facile dare un significato alla diversità tra lo *stylus iudicandi* della sentenza 193 e quello della più recente sentenza del 2021.

Una duplicità di ipotesi sembra si possa delineare. La Corte ha inteso prendere le distanze dal proprio precedente, *in parte qua*, non ritenendo di condividerne il substrato "ideologico", oppure essa non ha semplicemente ritenuto di ritornare a insistere su considerazioni che in fin dei conti non sono strettamente funzionali al *decisum*. In ogni caso il silenzio della Corte non è suscettibile di univoca lettura, potendo esso suonare come avallo o come segnale di discontinuità.

Non è certo agevole prendere partito per una delle ipotesi delineate. Resta il fatto che esse si basano su un *non detto* della Corte: già il fatto di trovarsi nella condizione di interpretare questo silenzio non depone a favore di una impeccabile configurazione della motivazione della pronuncia, che si innesta in un flusso di precedenti con cui deve fare i conti. In linea di principio, è bene che la motivazione palesi le ragioni della scelta a cui conduce, anche per scongiurare il rischio di dare luogo ad itinerari argomentativi divergenti al cospetto di "situazioni normative" connotate da marcati tratti di analogia. Anche se si trattasse di una scelta di valore,

[37] Si tratta in fatti di un istituto, «ignoto al diritto romano», che si basa sul principio della «indivisibilità della proprietà contadina»: così G. GABRIELLI, *op. cit.*, 205.
[38] Si tratta in verità di una linea di pensiero alimentata dalla riflessione di una parte della dottrina giuridica: per tutti, P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, 1996, 21 ss.

quella di non fare cenno all'impostazione adottata dal precedente prossimo, sarebbe stato preferibile che essa trapelasse nella trama della motivazione della pronuncia, che pure in diversi passaggi fa riferimento al precedente del 2017, se non altro per prenderne le distanze[39].

Quello che è certo è che la motivazione della sentenza n. 193 del 2017 si nutre delle considerazioni ad ampio spettro svolte sull'origine, in certi casi anche extranormativa ed extrastatutale, del diritto, pur non essendo esse strettamente necessarie ai fini della decisione[40].

Sarebbe forse lecito formulare l'auspicio che la Corte, anche al minimale fine di non ingenerare incertezze sulla portata di considerazioni così pregnanti, le dispensi con cautela. O si tratta di considerazioni ampiamente, se non unanimemente, condivise, e quindi destinate a essere "coltivate", di modo che non dovrebbero cadere nell'oblio nel prosieguo della giurisprudenza, soprattutto a distanza così ravvicinata e in casi così contigui; oppure si tratta di prese di posizioni non del tutto condivise, o non da tutto il collegio "sottoscritte" o, peggio, passate in qualche misura "inosservate", di modo che sarebbe allora desiderabile una maggiore sorveglianza sulle motivazioni da parte dell'intero Collegio, per scongiurare ipotesi in cui un Giudice possa innestare frammenti di motivazione non rispondenti ad un *idem sentire* di cui la motivazione dovrebbe essere lo specchio fedele[41]. In caso diverso si rischierebbe che parti di alcune motivazioni possano essere degradate a (episodiche?) prese di posizione, forse non del tutto condivise e forse non espressive di una vera e propria "dottrina" della Corte, anche in relazione a problematiche dense di significato come quella in esame.

[39] Di tale precedente, tuttavia, non si richiamano le premesse storiche e soprattutto "ideologiche" che tanta parte avevano avuto nell'economia della pronuncia del 1997;
«una sentenza che appare priva di scelte valutative è i realtà una sentenza fondata su valutazioni non espresse e non giustificate, ed è quindi preclusiva di ogni possibile controllo esterno sulla fondatezza di tali scelte»: così, in un noto passo, M. TARUFFO, *La fisionomia della sentenza in Italia*, in AA. VV., *La sentenza in Europa. Metodo, tecnica estile*, Padova, 1988, 213.

[40] È pure da considerare che, come giustamente si è in dottrina osservato «la distinzione *ratio decidendi-obiter dicta* tende a perdere ogni valenza prescrittiva, se riferita alle sentenze di giudizi costituzionali, fino al punto che ad essa non è n certi casi possibile fare ricorso»: così C, SALAZAR, Ratio decidendi *e* obiter dicata *nella più recente giurisprudenza costituzionale*, cit., 317.

[41] Sul punto G. ZAGREBELSKY, *Principi e voti. La Corte costituzionale e la politica*, Torino, 2005

Se si vuole dare un senso al silenzio serbato dalla Corte sul punto nell'occasione che ci occupa, e a prescindere dall'opinabilità di ogni operazione che dall'interpretazione di un "non detto" muova, sembrerebbe lecito dubitare della perdurante condivisione (e quindi attualità) di una presa di posizione della Corte che, seppure non suscettiva di ricadute immediate, appare pur tuttavia gravida di significato con riguardo alla politica (o alla filosofia) della Corte su temi così pregnanti per i giuristi. Sotto questo profilo la Corte, nella cornice della pronuncia n.

193 del 2017, aveva dato mostra di enfatizzare il ruolo extraprocessuale della motivazione delle proprie decisioni, ruolo che si attaglia particolarmente (anche se non solamente) alle pronunce della Corte costituzionale[42].

La decisione più recente, assai puntuale nel dirimere, con acribia, ogni questione, anche processuale, relativa alla vicenda *sub iudice,* risponde ad un paradigma rigidamente endoprocessuale in riferimento al ruolo della motivazione delle sentenze. Si potrebbero spendere molte parole per patrocinare i vantaggi del primo modello, altrettanto per lumeggiarne i rischi, anche nel contesto di un collegio, come quello che compone la Corte costituzionale, ampio, di estrazione varia, e oggetto di un frequente "ricambio". Ci si può imitare in questa sede a due sole considerazioni.

A prescindere dalle ragioni che militano per uno o per l'altro dei modelli di decisione, o per altri ancora che sono immaginabili e per vero dalla prassi conosciuti, quello che alla Corte costituzionale, come ad ogni organo giudiziario di vertice, si può richiedere, è che la motivazione delle sentenze sia espressione di uno *stylus iudicandi* ispirato ad una qualche forma di uniformità. Pur se le coppia di decisioni in esame è da considerare coerente in relazione alla soluzione di ciascuna delle due questioni sostanziali *sub iudice*, la distanza che separa le due pronunce quanto a impianto motivazionale costituisce una stonatura, soprattutto alla luce del limitato lasso di tempo che le divide e in considerazione del peso specifico delle considerazioni sulle quali la Corte nel 2017 aveva intessuto una motivazione per vero assai ricca di suggestioni.

[42] Sul punto M. TARUFFO, *La motivazione della sentenza civile*, Padova, 1975, 392; ma anche E. AMODIO, *Motivazione. II Motivazione delle sentenze penali*, in *Enc. del Diritto*, XXVII, Milano, 1977, 781; con specifico riguardo alla giurisprudenza della Corte costituzionale, si vedano le considerazioni di M. AINIS, *La "motivazione in fatto" della sentenza costituzionale*, in A. RUGGERI (a cura di), *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Torino, 1994, 167.

In secondo luogo, in relazione alla specifica questione degli *obiter dicta* nella giurisprudenza della Corte costituzionale, ci si può limitare a comparare –in via meramente esemplificativa- l'*obiter* della sentenza del 193 con un altro *obiter*, quasi coevo ad essa, ma caratterizzato da una natura affatto diversa, quello di cui alla sent.

n. 269 del 2017, avente riguardo, come noto, la questione dell'utilizzo della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea da parte dei giudici comuni. Si tratta di una pronuncia in cui la Corte costituzionale ha preso posizione sull'*iter* da seguire nel caso in cui i giudici rilevino un contrasto tra Carta dei diritti fondamentali e normativa interna: si tratta di una impostazione che, pur con qualche correzione di tiro, è stata sostanzialmente rispettata e rifinita dalla Corte nel prosieguo della giurisprudenza, nell'ambito della quale quella prima pronuncia è stata utilizzata come vero e proprio *leading case*, ad onta della sua indiscutibile natura di *obiter dictum*[43]. Nel caso della sentenza 193 del 2017, se è vero che una consistente parte della motivazione di essa non costitutiva un presupposto logico rispetto all'esito del giudizio, essa purtuttavia era strettamente legata alla decisione in quanto ne costituiva il retroterra storico e "culturale". Ma di tale impostazione, nella pronuncia 15 del 2021, che pure rivela svariate ed innegabili simmetrie con la situazione allora *sub iudice*, in pratica non vi è alcuna traccia.

Ci si potrebbe accontentare di rilevare: a) la estrema varietà (e di conseguenza difficile catalogabilità) di quelle parti delle motivazioni che convenzionalmente chiamiamo *obiter dicta*; b) la difficoltà di misurare non tanto, o non solo, la distanza che separa, nel giudizio di costituzionalità, *ratio decidendi* e *obiter dicta*, quanto la variabilità dell'efficacia che negli sviluppi giurisprudenziali futuri le varie componenti della decisione dispiegano: certe *rationes decidendi* possono di fatto offuscarsi fino a scomparire nell'evoluzione della giurisprudenza, certi *obiter* possono al contrario dettare la linea per futuri sviluppi giurisprudenziali su questioni di indiscutibile rilevanza, anche "ordinamentale".

Si può solo aggiungere che, in definitiva, la natura degli *obiter* viene svelata solamente *ex post* e non è sempre prevedibile, alla luce della pluralità di variabili che

[43] Sul seguito di tale pronuncia, N. LUPO, *Con quattro pronunce dei primi mesi del 2019 la Corte costituzionale completa il suo rientro nel sistema "a rete" di tutela dei diritti in Europa*, in *Federalismi.it*, n. 14/2019; sul seguito della vicenda, A. COZZI, *Sindacato accentrato di costituzionalità e contributo alla normatività della Carta europea dei dritti fondamentali a vent'anni dalla sua proclamazione*, in *Diritto pubblico*,3/2020, 659 ss.

possono venire in gioco. Di certo è che, al pari della *ratio decidendi* della sentenza, a questo punto non vi sono più dubbi che anche gli *obiter dicta* debbano essere circondati di quell'attenzione e circospezione che per tradizione viene riservata alla *ratio* vera e propria della decisione, tali e tanti essendo gli effetti che a tali *obiter* possono essere ricondotti.

VERSO LA RINASCITA DEL VOLONTARIATO (IN NOME DELLA SOLIDARIETÀ)

Luana Leo[*]

Abstract [ITA]: Il presente lavoro pone in luce la mutazione subita dal volontariato. Inizialmente, il fenomeno è concepito dalla legge quadro n. 266/1991 come "organizzazione". Il Codice del Terzo settore, in virtù di una storica sentenza della Consulta, sposta principalmente l'attenzione sulla figura del volontario. Una novità sostanziale: si sottolinea la linea di continuità che collega la natura del soggetto agente con il fine perseguito. Tale quadro è completato dalla promozione di una "cultura del volontariato", consolidatasi nel contesto dell'emergenza sanitaria da Covid-19.

Abstract [ENG]: *This work highlights the mutation undergone by volunteering. Initially, the phenomenon was conceived by the framework law n. 266/1991 as an "organization". The Third Sector Code, by virtue of a historic ruling of the Council, mainly shifts attention to the figure of the volunteer. A substantial novelty: the line of continuity that connects the nature of the acting subject with the aim pursued is underlined. This picture is completed by the promotion of a "culture of volunteering", consolidated in the context of the health emergency from Covid-19.*

Parole chiave: Volontariato; Solidarietà; Persona; Terzo Settore.

SOMMARIO: 1. Introduzione. **2.** La legge-quadro sul volontariato. **2.1** La valenza democratica del volontariato: primi interventi della Corte. **3.** La legislazione sul volontariato prima della nuova riforma del Terzo settore. **4.** Il recente contributo della giurisprudenza costituzionale. **5.** Il Codice del Terzo settore: cambio di prospettiva. **6.** Riflessioni conclusive.

[*] Cultrice di Diritto pubblico generale e Diritto costituzionale nell'Università del Salento.

1. Introduzione.

È indiscutibile che l'emergenza sanitaria da Covid-19 abbia provocato ingenti problematiche di natura economica, sociale e culturale. Tuttavia, ad essa deve riconoscersi il grande merito di avere posto in risalto in via indiretta la figura del volontario, da tempo accantonata. In tale scenario, infatti, è emerso un lato nascosto della figura in commento. Come noto, la *ratio* del volontariato risiede nell'apportare (gratuiti) benefici a individui versanti in condizioni critiche.

La pandemia, invece, ha evidenziato come tale azione finisca non soltanto per arricchire gli altri, ma anche sé stessi. D'altro canto, tale aspetto è riscontrabile nel c.d. Codice del Terzo settore (d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117), il quale introduce una novità solo apparentemente poco incisiva. Tale Codice sposta l'attenzione dall'oggetto ("attività") alla figura ("volontario") del fenomeno. È una novità sostanziale: la precedente normativa (l. 11 agosto 1991, n. 266) si concentrava unicamente sull'operato, illustrando i tratti dell'organizzazione, trascurando l'agente. Al contrario, la nuova disciplina esalta il soggetto, tanto da rimettere alla "libera scelta" dello stesso l'esercizio dell'attività volontaria, avallando i connotati organizzativi. La figura del volontario, dunque, non è più associata e dipendente dall'organizzazione, ma autonoma ed indipendente.

Un passo importante del legislatore, che trova riscontro nella giurisprudenza costituzionale. Nella memorabile sentenza n. 75/1992, la Consulta evidenzia come il volontariato costituisca *"l'espressione più immediata della primigenia vocazione sociale dell'uomo, derivante dall'originaria identificazione del singolo con le formazioni sociali in cui si svolge la sua personalità e dal conseguente vincolo di appartenenza attiva che lega l'individuo alla comunità degli uomini"*.

Una prospettiva rafforzata dallo stesso Giudice delle Leggi con la recente sentenza n. 131/2020, nella quale si approfondisce l'aspetto della "vocazione sociale dell'uomo".

2. La legge-quadro sul volontariato.

Come visto, la legge n. 266/1991 pone l'accento sull'attività del volontariato, concepita come quella *"prestata in modo personale, spontaneo e gratuito, tramite l'organizzazione di cui il volontario fa parte, senza fini di lucro anche indiretto ed esclusivamente per fini di solidarietà"*.

Oltre a definire l'attività del volontariato, la legge in commento esprime in maniera esplicita il valore riconosciuto dallo Stato al fenomeno e le sede ove esso deve essere svolto. Con riguardo al primo profilo, il legislatore riconosce l'importanza del volontariato come *"espressione di partecipazione, solidarietà e pluralismo"*, ne evidenzia l'apporto "originale" in vista del *"conseguimento delle finalità di carattere sociale, civile e culturale individuate dallo Stato, dalle regioni, dalle province autonome di Trento e di Bolzano e dagli enti locali, salvaguardando la sua autonomia"*[1], salvaguardandone l'autonomia. In ordine al secondo profilo, il legislatore delinea l'organizzazione di volontariato[2], un'organizzazione che opera per scopi solidaristici, e si caratterizza per *"l'assenza di fini di lucro, la democraticità della struttura, l'elettività e la gratuità delle cariche associative nonché la gratuità delle prestazioni fornite dagli aderenti"*. Un aspetto cruciale concerne la forma giuridica: tale legge conferisce alle organizzazioni di volontariato la facoltà di decidere la forma giuridica più appropriata al conseguimento degli scopi prefissati[3]. In realtà, il riferimento al fine solidaristico esclude di per sé la possibilità di adottare la forma giuridica societaria: le società perseguono uno scopo incompatibile con quello "solidaristico", nonché uno scopo di lucro (società di persone e di capitali) o uno scopo mutualistico (le cooperative)[4]. Uno dei tratti peculiari delle organizzazioni di volontariato consiste

[1] Sul punto, G. RIVETTI, *Onlus. Autonomia e controlli*, Giuffrè, Milano, 2004, 190.
[2] Il disposto sembra sottintendere che il volontariato individuale non sia consentito. In realtà, quest'ultimo è astrattamente ammissibile, sebbene la prestazione singola non rientri nella definizione legale. In tale senso, si veda L. GORI, *La disciplina del volontariato individuale, ovvero dell'applicazione diretta dell'art. 118, ultimo comma, Cost.*, in *Rivista AIC*, n. 1, 2018, 3-5.
[3] Pertanto, l'organizzazione di volontariato non costituisce in senso tecnico-giuridico un ente giuridico autonomo. In senso contrario, si veda V. PANUCCIO, *voce Volontariato*, *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano, 1993, 1083.
[4] Sul punto, si veda M. MIOLA, *Associazioni e società*, in *Fenomeno associativo e attività notarile*, a cura di A. FUCCILLO, Jovene, Napoli, 1995, 151. Si tende ad escludere dal novero delle organizzazioni di volontariato anche le fondazioni. In queste ultime, infatti, l'elemento preminente non è la prestazione dell'individuo, bensì il patrimonio (in senso favorevole, M. GORGONI, *Sub* art. 3, in *Commento alla legge quadro sul volontariato*, a cura di L. BRUSCUGLIA, Cedam, Padova, 1993).

non tanto nell'omesso perseguimento di uno scopo di lucro [5], quanto nel conseguimento di uno scopo "solidaristico"; il primo, infatti, consente soltanto di escludere la ripartizione ai soci degli utili ricavati dall'attività economica eventualmente attuata. Lo scopo "solidaristico" implica la destinazione dei benefici derivanti dall'attività all'esterno della compagine sociale. Tale circostanza pone in luce un'ulteriore caratteristica fondamentale dell'organizzazione di volontariato, la cura degli interessi altrui. Il volontariato è, infatti, "scuola di solidarietà", in quanto *"concorre alla formazione dell'uomo solidale e di cittadini responsabili"*[6]. In tale senso, è opportuno precisare che la solidarietà prestata dai volontari si *"informa ad un puro spirito di liberalità non è certo in adempimento di un dovere giuridico"*[7], come quello sancito dall'art. 2 Cost.; si tratta, infatti, di un dovere avente una base di natura etica[8].

L'organizzazione di volontariato deve avvalersi in modo determinante e prevalente delle prestazioni personali, volontarie e gratuite dei suoi aderenti i volontari; essi possono ottenere solo il rimborso delle spese *"effettivamente"* sostenute per l'attività effettuata, purché dietro presentazione dei documenti giustificativi delle medesime. Questi, infatti, potrebbero riportare, in parte, spese "inesistenti", alterando così la gratuità del rapporto, caratteristica essenziale dell'attività di volontariato. I volontari, altresì, non possono instaurare alcun tipo di rapporto di lavoro subordinato o autonomo[9]. Ai fini dell'iscrizione nei Registri generali (istituiti presso Regioni e Province), le organizzazioni sono tenute a riportare nell'atto costitutivo o nello statuto *"i criteri di ammissione e di esclusione di questi ultimi, i loro obblighi e diritti. Devono essere altresì stabiliti l'obbligo di formazione del bilancio, dal quale devono risultare i beni, i contributi o i lasciti ricevuti, nonché le modalità di approvazione dello stesso da parte dell'assemblea degli aderenti"*. L'iscrizione nei Registri generali costituisce un vero e proprio "diritto soggettivo" (art. 6, comma 3). Essa non è

[5] Come osservato da G. PONZANELLI, *Gli enti collettivi senza scopo di lucro*, Giappichelli, Torino, 1996, 193, "la nozione di "scopo di lucro" non abbraccia solo il lucro soggettivo, ma si riferisce più genericamente allo scopo egoistico perseguito dai membri di un corpo sociale. Al contrario, la nozione di "fini di solidarietà è da intendersi come divieto di spartizione degli utili tra gli associati, e comporta un obbligo di eterodestinazione dei risultati".

[6] Art. 5 della Carta dei valori del Volontariato.

[7] Così, A. RANDAZZO, *Volontariato ed autonomie: un circolo virtuoso al servizio dell'inclusione sociale*, in *Gruppo di Pisa*, n. 2, 2013, 5.

[8] Sul punto, si veda S. GALEOTTI, *Il valore della solidarietà*, in *Dir. e soc.*, n. 1, 1996, 23.

[9] Ai sensi dell'art. 2, comma 3, di tale legge: "La qualità di volontario è incompatibile con qualsiasi forma di rapporto di lavoro subordinato o autonomo e con ogni altro rapporto di contenuto patrimoniale con l'organizzazione di cui fa parte".

obbligatoria, ma condizione necessaria per *"accedere ai contributi pubblici nonche' per stipulare le convenzioni e per beneficiare delle agevolazioni fiscali"*. Occorre segnalare che la valutazione dei requisiti per l'iscrizione nei Registri generali, incombente alle Regioni e alle Province Autonome, non implica una verifica solo dei requisiti formali, ma anche dei profili di gratuità e di solidarietà delle prestazioni effettuate[10]. In ragione dell'appartenenza al Terzo Settore, le organizzazioni costituiscono *partner* privilegiati delle pubbliche amministrazioni nella gestione di servizi della persona. A tale proposito, la legge n. 266/1991 consente allo Stato, alle Regioni, alle Province Autonome, e alla categoria degli "altri enti pubblici" di stipulare convenzioni con organizzazioni di volontariato, a condizione che risultino *"iscritte da almeno sei mesi nei registri di cui all'articolo 6 e che dimostrino attitudine e capacità operativa"*. Come infatti statuito dalla giurisprudenza[11], le organizzazioni di volontariato assolvono una posizione peculiare, di ausilio della pubblica amministrazione. Tuttavia, la legge in commento non illustra i criteri tramite i quali è valutabile la capacità operativa di un'organizzazione; tale circostanza induce a considerare elementi non idonei e trascurare invece quelli fondamentali.

La legge-quadro del 1991 prevede, all'art. 12, l'istituzione di un Osservatorio Nazionale per il volontariato, investito di molteplici compiti, tra cui censire e promuovere le organizzazioni di volontariato, favorire studi e ricerche in Italia e all'estero, approvare progetti sperimentali, ecc. Essa, altresì, stabilisce la creazione di un fondo speciale presso le Regioni, in modo tale da costituire centri di servizio a disposizione delle organizzazioni di volontariato, come forma di sostegno formativo e informativo delle stesse. Nella maggior parte delle Regioni, però, i centri di servizio sono stati avviati a fatica[12], a causa del disaccordo delle fondazioni bancarie, chiamate a contribuire al fondo speciale regionale, di versare la somma prescritta dalla legge.

Nella storia italiana del volontariato, la legge del 1991 ha assunto un ruolo significativo. Tuttavia, essa presenta taluni nodi applicativi. Il primo concerne l'induzione di una specie di "modello strutturale" a cui le organizzazioni si devono conformare per essere definite "di volontariato". Il secondo riguarda i meccanismi di

[10] Cons. Stato, 20 gennaio 2000, n. 48.
[11] Cons. Stato, sez. V, 10 maggio 2005, 2345; TAR Campania, sez. I, 2 aprile 2007, n. 3021; TAR Lazio Roma, sez. I *ter*, 1 ottobre 2010, n. 32649.
[12] Si veda, G. MEMO, *Salvare e rilanciare il sistema dei Csv*, in *Non per profitto*, 2014.

burocratizzazione che la normativa ingenera nei rapporti tra organizzazioni di volontariato ed enti pubblici[13].

2.1. La valenza democratica del volontariato: primi interventi della Corte.

Nella già richiamata sentenza n. 75/1992, quale "capostipite" delle pronunce sul volontariato, la Corte costituzionale coglie l'occasione per precisare che esso costituisce *"un modo di essere della persona nell'ambito dei rapporti sociali o, detto altrimenti, un paradigma dell'azione sociale riferibile a singoli individui o ad associazioni di individui"*. Uno dei passaggi-chiave di tale sentenza risiede nel ricondurre al principio di solidarietà quelle condotte attuate *"non per calcolo utilitaristico o per imposizione di un'autorità, ma per libera e spontanea espressione della profonda socialità che caratterizza la persona stessa"*. La giurisprudenza, dunque, riconosce un pregio costituzionale a condotte solidaristiche slegate "dall'imposizione di un'autorità"[14]. Il passaggio appena delineato valorizza il volontariato come espressione di un'idea di libertà in grado di pervadere i rapporti economici e sociali. La Consulta segue un ragionamento analogo in relazione alla legge n. 381/1991 sulla cooperazione sociale, che *"rappresenta un paradigma di azione collettiva"* nel quale *"vanno ricomprese attività di promozione umana e di integrazione sociale dei cittadini, e in particolare di quelli svantaggiati, riconducibili al principio di solidarietà sociale solennemente proclamato dall'art. 2 della Costituzione, il cui sviluppo e il cui sostegno rappresentano un compito che coinvolge l'intera comunità nazionale"*[15].

Nelle pronunce sopracitate, la Corte attribuisce effettiva connotazione e voce alla dimensione sociale di persona racchiusa nella Costituzione. Nel corso del tempo, lo spirito democratico dell'azione di volontariato è riaffermato dalla giurisprudenza costituzionale. Nella sentenza n. 243/1987, la Corte evidenzia come il volontariato abbia assunto in passato *"un ruolo politico-sociale perché realizzava la partecipazione popolare alla lotta contro il grave flagello della droga"*.

[13] Così L. BOCCACIN, *Terzo settore: i molti volti del caso italiano*, Vita e pensiero, Milano, 1997, 20.
[14] Così, E. ROSSI, *Principio di solidarietà e legge quadro sul volontariato*, in *Giur. cost*., 1992, 2352-2354.
[15] Corte cost., 28 aprile 1992, n. 381.

In tale ottica, l'azione di aiuto e di sostegno alle persone deve essere accostata da azioni politiche volte al cambiamento sociale, rifiutando così l'idea che il volontariato rivesta *"il ruolo di tappabuchi, di complice silenzioso delle insufficienze del sistema, di ambulanza della storia"*[16]. Da ciò ne scaturisce che il volontariato assume una duplice missione: da un lato, esso si pone come promotore della cultura e della prassi della solidarietà, e dall'altro come agente di mutamento sociale. Il tutto avviene[17] non soltanto mediante un agire gratuito quotidiano, ma anche attraverso una dimensione politica [18] che interviene per sopprimere le cause dello svantaggio, dell'emarginazione, del degrado e della perdita di coesione sociale. In dottrina[19], infatti, si intravede nella figura del volontario *"una delle possibili uscite di sicurezza del Novecento"* in cui la politica si costruisce e diventa un *fare solidale*. In tale fase storica, l'azione politica del volontariato però è stata limitata da taluni elementi. Come visto, la legge n. 266/1991 ha avuto un impatto "burocratizzante" per varie organizzazioni di volontariato, obbligate a perdere una parte della propria autonomia al fine di conformarsi ai requisiti di legge.

In seguito, la Consulta[20], turbata dalla situazione sociale del momento, colloca le organizzazioni di volontariato tra quelle autonome risposte, attivate dalla "società civile", ispirate dal "valore costituzionale della solidarietà".

3. La legislazione sul volontariato prima della nuova riforma del Terzo settore.

Nella discussa sentenza n. 266/1992, la Consulta pose in luce la necessità di una regolamentazione statale del volontariato: i principi prescritti dalla legge quadro furono considerati alla stregua di principi generali dell'ordinamento statale, tali da limitare la competenza legislativa regionale. È opportuno marcare la mancata

[16] Documento Caritas Italiana, *Volontariato, condivisione, liberazione*, Roma, 1975, 11.
[17] N. DE PICCOLI, *Volontariato e partecipazione*, in *Volontariato e legami collettivi. Bisogni di comunità e relazione reciproca*, a cura di C. ARCIDIACONO, FrancoAngeli, Milano, 2004, 175.
[18] Art. 9 della Carta dei valori del Volontariato: "Il volontariato svolge un ruolo politico: partecipa attivamente ai processi della vita sociale favorendo la crescita del sistema democratico; […] sollecita la conoscenza ed il rispetto dei diritti, rileva i bisogni e i fattori di emarginazione e degrado […], concorre a programmare e a valutare le politiche sociali in pari dignità con le istituzioni pubbliche cui spetta la responsabilità primaria della risposta ai diritti delle persone".
[19] M. REVELLI, *Oltre il Novecento. La politica, le ideologie e le insidie del lavoro*, Einaudi, Torino, 2001.
[20] Corte cost. 28 dicembre 1995, n. 519.

vigenza dell'attuale quarto comma dell'art. 118 Cost., che introduce il principio di sussidiarietà orizzontale[21], in virtù del quale i poteri pubblici devono favorire l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, ai fini dello svolgimento di attività di interesse generale.

La legge quadro n. 266/1992 è stata oggetto di taluni interventi. A soli due anni dalla sua entrata in vigore, l'art. 18 del d.l. n. 260/1994, convertito in l. 413/1994, sostituisce il quarto comma dell'art. 8 della legge in commento, attribuendo ad un decreto del Ministero delle Finanze, di concerto con il Ministero per gli Affari sociali, l'individuazione dei criteri per valutare la "marginalità" delle attività di volontariato realizzabili dalle organizzazioni, tenendo conto di quanto stabilito nell'art. 8[22], ai sensi del quale *"i proventi derivanti da attività commerciali e produttive marginali non costituiscono redditi imponibili ai fini dell'imposta sul reddito delle persone giuridiche e dell'imposta locale sui redditi, qualora sia documentato il loro totale impiego per i fini istituzionali dell'organizzazione di volontariato"*. Il D.M. 25 maggio 1995 individua i criteri per valutare la marginalità, allacciandosi a tre tipologie di indicatori: tipi di attività che possono generare ricavi economici (comma 1, lett. *a, e*); parametri di collegamento tra attività e finalità dell'ente (comma 2, lett. *a*); strumenti impiegabili per lo svolgimento di tali attività (comma 2, lett. *b*). A tali parametri di carattere positivo si accosta un criterio di esclusione: *"non rientrano, comunque, tra i proventi delle attività commerciali e produttive marginali quelli derivanti da convenzioni"* (comma 3).

Su tale legge, altresì, hanno inciso il d.lgs. n. 460/1998 sulle organizzazioni non lucrative di utilità sociale; la legge n. 383/2000 sulle associazioni di promozione sociale; la legge n. 152/2001, recante norme per *"la costituzione, il riconoscimento e la valorizzazione degli istituti di patronato e di assistenza sociale quali persone giuridiche di diritto privato che svolgono un servizio di pubblica utilità"*[23]; il d.lgs. 4 maggio 2001 n. 207, disciplinante le c.d. istituzioni pubbliche di assistenza e di beneficenza[24].

---

[21] Sul rapporto tra volontariato e sussidiarietà, si veda B. SITZIA, *Sussidiarietà e stato sociale*, in *Principio di sussidiarietà, Europa, stato sociale*, a cura di M. NAPOLI, Vita e pensiero, Milano, 2003, 66; E. FERRARI, *Stato sussidiario: il caso dei servizi sociali*, in *Dir. pubb.*, 2002, 99; A. LAZZARO, *Volontariato e pubblica amministrazione stato attuale e nuove prospettive*, Giuffrè, Milano, 2006, 11-23.

[22] In senso critico, si veda P. RESCIGNO, *Autonomia privata e legge nella disciplina del volontariato*, in *Giur. it.*, 1993, IV, 5.

[23] Sul punto, si veda A. FOSSATI, *Terzo settore ed altri soggetti di lucro*, in *Manuale di diritto dei servizi sociali*, a cura di E. CODINI, A. FOSSATI, S. A. FREGO LUPPI, Giappichelli, Torino, 2017, 105-107.

[24] Sul tema, si veda S. MILAZZO, *Il "caso" peculiare delle Istituzioni Pubbliche di Assistenza e Beneficenza (IPAB) in Sicilia: ricostruzione storico giuridica, ruolo, funzioni, criticità, anche alla luce della recente giurisprudenza costituzionale*, in *Federalismi*, n. 34, 2020.

Un'attenzione particolare merita il d.lgs. n. 460/1998. Esso ha avuto un notevole impatto sulle organizzazioni di volontariato, assimilandole alle ONLUS (sotto il lato finanziario)[25] e inquadrandole nel Terzo Settore, nonché sullo stesso piano delle cooperative sociali e delle organizzazioni non governative.

Analogamente, la legge n. 383/2000 innesca non poche perplessità in ordine alla differenza tra volontariato e associazionismo. In tale senso, l'art. 16 di tale legge prevede che l'Osservatorio nazionale dell'associazionismo *"svolge la sua attività in collaborazione con l'Osservatorio nazionale per il volontariato di cui all'articolo 12 della legge 11 agosto 1991, n. 266, sulle materie di comune interesse"*; i due Osservatori, altresì, sono chiamati alla designazione di dieci membri del Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro (CNEL). L'accostamento del volontariato a tale ultimo organo – a parere di chi scrive – desta timore, in ragione dello spirito solidale e partecipativo del primo, come sottolineato dalla stessa legge-quadro.

È opportuno interrogarsi specialmente in ordine alle conseguenze scaturite dalla riforma costituzionale del 2001. Gli aspetti da esaminare sono due.

Il primo attiene alla modifica dell'art. 117 e alla conseguente nuova ripartizione di competenze tra Stato e Regioni. In tale ottica, la mutazione delle competenze tra i due organi potrebbe comportare un cambiamento sulla potestà legislativa in materia di volontariato. Tuttavia, il ragionamento si pone in contrasto con quanto statuito dalla Corte costituzionale (sent. 75/1992), secondo la quale il volontariato *"sfugge a qualsiasi rigida classificazione di competenza, nel senso che può trovare spazio e si può realizzare all'interno di qualsiasi campo materiale della vita comunitaria, tanto se riservato ai poteri di regolazione e disposizione dello Stato, quanto se assegnato alle attribuzioni delle regioni (o degli enti locali)"*. Le vie percorribili sono due.

La prima prende le mosse dall'art. 117, comma 2, lett. *f)*, Cost., che conferisce allo Stato la competenza esclusiva in materia di "ordinamento civile".

Su spinta di una parte della dottrina[26], si potrebbe pensare di attribuire allo Stato la competenza sui profili organizzativi e procedurali della disciplina, riservando invece alle Regioni la regolamentazione delle specifiche attività realizzate tramite il volontariato.

---

[25] Art. 10 del d.lgs. n. 460/1998: "Sono in ogni caso considerati ONLUS, nel rispetto della loro struttura e delle loro finalita', gli organismi di volontariato di cui alla legge 11 agosto 1991, n. 266, iscritti nei registri istituiti dalle regioni e dalle province autonome di Trento e di Bolzano […]".

[26] F. DAL CANTO, *La legislazione in tema di volontariato a dieci anni dalla riforma costituzionale*, in *Oggi domani Anziani*, n. 1, 2011.

L'alternativa risiede nel rimanere ancorati alla prospettiva della giurisprudenza costituzionale (sent. n. 75/1992), per la quale il volontariato *"non costituisce una materia, ma un modo di essere della persona, nell'ambito dei rapporti sociali"*, nonché *"uno schema generale d'azione nella vita di relazione, basato sui valori costituzionali primari della libertà individuale e della solidarietà sociale"*.[27]

Su tale lunghezza d'onda, si muove la sentenza n. 185/2018[28], che ricava dalla l. n. 106/2016 e dal d.lgs. n. 117/2017, l'inquadramento del Terzo settore come *"il complesso dei soggetti di diritto privato che esercitano, in via esclusiva o principale, una o più attività d'interesse generale per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale, mediante forme di azione volontaria e gratuita o di mutualità o di produzione e scambio di beni e servizi, in attuazione del principio di sussidiarietà"*. A fronte di attività eterogenee, sottratte ad qualsiasi classificazione, la Corte conferma la volontà di non considerare il volontariato alla stregua di una materia *("se questo vale per le attività, è tuttavia innegabile che i soggetti del Terzo settore, in quanto soggetti di diritto privato, per quanto attiene alla loro conformazione specifica, alla loro organizzazione e alle regole essenziali di correlazione con le autorità pubbliche, ricadono tipicamente nell'ordinamento civile")*.

Tuttavia, in diverse occasioni, la Corte costituzionale si è mostrata al fianco dello Stato, per ragioni di emergenza e di allarme sociale. In tale quadro, rientrano[29] la sentenza n. 36/1992, traente origine da ricorsi delle Province autonome di Trento e di Bolzano contro la l. n. 216/19, sulla quale incidono considerazioni inerenti la *"situazione eccezionale determinatasi nel Paese"*, e la sentenza n. 49/1991, nella quale la Consulta richiama – a beneficio del legislatore statale – ragioni di uniformità, ritenendo legittimo che la partecipazione alle attività trasfusionali da parte delle associazioni e delle federazioni dei donatori volontari avvenga in virtù di schemi di convenzione-tipo delineati dallo Stato.

---

[27] Secondo N.LIPARI, *Per un volontariato quale modello di cittadinanza*, in *Liber amicorum per Francesco D. Busnelli. Il diritto civile tra principi e regole*, Giuffrè, Milano, 68, "in tale senso, il volontariato finisce per diventare paradigma di stili di presenza, modalità di rapporto; implica forme di correlazione tra il singolo e la collettività che si sottraggono ad ogni intervento regolamentare, in quanto toccano direttamente la stessa giustificazione di fondo dell'ordinamento quale criterio di rapporto tra l'individuo e la società misurata dal diritto".

[28] Per un commento, si veda S. DE GOTZEN, *Inconvenienti del sistema centralizzato, parte pubblicistico e parte privatistico, di vigilanza indirizzo e promozione del terzo settore*, in *Le Regioni*, n. 1, 2019; L. GORI, *Terzo settore, fra misure di promozione e autonomia regionale*, in *Le Regioni*, n. 1, 2019.

[29] Su tale piano, sent. n. 243/1987; sent. n. 1044/1988; sent. n. 226/2010, sent. n. 309/2013.

4. Il Codice del Terzo settore: cambio di prospettiva.

La riforma del Terzo settore[30] rientra, senz'altro, tra i provvedimenti legislativi di spicco degli ultimi tempi, attuata tramite una legge delega (n. 106/2016) ed una serie di decreti legislativi di attuazione[31]. Una particolare considerazione merita il d.lgs. n. 117/2017, noto come "Codice del Terzo settore", il quale provvede al riordinamento e alla revisione organica della disciplina vigente in materia di enti del Terzo settore. Tale Codice enfatizza il ruolo e l'importanza del volontariato nell'ordinamento giuridico italiano, attribuendo piena dignità ad un fenomeno poco tutelato dalla precedente normativa.

Come visto, quest'ultima confinava il volontariato nell'ottica dell'organizzazione all'interno della quale si svolgeva l'operato. In tale modo, la figura del volontario, nonché l'attività prestata indipendentemente dall'adesione ad enti organizzati, risultava emarginata. Il d.lgs. n. 117/2017, invece, pone in luce proprio la figura del volontario, quale *"persona che, per sua libera scelta, svolge attivita' in favore della comunità e del bene comune, anche per il tramite di un ente del Terzo settore, mettendo a disposizione il proprio tempo e le proprie capacità per promuovere risposte ai bisogni delle persone e delle comunità beneficiarie della sua azione, in modo personale, spontaneo e gratuito, senza fini di lucro, neanche indiretti, ed esclusivamente per fini di solidarietà"* (art. 17, co. 2). Tale inversione di tendenza trova ragion d'essere nella pronuncia della Corte (n. 75/1992), che riconduceva il volontariato all'originaria vocazione umana di socialità. Il nuovo art. 17, co. 2, riconosce gli "sforzi" del volontario, il quale pone a disposizione il

[30] Sul tema, la dottrina è ricca. Si veda, L. GORI, E. ROSSI, *La legge delega n. 106 del 2016 di riforma del Terzo settore*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2016; S. BENVENUTI, *Finalmente una disciplina organica del Terzo settore: dalla legge delega n. 106 del 2016 ai decreti legislativi di attuazione*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3, 2017; E. POLIZZI, T. VITALE, *Riforma del Terzo settore: verso quale approdo?*, in *Aggiornamenti Sociali*, n. 2, 2017; G. PONZANELLI, *Terzo settore: la legge delega di riforma*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, n. 5, 2017; L. GORI, *Il sistema delle fonti nel diritto del terzo settore*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1, 2018; D. CALDIROLA, *Stato, mercato e Terzo settore nel d. lgs. n. 117/2017*, in *Federalismi*, n. 3, 2018; G. MORO, *Tra forme e attività. Un'analisi critica della cultura politica e amministrativa della riforma del Terzo settore*, in *Politiche Sociali*, n. 2, 2019; A. FUSARO, *Spunti per un'ermeneutica della Riforma del Terzo settore e dell'Impresa sociale*, in *Federalismi*, n. 10, 2020;

[31] Si tratta dei d.lgs. n. 40/2017 *(Istituzione e disciplina del servizio civile universale, a norma dell'articolo 8 della legge 6 giugno 2016, n. 106)*, n. 111/2017 *(Disciplina dell'istituto del cinque per mille dell'imposta sul reddito delle persone fisiche a norma dell'articolo 9, comma 1, lettere c) e d), della legge 6 giugno 2016, n. 106)*; n. 112/2017 *(Revisione della disciplina in materia di impresa sociale, a norma dell'articolo 2, comma 2, lettera c) della legge 6 giugno 2016, n. 106)* e n. 117/2017 *(Codice del Terzo settore, a norma dell'articolo 1, comma 2, lettera b), della legge 6 giugno 2016, n. 106)*. Accanto ai decreti legislativi, è stato adottato il D.P.R. 28 luglio 2017, *(Approvazione dello Statuto della Fondazione Italia Sociale)*.

proprio tempo e le proprie abilità per venire incontro alle esigenze altrui, in modo spontaneo e gratuito, senza scopi di lucro, neanche indiretti, nell'ottica della solidarietà. Nella previgente disciplina, la mancanza del requisito dell'autonomia che caratterizza l'attività del volontario (art. 2, co. 1) non consentiva di valorizzare l'apporto personale recato dal soggetto in discussione. Tale previsione risalta il volontario come una persona liberamente intenzionata ad impiegare tempo ed energia a favore di soggetti estranei, in quanto sensibile alle necessità della comunità, non interessato a trarre dall'attività prestata alcun guadagno. Da ciò ne discende l'incompatibilità con *"qualsiasi forma di rapporto di lavoro subordinato o autonomo e con ogni altro rapporto di lavoro retribuito con l'ente di cui il volontario è socio o associato o tramite il quale svolge la propria attività volontaria"* (art. 17, co. 5). Il carattere della gratuità è poi rafforzato dalla previsione che vieta sistemi di forfetizzazione reputati idonei a raggirare rapporti di lavoro retribuito ma irregolare (art. 17, co. 3). Una lettura restrittiva potrebbe condurre a pensare che il lavoratore dipendente o autonomo di un ETS non possa esplicare attività volontaria per lo stesso, oltre l'orario di lavoro. E' opportuno tenere presente che la struttura di tale previsione coincide[32] perfettamente con quella dell'art. 3, co. 2, della legge quadro. La *ratio* dell'incompatibilità di quest'ultima era quella di non pregiudicare il rapporto volontari-lavoratori, senza vietare ai secondi di prestare attività anche a favore dei beneficiari dell'ente datore di lavoro. La disposizione in oggetto, invece, mira ad evitare che i volontari eseguano lavoro irregolare, ma non vieta ai dipendenti di svolgere anche del volontariato. Essa, dunque, include un messaggio prezioso: prevenire la retribuzione del volontariato, dal momento che ciò sbiadirebbe la volontarietà della prestazione.

È opportuno soffermare l'attenzione su una parte della definizione di volontario resa dall'art. 17, co. 2.: *"mettendo a disposizione il proprio tempo e le proprie capacità"*. Tempo e capacità assumono importanza in quanto sono messi a disposizione a prescindere dalla loro quantità e dalla loro natura. La disposizione in commento non tiene conto del fatto che nessun individuo è titolare assoluto del "proprio" tempo e delle "proprie" capacità.

Si tratta di una considerazione fondamentale, poiché il tempo "personale" risente del tempo "sociale". Il tempo acquista rilevanza non soltanto per la sua scarsità, ma

[32] Come ben marcato da A. MAZZULLO, *Il nuovo Codice del Terzo Settore. Profili civilistici e tributari (d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117)*, Giappichelli, Torino, 2017, 148.

soprattutto perché costituisce la condizione basilare senza la quale le attività non possono essere attuate. A tale proposito, una parte della dottrina[33] evidenzia come il tempo volontario entri in competizione con altri tempi, per due motivi diversi. La prima attiene al carattere singolare del volontario: quanto più l'azione volontaria è effettuata a prescindere dall'assetto sociale organizzato, tanto più il tempo volontario è soggetto a pratiche di "investimento" contingenti, dipendenti dalla situazione e dai bisogni dei volontari stessi. La seconda ragione risiede nel non vincolarsi fin troppo nei confronti delle scelte che vengono compiute ed a mantenere livelli sostenibili di reversibilità.

Il volontario, altresì, mette a disposizione le sue "capacità" - ossia l'insieme delle attitudini, proprie della persona, a "fare qualcosa" - a beneficio di soggetti terzi. È necessario interrogarsi – a giudizio di chi scrive - in ordine alla decisione del legislatore italiano di impiegare il concetto di "capacità", piuttosto che quello di "competenze". Al fine di comprendere tale scelta, occorre tracciare la differenza tra i due concetti.

Le "capacità" per realizzare le attività di volontariato sono possedute da tutti, ed eventualmente possono essere perfezionate mediante il consolidamento di abilità coerenti con i settori e gli ambiti in cui quella attività si svolge.

Le "capacità", dunque, sono elementi costitutivi dell'identità personale e sociale della persona, nonché abilità meramente individuali. Le "competenze", invece, indicano ciò che effettivamente l'individuo è in grado di fare, pensare ed agire, dinnanzi all'unità complessa dei problemi e delle situazioni che essa è chiamata ad affrontare e risolvere in un determinato contesto[34].

Preme chiarire un'ulteriore concetto riportato nella definizione di "volontario" e sottolineato indirettamente in precedenza: *"svolge attività in favore della comunità e del bene comune"*.

Innanzitutto, è bene specificare che il volontario è una persona come tutte le altre, la cui "diversità" consiste nel curare non soltanto i propri interessi privati, ma anche quelli altrui, della comunità. Per giunta, come già espresso, egli non svolge l'attività

[33] A. SALVINI, *"Mettendo a disposizione il proprio tempo e le proprie capacità"*, in *Ridefinire il volontariato*, a cura di E. ROSSI, L. GORI, 2020, 69-70.
[34] Così G. BERTAGNA, *Dalle conoscenze/abilità alle capacità/competenze: il significato pedagogico e metodologico di una transizione*, in *L'insegnamento della religione cattolica per la persona. Itinerariculturali e proposte didattiche per la formazione in servizio dei docenti di religione cattolica*, a cura di G. BRETAGNA, G. SANDRONE BOSCARINO, Milano, 2009.

per motivi di lavoro, in cambio di un corrispettivo, bensì *"per sua libera scelta"* e "*in modo personale, spontaneo e gratuito, senza fini di lucro, neanche indiretti, ed esclusivamente per fini di solidarietà"*.

È interessante notare come il legislatore non sia intervenuto sulle caratteristiche della figura in esame. Da ciò ne scaturisce che la "persona" può essere chiunque, anche uno straniero. In tale contesto, poi, si inserisce il volontario che realizza un'attività in favore della comunità e del bene comune, *"anche per il tramite di un ente del Terzo settore"*. Pertanto, l'ordinamento riconosce che per attivarsi a favore della comunità e del bene comune non è vitale appartenere ad un ente del TS, distinguendosi oggi i volontari in due categorie, quelli che si impegnano a favore della comunità e del bene comune *"per il tramite di un ente del Terzo settore"* e quelli che lo fanno a prescindere da tale appartenenza, nelle molteplici modalità ideati da tali figure.

A tale punto, è opportuno distinguere le attività svolte "in favore della comunità" da quelle espletate "in favore del bene comune". In realtà, non sussiste una reale differenza tra esse, in quanto le seconde ricomprendono anche le prime.

Tuttavia, il concetto di "bene comune" è ben più ampio rispetto a quello di "bene della comunità". Nella storia del pensiero politico, il concetto di "bene comune" costituisce un caso cruciale: dominante per quasi quindici secoli, a partire dalle riflessioni di Niccolò Macchiavelli, è espulso dall'insieme delle teorie politiche messe a punto nel corso della modernità, rimanendo in esse come un "concetto residuale", adottato in "nicchie" separate, e quasi esclusivamente all'interno del pensiero cristiano[35].

Il "bene comune" è astratto e generale, mentre il "bene della comunità" è concreto e locale. Una definizione peculiare di "bene comune" è quella della Costituzione conciliare *Gaudium et Spes*, la quale intende tale concetto come *"l'insieme di quelle condizioni della vita sociale che permettono tanto ai gruppi quanto ai singoli membri di raggiungere la propria perfezione più pienamente e più speditamente"*. Una parte della dottrina[36] ravvisa una corrispondenza tra la definizione di bene comune appena delineata e la formula impiegata dalla Costituzione all'art. 3, co. 2, nel punto in cui

[35] Così, G. CAMPANINI, *Bene comune. Declino e riscoperta di un concetto*, EDB - Edizioni Dehoniane, Bologna, 2014. In tale senso, si veda, M. BOCCACCIO, *Appunti per una ricostruzione del concetto di bene comune*, in *Idee e metodi per il bene comune*, a cura di P. GRASSELLI, FrancoAngeli, Milano, 2009, 96-111.
[36] G. ARENA, «*Svolge attività in favore della comunità e del bene comune*», in *Ridefinire il volontariato*, a cura di E. ROSSI, L. GORI, 2020, 53.

prevede che *"è compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che [...] impediscono il pieno sviluppo della persona umana..."*.

Entrambe le definizione, infatti, mirano al conseguimento dello stesso obiettivo, nonché la pienezza della persona, lo sviluppo dei suoi talenti, la consacrazione della dignità come individuo unico e insostituibile. Tale correlazione consente di individuare il punto di contatto tra bene comune e interesse generale[37].

In definitiva, asserire che *"il volontario è una persona che [...] svolge attività in favore [...] del bene comune..."* equivale a dire che il volontario agisce per creare tutte le condizioni necessarie volte a consentire all'individuo di realizzare sé stesso, le proprie capacità, potendo pianificare liberamente il proprio futuro.

In tale modo, la figura in discussione agisce per il bene comune, o in linguaggio costituzionale, nell' interesse generale.

5. Il recente contributo della giurisprudenza costituzionale.

Con la sentenza 26 giugno 2020, n. 131, la Corte costituzionale torna ad esprimersi sulla disciplina giuridica del Terzo Settore. La vicenda trae origine da una legge regionale dell'Umbria[38], che regola le c.d. cooperative di comunità, istituite al fine di ovviare a fenomeni di spopolamento, contrazione economica e degrado sociale urbanistico, incentivando la partecipazione dei cittadini alla gestione di beni o servizi collettivi. La presente legge ammette la partecipazione di tali comunità nelle attività di co-programmazione e co-progettazione come delineate dal CTS; un coinvolgimento considerato dal Governo in contrasto con il Codice del Terzo Settore, che attribuisce tale competenza ai soli ETS registrati a livello nazionale. Quest'ultimo denuncia l'eventuale omologazione delle cooperative agli ETS, tale da ampliare *"il novero dei soggetti del Terzo settore, individuati e disciplinati dalla legge statale e dal diritto privato"*, intaccando la materia dell'ordinamento civile destinata alla competenza esclusiva dello Stato. La risposta della Corte è secca: la norma regionale troverà applicazione esclusivamente nei confronti delle cooperative di comunità ritenute ETS – come tali iscritte nell'apposito registro – mentre quelle etichettate meramente come

[37] Sul punto, si veda P. FORTE, *Il bene comune come interesse generale*, in *Educare al bene comune. Atti del convegno.* 23 e 24 marzo 2011, a cura di S. BASTIANEL, Il Pozzo di Giacobbe, Trapani, 2012, 39-52.
[38] L. R. Umbria, 11 aprile 2019, n. 2 ("Disciplina delle cooperative di comunità").

cooperative di comunità e non anche come ETS non potranno essere implicate con gli stessi strumenti e modalità di cui all'art. 55 CTS. L'aspetto peculiare della sentenza in commento consiste nel riconoscere agli enti disciplinati dal CTS un "valore costituzionale aggiunto", un valore che trova il proprio fondamento in Costituzione.

È opportuno ricordare che l'art. 55 CTS impone alle amministrazioni pubbliche di garantire *"il coinvolgimento attivo degli ETS attraverso forme di co-programmazione e co-progettazione e accreditamento"*, precisando che per co-programmazione deve intendersi quell'attività *"finalizzata all'individuazione dei bisogni da soddisfare, degli interventi a tal fine necessari, delle modalità di realizzazione degli stessi e delle risorse disponibili"*, mentre la co-progettazione è l'attività destinata alla *"definizione ed eventualmente alla realizzazione di specifici progetti di servizio o di intervento finalizzati a soddisfare bisogni definiti [...]"*.

La disposizione sopramenzionata apre ad una serie di criticità applicative[39], non discutibili in tale sede.

La sentenza n. 131/2020 deve essere letta e apprezzata in merito alla sua valenza costituzionalistica. Innanzitutto, secondo l'ottica della Corte, l'attività di interesse generale degli ETS assume rilevanza anche ai fini dell'attività delle pubbliche amministrazioni, essendo quest'ultimi *"rappresentativi della società solidale"*, tali da costituire sul territorio *"una rete capillare di vicinanza e solidarietà, sensibile in tempo reale alle esigenze che provengono dal tessuto sociale"*.

Si innesca, dunque, una dimensione "circolare" della sussidiarietà[40], nella quale non si realizza solo un rapporto tra sussidiante pubblico e sussidiato privato, bensì anche nell'altra direzione: il privato può illustrare un'ulteriore modalità di esercizio della funzione amministrativa, in ragione della conoscenza della realtà sociale.

L'art. 118, co. 4, Cost., che introduce il principio di sussidiarietà orizzontale, pone in luce come il rapporto tra Terzo settore e PA non debba esaurirsi in una logica di conflitto o di competizione tra la dimensione pubblica e quella dell'autonomia dei singoli e delle formazioni sociali, bensì di collaborazione.

Nella sentenza n. 131/2020, la Corte costituzionale sottolinea come il principio di sussidiarietà determini il superamento dell'idea per cui "*solo l'azione del sistema*

[39] Sul punto, si rimanda a E. ROSSI, *Il fondamento del Terzo settore è nella Costituzione. Prime osservazioni sulla sentenza n. 131 del 2020 della Corte costituzionale*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 3, 2020, 53.
[40] Così, L. GORI, *Terzo settore come protagonista dell'attuazione della Costituzione*, in *Terzo settore e pubblica amministrazione. La svolta della Corte costituzionale*, a cura di S. PELIZZARI, C. BORZAGA, Euricse, Trento, 2020, 36.

pubblico è intrinsecamente idonea allo svolgimento di attività di interesse generale"; essa ammette *"che tali attività ben possono, invece, essere perseguite anche da una 'autonoma iniziativa dei cittadini' [...]", secondo un modello di "amministrazione condivisa"*.

Come già espresso, il Giudice delle Leggi considera il Terzo settore una categoria costituzionale: esso presenta connotati di "terzietà" rispetto al mercato ed alla PA e risulta assoggettato ad un regime giuridico specifico. Di conseguenza, anche il diritto del Terzo Settore ha fondamento costituzionale. Alla luce di ciò, si avverte la necessità di monitorare, valutare e verificare le azioni degli enti. In tale senso, la Consulta invita il legislatore a rivedere le proprie scelte. La sentenza persegue un evidente intento [41] didascalico: l'ampiezza ed il tenore delle argomentazioni è sovrabbondante rispetto alla questione che essa è stata chiamata a risolvere.

6. Riflessioni conclusive.

A trent'anni dall'entrata in vigore della legge-quadro n. 266/1991 sorgono ancora perplessità sull'utilità di essa, considerato che il volontariato è praticato senza la necessità di una disciplina giuridica propria. L'intento del legislatore italiano non era quello di regolare il volontariato in quanto tale, bensì di regolare i rapporti tra organizzazioni di volontariato e istituzioni pubbliche. Il volontariato, dunque, si rifletteva nelle organizzazioni: le PA potevano intrecciare dei rapporti solo con soggetti collettivi inquadrati giuridicamente ed in grado di concedere garanzie.

La storica sentenza n. 75/1992 pone in risalto i grandi limiti della legge-quadro: come già visto, il volontariato costituisce *"un modo di essere della persona nell'ambito dei rapporti sociali o, detto altrimenti, un paradigma dell'azione sociale riferibile a singoli individui o ad associazioni di più individui"*. Su spinta della Consulta, nel corso del tempo, la concezione del volontariato in sé e non solo come insieme di individui organizzati si è consolidata grazie a due apporti fondamentali.

Il primo è dato dalla modifica dell'art. 118 Cost. Il riferimento a "cittadini singoli e associati" induce a considerare principalmente il contributo offerto dai singoli all'interesse generale.

[41] Così, L. GORI, *Gli effetti giuridici «a lungo raggio» della sentenza n. 131 del 2020 della Corte costituzionale*, in *Impresa sociale*, n. 3, 2020, 89.

Il secondo è rappresentato dal Codice del Terzo Settore, che traccia nettamente la distinzione tra volontariato (azione volontaria) e organizzazione di volontariato. Lo spostamento di paradigma è stato evidenziato dalla relatrice della proposta di legge delega alla Camera (*"il volontario diventa a tutti gli effetti protagonista e il suo legame con la comunità assume grande valore"*).

Assodato tale passaggio, vi è un aspetto rilevante su cui soffermare l'attenzione. Con il Codice del Terzo Settore, il volontariato da "attività" diventa "cultura". L'art. 19 CTS, infatti, invita le PA a promuovere la cultura del volontariato *"in particolare tra i giovani, anche attraverso apposite iniziative da svolgere nell'ambito delle strutture e delle attività scolastiche, universitarie ed extrauniversitarie, valorizzando le diverse esperienze ed espressioni di volontariato [...]"*.

È interessante interrogarsi sulla "cultura del volontariato". Sebbene la questione risulti complessa, al Codice del Terzo Settore si riconosce il merito di avere posto in luce un profilo fino ad allora sconosciuto.

Una "cultura del volontariato" sembra essere emersa – a giudizio di chi scrive – in occasione dell'emergenza sanitaria da Covid-19.

Il volontariato ha costituito un importante riferimento per la cura delle persone, per l'attuazione dell'uguaglianza sostanziale, nell'ottica della solidarietà.

In definitiva, la pandemia ha sottolineato un aspetto vitale: senza una solidarietà libera non è possibile progredire, "*senza quel "di più" spontaneo ed eroico che soltanto la gratuità umana è capace di generare e assicurare, la tenuta della società e la salvezza dei singoli sarebbero affidate alla mera ottemperanza delle prescrizioni legali*"[42].

Quel poco di "buono" lasciatoci in eredità dalla pandemia ancora in atto necessita di essere sfruttato al meglio.

È opportuno proseguire su tale strada, al fine di consacrare, una volta per tutte, la valenza del volontariato *"esclusivamente per solidarietà"*.

[42] Così, V. TONDI DELLA MURA, *Il tempo della (nostra) morte è anche quello del miracolo*, in *Il Sussidiario*, 6 maggio 2021.

LE DISPOSIZIONI A TUTELA DEL PUBBLICO DIPENDENTE CHE SEGNALA ILLECITI (*WHISTLEBLOWER*) E IL DIFFICILE BILANCIAMENTO CON IL DIRITTO DI ACCESSODEL LAVORATORE INCOLPATO NEL SISTEMA DISCIPLINARE

L'esclusione delle tutele per il *whistleblower*.

Gaetano Labianca

Abstract [ITA]: L'istituto del *whistleblowing* (letteralmente, "soffiare nel fischietto") sta ad indicare la segnalazione, da parte di un soggetto intraneo ad una Pubblica amministrazione o ad un ente privato, di condotte illegali o di comportamenti impropri, financo immorali, commessi da soggetti appartenenti all'ente. Tramite il *whistleblowing*, la vigilanza di coloro che rappresentano la P.A. e i dipendenti privati è affidata non più solamente agli arbitri, ma agli stessi "giocatori" della partita, per sanzionare un comportamento gravemente scorretto degli altri partecipanti. Presentato come un nuovo modo di intendere la P.A., sulla falsariga del modello anglosassone da cui mutua l'origine, l'introduzione del *whistleblowing* nel nostro ordinamento interno ha l'ambizione di rivoluzionare il tradizionale senso di isolamento, se non di vera e propria avversione, che nella maggioranza dei casi ha sinora subito colui che "riveli" condotte illecite (c.d. *seriuous malpractices o wrongdoings*[1]) del proprio datore di lavoro o dei suoi colleghi. Il Legislatore

[1] Entrambi i termini sono utilizzati dalla Working Group on civil Law Matters (GMCC) in "*Feasability study on drawing up of a convention on civil remedies for compensation for damage resulting from acts of corruption"*, Strasburgo 1997, che, al punto 4.4., statuiva che "*… whistleblowing could be defined as alerting the authorities or the employer to facts which reasonably suggest that there is serious malpractice taking place within the company, where the facts are not otherwise readily known or visible and where a person ows a duty of confidence […] to the organization or the institution"*.

Si veda anche R. Lattanzi, il quale sottolinea come "*il termine whistleblowing è da tempo utilizzato (ellitticamente) per identificare misure normative preordinate a far emergere "serious malpractices" o "wrongdoings", di regola posti in essere da soggetti che rivestono posizioni apicali all'interno di organismi pubblici e privati (Riflessioni sul whistleblowing: un modello da replicare ad occhi chiusi?) In Il whistleblowing. Nuovo strumento di lotta alla corruzione",* a cura di Fraschini, Parisi, Rinoldi, 2011, 135.

italiano, sulla scia delle esperienze degli altri Paesi, si è posto allora il problema di come tutelare il *whistleblower* (il c.d. "segnalatore", o "fischiettatore") da eventuali condotte discriminatorie o ritorsive (c.d. condotte di "r*etaliation*"). Allo stato, la tutela del *whistleblower* viene garantita tramite un duplice binario di tutele: da un lato, impedendo la divulgazione delle sue generalità e, dall'altro, contrastando eventuali misure ritorsive a suo danno. L'istituto presenta vocazione inter-disciplinare; in questa sede, dopo una ampia premessa sulla genesi dell'istituto, si analizzeranno in particolare i controversi temi del bilanciamento tra l'interesse alla riservatezza del soggetto segnalante e il diritto di accesso del soggetto segnalato nel sistema disciplinare, nonché quello della esclusione delle tutele per il *whistleblower*.

Abstract [ENG]: *The institution of whistleblowing (literally, "blowing the whistle") indicates the reporting, by an intraneous subject to a public administration or a private body, of illegal conduct or improper behavior, even immoral, committed by subjects belonging to the institution. Through whistleblowing, the supervision of those who represent the P.A. and private employees is no longer entrusted only to the referees, but to the "players" of the match themselves, to sanction a grossly incorrect behavior of the other participants. Presented as a new way of understanding the PA, along the lines of the Anglo-Saxon model from which it takes its origin, the introduction of whistleblowing in our internal system has the ambition to revolutionize the traditional sense of isolation, if not real aversion, which in the majority of cases has so far suffered the one who "reveals" illicit conduct (so-called serious malpractices or wrongdoings) of his employer or his colleagues. The Italian legislator, in the wake of the experiences of other countries, then raised the problem of how to protect the whistleblower (the so-called "whistleblower") from any discriminatory or retaliatory conduct (so-called "retaliation"). At present, the protection of the whistleblower is guaranteed through a double track of safeguards: on the one hand, by preventing the disclosure of his personal details and, on the other, by countering any retaliatory measures to his detriment. The institute has an inter-disciplinary vocation; here, after a broad introduction on the genesis of the institute, we will analyze in particular the controversial issues of the balance between the interest in the confidentiality of the reporting subject and the right of access of the subject reported in the disciplinary system, as well as that of the exclusion of protections for the whistleblower.*

SOMMARIO: 1. L'introduzione della tutela del *whistleblowing*: la legge n. 190/2012 (c.d. Legge "Severino"). – **2.** La legge n. 179/2017 ("*disposizioni per la tutela degli autori di segnalazioni di reati o irregolarità di cu siano venuti a conoscenza nell'ambito di un rapporto di lavoro pubblico o privato*"). – **3.** L'obbligo della riservatezza e il diritto di accesso del lavoratore segnalato nel sistema disciplinare. – **4.** Il concetto di interesse pubblico e la "giusta" causa di rivelazione di notizie coperte da segreto. – **5.** L'esclusione delle tutele per il *whistleblower.*

1. L'introduzione della tutela del *whistleblowing*: la legge n. 190/2012 (c.d. Legge "Severino").

La prima regolamentazione normativa del *whistleblowing* si deve alla legge n. 190/12, intitolata "*Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione*", che ha affrontato il fenomeno "corruzione" in modo organico, muovendosi su due piani, quello della prevenzione amministrativa da un lato, e quello della repressione penale dall'altro.

Si trattava di una legge molto attesa, cui va riconosciuto il merito "*di aver realizzato, in materia di anticorruzione, un delicato connubio tra tecniche di prevenzione e di repressione*"[1].

In particolare, l'Italia[2] aveva aderito alla Convenzione dell'Organizzazione delle Nazioni Unite contro la corruzione del 31 ottobre 2003 (nota come convenzione di *Merida*) e alla Convenzione penale sulla corruzione di Strasburgo del 17 gennaio 1999, che richiedevano, oltre che la ratifica[3], anche l'adozione di norme attuative e di

[1] Si veda Clarich, Mattarella, *La prevenzione della corruzione*, in *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzion*e, 59*;* si veda anche F. Cingari, in "*Repressione e prevenzione della corruzione pubblica. Verso un modello di contrasto integrato*, Torino 2012, 193 ss.; E. Dolcini, *Appunti su corruzione e legge anticorruzione*, in Riv. It. Dir. Proc. pen., 2, 2013, 529 e ss.; R. Garofoli, *La nuova disciplina dei reati contro la P.A.*, in Dir. Pen. contemporaneo, 21.1.2013; V. Plantamura, *La progettata riforma dei delitti di corruzione e concussione*, in Riv. Trim. dir. pen. ec., 1-2, 2012, 188; F. Gandini, *La protezione dei whistleblowers*, in F. Merloni – L. Vandelli, 174.

[2] In base agli indici di corruzione percepita (CPI) elaborati da *Transparency International*, l'organizzazione internazionale che monitora i fenomeni corruttivi ed elabora i dati statistici, l'Italia appare tra le democrazie occidentali più corrotte (si caratterizza per una *performance* peggiore solo la Grecia). Si veda *https://www.transparency.it/whistleblowing*.

[3] Le Convenzioni sono state ratificate in notevole ritardo dall'Italia, senza la previsione di norme di adeguamento, in attesa dell'adozione della normativa organica poi varata nel novembre del 2012; in particolare, la Convenzione di *Merida* è stata ratificata con legge 3 agosto 2009, n. 113; quella di *Strasburgo* con legge 28 giugno 2012, n. 110. La Convenzione del Consiglio d'Europa sulla corruzione (1999) prevedeva, all'art. 9, l'obbligo di introdurre una specifica disciplina dedicata al *whistleblower*, sia in ambito pubblico che privato, oltre che speciale protezione a colui che, in buona fede ed alla stregua di fondato sospetto, avesse effettuato – anche in forma anonima – una segnalazione avente ad oggetto reati in materia di corruzione. Anche la Convenzione ONU contro la corruzione del 2011 – ratificata in Italia con l. 3.8.2009 n. 113 – impone al suo art. 33, l'obbligo di considerare l'opportunità della introduzione di strumenti di tutela dei segnalanti, ma rispetto alla convenzione del Consiglio d'Europa la principale differenza consiste nella facoltatività dell'intervento ("*shall consider*").
Sul punto, v.dsi Rugani A., in "*I profili penali del whistleblowing alla luce della L.30 novembre 2017 n. 179".*

adeguamento. Nella medesima direzione, anche il *Working group on Bribery*[4], nel rapporto sull'Italia adottato il 16 dicembre 2011, ribadendo i rilievi già avanzati quattro anni prima, aveva invitato il nostro Paese "[…] *a modificare senza indugio la sua legislazione, escludendo la configurabilità della concussione come possibile esimente per la corruzione internazionale*"[5].

In termini analoghi, si era espresso il GRECO[6] (acronimo di *GRoup d'Etats contre la COrruption*), nel rapporto adottato a Strasburgo il 23 marzo 2012, che aveva osservato, al punto 108, come "[…] *il potenziale rischio di un uso improprio del reato di concussione come meccanismo di difesa da parte di privati cittadini che commettono la corruzione nell'ambito delle transazioni commerciali internazionali è stato ripetutamente evidenziato come fonte di preoccupazione da parte del gruppo di lavoro dell'OCSE*"[7].

Tra le fonti internazionali, poi, particolarmente rilevante è l'intervento del Consiglio d'Europa, che, con la raccomandazione denominata *Protection of whistleblowers CM/REC 2014*, aveva dettato una disciplina di dettaglio articolata in 29 punti, in cui veniva individuata una definizione comune di *whistleblower* come "[…] *any person who reports or discloses information on a threat or harm to the public interest in the context of their work-based relationship wheter it be in the public or private sector* ", focalizzando l'attenzione sulla necessità di tutelare le informazioni mirate alla migliore tutela dell'interesse pubblico, e perciò regolate in buona fede[8].

Disciplinare la pratica del *whistleblowing* non era tuttavia compito agevole, considerata la necessità di bilanciare i vari interessi in gioco: da un lato, la reputazione dei soggetti segnalati rispetto al pericolo di accuse strumentali e infondate; dall'altro, l'interesse pubblico alla emersione delle condotte illecite e/o

[4] Fondato nel 1994, il Gruppo di lavoro dell'OCSE sulla corruzione delle operazioni economiche internazionali, è incaricato di seguire l'applicazione e l'attuazione della convenzione OCSE contro la corruzione e la raccomandazione del 2009 sulla lotta alla corruzione internazionale nelle operazioni economiche internazionali e dei relativi strumenti operativi.
[5] Così *Phase 3 Report on Implementing the OECD Anti-Bribery Convention in Italy*, - December 2011.
[6] Cfr. G.r.e.c.o., rapporto di valutazione sull'Italia. Incriminazioni, Strasburgo 20-23 marzo 2012.
[7] Così, *Rapporto Greco di valutazione dell'Italia – Tema I incriminazioni – Terzo ciclo di valutazioni*, n. 108; il tema era stato affrontato anche nelle precedenti raccomandazioni del G.R.E.C.O.; sulle raccomandazioni adottate a seguito del monitoraggio del 2009, si veda S. Bonfigli, "*L'Italia valutata dal GRECO",* in Cass. pen. 2011, 1167.
Da *whistle*, che significa "fischio" e *blowing*, che indica l'atto di soffiare, così A. Distante "*Whistleblower, informatore che divulga segreti ed illeciti"*, in "Il Messaggero", 3 luglio 2013.
[8] Si veda A. De Martino, in "*Le sollecitazioni extranazionali alla riforma dei delitti di corruzione",* in B.G. Mattarella, op. cit.

abusive (c.d. *"wrongdoings"*), che imponevano altresì di evitare formule di difficile comprensione per il dipendente pubblico[9].

A conferma delle difficoltà indicate, in base al rapporto Ocse 2014, su 32 Paesi membri analizzati[10], soltanto 13 avevano adottato misure di tutela specifica per il *whistleblower*, con eterogeneità di disciplina quanto alla esigenza di garantire la più ampia segretezza possibile per il segnalante.

La riforma introdotta nell'ordinamento giuridico italiano con la legge n. 190/2012 ha pertanto risentito degli stimoli suindicati.

La legge consta di due soli articoli (il primo dei quali, recante la disciplina sostanziale, costituito da ben 83 commi, mentre il secondo contenente la clausola c.d. di "invarianza finanziaria") e introduce una serie di norme, destinate a modificare - con il consueto metodo della novellazione - diverse leggi preesistenti (il Codice penale, la legge 7 agosto 1990, n. 241, il D.lgs. 30 marzo 2001, n. 165), onde affrontare in modo coerente le problematiche poste alla base dell'intervento normativo.

La strategia utilizzata è stata quella del superamento del tradizionale approccio al fenomeno corruttivo, che sino ad allora non era stato particolarmente efficace[11], mediante un approccio avente carattere di alternatività[12] rispetto ai tradizionali strumenti di contrasto al crimine corruttivo[13].

---

[9] Cfr. R. Cantone, *Linee guida in materia di tutele del dipendente pubblico che segnala illeciti(c.d. whistleblower*), *Determinazione n. 6 del 28 aprile 2015*, Anac, 1.

[10] Cfr. L. Valli, l'esperienza dei paesi OCSE, in Cantone – N. Parisi – L. Valli – A. Corrado – M.G. Greco (a cura di) *"Segnalazioni di illeciti e tutela del dipendente pubblico. L'Italia investe nel whistleblowing. Importante strumento di prevenzione della corruzione",* 2016, 6.

[11] In base all'indice stilato nel 1995 da *Transparency International*, che rivela annualmente il livello di corruzione in 16 Paesi del mondo, nel 2019 l'Italia è salita al 54° posto di questa classifica, con uno score di 53/100, nettamente più alto di quello della media dei Paesi europei.

[12] L'espressione "*strategia differenziata*" è evocativa dell'utilizzo di strumenti di contrasto al crimine che presentino un carattere di alternatività rispetto a quelli classici, tra cui il ricorso all'agente infiltrato e le misure premiali; per un contributo in dottrina, si veda Amarelli in *I reati in materia di criminalità organizzata*, a cura di Maiello, Torino, 2015, 200.

[13] Si era invero osservato (v. F. Coppola, in *Il Whistleblowing: la scommessa etica dell'anticorruzione*, in Dir. Pen. e Processo, 2018, 4, 475; cfr. anche E. Rosi, *Problematiche di accertamento delle tipologie corruttive*, in G. Forti (a cura di), *Il prezzo della tangente, La corruzione come sistema a dieci anni da Mani Pulite*, Vita e Pensiero, 2003, 233 ss.) come la corruzione scontasse una "*genetica incapacità di emersione e di accertamento*", dovuta ad una serie di fattori, tra i quali la scarsa propensione alla denuncia e, non ultima, la percezione diffusa da parte dei singoli consociati dell'incapacità dello Stato di offrire adeguata protezione e tutela al segnalatore, con conseguente trasformazione dell'illegalità del "codice" corruttivo in "*legalità alternativa per acquiescenza*", ovvero di "*assuefazione ai fenomeni di illegalità*".

In tale contesto, muovendo dalla considerazione che la corruzione costituisce tipico reato-contratto, caratterizzato dal convergente interesse al silenzio dei protagonisti del *pactum sceleris* (i quali non avranno alcun interesse a rivelare l'accordo corruttivo), nonchè dalla scarsa motivabilità dei protagonisti della corruzione alla denuncia[14], la legge 190/2012 persegue l'obiettivo di creare una "sfiducia" reciproca tra gli autori dei c.d. "reati cooperativi", favorendo la denuncia di una delle parti, sulla falsariga del meccanismo, collaudato negli Stati Uniti, del "*False Claim Act*" del 1863[15], ma senza prevedere dei meccanismi premiali per il segnalatore. La riforma ha inciso sul Testo Unico del pubblico impiego (d.lgs. n. 165 del 30 marzo 2001), in modo da precludere qualunque ripercussione negativa (c.d. *retaliation*) nei confronti del dipendente che denunci al proprio superiore gerarchico, all'autorità giudiziaria ordinaria o contabile, condotte illecite di cui venga a conoscenza in ragione del proprio rapporto di lavoro.

Ai sensi del primo comma del novellato art. 54-bis (rubricato «*tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti*»), inserito dall'art. 1, co. 51, all'interno del D.lgs. n. 165 del 30 marzo 2001, il dipendente pubblico non può invero essere sanzionato, licenziato, sottoposto a misure discriminatorie ricadenti sulle condizioni di lavoro per motivi connessi, anche solo indirettamente, alla denuncia stessa: a condizione che sussistano

[14] V. R. Cantone in "La tutela del *whistleblower*: l'articolo 54 bis del D.LGS. n 165/01" in B.G. Mattarella, M Pellissero (a cura di), *La legge anticorruzione*, che "… *sovente i componenti dei medesimi uffici di cui fa parte il corrotto tendono a non segnalare quanto meno in modo formale, loro conoscenze sugli altri illeciti comportamenti. Lo fanno per non infrangere quella sorta di solidarietà tra colleghi o per evitare di subire atti discriminatori*". Si veda altresì in dottrina, F. Coppola, in "*il whistleblowing. La scommessa etica dell'anticorruzione*", il quale evidenzia come, sul versante della scarsa propensione alla denuncia, "*i testimoni del pactum sceleris, salvo casi particolari e attitudini etiche di uno dei partner, avranno tutto l'interesse a non rivelare l'accordo corruttivo, foss'anche per il semplice timore di rimanere coinvolti nel procedimento penale"*; ed ancora che "[…] *chi dovrebbe tutelare il buon andamento e l'imparzialità della P.A. segnalando e denunciando gli illeciti di cui è testimone, preferisce il perseguimento del vantaggio ingiusto (o comunque l'omertoso "quieto vivere") piuttosto che improbabili battaglie "etiche in difesa dei valori pubblici…".*

[15] In base al quale, anche il privato può sostenere l'accusa in giudizio e cercare prove a carico dell'accusato, con la prospettiva di beneficiare di una "quota" della sanzione pecuniaria che verrà inflitta a quest'ultimo, in caso di condanna. Gli Stati uniti d'America hanno disciplinato il *wb* attraverso due leggi federali del 1978 (*Civil Service Reform Act*) e del 1989 (*Whistleblower Protection Act*). Anche nell'ordinamento italiano, il d.d.l. "*Businarolo*", che rappresenta il primo atto genetico della l. 179/2017 (entrata in vigore dopo due anni di iter legislativo, in data 29.12.2017), prevedeva inizialmente degli incentivi economici per il *wb*, ma tale previsione è stata soppressa in prima lettura alla Camera.

alcuni indefettibili presupposti, finalizzati a scongiurare l'utilizzo pretestuoso della tutela in esame.

La clausola di apertura della norma - «*fuori dei casi di responsabilità a titolo di calunnia e di diffamazione*» - subordina l'operatività della tutela al rispetto dell'obbligo di *buona fede* gravante sul dipendente pubblico, da ritenersi violato ogni qualvolta la segnalazione integri un illecito penale o civile ai sensi dell'art. 2043 c.c., per dolo o colpa grave: come chiarito dal medesimo art. 54-bis, la tutela cessa laddove vengano integrati gli estremi dei reati di calunnia, diffamazione oppure, civilmente, un'ipotesi di responsabilità ai sensi dell'articolo 2043 del codice civile.

Al limite della buona fede si aggiunge quello del "*fondato sospetto*" che, seppur non menzionato dalla norma in esame, emerge dalle linee guida[16] in materia, le quali, tra l'altro, subordinano la concessione delle "*misure di protezione*" alla verifica della correttezza e dell'attendibilità della denuncia, non ritenuta meritevole di tutela se fondata su meri sospetti o voci.

Il fondato sospetto e la buona fede rappresentano, per l'appunto, i due requisiti necessari perché il *whistleblower* possa accedere alle misure di protezione[17].

Il secondo comma della norma in esame garantisce al *whistleblower* l'anonimato nell'ambito dell'eventuale procedimento disciplinare scaturente dalla sua segnalazione, con due sole eccezioni: nel caso in cui il lavoratore presti il consenso a rivelare la propria identità e nell'ipotesi in cui «l*a conoscenza* [dell'identità del segnalante] *sia assolutamente indispensabile per la difesa dell'incolpato*[18]».

Il terzo comma della norma, sancendo l'obbligo, per l'interessato o le associazioni sindacali più rappresentative, di segnalare l'adozione di eventuali misure "discriminatorie" dinanzi al Dipartimento di funzione pubblica, per i provvedimenti di competenza, costituisce, poi, una fattispecie ragionevolmente inclusiva di ogni misura ritorsiva (c.d. di "*retaliation*").

---

[16] Cfr., *ex multis* e, da ultimo, *Linee guida in materia di tutela degli autori di segnalazioni di reati o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza in ragione di un rapporto di lavoro*, ai sensi dell'art. 54-bis, del d.lgs 165/2001 (c.d. whistleblowing), disponibile in *https://www.anticorruzione.it/portal/public/classic/Attivitadocumentazione/ConsultazioniOnLine/consultazioni?id=24ae67df0a77804218f2f9d137ca4406*.

[17] V. A. Rugani, in "*I profili penali del whistleblowing alla luce della l. 30 novembre 2017 n. 179*", cit.

[18] Sulla eccessiva genericità di detta eccezione, che pare attribuire all'amministrazione un ampio potere nel decidere cosa sia o non sia assolutamente indispensabile per la difesa dell'incolpato, si veda Corso, "*Segnalazione di illeciti da dipendente pubblico: tutela debole*", in Dir. Prat. Lav., 2013, 11, 717.

Infine, il quinto ed ultimo comma, realizzando «*un'importante componente della garanzia di riservatezza*»[19], sottrae la denuncia del segnalante al diritto di accesso previsto dalla legge n. 241 del 1990, nell'intento di ridurre il più possibile la rivelazione di identità di quest'ultimo.

Dunque, dal complesso di tali innovative previsioni scaturiva l'esigenza di istituzionalizzare nel settore pubblico un'inedita figura di "*garante*" dell'operato dell'organizzazione e dei suoi stessi membri[20]: tramite la denuncia di condotte illecite doveva esplicarsi appieno la funzione preventiva dell'istituto, coincidente con «*la profilassi del rischio di verificazione di reati e non, meramente, dei fatti effettivamente compiuti*[21]».

Non erano mancate però critiche in ordine alla disciplina normativa in essere: la prima aporia concerneva l'insussistenza di un ordine gerarchico tra i vari destinatari della denuncia.

Il primo comma individuava, invero, un catalogo di soggetti destinatari della denuncia da parte del dipendente pubblico (l'Autorità giudiziaria, la Corte dei Conti, ovvero il proprio superiore gerarchico), ma non v'era alcun criterio orientativo nella scelta tra le varie possibilità, né alcun criterio gerarchico.

Il rischio, com'era stato esattamente segnalato, era invero quello di un indesiderato effetto "*boomerang*", nell'ipotesi in cui un illecito, segnalato al proprio superiore gerarchico, fosse stato commesso da quest'ultimo.

Si era allora evidenziato[22] che sarebbe stato preferibile prevedere, oltre alla denuncia "*interna*", che ad essa si accompagnasse sempre la denuncia ad una delle autorità "*esterne*", onde evitare pratiche di applicazione c.d. "*notarili*" della norma, non essendo completamente peregrina l'ipotesi del dipendente che, per porsi al riparo da facili contestazioni ed al fine di evitare altre serie conseguenze dannose per il proprio superiore, avesse denunciato l'illecito solamente al suo autore, così da

[19] Così A. Rugani, in "*I profili penali del whistleblowing alla luce della l. 30 novembre 2017 n. 179*", cit.
[20] Sul punto, v. Amato, in "*Profili penalistici del whistleblowing: una lettura comparatistica dei possibili strumenti di prevenzione della corruzione*", in Riv. trim. dir. pen. econ., 2014, 3-4.
[21] V. Amato, cit., 565.
[22] Così, F. Coppola, in "*Il Whistleblowing: la scommessa "etica" dell'anticorruzione*", in Dir. Pen. e Processo, 2018, 4, 475 (Commento alla normativa).

rimettere al presunto responsabile dell'irregolarità le sorti della segnalazione e mantenere, al contempo, un contegno formalmente impeccabile[23].

Nelle more, si è registrata una parziale riforma mediante il D.L. 24.6.2014 n. 90, il cui art. 31, co. 1, novellando il menzionato art. 54-bis, ha inserito tra i destinatari della segnalazione anche l'Autorità Nazionale Anticorruzione.

Da tale momento, l'ANAC si occupa non più soltanto delle segnalazioni provenienti dal suo interno, ma anche di quelle derivanti da altri settori dell'apparato amministrativo, intervenendo con la Determinazione n. 6 del 28 Aprile 2015[24], recante "*linee guida in materia di tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti (c.d. whistleblowing)*", onde fornire indicazioni alle Pubbliche Amministrazioni sui necessari accorgimenti tecnici da adottare per dare effettiva attuazione alla disciplina.

Con tale documento, l'Autorità Anticorruzione ha evidenziato, altresì, gli ambiti in cui riteneva più cogente un nuovo intervento normativo[25]: tra gli altri, l'ampliamento dell'istituto al dipendente che segnala condotte illecite negli enti di diritto privato in controllo pubblico e negli enti pubblici economici, nonché ai consulenti e collaboratori a qualsiasi titolo e, ancora, ai collaboratori di imprese fornitrici dell'amministrazione.

La normativa in vigore presentava, inoltre, il limite dell'applicabilità al solo dipendente pubblico, così come definito al comma 2 dell'art. 54-bis, con conseguente violazione delle prescrizioni della Convenzione di Strasburgo[26]; era evidente invero che, su una larga cerchia di dipendenti pubblici (si allude, ovviamente, a coloro che ricoprono il ruolo di incaricati di pubblico servizio o pubblici ufficiali), già era normato un vero e proprio dovere di *report* (art. 361 e 362 c.p.), sanzionato penalmente in caso di omissione.

I rilievi critici sono stati superati con l'entrata in vigore della legge 179 del 2017, la quale, nel quadro del primo intervento interamente dedicato alla figura del

[23] V. sempre Coppola, cit.
[24] V. Linee guida in materia di tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti (c.d. *whistleblowing*). In dottrina, v. R. Cantone, *Linee guida in materia di tutele del dipendente pubblico che segnala illeciti(c.d. whistleblower*), *Determinazione n. 6 del 28 aprile 2015*, Anac, 1.
[25] Si vedano le Linee guida in materia di tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti (c.d. *whistleblowing*).
[26] V. ancora R. Cantone, *La tutela del whistleblower: l'art. 54-bis de d.lgs. n. 156/2001 (art. 1, comma 51*), in La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione, cit., 254; cfr. anche sul punto L. Salazar, *Contrasto alla corruzione e processi internazionali di mutua valutazione; l'Italia davanti ai suoi giudici*, in Cass. pen.,2012, 4290. In archivio penale 2020, n. 2.

whistleblower, ha introdotto significative novità anche in relazione al dipendente pubblico.

2. La legge n. 179/2017 ("*disposizioni per la tutela degli autori di segnalazioni di reati o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza nell'ambito di un rapporto di lavoro pubblico o privato*").

La legge n. 190 del 2017, entrata in vigore il 29.12.2017, ha anzitutto esteso l'ambito di applicazione soggettivo del succitato art. 54-bis, che oggi ricomprende non solo i lavoratori del pubblico impiego assoggettabili ad un regime interamente pubblicistico, ma anche coloro ai quali si applica il cd. "*regime privatizzato*"; ai dipendenti pubblici sono stati affiancati i dipendenti di enti di diritto privato sottoposti a controllo pubblico, così come i lavoratori e i collaboratori di imprese private appaltatrici della Pubblica amministrazione[27].

È rimasto invece immutato l'oggetto della segnalazione, che coincide con «*le condotte illecite conosciute dal dipendente in ragione del rapporto di lavoro*», già individuate dalla legge anticorruzione del 2012.

Il legislatore ha utilizzato un'espressione volutamente generica, che si giustifica con l'intento di garantire al lavoratore la più ampia tutela possibile; la dizione suscita più di una perplessità sotto il profilo di una sua scarsa determinatezza, specie in ragione delle sanzioni irrogabili in caso di mancata segnalazione.

Quanto alle attività segnalabili, possono formare oggetto di comunicazione non solo violazioni od omissioni di norme di legge, di regolamenti, di procedure di lavoro, ma anche condotte eticamente censurabili, cui possono aggiungersi anche "presunti" o futuri e, dunque, "attesi" illeciti penali.

---

[27] *"Scelta opportuna, considerato […] il cospicuo numero di segnalazioni provenienti da soggetti privati pur in assenza di apposite forme di tutela",* così F. Coppola, cit.
Per una approfondita riflessione circa l'estensione dell'ambito di applicazione della disciplina in parola e le relative incoerenze sistematiche, si rinvia a Varraso, "*Legge 30 novembre 2017, n. 179. Disposizioni per la tutela degli autori di segnalazione di reati o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza nell'ambito di un rapporto di lavoro pubblico o privato",* in AA.VV., Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi, cit., 1734.

L'oggetto della segnalazione coincide con la nozione di condotta illecita delineata dalla Circolare del Dipartimento della Funzione pubblica n. 1/13[28], comprensiva delle varie situazioni in cui, nel corso dell'attività amministrativa, si riscontri l'abuso da parte di un soggetto del potere a lui affidato, al fine di ottenere vantaggi.

Tale ampiezza finisce con il coincidere con la *ratio* stessa dell'istituto, che non intende tralasciare qualsivoglia ipotesi di devianza dall' ordinamento giuridico, anche materiale.

Le condotte illecite segnalate devono, ovviamente, riguardare situazioni di cui il soggetto sia venuto direttamente a conoscenza in ragione del "*rapporto di lavoro*"; ricomprendono, quindi, non solo quanto si è appreso in virtù dell'ufficio rivestito, ma anche quelle notizie che siano state acquisite in occasione e/o a causa dello svolgimento delle mansioni lavorative, seppure in modo casuale[29].

Non possono essere considerate meritevoli di tutela le segnalazioni fondate su meri sospetti o voci, posto che è necessario tener conto dell'interesse dei terzi oggetto delle informazioni riportate nella segnalazione ed evitare, al contempo, che l'amministrazione o l'ente di appartenenza svolga attività ispettive interne che rischiano di essere poco utili o dispendiose.

Per poter essere, poi, preso in considerazione, il contenuto della segnalazione, oltre ad indicare condotte illecite, deve rispondere all'interesse dell'integrità della Pubblica Amministrazione.

Tale riferimento è stato introdotto al fine di impedire che l'istituto possa essere utilizzato nell'interesse esclusivo personale del segnalante.

Il concetto di "integrità" della Pubblica amministrazione trova conferma nella "Raccomandazione da parte del Consiglio OCSE" (gennaio 2017), che la definisce come "*l'allineamento coerente e all'aderenza a valori etici condivisi, principi, norme al fine di sostenere e dare priorità all'interesse pubblico sopra gli interessi privati nel settore pubblico*" e che costituisce il parametro principale per la valutazione dell'elemento psicologico del denunciante.

---

[28] Cfr. Circolare n. 1 del 25.10.2013, Presidenza del Consiglio dei Ministri Dipartimento della funzione pubblica.

[29] La giurisprudenza di legittimità ha precisato che la ratio delle modifiche apportate al sistema di protezione del denunciante dal legislatore, con la legge numero 179/17, è esclusivamente quello di tutelare il soggetto legato da rapporto pubblicistico con l'amministrazione, che rappresenti fatti antigiuridici appresi nell'esercizio del pubblico ufficio o servizio. V. in dottrina R. Cantone, cit.

Sono state escluse dall'ambito di applicazione della norma, infatti, le c.d. "*egoistic-blowers*", ovvero quelle segnalazioni consistenti in "*istanze di carattere personalistico, ovvero pretestuose segnalazioni, non portatrici di alcun interesse pubblico e che, ciò nonostante, avevano rappresentato una percentuale non indifferente nella catalogazione delle segnalazioni effettuata dall'ANAC*"[30].

Pur essendo poi scomparso, in sede di approvazione al Senato, il riferimento alla buona fede c.d. "soggettiva" all'interno dell'art. 54-bis, l'elemento psicologico della buona fede costituisce requisito implicito sotteso alla denuncia effettuata dal *whistleblower*.

La finalità è, invero, evidentemente esclusa in capo a chi agisca con l'intento di incolpare taluno di un fatto non commesso.

Precisa sul punto l'articolo 54 bis, al comma 9, che la responsabilità per calunnia, diffamazione o altri reati connessi con la denuncia e persino la responsabilità aquiliana, in caso di dolo o colpa grave, ostano al riconoscimento delle tutele previste dalla legge: la malafede costituisce, pertanto, ipotesi di esclusione delle tutele del *whistleblowing*.

3. L'obbligo della riservatezza e il diritto di accesso del lavoratore segnalato nel sistema disciplinare.

La principale tutela offerta al *whistleblower* è quella della riservatezza dell'identità del segnalante.

Al comma terzo del riformato articolo 54-bis, è stato previsto l'obbligo di garantire la riservatezza dell'identità del segnalante al fine di evitare l'esposizione dello stesso a misure ritorsive che l'ente potrebbe adottare a seguito della segnalazione.[31]

Il divieto di rivelare l'identità del segnalante si riferisce non solo al nominativo dello stesso, ma a tutti gli elementi della segnalazione, compresa la documentazione

[30] Cfr. Losappio – Adduasio, in "*Blowin in the whistle: il primo rapporto dell'Anac sul c.d. whistleblowing"*, in Diritto pen. contemporaneo, 8 maggio 2017. Si veda altresì R. Cantone, Introduzione, in R. Cantone – N.Parisi – A. Corradfo – M.G. Greco, *Prevenzione della corruzione*, 6.

[31] Tra le varie misure ritorsive e rischi legati alla pratica del *wb* sono stati segnalati: difficoltà di trovare un nuovo lavoro a causa del *blacklisting* di cui può essere oggetto il segnalatore, il timore di episodi di *retaliation* in ufficio, come l'esclusione dalle mailing list, dagli eventi sociali, dal rapporto di colleganza; il timore della violazione delle clausole di riservatezza e fedeltà all'ente di appartenenza.

allegata, nella misura in cui possa consentire l'identificazione del segnalante: fondamentale conseguenza della tutela della riservatezza è la sottrazione della segnalazione (e della documentazione ad essa allegata) al diritto di accesso agli atti amministrativi, previsto dagli articoli 22 e seguenti della legge n. 241 del '90[32].

L'esigenza di garantire l'anonimato, oscurando il contenuto delle segnalazioni, costituisce la tutela fondamentale su cui poggia l'istituto del *whistleblowing*, e dev'essere contemperata con l'esigenza di trasparenza dell'azione amministrativa che, a sua volta, costituisce il livello essenziale delle prestazioni relative ai diritti sociali e civili, come sancito dall'articolo 1, comma 15 della legge n. 190/12, nonché dal comma 2 dell'articolo 1 del D.lgs n. 33/2013[33].

Ogni qualvolta siano assenti i descritti presupposti sostanziali e formali, ovvero, rispettivamente, la finalità della segnalazione all'interesse dell'integrità della pubblica amministrazione, non opererà la sottrazione all'accesso previsto dagli articoli 22 e ss. della legge 241/90.

È noto invero che, in materia di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, il dipendente pubblico sia portatore di un interesse qualificato alla conoscenza degli atti che riguardano la sua posizione lavorativa; nell'interpretazione dell'art. 22 della l. 241/1990, e specificamente in tema di legittimazione, la giurisprudenza amministrativa ha sottolineato il carattere strumentale del diritto all'accesso, consentito soltanto a coloro ai quali gli atti si riferiscono direttamente o indirettamente e, comunque, solo laddove essi se ne possano avvalere per tutelare una posizione giuridicamente rilevante[34].

---

[32] Sui rapporti tra il diritto di accesso e segreto, si veda: F. Caringella, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, Dike, 2018, 1063; M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, il Mulino, 2017, 269; F. Caringella, R. Garofoli, M.T. Sempreviva, *L'accesso ai documenti amministrativi*, Milano, Giuffrè, 2007; V. Tenore, *L'incidenza della nuova legge n. 241 del 1990 sulle pubbliche amministrazioni*, Padova, Cedam, 2006, 221 ss.; S. F. Cuocolo, G. Busia, F. Garri, P. Alberti, *Commento agli art. 22-25*, in M.A. Sandulli *et al.*, *L'azione amministrativa. Commento alla l. 7 agosto 1990, n. 241 modificata dalla l. 11 febbraio 2005, n. 15 e dal d.l. 14 marzo 2005, n. 35* , Milano, Giuffrè, 2005, 948 ss.

[33] Come è stato osservato, "[….] *l'art. 22 della l. n. 241/1990 garantisce l'accesso ai documenti amministrativi relativi al rapporto di pubblico impiego "privatizzato", anche se le eventuali controversie attinenti al detto rapporto sono devolute alla giurisdizione del giudice ordinario*; v. V. Tenore in *La trasparenza del procedimento disciplinare nel pubblico impiego privatizzato: rapporti tra il diritto di acceso (da parte del dipendente o di terzi) e la tutela del whistleblowing (art. 54 bis D.Lgs. n. 165)*, in Rivista della Cortedei Conti, n. 6/20

[34] V. C.d.S., Sez. IV, 11 gennaio 2019, n. 249, Cons. Stato n. 2894/2013, Tar Campania sez. VI n. 645/2011 e pluribus.

Ai sensi del comma 1, lett. b) della norma citata, occorre la sussistenza di una situazione giuridicamente tutelata e, in collegamento a questa, un interesse diretto, concreto e attuale collegato al documento al quale è chiesto l'accesso[35].

La legittimazione all'accesso agli atti della P.A[36]. va riconosciuta, pertanto, a chiunque possa dimostrare che gli atti oggetto dell'accesso abbiano spiegato - o siano idonei a spiegare - effetti diretti o indiretti nei suoi confronti, e ciò anche indipendentemente dalla lesione di una posizione giuridica; in generale, il diritto di accesso può esercitarsi anche rispetto a documenti di natura privatistica, quali gli accordi, purché concernenti attività di pubblico interesse[37].

Ne deriva che, ad eccezione dei documenti coperti da segreto di Stato, di quelli la cui divulgazione è vietata dall'ordinamento, di quelli esclusi dall'accesso in base ad appositi regolamenti governativi (art. 24, co. 6, l. c.), e provvedimenti delle singole Amministrazioni per motivi di sicurezza e difesa nazionale, politica monetaria e valutaria, ordine pubblico e prevenzione dei reati, tutela della riservatezza di terzi[38], deve ritenersi che non possa disconoscersi al lavoratore incolpato un generale diritto alla visione e all'ottenimento di copia dei relativi atti.

Gli atti di cui si chiede l'ostensione sono invero necessari per la difesa nell'ambito del giudizio disciplinare: il diritto di difesa (di cui costituisce espressione basilare il principio del contraddittorio) costituisce *"uno dei cardini su cui si regge il sistema disciplinare in generale e quello del pubblico impiego in particolare"*[39].

---

[35] Cfr. C.d.S., Sez. IV, 13 luglio 2017, n. 3461; Sez. III, 12 marzo 2018, n. 1578; C.d.S., Sez. III, 17 marzo 2017, n. 1213).

[36] Per la piena accessibilità agli atti da parte del lavoratore incolpato, che costituisce un principio fondante al pari di qualsiasi atto che riguardi la sua posizione lavorativa, v. Tenore, cit.

[37] Cfr. C.d.S., Sez. IV, 28 gennaio 2016, n. 326: "[…] *Più precisamente, è stata ritenuta legittimata a domandare l'accesso la società farmaceutica che dimostra di competere nel medesimo mercato delle controinteressate imprese farmaceutiche e risente economicamente dei risultati commerciali raggiungibili da queste in forza dell'accordo con AIFA; tuttavia è legittimo negare l'accesso per la conoscenza dell'accordo sulla rimborsabilità e il prezzo relativo ad un farmaco stipulato tra l'industria produttrice e l'AIFA (Agenzia italiana per il farmaco), quando è prevista una clausola di riservatezza;*

V. anche C.d.S., Sez. III, 17 marzo 2017, n. 1213.

[38] Per i quali il bilanciamento fra l'esigenza di assicurare la trasparenza della attività amministrativa e la sussistenza di possibili ragioni ostative è rimesso ad una valutazione discrezionale dell'Ente, incensurabile nel merito e soggetta solo al sindacato indiretto e sintomatico consentito dalla figura dell'eccesso di potere.

[39] V. Vito Tenore, cit. in "*La trasparenza del procedimento disciplinare nel pubblico impiego privatizzato; rapporti tra diritto di accesso (da parte del dipendente o di terzi e la tutela del whistleblowing)"*, in Rivista della Corte dei Conti n. 6/20.

Come statuito dalla giurisprudenza amministrativa del Consiglio di Stato[40], nella nozione di documenti amministrativi rientrano tutti gli atti (comprese le dichiarazioni, le comunicazioni e gli atti acquisiti dall'amministrazione finanziaria e, ad esempio, i relativi dati inseriti e conservati nell'anagrafe tributaria) in quanto preordinati all'esercizio delle funzioni istituzionali dell'amministrazione e, pertanto, la natura documentale degli atti in esame ne comporta la "*piena accessibilità proprio in ragione di tale loro qualità oggettiva*"[41].

L'accesso, tuttavia, deve essere considerato non solo ed esclusivamente come un istituto capace di permettere la conoscenza dei documenti amministrativi in via strumentale alla partecipazione procedimentale o alla difesa in giudizio, ma anche come idoneo ad ottenere la conoscenza di atti del procedimento amministrativo ogniqualvolta ne venga allegata la sussistenza di un interesse alla tutela di situazioni giuridicamente rilevanti[42] (potendo avere ad oggetto atti idonei a dispiegare effetti diretti o indiretti nei confronti dell'istante indipendentemente dalla sussistenza o meno di una loro lesività).

Va invero rammentato che l'accesso civico generalizzato[43], riconosciuto e tutelato dall'art. 5 d.lgs. n. 33/13 è stato introdotto proprio allo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche e di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico, con esercizio che spetta a "chiunque" (quanto alla legittimazione soggettiva) e senza alcun onere di motivazione circa l'interesse alla conoscenza.

---

[40] V, sentenza Cons. Stato, Adunanza plenaria n. 19/2020.

[41] Cfr. cit. sent.

[42] La nozione di interesse giuridicamente rilevante, *ex* art. 22 l. n. 241/1990 è notoriamente più ampia rispetto a quella d'interesse all'impugnazione, caratterizzata dall'attualità e concretezza, e consente la legittimazione all'accesso a chiunque possa dimostrare che il documento amministrativo sia astrattamente idoneo a dispiegare effetti diretti o indiretti nei suoi confronti indipendentemente da una lesione giuridica, v. Foro amm. – Tar. 2006, 2898.

[43] Sull'accesso civico *ex* art. 5 d.lgs. n. 33/2013, si veda in dottrina, tra i tanti contributi, B. Ponti, *Il regime dei dati oggetto di pubblicazione obbligatoria: i tempi, le modalità ed i limiti della diffusione; l'accesso civico; il diritto di riutilizzo*, M. Savino, *Le norme in materia di trasparenza amministrativa e la loro codificazione*, in B.G. Mattarella, M. Pellissero (a cura di), *La legge anticorruzione*, Torino, Giappichelli, 2013; F. Patroni Griffi, *La trasparenza della pubblica amministrazione tra accessibilità totale e riservatezza*, in <www.federalismi.it>, 16 aprile 2013; R. Garofoli, G. Ferrari, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, Nel diritto, 2015, 876 ss.; Cumin, *Il nuovo diritto civico di accesso, con particolare riguardo alla giurisdizione del g.a.*, in <www.lexitalia.it>, 24 aprile 2013.

Nell'accesso civico generalizzato, nel quale la trasparenza si declina come "*accessibilità totale*", si ha un accesso dichiaratamente finalizzato a garantire il controllo democratico sull'attività amministrativa.

Ne deriva che, in tale assetto, l'interesse individuale alla conoscenza è protetto in sé, ferme restando eventuali contrarie ragioni di interesse pubblico o privato, con eccezioni stabilite espressamente dalla legge, volte a garantire un livello di protezione massima a determinati interessi ritenuti di particolare rilevanza per l'ordinamento giuridico.

Né l'esercizio del diritto di accesso è precluso dall'inerenza degli atti ad un giudizio pendente e dal fatto che gli stessi possano essere acquisiti attraverso il potere istruttorio del giudice ordinario, tramite gli artt. 211 e 213 c.p.c.

Sul punto, merita di essere rammentato che anche se le eventuali controversie attinenti al rapporto di lavoro sono devolute alla giurisdizione del giudice ordinario[44], l'accesso documentale difensivo può essere esercitato indipendentemente dalla previsione e dall'esercizio dei poteri processuali di esibizione istruttoria di documenti amministrativi e di richiesta di informazioni alla pubblica amministrazione nel processo civile (ai sensi degli artt. 210, 211 e 213 c.p.c., anche mediante estrazione di copia); la situazione legittimante l'accesso, rispetto a quella posta a fondamento dell'iniziativa giudiziale, ha natura sia sostanziale che processuale diversa dall'acquisizione probatoria, che viceversa ha natura esclusivamente processuale.

Non esistendo criteri oggettivi da cui inferire un rapporto di specialità specializzante tra le due discipline, le quali rispondono piuttosto a logiche concorrenti e cumulative tra i rimedi, deve ritenersi che tali mezzi di prova siano configurati come strumenti istruttori tendenzialmente residuali rispetto alle forme di acquisizione dei documenti da parte dei privati sulla base di correlative discipline di natura sostanziale anche in funzione della loro produzione in giudizio[45].

Ciò posto, ci si chiede se il lavoratore sottoposto a procedimento disciplinare possa incondizionatamente accedere agli atti istruttori del proprio procedimento: il legislatore ha previsto, all'art. 55 bis c. 4 del d.lgs n. 165/2001, recepito dalla contrattazione collettiva (v. art. 61, co. 3, c.c.n.l. Funzioni centrali 2016 – 2018,

[44] V. Tar Abruzzo n. 155/16; Tar Campania n. 645/11; C.d.S. 2894/13.
[45] V. dsi Tar Lazio 12525/20.

presente nei restanti c.c.n.l.di comparto) che, "*salvo quanto previsto dall'art. 54 bis comma 4, il dipendente ha diritto di accesso agli atti istruttori del procedimento*".

Ci si potrebbe domandare se tale previsione sia applicabile anche ad atti di natura privatistica della P.A.; sul punto, va segnalato che l'opinione favorevole ad estendere il diritto di accesso anche all'attività amministrativa che si traduce in moduli privatistici che affiancano quelli pubblicistici è largamente maggioritaria[46]; il diritto di accesso può esercitarsi anche rispetto a documenti di natura privatistica, purché concernenti attività di pubblico interesse; del resto, l'attività amministrativa, soggetta all'applicazione dei principi di imparzialità e di buon andamento, è configurabile non solo quando l'Amministrazione esercita pubbliche funzioni e poteri autoritativi, ma anche allorquando essa persegue le proprie finalità istituzionali e provvede alla cura concreta di pubblici interessi mediante un'attività sottoposta alla disciplina dei rapporti tra privati[47].

Anche nel lavoro privato, benchè non sussista un obbligo per il datore di lavoro di mettere a disposizione del lavoratore la documentazione posta alla base di una sanzione disciplinare, questi deve mettere a disposizione il materiale documentale per il predetto fine[48]ove l'incolpato ne faccia richiesta e l'esame dei documenti sia necessario per consentirgli il pieno diritto alla difesa.

Ciò posto, il tema dell'accesso agli atti si innesta su quello della tutela della riservatezza dei soggetti terzi che abbiano reso deposizioni o dichiarazioni, in sede ispettiva o disciplinare; sul punto, si è osservato che se tra gli atti richiesti dal lavoratore ve ne fossero taluni coinvolgenti dati personali o sensibili di terzi, ultronei rispetto al soddisfacimento della richiesta, i titolari di azione disciplinare ben potrebbero, con la tecnica degli "*omissis*"[49], schermare tali dati senza precludere il

[46] Tra le tante, Cons. Stato, Sez. III, 17 marzo 2017, n. 1213; Sez. IV, 28 gennaio 2016, n. 326; 12 marzo 2010, n. 1274, in *Guida dir.*, 2010, fasc. 16, 102; Sez. VI, 19 gennaio 2010, n. 189; Tar Lazio, Roma, Sez. I, 14 gennaio 2014, n. 441.
[47] V. dsi, *ex multis*, Cons. Stato Sez. IV, Sent., 28/01/2016, n. 326.
[48] V. dsi Cass. n. 14225 del 27/10/2000, n. 18288 del 30/08/2007, n. 23304 del 18/11/2010, n. 6337 del 13/03/2013.
[49] V. Tar Veneto, Venezia, Sez. I, 6 dicembre 2005, n. 4157, secondo cui può essere esibita la documentazione opportunamente depurata dai nominativi degli interessati, ovvero in forma statistica, o comunque in modo tale da rendere i soggetti controinteressati non riconoscibili (nel corso di un procedimento disciplinare nei confronti di un notaio l'ordine richiedeva a costui di esibire vari documenti contabili, in esercizio del potere di c.d. "monitoraggio deontologico", ed il notaio formulava istanza di accesso volta, in sostanza, a conoscere le regole generali in tema di monitoraggio deontologico, i casi in cui tale monitoraggio è stato effettuato, i risultati cui l'Ordine è pervenuto e i provvedimenti eventualmente adottati).

diritto di accesso del richiedente, purchè tale tecnica non si traduca in un sostanziale diniego del diritto[50].

È stato poi osservato che la previa contestazione dell'addebito, necessaria in funzione dei licenziamenti qualificabili come disciplinari, avendo lo scopo di consentire al lavoratore l'immediata difesa, deve conseguentemente rivestire il carattere della "*specificità*"[51], da ritenersi integrata allorquando siano fornite le indicazioni necessarie ed essenziali per individuare, nella loro materialità, il fatto o i fatti nei quali il datore di lavoro abbia ravvisato infrazioni disciplinari o comunque in violazione dei doveri di cui agli artt. 2104 e 2105 cod. civ.

Ed invero, può non essere irrilevante la conoscenza, da parte dell'incolpato, del nominativo della persona segnalante, posto che questa consente di esercitare compiutamente il proprio diritto di difesa e senza che possa sul punto contrapporsi la tutela della *privacy*, nei casi in cui si debba procedere ad individuare un equo bilanciamento tra tale diritto ed altro diritto (difesa) anch'esso a copertura costituzionale.

Sul punto, è stata rimarcata l'esigenza che si pervenga ad un esito variabile, come patrocinato da un'autorevole opinione dottrinaria che, nei casi di contrapposizione di diritti garantiti dalla Carta Costituzionale, parla di "*gerarchia mobile*", da intendersi come concreta individuazione, da parte del Giudice, dell'interesse da privilegiare tra quelli antagonistici, a seguito di ponderata valutazione della specifica situazione sostanziale dedotta in giudizio, con conseguente bilanciamento tra gli stessi, in modo da evitare che la piena tutela di un interesse possa tradursi nella limitazione di quello contrapposto, tanto da vanificarne o ridurne il valore contenutistico.

Ne deriva che il richiamo al doveroso rispetto del diritto alla *privacy* - cui il legislatore assicura in sede giudiziaria idonei strumenti di garanzia - non può legittimare una violazione del disposto di cui all'art. 24 Cost., che, inviolabile in ogni stato e grado del procedimento, non può incontrare nel suo esercizio ostacoli all'accertamento della verità materiale, a fronte di addebiti suscettibili di determinare

[50] Cfr. Vito Tenore, "*la trasparenza del procedimento disciplinare nel pubblico impiego privatizzato; rapporti tra diritto di accesso (da parte del dipendente o di terzi e la tutela del whistleblowing)*", in Rivista della Corte dei Conti n. 6/20.

[51] V. Cass., Sez. lav. 27 ottobre 2000, n. 14225, in *Lav. giur.*, 2001, 139, con nota di S. Mainardi, *Contestazione e diritto di accesso ai documenti connessi agli addebiti disciplinari*, annotata da S. Borelli, *Specificità della contestazione e obbligo di documentazione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2001, 538.

ricadute pregiudizievoli alla persona dell'incolpato e alla sua onorabilità, come la perdita del posto di lavoro.

Appare evidente come il lavoratore possa avere interesse ad accedere ad atti posseduti dal datore di lavoro originati da esposti di terzi su asseriti propri comportamenti illegittimi, che abbiano comportato l'apertura di un procedimento disciplinare, al fine di agire giudizialmente per la salvaguardia della propria onorabilità e reputazione, sia in sede civile che in sede penale.

Il che pone l'ulteriore problema del rapporto tra diritto di accesso del lavoratore agli atti del procedimento disciplinare e tutela del *whistleblower*[52].

Sul punto, la giurisprudenza di legittimità ha statuito[53]che il secondo comma dell'articolo 54 del Dlgs 165/2001 sta a significare che l'anonimato del denunciante (che è solo riserbo sulle generalità, salvo il consenso dell'interessato alla loro divulgazione) opera unicamente in ambito disciplinare[54], essendo subordinato al fatto che la contestazione dev'essere fondata su accertamenti "*distinti e ulteriori*" rispetto alla segnalazione[55]; e difatti, ove detta contestazione si basi, in tutto o in parte, sulla segnalazione stessa, l'identità può essere rivelata ove la sua conoscenza sia assolutamente indispensabile per la difesa dell'incolpato in ambito penale, dove non vi è alcuno spazio per il riserbo sulle generalità.

Nel sistema disciplinare, invece, nel caso in cui la contestazione sia fondata, in tutto o in parte, sulla segnalazione e venga a mancare il consenso del segnalante, anche se la conoscenza dell'identità del segnalante sia indispensabile ai fini del procedimento disciplinare, essa non può essere rivelata.

---

[52] Sul punto, deve rammentarsi come l'istituto del *whistleblowing* si iscriva in un contesto normativo volto a prevenire fenomeni di corruzione in senso lato, che includono tutte le ipotesi di cattiva amministrazione; stessa cosa può verosimilmente accadere quando il rapporto di lavoro si dispiega in modo tale da avere dei riflessi non solo sul singolo ma sull'intera organizzazione amministrativa.

[53] V. sul punto, Cass. Pen. n. 9047/2018.

[54] V. Cons. di Stato, sent. n. 28/2020, che qualifica l'accesso ad esposti disciplinari come materia non rientrante nella portata disciplinato dall'art. 54-*bis* d.lgs. n. 165/2001, essendosi in presenza di una segnalazione *non indirizzata ai soggetti ivi indicati* e non motivata "*nell'interesse dell'integrità della pubblica amministrazione*": pertanto la segnalazione stessa non è sottratta al generale accesso previsto dagli artt. 22 ss. l. n. 241/1990, ove il richiedente lo richieda, quale incolpato, per esigenze di difesa.

[55] Viceversa, nel caso in cui la contestazione disciplinare sia fondata su accertamenti *ulteriori e distinti* rispetto alla segnalazione, l'esercizio del diritto di difesa si fonderà su tali accertamenti ulteriori e distinti rispetto alla segnalazione che ha dato il via al procedimento disciplinare.

Il che, come è stato autorevolmente osservato[56], per un verso, pone un autentico *vulnus* per un verso alle ragioni sanzionatorie delle Pubbliche amministrazioni le quali, senza il consenso del *whistleblower*, non potranno utilizzare la segnalazione, ma dovranno ricercare ulteriori e distinti elementi, senza i quali dovrà imporsi l'archiviazione; e, per altro verso, anche all'interesse dello stesso incolpato, il quale non potrà accedere agli atti del fascicolo e prendere visione dell'autore dell'esposto, in modo da tutelare in sede penale e civile la propria onorabilità[57].

A fronte di tali incertezze interpretative, è recentemente intervenuta una sentenza del Consiglio di Stato[58], che ha riconosciuto la sussistenza di un interesse all'accesso qualificato e strumentale al diritto di difesa non solo nell'ambito del procedimento disciplinare, ma anche al fine di tutelare la propria persona in altre sedi (e, dunque, a prescindere dal procedimento in corso)[59].

---

[56] V. sempre V. Tenore, cit.

[57] Prima dell'introduzione dell'art. 54-bis, il Tar Veneto, sentenza n. 3277/2005, in Foro amm. – Tar 2005, 2762 aveva affermato che "[…] *il ricorrente - accusato di fatti che hanno dato origine ad un procedimento disciplinare (archiviato) e ad un processo penale (conclusosi in primo grado con una sentenza di assoluzione, ancorché appellata) e che si sono rivelati, allo stato, non veritieri - abbia un interesse qualificato a prendere visione del documento contenente le affermazioni accusatorie, al fine di tutelare nelle opportune sedi il proprio prestigio leso dalle stesse. Deve conseguentemente riconoscersi al ricorrente, titolare di un interesse diretto (e cioè personale, appartenente alla sfera dell'interessato), concreto (e cioè collegato con il bene della vita coinvolto dal documento) ed attuale (e cioè non meramente potenziale il diritto all'accesso agli atti: l'avvenuta archiviazione del procedimento disciplinare, invero, non può far venir meno l'attualità dell'interesse all'accesso, attenendo l'esercizio di questo ad eventuali profili risarcitori) alla tutela della propria reputazione".* Una parte della giurisprudenza distingue, dopo l'archiviazione di un esposto, tra esposti formali ed esposti informali all'autorità giudiziaria, traendone come conseguenza l'affermazione che non è possibile ravvisare alcun interesse all'accesso contro l'autore della segnalazione, qualora la qualificazione di quest'ultima sia in termini di "mero esposto informale", ravvisabile invece nei confronti del denunciante (cfr. sul punto Cons. Stato, Sez. IV, 10 agosto 2011, n. 4769).

[58] V. Cons. di Stato, sentenza n. 28/2020.

[59] Nella specie, si trattava di tutti gli atti relativi al procedimento disciplinare di cui alla comunicazione [di attivazione del procedimento disciplinare], tra cui la relazione dei dirigenti tecnici incaricati dell'espletamento dell'indagine ispettiva presso il Liceo.., acquisita dalla Direzione Generale in data 24.4.2018, le "*reiterate segnalazioni in merito a comportamenti eterodossi addebitati alla S.V.*", "*le segnalazioni in merito a comportamenti non in linea con le dimensioni professionali di un dirigente scolastico e non corrispondenti al codice di comportamenti dei pubblici dipendenti, in specie agli artt. 3 e 13 del D.P.R. n. 62/2013*", nonché gli atti relativi "*in uno con l'utilizzo di espressioni non certamente conformi ad un comportamento esemplare e imparziale nei rapporti con i colleghi, i collaboratori e i destinatari dell'azione amministrativa*", nonché di "*tutti gli in possesso dell'ufficio*" nessuno escluso nella stessa richiamati o comunque che verranno utilizzati nell'ambito del procedimento".
Secondo V. Tenore, cit. "[…] *l'interesse all'accesso ai documenti relativi al procedimento disciplinare permane anche dopo lo spirare dei termini per la proposizione del ricorso giurisdizionale avverso la sanzione inflitta (ad es., 60 giorni per il licenziamento ex l. n. 604/1966,*

In detta sentenza, si legge che onde poter ritenere applicabili le disposizioni a tutela del *whistleblower*, l'esposto che origina il procedimento dev'essere inviato ad una delle autorità indicate nell'articolo 54-bis e, soprattutto, la parte segnalante deve agire "*a tutela dell'interesse all'integrità della pubblica amministrazione*", non a tutela dei diritti nascenti dal proprio rapporto di lavoro.

Non va sottaciuto, invero, che la disciplina del citato art. 54-bis è derogatoria rispetto a quella generale in tema di ostensibilità degli atti della pubblica amministrazione[60]e si pone in rapporto di eccezione rispetto alla regola, ovvero al principio generale di accessibilità nei casi in cui sussista un interesse giuridicamente rilevante.

Ne consegue che l'istituto, secondo le regole delle norme eccezionali, non può essere applicato "*oltre i casi e i tempi in esse considerati*", secondo la regola di cui all'art.

14 delle Disposizioni sulla legge in generale, né risulta utilizzabile per scopi essenzialmente di carattere personale o per contestazioni o rivendicazioni inerenti al rapporto di lavoro nei confronti di superiori.

In definitiva, ogni qualvolta si sia in presenza di una segnalazione non indirizzata ai soggetti ivi indicati (Responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza; Autorità nazionale anticorruzione; Autorità giudiziaria ordinaria o contabile) e non motivata nell'interesse dell'"*integrità della Pubblica amministrazione*" (come avviene quando vi confluiscano anche scopi di carattere personale o contestazioni e/o rivendicazioni inerenti al rapporto di lavoro), la segnalazione non è sottratta all'accesso previsto dagli articoli 22 e seguenti della legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modificazioni.

Problema in parte diverso è quello relativo agli atti prodromici, non immediatamente impugnabili (atti interni, relazioni ispettive, dichiarazioni di terzi), rispetto ai quali un'istanza di accesso potrebbe essere oggetto di differimento qualora

---

richiamata dall'art. 2 del d.lgs. n. 165), in quanto l'interesse all'accesso non coincide con l'interesse a impugnare il provvedimento, ma è un interesse conoscitivo, potendo l'istante richiedere l'atto per finalità (giuridicamente rilevanti) diverse, in particolare ai fini del promovimento di una azione risarcitoria civile o una denuncia penale, non sottoposte a termini decadenziali"; sulla differenza tra interesse ad accedere e interesse ad impugnare, v. sempre Tenore, *L'incidenza della nuova l. n. 241*, cit., 238 ss. In giurisprudenza, v. Cons. Stato, Sez. IV, 30 marzo 2000, n. 1823 (in *Foro amm.*, 2000, 859), secondo cui l'interesse all'accesso ai documenti relativi al procedimento disciplinare permane anche dopo lo spirare dei termini per la proposizione del ricorso giurisdizionale.

[60] V. anche Tar Campania, Napoli, VI sezione n. 580/2020 e Tar Sicilia, Palermo, n. 1611/2020.

l'attività istruttoria sia ancora in corso, sia per non inquinare l'esito di una procedura non ancora conclusa che per la carenza di un interesse attuale e concreto in capo al richiedente, non ancora leso di alcuna posizione giuridica soggettiva immediatamente tutelabile[61].

Ancora diverse sono, invece, le norme in gioco laddove venga in rilievo una richiesta di accesso agli atti di un procedimento disciplinare da parte di un soggetto terzo estraneo allo stesso[62]; anche in tale ultima ipotesi, occorre invero contemperare gli opposti interessi ad ottenere la visione degli atti funzionali all'esercizio del proprio diritto di difesa con quello del diritto alla riservatezza, che garantisce la non ostensione di documenti attinenti a procedure delicate e strettamente personali.

In generale, laddove si tratti di atti la cui efficacia ricade direttamente sulla sfera personale del terzo (si pensi all'ipotesi in cui il terzo sia, a sua volta, destinatario di una procedura disciplinare in parte basata sulle risultanze del procedimento a carico del dipendente suddetto), non v'è dubbio che tale accesso appare non solo ipotizzabile, ma giuridicamente tutelabile.

Diverso è il caso in cui si richieda un accesso che, anche se strumentale all'esercizio del diritto di difesa, non appare sorretto da un interesse conoscitivo personale, attuale e concreto (artt. 22, comma 1, lett. b) della l. n. 241/1990 e 2 del d.P.R. n. 184 del 2006), posto che il suo esercizio non può perseguire finalità emulative né avere carattere esplorativo o tradursi in un controllo generalizzato dell'azione amministrativa; in questa ipotesi, non v'è dubbio che l'interesse non sia collegato al documento di cui è chiesto l'accesso, sicchè, a fronte della genericità della richiesta ovvero della incoerenza della richiesta di accesso rispetto agli scopi alla cui realizzazione il diritto di accesso è preordinato, si reputa che il giudice amministrativo non debba dar corso alla richiesta.

---

[61] V. V. Tenore, *Studio sull'ispezione amministrativa ed il suo procedimento*, 241.

[62] È il caso di un soggetto che, attinto da procedimento disciplinare analogo o similare che ha visto coinvolto un suo collega, abbia interesse a prendere visione degli atti di tale procedimento; ovvero all'autore di un esposto nei confronti di un pubblico dipendente che intenda ricevere copia degli atti (procedimento disciplinare o eventuale archiviazione) posto in essere nei confronti del dipendente pubblico; si pensi altresì al caso di un operatore economico rispetto all'autorizzazione (anche in subingresso), rilasciata ad un esercizio concorrente (quale la controinteressata subentrante); invero, il titolare di un esercizio di vendita può certo avere interesse a verificare, presso il Comune, la regolarità delle autorizzazioni possedute da un proprio rivale commerciale e tale interesse non può essere considerato un mero interesse al controllo in generale sull'attività della pubblica amministrazione; cfr. Cons. di Stato, n. 3309/2010 e TAR Campania, Napoli, n. 331/2012.

Va poi aggiunto che, anche laddove l'istanza non rechi un riferimento specifico alla normativa in materia di accesso documentale, trova applicazione il principio recentemente affermato dal Consiglio di Stato, secondo cui "*la pubblica amministrazione ha il potere-dovere di esaminare l'istanza di accesso agli atti e ai documenti pubblici, formulata in modo generico o cumulativo dal richiedente senza riferimenti ad una specifica disciplina, anche alla stregua della normativa dell'accesso civico generalizzato, a meno che l'interessato non abbia inteso fare esclusivo, inequivocabile, riferimento alla disciplina dell'accesso documentale, nel qual caso essa dovrà esaminare l'istanza solo con specifico riferimento ai profili della l. 7 agosto 1990 n. 241 , senza che il giudice amministrativo, adìto ai sensi dell'art. 116 cod. proc. amm., possa mutare il titolo dell'accesso definito dall'originaria istanza*"[63].

Laddove, dunque, l'istanza sia formulata senza fare riferimento alla disciplina dell'accesso documentale, la P.A. avrà il potere-dovere di qualificare l'istanza anche alla stregua dell'accesso civico generalizzato, verificando se il richiedente sia titolare di un interesse diretto, immediato e qualificato all'ostensione degli atti di cui richiede l'accesso.

Deve rammentarsi come la giurisprudenza amministrativa [64] sia orientata nel riconoscere all'autore di un esposto il diritto di accesso agli atti, benchè la sua posizione sia qualificabile come *terzo*, in quanto la natura riservata degli atti del procedimento disciplinare (genericamente affermata dalla norma regolamentare) potrebbe comportare al più una restrittiva valutazione in concreto della legittimazione e delle modalità di accesso.

Laddove sussista l'interesse dell'istante e non vi sia contestazione sulle modalità di accesso, una limitazione del diritto di accesso potrebbe giustificarsi soltanto in relazione alle specifiche eccezioni individuate dall'ultimo periodo dell'art. 24, comma 7, cit., e quindi alla riservatezza di dati qualificabili come sensibili ovvero sensibilissimi (ad es., dati sanitari o sessuali: in tali casi l'amministrazione dovrà bilanciare i contrapposti interessi, valutando in concreto quale sia il valore costituzionale prevalente, come stabilito dall'art. 60 del t.u. n. 196/2003).

L'art. 24, comma 7, l. cit. precisa che "*deve comunque essere garantito ai richiedenti l'accesso ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per*

[63] V. Consiglio di Stato Adunanza Plenaria, 2 aprile 2020, n. 10.
[64] V. per tutte C.d.S. n. 5004/2017; Tar Campania n. 2175/19.

difendere i propri interessi giuridici", sancendo in tal modo la regola della prevalenza, ai fini dell'accesso, del diritto alla cura o alla difesa dei propri interessi giuridici sulle contrapposte esigenze sottese alle cause di esclusione di cui ai precedenti commi, ed aggiungendo che, "*nel caso di documenti contenenti dati sensibili e giudiziari, l'accesso è consentito nei limiti in cui sia strettamente indispensabile e nei termini previsti dall' articolo 60 del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, in caso di dati idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale*" (vale a dire, l'accesso è consentito se la situazione giuridicamente rilevante che si intende tutelare con la richiesta di accesso è di rango almeno pari ai diritti dell'interessato, ovvero consiste in un diritto della personalità o in un altro diritto o libertà fondamentale e inviolabile).

Dunque, l'interesse del terzo all'accesso agli atti - oltre alla difesa in giudizio, imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa - fa sì che lo stesso sia suscettibile di compressione solo se configgente con valori di pari rango, secondo un apprezzamento che non è rimesso alla discrezionalità pura e semplice delle singole amministrazioni obbligate a garantirne via via la possibilità di esercizio, bensì è demandato dall'art. 24, comma 4, della legge 7 agosto 1990, n. 241 ad apposita regolazione generale ed astratta[65].

Viene a questo punto in rilievo la tematica della eventuale segretazione di atti del procedimento disciplinare a soggetti terzi, in quanto non attinti dal medesimo procedimento disciplinare.

---

[65] Ad esempio, in materia di avanzamento di Ufficiali della guardia di finanza, il d.m. 603/96, all'art. 5, nell'individuare le categorie di documenti sottratti all'accesso per motivi attinenti alla riservatezza di terzi, fa riferimento alla lett. d), comma 5, del d.p.r. 27 giugno 1992, n. 352. Tale ultima disposizione, nel prevedere la possibilità di sottrarre dall'accesso documenti che "*riguardino la vita privata o la riservatezza di persone fisiche, di persone giuridiche, gruppi, imprese, e associazioni, con particolare riferimento agli interessi epistolare, sanitario, professionale, finanziario, industriale e commerciale di cui siano in concreto titolari, ancorché i relativi dati siano forniti dall'amministrazione dagli stessi soggetti cui si riferiscono*", precisa, al contempo, che "*Deve comunque essere garantita ai richiedenti la visione degli atti dei procedimenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i loro stessi interessi giuridici*".
Da quanto sopra, emerge che la secretazione dei libretti personali degli ufficiali oggetto della procedura di valutazione per l'avanzamento nel grado, limita l'esercizio della facoltà estensiva solo nei confronti di coloro che non si trovino (o non dimostrino di trovarsi) nella posizione di necessaria conoscenza del documento per l'adeguata tutela in giudizio della posizione soggettiva vantata. Alla medesima *ratio* devono quindi considerarsi ispirate tutte le disposizioni recate dall'art. 5 del d.m. 603/96; tanto è vero che tale disposizione addirittura ribadisce espressamente, prima di enunciare le specifiche categorie di documenti sottratti all'accesso, tra cui quelli della lett. f) - documenti caratteristici e matricolari - che "la visione degli atti e dei procedimenti la cui conoscenza sia necessaria per la cura o la difesa degli interessi giuridicamente rilevanti propri di coloro che ne fanno motivata richiesta".

Sul punto, va rimarcato che laddove la Pubblica amministrazione interessata non abbia adottato il regolamento attuativo di cui all'art. 24, commi 2 e 6, che fa obbligo a tutte le P.A. di individuare i propri atti sottratti all'accesso per salvaguardare la tutela della sicurezza e difesa nazionale, la politica monetaria e valutaria, l'ordine pubblico e la prevenzione e repressione dei reati, la riservatezza di terzi, le procedure contrattuali collettive in corso, debba applicarsi la regola generale, secondo cui gli atti sono accessibili al terzo, a condizione - come detto - che il richiedente abbia un interesse attuale, diretto e immediato da tutelare o difendere[66].

Ma anche laddove il regolamento sia stato adottato, trattandosi di normativa secondaria regolamentare, essa sarebbe sub-valente rispetto al prevalente diritto di accesso del terzo preordinato alla propria tutela giurisdizionale, come statuito dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato[67]che ha ricordato come nell'*actio ad exhibendum* di cui all'art. 25 della legge n. 241 del 1990, la disciplina regolamentare interna in materia di accesso, ove si riveli in contrasto con la suddetta legge e col suo regolamento governativo attuativo, approvato con il D.P.R. 27 giugno 1992 n. 352, non sia inidonea ad impedire l'accesso e dev'essere disapplicata "*senza che occorra una formale impugnazione del regolamento*" interno, giacché - alla stregua dei principi generali sulla gerarchia delle fonti - "*nel conflitto di due norme diverse occorre dare preminenza a quella legislativa, di livello superiore rispetto alla disposizione regolamentare ogni volta che preclude l'esercizio di un diritto soggettivo*"[68].

Tali conclusioni sono state confermate dalla giurisprudenza amministrativa anche in materia di accesso ad atti ispettivi interni al procedimento disciplinare[69].

Infine, qualora sui medesimi fatti oggetto di procedimento disciplinare penda anche procedimento penale, un limite all'accesso da parte del terzo agli atti del procedimento disciplinare deve rinvenirsi nell'ipotesi di sussistenza di eventuale segreto istruttorio (art. 329 c.p.p.)[70].

---

[66] V. sempre V. Tenore, cit. p. 8 Sulla possibilità di accesso da parte dell'autore di un esposto, v.dsi Tar Puglia, Bari, Sez. II, 10 luglio 2015, n. 2367; Tar Toscana, Sez. II, n. 1569/2014, cit.; Tar Piemonte, Sez. I, 6 febbraio 2013, n. 166; Tar Lazio, Sez. III, 3 aprile 2002, n. 2720, Tar Lazio, Roma, Sez. III, 26 agosto 2009, n. 8280, in *Foro amm.-Tar*, 2009, 2159; Tar Veneto, Venezia, Sez. I, n. 6080/2010.

[67] V. tra le tante C.d.S. n. 332/13.

[68] Cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, 24 marzo 1998 n. 498; id., sez. VI, 26 gennaio 1999 n. 59.

[69] V. tra le tante, Cons. di Stato n. 772/97.

[70] V. Tenore, *L'incidenza della nuova l. n. 241*, cit., 268, nt. 61. Sul tema, G. Rubino, *Diritto di accesso e segreto istruttorio: un difficile equilibrio tra due esigenze contrapposte*, in <www.lexitalia.it>, 8 agosto 2016. Sulla possibilità, in base all'art. 258, c. 2, c.p.p., di accesso

In tale ipotesi, la possibilità di accedere a tali atti è subordinata al rilascio di un nulla osta da parte della Procura della Repubblica[71].

Negli altri casi, allorquando tali atti non sono oggetto di un provvedimento formale dell'autorità giudiziaria (art. 391 quinquies c.p.p.) nè sono stati formati dalla Autorità giudiziaria o dalla Polizia giudiziaria (art. 329 c.p.p.) e quindi coperti dal segreto istruttorio penale, ma emanati nello svolgimento dell'attività istituzionale della Pubblica amministrazione, non si ricade nell'ambito di applicazione dell'art. 329, c.p.p.; laddove, invece, la Pubblica amministrazione che trasmette all'autorità giudiziaria una notizia di reato lo fa non nell'esercizio della propria istituzionale attività amministrativa, ma nell'esercizio di funzioni di polizia giudiziaria specificamente attribuite dall'ordinamento, si è in presenza di atti di indagine compiuti dalla polizia giudiziaria, che, come tali, sono soggetti a segreto istruttorio ai sensi dell'art. 329 c.p.p. e, conseguentemente, sottratti all'accesso ai sensi dell'art. 24, l. n. 241 del 1990[72].

Circa l'utilizzabilità di dichiarazioni provenienti da segnalazioni anonime[73], l'ANAC ha chiarito che agli esposti anonimi è riservato un binario parallelo, stabilendo che essi vengono processati, pur se al di fuori dei confini di tutela dell'art. 54 bis, "*ove circostanziate e rese con dovizia di particolari*"[74].

Il che porta a ritenere, considerato l'attuale livello di tutele, che il segnalatore preferirà ricorrere allo strumento delle segnalazioni anonime, che se ben circostanziate, appaiono le uniche in grado di offrire riservatezza senza eccezioni.

---

anche se gli atti sono sequestrati dal giudice penale, v. Tar Campania, Napoli, 23 febbraio 1995, n. 38, in *Trib. amm. reg.*, 1995, I, 1847. Per l'accesso alla documentazione amministrativa (o privata ma detenuta da p.a., v. sopra) che ha dato origine ad atti di polizia giudiziaria, salvo che l'autorità giudiziaria penale ne abbia inibito la visione (Tar Lazio, Roma, Sez. II, 26 settembre 1996, n. 1746, *ivi*, 1996, I, 3644; v. anche Tar Lombardia, Milano, Sez. III, 21 novembre 2011, n. 2810. Per l'accessibilità ad atti posti in essere nell'ambito di indagini di polizia, Cons. Stato, Sez. IV, 20 maggio 1996, n. 665, in *Cons. Stato*, 1996, I, 784. In dottrina, v. F. Caringella, R. Garofoli, M.T. Sempreviva, *op. cit.*, 471 ss.

[71] Se la p.a. destinataria di una istanza di accesso dubiti della visionabilità dell'atto richiesto in quanto trasmesso alla Procura della Repubblica, graverà sulla stessa p.a. e non sul cittadino istante l'onere di acquisire il nulla-osta dal competente magistrato (v. Tar Toscana, Sez. III, 30 giugno 1998, n. 187, in *Foro amm.*, 1999, 836). In dottrina, v. Tenore V., "*L'incidenza della nuova l. 241*, cit. 268, n. 61"; cfr. anche Caringella, Garofoli, M.T. Sempreviva, in "*L'accesso ai documenti amministrativi*", Milano, Giuffrè,2007.

[72] V. C.d.S. n. 547/2013.

[73] Cfr. Dossier n. 305/3 Camera dei Deputati – Elementi per l'esame in assemblea, dove si legge che "*la scelta di fondo è, ad ogni modo, l'esclusione di segnalazioni in forma anonima*".

[74] V. Autorità Nazionale Anticorruzione, op. cit. 4.

Resta poi fermo che, laddove nel contesto di indagini penali o contabili, l'autorità giudiziaria o contabile chiedano al Responsabile della Prevenzione della Corruzione e Trasparenza o all'ANAC, per esigenze istruttorie, di conoscere l'identità del segnalante, l'amministrazione o l'ente può procedere a fornire tale indicazione, avvertendo preventivamente il segnalante.

Sul piano operativo, l'ANAC, con la delibera n. 6 del 2015, aveva individuato quale strada prioritaria per tutelare la riservatezza del segnalante, la gestione in via informatizzata delle segnalazioni.

Tale aspetto è divenuto ancora più importante alla luce della nuova formulazione dell'art. 54-bis, laddove si dispone che l'ANAC adotti apposite linee guida relative alle procedure per la presentazione e la gestione delle segnalazioni prevedendo l'utilizzo di modalità anche informatiche e il ricorso a strumenti di crittografia per garantire la riservatezza dell'identità del segnalante e per il contenuto delle segnalazioni e della relativa documentazione.

Le Amministrazioni sono quindi tenute a disciplinare - in conformità alle linee guida - le procedure, preferibilmente, informatizzate per la ricezione e gestione delle segnalazioni[75].

4. Il concetto di interesse pubblico e la "giusta" causa di rivelazione di notizie coperte da segreto.

La rivelazione effettuata dal *whistleblower* perseguendo *"l'interesse dell'integrità della pubblica amministrazione e alla prevenzione e repressione delle malversazioni nelle amministrazioni pubbliche e private"* costituisce poi giusta causa di rivelazione, escludendo l'integrazione dei reati di rivelazione e utilizzazione del segreto d'ufficio (art. 326 c.p.), rivelazione del segreto professionale (art. 622 c.p.) e rivelazione di segreti scientifici e industriali (art. 623 c.p.)[76].

[75] Si vedano le linee guida dell'Anac in materia di tutela degli autori di segnalazioni di reati o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza in ragione di un rapporto di lavoro, ai sensi dell'art. 54 bis, del d.lgs 165/2001(c.d. *whistleblowing*).

[76] V. art. 3, co. 1, della legge 179/2017, che recita: "*Nell'ipotesi di segnalazione o denuncia effettuate nelle forme e nei limiti di cui all'articolo 54 bis del D.lgs. 30 Marzo 2001, e all'articolo 6 del D.lgs 8 giugno 2001, numero 231, come modificati dalla presente legge, il perseguimento dell'interesse all'integrità delle amministrazioni, pubbliche e private, nonché alla prevenzione e alla repressione delle malversazioni, costituisce giusta causa di rivelazione di notizie*

Come è stato osservato, la causa di giustificazione affonda le sue radici nel conflitto tra il vincolo di fedeltà e l'obbligo di rivelazione dell'illecito, a sua volta legato all'interesse della "*integrità della pubblica amministrazione*"[77].

Anzitutto, per poter operare, deve essere definito esattamente il concetto di "pubblico interesse", di notevole complessità anche per l'Autorità Nazionale Anticorruzione.

Quest'ultima, nella periodica attività di aggiornamento dei propri atti di regolazione, ha adottato un apposito documento di consultazione[78] in materia di whistleblowing, in cui si afferma la necessità di vagliare il contenuto della segnalazione e di "*valutare se [...] possa, agli occhi dell'uomo medio, determinare oggettivamente una percezione di illiceità*", escludendo quindi eventuali elementi soggettivi nella valutazione del comportamento.

In seguito, con specifico riferimento agli interessi personali del segnalante, la stessa Autorità nazionale anticorruzione ha smussato il carattere escludente dell'interesse pubblico.

Se da un lato, infatti, si esclude radicalmente il carattere pubblicistico di contestazioni, rivendicazioni o richieste relative al rapporto di lavoro in senso stretto, dall'altro lato non viene preclusa affatto l'applicabilità dell'articolo 54-bis laddove un interesse personale concorra con quello della salvaguardia dell'integrità della Pubblica amministrazione.

A simili conclusioni si perviene proprio alla luce della *ratio* che permea l'intera legislazione in materia di prevenzione della corruzione, posto che è la stessa Autorità anticorruzione a richiedere un'effettiva valutazione della sussistenza dell'interesse pubblico senza alcuna esclusione, a priori, della contestuale (com)presenza di un interesse di carattere privatistico.

---

coperte dall' obbligo di segreto di cui agli articoli 326,622 e 623 del codice penale dell'articolo 2105 del codice civile".

[77] Si veda A. Rugani, *i profili penali del whistleblowing alla luce della legge 30 novembre 2017, n. 179*; si veda anche R. Cantone, La tutela del whistleblower; *: l'art. 54-bis de d.lgs. n. 156/2001 (art. 1, comma 51*), in *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, cit., 247; v. anche Varraso, in *Legge 30 novembre 2017 numero 179. Disposizioni per la tutela degli autori di segnalazioni di reati o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza nell'ambito di un rapporto di lavoro pubblico privato*, in AA.VV., *Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi*.

[78] V. C. Deodato, *le linee guida dell'Anac; una nuova fonte del diritto?* In www.giustamm.it, 4, 2016, 2 ss.

Diversa, invece, è la posizione di coloro che ritengono che qualsiasi interesse concorrente con il fine pubblico risulti in grado di escludere la natura di *whistleblowing* della segnalazione; in tal senso, il dipendente pubblico che compie una segnalazione dovrebbe configurarsi come un soggetto totalmente disinteressato, privo di un minimo coinvolgimento nella vicenda, al punto che la denuncia non dovrebbe avere alcuna ripercussione sul proprio rapporto di lavoro e dovrebbe qualificarsi come totalmente estranea alla sfera soggettiva del presunto *whistleblower*.

In senso contrario, si è però ritenuto che difficilmente potrebbe ritenersi insussistente un, sia pure secondario, interesse privato.

Di fatto, si escluderebbero dal novero di applicazione della norma e dei soggetti protetti proprio quei dipendenti che, in quanto incisi da comportamento illecito, risultano essere i principali conoscitori di quanto denunciato.

A questo deve aggiungersi come, in realtà, neppure lo specifico dettato letterale dell'articolo 54-bis configuri alcuna esclusività dell'interesse all'"integrità pubblica", non richiedendo alcuna ulteriore specificazione in ordine ad eventuali diversi interessi concorrenti.

Quindi, a prescindere da qualsiasi ulteriore specificazione in ordine all'eventuale rapporto di specialità tra la disciplina della trasparenza e la tutela del *whistleblower*, non sarebbe necessaria alcuna estensione del dettato normativo oltre a quanto richiesto e perseguito dal legislatore con la riforma nel 2017.

La disposizione effettua un bilanciamento tra l'esigenza di garantire la segretezza di cui alle citate disposizioni e la libertà del *whistleblower* di riferire circa i fatti illeciti di cui sia venuto a conoscenza, determinando la prevalenza del diritto del dipendente pubblico di segnalare fatti illeciti (e di godere delle tutele di cui all'articolo 54-bis), a determinate condizioni, ovvero:

- il segnalante deve agire al fine di tutelare l'interesse all'integrità delle amministrazioni pubbliche e private nonché alla prevenzione e repressione delle malversazioni pubbliche e private;
- non deve trattarsi di un soggetto esterno all'ente o all'amministrazione che sia venuto a conoscenza della notizia "*in ragione di un rapporto di consulenza professionale o di assistenza*" con l'ente, l'impresa o la persona fisica interessata (co. 2, articolo 3, legge 179);
- le notizie e i documenti, oggetto di segreto aziendale, professionale e d'ufficio,

non devono essere rivelati con modalità *eccedenti* rispetto alle finalità della eliminazione dell'illecito e, in particolare, la rivelazione non deve avvenire al di fuori del canale di comunicazione specificamente predisposto per le segnalazioni.

Il perseguimento dell'interesse pubblico rende quindi lecita anche una segnalazione che comporti, astrattamente, una violazione del dovere di fedeltà, purchè avvenga nei limiti sanciti dal combinato disposto degli artt. 54 bis del T.U. del pubblico impiego e dell'art. 6 del D.lgs n. 231/2001[79].

Ci si chiede[80], tuttavia, se la causa di giustificazione dell'esimente operi sul piano dell'antigiuridicità[81], quantomeno con riferimento alle fattispecie degli articoli 326

c.p. e 623 c.p., tra i cui elementi non compare l'assenza di una giusta causa, a differenza dell'art. 622 c.p. (in cui l'assenza di una giusta causa nella rivelazione del segreto è "espressamente" menzionata tra gli elementi strutturali della fattispecie e quindi l'esimente incide su un elemento negativo del fatto tipico).

Con riferimento alla fattispecie di cui all'articolo 326 c.p., che punisce le offese al buon andamento della Pubblica amministrazione, realizzate mediante la divulgazione di notizie di ufficio destinate a rimanere segrete, la presenza di una giusta causa sembrerebbe operare sul piano della tipicità; la giusta causa consente invero al *whistleblower* di rivelare un dato coperto da segreto, escludendo che la segnalazione possa integrare una violazione del dovere di fedeltà.

In questa prospettiva, com'è stato autorevolmente osservato[82], la rivelazione si traduce in una tecnica di prevenzione della (potenziale) offesa al buon andamento della Pubblica amministrazione, "[…] *sì che proprio dall'analisi delle fattispecie scriminate, sembrerebbe emergere, nella condotta del segnalante in buona fede, non il difetto di antigiuridicità, ma la mancanza di tipicità*"[83].

---

[79] Cfr. Varraso, *Legge 30 novembre 2017, n. 179. Disposizioni per la tutela degli autori di segnalazione di reati o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza nell'ambito di un rapporto di lavoro pubblico o privato*, in AA.VV. *Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi*, 1748.

[80] V. A.F. Masiero, *la disciplina del whistleblowing alla luce della direttiva 2019/1937/UE tra prevenzione dei fenomeni corruttivi e tutela del denunciante*, in Archivio Penale n. 2/2020.

[81] Cfr. Varraso, cit.

[82] Cfr. Masiero, cit.

[83] Si veda A. Rugani, in "*I profili penali del whistleblowing alla luce della legge 30 novembre 2017 numero 179*, cit. 14, in cui si legge che sia per il reato di rivelazione e utilizzazione del segreto di ufficio (art. 326 c.p.) che per il reato di rivelazione del segreto professionale (art. art. 622 c.p.) che per l'art. 623 c.p. deve escludersi la tipicità, "*considerato che il segnalante, per espressa previsione di legge, deve agire al solo fine di tutelare l'interesse all'integrità dell'ente e*

5. L'esclusione delle tutele per il *whistleblower*.

Problematica, dal punto di vista interpretativo, è la previsione del co. 3 dell'art. 179, secondo cui costituisce violazione dell'obbligo di segreto "*la rivelazione con modalità eccedenti rispetto alle finalità di eliminazione dell'illecito*" e, in particolare, "*la rivelazione al di fuori del canale di comunicazione specificamente predisposto a tal fine*".

Se, invero, il segnalatore agisce per finalità ultronee rispetto a quelle previste dai limiti normativi, ovvero per scopi personali, le tutele di cui all'art. 54-bis sono di per sé già escluse, sicchè la previsione normativa, si appalesa, per ciò stesso[84], superflua nella misura in cui intenda ribadire che il c.d. "*malicious report*" viene escluso dall'ambito di protezione della norma.

Quanto ai profili problematici legati alla dimostrazione delle "*modalità eccedenti*", l'Anac ha chiarito che l'uso dell'istituto deve essere sempre "*congruo e funzionale al fine pubblico per cui è stato disciplinato*".

Laddove venga meno il detto fine dell'istituto, e la segnalazione risponda al perseguimento di interessi personali, la violazione di obblighi di segreto non può più essere giustificata.

L'esigenza di tutelare la segretezza di certe informazioni fa sì che la loro rivelazione debba essere finalizzata esclusivamente alla volontà di far emergere l'illecito e, pertanto, costituisce modalità eccedente quella con cui si rivela una notizia per fini ulteriori, non coerenti con la finalità esplicitata.

Ulteriore limite alle tutele riconosciute al *whistleblower* è rappresentato dalla responsabilità penale del segnalante per i reati di calunnia e diffamazione o, comunque, per i reati commessi con l'uso della denuncia stessa (si pensi, ad esempio, ai delitti di autocalunnia e simulazione di reato), ovvero la sua responsabilità civile per i casi di dolo o colpa grave.

Sul punto, la previgente disposizione prevedeva, al riguardo, una formulazione generica ("*fuori dei casi di responsabilità a titolo di calunnia o diffamazione, ovvero, per lo stesso titolo, ai sensi dell'art. 2043 c.c.*") ed era stata criticata dall'Anac, che aveva evidenziato l'eccessiva genericità della disposizione, peraltro non collegata ad un accertamento giudiziale.

---

alla prevenzione e repressione delle malversazioni, con esclusione del dolo specifico richiesto dalla norma del codice penale".

[84] V. Rugani, cit.

La riforma ha accolto i rilievi dell'Autorità anticorruzione, prevedendo, quanto alle ipotesi di calunnia e diffamazione, l'accertamento giudiziale di primo grado e, quanto alle ipotesi di responsabilità civile, escludendo le tutele nei soli casi di dolo e colpa grave (con esclusione, pertanto, della colpa lieve).

La disposizione ha suscitato più di una perplessità sul piano del principio di non colpevolezza; si è obiettato, invero, che il segnalante abbia diritto alle tutele previste dalla normativa sul *whistleblowing* sino ad accertamento definitivo.

In realtà - com'è stato osservato[85]- la disposizione non collega alla sentenza di accertamento giudiziale della responsabilità del *whistleblower* alcuna conseguenza di carattere penale, ma fa venir meno solamente le tutele, ovvero lo statuto speciale di privilegio dettato dal legislatore per il segnalatore.

Non si tratta, dunque, di una deroga al principio di non colpevolezza sino a sentenza definitiva, bensì dell'esclusione dello statuto speciale di protezione del *whistleblower* per effetto della diffidenza che accompagna colui che sia stato attinto da una sentenza sfavorevole di primo grado, con conseguente reviviscenza delle regole generali, derogate dal regime speciale della legge 179/2017.

Ulteriore problema, com'è stato osservato[86], è quello rappresentato dall'eventuale ribaltamento, in grado di appello, della sentenza sfavorevole al *whistleblower*; in questa ultima ipotesi, saranno dovute (sia pur tardivamente) al whistleblower le tutele riconosciute dalla legge, ovvero la pronuncia di primo grado ha fatto venire meno definitivamente le tutele accordate al *whistleblower*?

L'interrogativo non è chiarito nè risolto dal legislatore, che ha utilizzato l'avverbio "*almeno*" (diverso sarebbe stato l'uso dell'avverbio "*soltanto*"), con la conseguenza che non appare, *prima facie*, infondata la tesi che il *whistleblower* abbia diritto, dopo la sentenza di secondo grado, alle tutele che gli sono state escluse per effetto della sentenza di primo grado, laddove venga riconosciuta la sua estraneità ai fatti costituenti reato, collegati alla denuncia-segnalazione.

Il tema è tutt'altro che scontato, ed introduce l'ulteriore problema delle sorti del parallelo giudizio del lavoro, conseguente alla impugnativa del provvedimento disciplinare adottato.

[85] V. A. Rugani, cit.
[86] Cfr. ancora Rugani, cit.

In questo caso, si è ipotizzato che il Giudice del lavoro dovrebbe sospendere il processo per pregiudizialità necessaria ex art. 295 c.p.c., sino alla sentenza definitiva, con conseguente sostanziale abrogazione dell'art. 179, art. 1, co. 9, che invece ritiene sufficiente un accertamento di primo grado.

Ulteriore questione interpretativa è rappresentata dall'eventuale responsabilità per l'omessa segnalazione dell'illecito commesso nell'interesse o a vantaggio dell'ente.

Sebbene la disciplina sul *whistleblower* non imponga, in capo al lavoratore dipendente, un vero e proprio obbligo di denuncia penalmente sanzionato, ci si chiede se sia configurabile una sua responsabilità penale, per reato omissivo improprio.

La risposta dovrebbe essere negativa.

Ed invero, in primo luogo la *ratio* della norma è quella di responsabilizzare il dipendente, ma solo da un punto di vista etico; laddove la delazione fosse imposta, con conseguente sanzionabilità della condotta omissiva[87], rimarrebbe un – pressoché insuperabile – problema di accertamento del nesso di causalità tra la mancata segnalazione e la commissione del reato.

In conclusione, deve ribadirsi che la legge 179 del 2017 non ha istituito una nuova figura di garante, ma introdotto nell'ordinamento nuove forme di tutela per il *whistleblower*, sulle quali non è dato fondare alcuna forma di responsabilità penale di quest'ultimo per omessa segnalazione dell'illecito.

Il tema si interseca con quello, per i dipendenti pubblici, della obbligatorietà della denuncia in virtù di quanto previsto dal combinato disposto dell'art. 331 del c.p.p. e degli artt. 361 e 362 c.p.; chi riveste le qualifiche di pubblico ufficiale o di incarico di pubblico servizio è già chiamato dall'ordinamento ad un ruolo istituzionale di denuncia, la cui omissione sarà sanzionata penalmente.

La precisazione appare opportuna, giacchè l'accertato illecito penale rende in questo caso anacronistica in questo caso l'adozione di strumenti preventivi.

[87] Cfr. Centonze, "*controlli societari e responsabilità penale"*, Milano, 2009, 45 ss.; v. Amato, *profili penalistici del whistleblowing: una lettura comparatistica dei possibili strumenti di prevenzione della corruzione*, cit., 600 ss. 65.; A. Rugani, *i profili penali del whistleblowing alla luce della l. 30 novembre 2017 n. 179, cit., p. 22 s., in particolare n. 48*. v.dsi soprattutto A.F. Masiero, *la disciplina del whistleblowing alla luce della direttiva 2019/1937/UE tra prevenzione dei fenomeni corruttivi e tutela del denunciante*, in Archivio Penale n. 2/2020.

Come è stato osservato, il "*bacino applicativo*" [88] di queste disposizioni è notevolmente più ristretto a quello dell'istituto del *whistleblowing*; in primo luogo, il pubblico ufficiale (o l'incaricato di pubblico servizio) ha l'obbligo di denunciare solo la conoscenza di reati procedibili d'ufficio e non di mere irregolarità, come può essere per il *whistleblower*; in secondo luogo, il denunciante ha l'obbligo di denunciare all'autorità giudiziaria la conoscenza di reati, a differenza del *whistleblower*, che può indirizzare – come si è detto – la segnalazione ad un numero più ampio di soggetti: l'Autorità giudiziaria, la Corte dei Conti, l'Anac, il responsabile interno della prevenzione della corruzione (RPCT).

Giova altresì rammentare che, qualora il *whistleblower* si sia rivolto, oltre che all'amministrazione o all'Anac, anche all'Autorità giudiziaria, laddove il procedimento penale instauratosi a seguito della denuncia venga archiviato, egli conserva comunque le tutele previste dalla norma di cui all'art. 54-bis.

E ciò in quanto l'archiviazione non comporta alcun accertamento di responsabilità per il *whistleblower* per i reati di cui al comma nono dell'art. 54-bis.

Resta fermo inoltre, su indicazione dell'Anac, che la sussistenza della colpa live, nelle ipotesi di responsabilità civile, non è idonea a determinare il venir meno delle tutele, posto che il danno-conseguenza da reato deve essere stato causato con dolo o colpa grave.

[88] L'espressione è di A. Rugani, in "*i profili penali del whistleblowing alla luce della legge 30 novembre 2017 numero 179*, cit.

PERIMETRO DI SICUREZZA NAZIONALE CIBERNETICA, DAL D.L. 105/2019 AI D.P.C.M. N.131/2020 E N. 81/2021: LA SUBLIMAZIONE DELLE CC.DD. *INFORMATION AND COMMUNICATION TECHNOLOGIES*

Fabio Carchidi

ABSTRACT [ITA]: Si discorre, nei termini della riservatezza quale estrinsecazione del principio solidaristico dell'ordinamento, sui prodromi di una vera e propria rivoluzione copernicana sul tema della cybersicurezza, infatti, il perimetro di sicurezza nazionale cibernetica, incardinato dal D.l. 105/2019, garantisce la sicurezza delle reti, dei sistemi informativi e dei servizi informatici delle amministrazioni pubbliche degli enti e degli operatori pubblici e privati aventi una sede nel territorio nazionale, da cui dipende l'esercizio di una funzione essenziale dello Stato; tutto ciò detto, all'interno di un progresso esponenziale in materia di Information e Communication Technologies porta alla sublimazione, in subjecta materia, dei principi contemplati nel Regolamento 2016/679, nel caso di specie la c.d. privacy by design, postulata dai proposti meccanismi di certificazione.

ABSTRACT [ENG]: *In terms of confidentiality as an expression of the principle of solidarity of the system, the prodromes of a true Copernican revolution on the subject of cybersecurity are discussed, in fact, the perimeter of national cyber security, hinged by the Legislative Decree 105/2019, guarantees the security of networks, information systems and computer services of public administrations of public and private entities and operators with a headquarters in the national territory, on which depends an essential function of the State. 105/2019, guarantees the security of networks, information systems and computer services of public administrations of public and private entities and operators located in the national territory, on which depends the exercise of an essential function of the State; all this said, within an exponential progress in the field of Information and Communication Technologies leads to the sublimation, in subjecta materia, of the principles laid down in Regulation 2016/679, in this case the so-called privacy by design, postulated by the proposed certification mechanisms.*

SOMMARIO: 1. Quadro normativo in materia di sicurezza cibernetica. Dall'allegato B del D.lgs 196/2003 alla prospettiva europea del Regolamento UE n. 881/2019; **1.1** L'impatto dell'ENISA sui sistemi di certificazione. Postulare la c.d. *privacy by design*; **2.** Il perimetro di sicurezza nazionale cibernetica. Premesse del formante legislativo; **2.1** Fenomenologia applicativa del Perimetro di Sicurezza Nazionale Cibernetica: i D.P.C.M.; **3.** ICT *practices and career development*. Il caso e- portfolio. Il surplus dell'uomo-macchinico.

1. Quadro normativo in materia di sicurezza cibernetica. Dall'allegato B del D.lgs 196/2003 alla prospettiva europea del Regolamento UE n. 881/2019.

Il formante legislativo italiano non prevedeva, fino a poco tempo fa, normative concrete in materia di cybersicurezza, infatti, l'orizzonte interpretativo si rifaceva pedissequamente al c.d. "*Disciplinare tecnico in materia di misure minime di sicurezza*" nell'Allegato B al D.lgs. 196/2003; invero, il D.lgs. 101/2018, nel conformare il D.lgs. 196/2003 alle disposizioni del RGPD, ha tenuto conto della particolare circostanza secondo la quale un approccio al tema della protezione dei dati, soprattutto nell'ambito della sicurezza informatica, è in progressiva evoluzione e in virtù del *considerando 6* dello stesso Regolamento, non può esimersi dall'adattamento alla realtà circostante.

Tant'è che è soltanto dalla seconda metà del 2019 che il quadro legislativo comunitario e nazionale ha assunto elevata concretezza: dalla prospettiva europea con il Regolamento UE n. 881/19, entrato in vigore alla fine di giugno 2019, e dal punto prospettivo nazionale con il decreto-legge n. 105 del 2019, convertito in legge nel novembre 2019 e poi modificato nel febbraio 2020[1].

[1] Per ulteriori informazioni sul complesso tema delle fonti in materia di cybersicurezza v. B. BRUNO, *Cybersecurity tra legislazioni, interessi nazionali e mercato: il complesso equilibrio tra velocità, competitività e diritti individuali*, in *Federalismi*, n. 14/2020, ISSN: 18263534; pp. 12-15 nel quale l'autore espone un allineamento teorico e sincronico del formante legislativo nazionale e comunitario; si veda anche il REG. UE 2016/679, in specifico al *Considerando n. 6*: «*La rapidità dell'evoluzione tecnologica e la globalizzazione comportano nuove sfide per la protezione dei dati personali. La portata della condivisione e della raccolta di dati personali è aumentata in modo significativo. La tecnologia attuale consente tanto alle imprese private*

In siffatto contesto è lapalissiana la *compliance* della normativa - sinora citata- alla *Direttiva NIS* dell'UE[2] in qualità di una cornice sovranazionale volta a stabilire i principi cardine per il conseguimento di un livello di sicurezza della rete e dei sistemi informativi per una ragione tutelata sia a livello nazionale, nell'articolo 41 della Costituzione Repubblicana[3] che il Togliatti definisce compromesso, sia a livello sovranazionale in quanto la Corte del Lussemburgo dichiara di «*aver sacrificato il valore della concorrenza dell'Unione in favore dell'utilità sociale del diritto al lavoro*»[4].

Ai fini espositivi è utile rammentare gli agenti destinatari delle normative comunitarie in tale assetto, ovverosia gli operatori di servizi essenziali *rectius* soggetti pubblici e privati che erogano servizi nel settore sanitario, bancario, dell'energia, del trasporto, della fornitura e distribuzione di acqua potabile, delle infrastrutture dei mercati finanziari e delle infrastrutture digitali, ma soprattutto dei *servizi digitali,* che elargiscono varie tipologie di servizi online (e.g motori di ricerca online e *cloud computing*).[5]

I succitati atti normativi (n.d.r. D.l. 105/2019 e Reg. 881/19) non presentano riferimenti sinallagmatici al loro interno, tuttavia, l'incrocio di norme da essi prodotto ha un'influenza sugli operatori del settore.

Seppur entrambi i prodotti legislativi siano riferiti al tema della cybersicurezza, i destinatari e gli obiettivi hanno delle peculiarità differenti a seconda del sostrato normativo affrontato, ciò che preme approfondire per il prosieguo della trattazione è l'emersione di un «*mercato della cybersicurezza*» il c.d. *digital single market* che si

---

quanto alle autorità pubbliche di utilizzare dati personali, come mai in precedenza, nello svolgimento delle loro attività. Sempre più spesso, le persone fisiche rendono disponibili al pubblico su scala mondiale informazioni personali che li riguardano. La tecnologia ha trasformato l'economia e le relazioni sociali e dovrebbe facilitare ancora di più la libera circolazione dei dati personali all'interno dell'Unione e il loro trasferimento verso paesi terzi e organizzazioni internazionali, garantendo al tempo stesso un elevato livello di protezione dei dati personali.»

[2] In ossequio a quanto esposto sinora v. Direttiva UE 2016/1148 del Parlamento Europeo e del Consiglio, 6 luglio 2016 recante misure «*per un livello comune elevato di sicurezza delle reti e dei sistemi informativi dell'Unione Europea.*»

[3] Al fine di una disquisizione più lineare si consiglia la lettura costituzionale e analitica dell'Art. 41 Cost.: «Libertà dell'iniziativa economica privata. *L'iniziativa economica privata è libera. Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali*.»

[4] Per approfondire il tema del compromesso dialettico tra sovranità nazionale e sovranazionale in materia di *lex mercatoria* si consiglia la lettura, F.CINTIOLI, *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, Milano, 2010, EAN 9788814153891; pp. 11 ss.; cfr. Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza n. 270/2010.

[5] Cfr. G. CASSANO, S. PREVITI, *Il diritto di internet nell'era digitale*, Roma, 2020, ISBN: 9788828821588; pp. 185-187.

sostanzia su certificazioni UE sulla base di più livelli, così da dare ai singoli consociati *l'aut-aut* consapevole composto da probabili rischi sull'acquisto di prodotti ICT; ciò detto rappresenta l'obiettivo – almeno quinquennale – che l'Unione Europea si prefigge in virtù di risorse al momento inadeguate come evidentemente esposto dall'ENISA.

Siffatti sistemi di certificazione sono in potenza di basarsi sui *common criteria* costitutivi degli standards ISO (*Organizzazione Internazionale per la Standardizzazione*) sulla base di una metodologia di valutazione univoca ovvero sui cc.dd. *ITSEC (Information Technology Security Evalutation Criteria)* riconosciuti, appunto, a livello comunitario.

La sopracitata fonte unionale non può esulare da una precisazione di carattere civilistico, inficiare i criteri comuni degli *standards* è, in nuce, causa del sorgere di responsabilità; nell'illecito penale la responsabilità nasce dalla commissione di un fatto criminoso cui si lega una concezione atomistica attraverso la quale ogni condotta è specificatamente prevista dalla legge, per l'illecito civile relativo al trattamento dei dati non sussiste una rigida elencazione, tutt'altro, una formula simile a una clausola, distinta per la sua vaghezza, che nasce dalla lettura in combinato disposto degli artt. 2043, 2050 e 2059 del codice civile conforme a un'interpretazione costituzionale relativa all'estrinsecarsi della persona umana quale idea-guida e valore primario del sistema ordinamentale.[6]

1.1. L'impatto dell'ENISA sui sistemi di certificazione. Postulare la c.d. *privacy by design.*

La *European Network and Information Security Agency (ENISA)* è sorta il 14 marzo del 2004, ma soltanto nel 2005 la compagine unionale la riconosce come entità legale

[6] G. CHIAPPETTA, Lezioni di diritto civile, Napoli, 2018, ISBN: 9788889464359, p. 8 ss. «Le situazioni inviolabili della persona umana rappresentano, quindi, una categoria aperta esplicazione della singola persona umana idea-guida e valore primario del sistema ordinamentale». Cfr. M. R. CATTANI, Il nuovo sistema diritto, Milano- Torino, 2015, ISBN: 9788861602540, pp. 300 ss.; Per quanto concerne il valore della persona umana nell'ordinamento v. P. PERLINGIERI, Trattato di diritto civile del Consiglio nazionale del notariato, Camerino, 2012, ISBN: 9788849523133, p. 11: «La preminenza del valore della persona, pertanto, si manifesta pure nella sua attitudine a porsi come principio di interpretazione e di conformazione delle norme. Difatti, l'intensità con cui l'articolo 2 Cost. tutela il valore della persona dimostra che il parametro è da annoverare tra i criteri destinati a conformare l'intero sistema normativo».

con la ratio di rafforzare la coordinazione europea in materia di sicurezza delle informazioni, infatti, tutt'ora lo *scope* è quello di sublimare un alto livello di information and network security nella comunità assistendo la Commissione europea, gli Stati membri e di conseguenza gli operatori economici sensibilizzando e favorendo un'efficacia conoscitiva degli assunti in materia di cyber sicurezza.[7]

La previgente normativa ha avuto l'onere di costruire, da una sorta di *tabula rasa*, un sistema di fonti di regolazione del trattamento dati in grado di garantire flessibilità e specificità coinvolgendo, *de facto*, destinatari delle norme nella parte redazionale di legislazione integrativa nella quale un ruolo preponderante spettava alle autorità indipendenti; a tal fine i codici di condotta per il trattamento dei dati personali, già ai prodromi – nel 1995 – non erano una semplice manifestazione dell'autonomia negoziale privata, bensì un'innovazione della modalità di disciplina dei settori altamente tecnici e trasversali tanto da premere su una collaborazione sempre più stretta tra realtà pubblica e privata: tale sinallagma si comprende dal fatto che, benché accreditati dall'ordinamento generale, tali codici di condotta erano obbligatoriamente sottoposti all'esame dell'autorità nazionale, la quale, agendo come garante, approvava la *compliance* alle disposizioni nazionali e sovranazionali; si tratta di un passo neutrale nelle forme di autoregolamentazione libera poiché condizionate dal procedimento istruttorio dell'attività pubblica, il Garante per la protezione dei dati dà l'immagine di questo istituto tramite una definizione, ovverosia, «*autonomia assistita*».

Analogamente a quanto sopra descritto, anche i meccanismi di certificazione, marchi e sigilli presentano analisi interessanti; sono, infatti, forme di attestazione su base volontaria della compliance del trattamento dei dati effettuato dal titolare – o dai titolari solidalmente - del trattamento ovvero dal responsabile – ovvero dai sostituti del responsabile – nella disciplina europea, rilasciate con rinnovo triennale, su richiesta, non esclusivamente dalle autorità nazionali di vigilanza bensì da appositi organismi di certificazione privati accreditati in base al Regolamento CE n. 765/2008 (per l'Italia, Accredia) su parametri di indipendenza, competenza, efficace gestione delle funzioni e imparzialità.

[7] Per conoscere la sinergia ovvero la leale collaborazione tra le istitutizioni citate v. E. M. BRUNNER, M. SUTER, *International CIIP Handbook 2008/2009: an inventory of 25 national and 7 international critical information infrastructure protection policies*, 2009, London, pp. 472 ss.

Com'è noto, i *considerando 77 e 98* del *Regolamento 2016/679*[8] si riferiscono alla portata degli obblighi del titolare del trattamento, al potenziale rischio su diritti e libertà degli interessati e soprattutto all'onere probatorio in caso di attivazione della giurisdizione, orbene, nella fattispecie concreta delle certificazioni, oltre a enfatizzare l'adesione al principio metodologico della *privacy by design*, di fatto, si crea un postulato che consente agli interessati di valutare rapidamente il livello di protezione dei dati personali in relazione a prodotti e servizi (e.g. ICT) sulla base del *considerando 100* [9]del succitato Regolamento.[10]

In sostanza, il Regolamento UE 2016/679 in combinato disposto al Regolamento UE 881/19 conferisce alla certificazione dei prodotti (n.d.r. anche dei servizi e dei processi) ICT il ruolo preponderante di aumentare la titolarità organica *rectius* la fiducia nei confronti dei consumatori, siano essi entità nazionali o persone fisiche, tramite la definizione di un *quadro europeo di certificazione della cybersicurezza* volto a creare meccanismi di certificazione per attestare che servizi, prodotti e processi ICT, così come recita l'articolo 46, par. 2 del Regolamento UE 881/19: «*valutati nel loro*

[8] La c.d. *Privacy by design* trova legittimazione normativa nel REG. UE 2016/679, *Considerando n. 77*:« *Gli orientamenti per la messa in atto di opportune misure e per dimostrare la conformità da parte del titolare del trattamento o dal responsabile del trattamento in particolare per quanto riguarda l'individuazione del rischio connesso al trattamento, la sua valutazione in termini di origine, natura, probabilità e gravità, e l'individuazione di migliori prassi per attenuare il rischio, potrebbero essere forniti in particolare mediante codici di condotta approvati, certificazioni approvate, linee guida fornite dal comitato o indicazioni fornite da un responsabile della protezione dei dati. Il comitato può inoltre pubblicare linee guida sui trattamenti che si ritiene improbabile possano presentare un rischio elevato per i diritti e le libertà delle persone fisiche e indicare quali misure possono essere sufficienti in tali casi per far fronte a tale rischio.*»; *Considerando 98: « Per i trattamenti effettuati da un'autorità pubblica, eccettuate le autorità giurisdizionali o autorità giudiziarie indipendenti quando esercitano le loro funzioni giurisdizionali, o per i trattamenti effettuati nel settore privato da un titolare del trattamento le cui attività principali consistono in trattamenti che richiedono un monitoraggio regolare e sistematico degli interessati su larga scala, o ove le attività principali del titolare del trattamento o del responsabile del trattamento consistano nel trattamento su larga scala di categorie particolari di dati personali e di dati relativi alle condanne penali e ai reati, il titolare del trattamento o il responsabile del trattamento dovrebbe essere assistito da una persona che abbia una conoscenza specialistica della normativa e delle pratiche in materia di protezione dei dati nel controllo del rispetto a livello interno del presente regolamento. Nel settore privato le attività principali del titolare del trattamento riguardano le sue attività primarie ed esulano dal trattamento dei dati personali come attività accessoria. Il livello necessario di conoscenza specialistica dovrebbe essere determinato in particolare in base ai trattamenti di dati effettuati e alla protezione richiesta per i dati personali trattati dal titolare del trattamento o dal responsabile del trattamento. Tali responsabili della protezione dei dati, dipendenti o meno del titolare del trattamento, dovrebbero poter adempiere alle funzioni e ai compiti loro incombenti in maniera indipendente.»*

[9] REG. UE 2016/679, *Considerando n. 100: «Al fine di migliorare la trasparenza e il rispetto del presente regolamento dovrebbe essere incoraggiata l'istituzione di meccanismi di certificazione e sigilli nonché marchi di protezione dei dati che consentano agli interessati di valutare rapidamente il livello di protezione dei dati dei relativi prodotti e servizi».*

[10] Il *modus cogitandi* è più lineare se letto in conformità di V. CUFFARO, R. D'ORAZIO, V. RICCIUTO, *I dati personali nel diritto europeo*, Milano, 2019, ISBN: 9788892112742; pp. 924 -931.

ambito sono conformi a determinati requisiti di sicurezza al fine di proteggere la disponibilità, l'autenticità, l'integrità o la riservatezza dei dati conservati, trasmessi o trattati o le funzioni o i servizi offerti da tali prodotti, servizi e processi o accessibili tramite essi per tutto il loro ciclo di vita».

A titolo di esposizione lineare, senza pretese di esausitività da parte dello scrivente, si hanno, in *nuce,* alcune caratteristiche di sistema utili alla preparazione dei nuovi standards certificativi: a) la certificazione è su base volontaria fino al 2024, in seguito la Commissione su parametri SEdC (valutazione dell'efficacia e dell'utilizzo di sistemi di certificazione europea) potrà renderla obbligatoria; b) tripartizione dei livelli dei sistemi, *di base, sostanziale, elevato* correlati alla valutazione d'impatto (DPIA); c) gli organismi di valutazione della conformità rimangono sottoposti al Regolamento (CE) n. 765/2008; d) necessità di designare, per ogni Stato membro, una o più Autorità nazionali di certificazione della cybersicurezza; e) trasgressioni e violazioni alle disposizioni previste dalla stessa certificazione della cybersicurezza sono contemplate nel titolo III del Regolamento UE 881/2019 e affidate ai singoli stati membri purché *effettive, proporzionate e dissuasive.* Base critica del ragionamento poc'anzi esposto permane l'affidamento, da parte dell'UE, ad un'Agenzia senza poteri d'intervento diretto per la sicurezza cibernetica gli assi portanti del contrasto al cyber crimine.[11]

2. Il perimetro di sicurezza nazionale cibernetica. Premesse delformante legislativo.

Il d.l. 21 settembre 2019, n. 105, convertito, con modificazioni, dalla legge 18 novembre 2019, n. 133 recante «*disposizioni urgenti in materia di perimetro di sicurezza nazionale cibernetica e di disciplina dei poteri speciali nei settori di rilevanza strategica*».

Tramite i succitati atti normativi, il formante legislativo mira a garantire un elevato livello di sicurezza delle reti, dei sistemi informativi e dei servizi informatici degli operatori pubblici e privati, delle amministrazioni pubbliche e degli enti aventi una sede nel territorio nazionale, ma soprattutto da cui dipenda l'esercizio di una

[11] Una visione critica è riscontrabile in B. BRUNO, *Cybersecurity tra legislazioni, interessi nazionali e mercato: il complesso equilibrio tra velocità, competitività e diritti individuali*, in *Federalismi*, n. 14/2020, ISSN: 18263534; pp. 16- 19; cfr. L. BROTHERSTON, A. BERLIN, *La sicurezza dei dati e delle reti aziendali, Defensive Security Handbook*; Milano, ISBN: 9788848136150; pp. 68 – 71.

funzione essenziale dello Stato *rectius* per il mantenimento di attività civili, sociali ovvero economiche, fondamentali per gli interessi dello Stato la cui interruzione o il malfunzionamento, anche non totali, potrebbero recare un pregiudizio per l'intera sicurezza nazionale.

La ratio che si sottolinea – e appare lapalissiana – non è tanto quella di estendere la portata applicativa – materiale e territoriale – del Perimetro di Sicurezza Nazionale Cibernetica ad ogni operatore del settore, bensì la sensibilizzazione verso una culture della gestione del rischio cibernetico ergo una progressiva implementazione di *incident handling* verso precisi destinatari: a) aventi sede nel territorio nazionale; b) esercenti funzioni essenziali per lo Stato; b1) all'interno di tale contenitore solo i casi specifici in cui dal malfunzionamento o interruzione, ovvero utilizzo improprio delle reti, dei sistemi informativi e dei servizi informatici possa derivare un pregiudizio per la sicurezza nazionale.[12]

La relazione tecnica del Senato sul tema sinora esposto enfatizza l'attuazione delle previsioni programmatiche del D.l. 105/2019; orbene, l'articolo 1, comma 2, lettera a) conferma la definizione di modalità e criteri procedurali per individuare le amministrazioni pubbliche, enti e operatori pubblici e privati insiti nel Perimetro di Sicurezza Nazionale Cibernetica; l'articolo 1, comma 2, lettera b) valuta la pragmaticità dei criteri con i quali i soggetti debbano rendicontare reti, sistemi informativi e servizi informatici di rispettiva pertinenza, inclusa l'architettura componentistica; tutte utilità essenziali per raggiungere le finalità introdotte dalla normativa e in relazione delle quali opereranno misure e obblighi.[13]

2.1. Fenomenologia applicativa del Perimetro di Sicurezza Nazionale Cibernetica: i D.P.C.M..

Nel dettaglio, l'applicazione concreta del D.l. 105 del 2019, al fine di depauperare discontinuità nei servizi relativi a sicurezza di reti, sistemi informativi e servizi

[12] Al fine di approfondire il campo di applicazione di tale disciplina si consiglia la lettura G. CASSANO, S. PREVITI, *Il diritto di internet nell'era digitale*, Roma, 2020, ISBN: 9788828821588; pp .185-187; Cfr. S. THOBANI, *Il danno non patrimoniale da trattamento illecito dei dati personali*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica,* anno XXXII, Fasc. 2- 2017, ISSN: 2499-2437, pp. 428- 430

[13] Si vedano le fonti ufficiali: Senato della Repubblica Italiana, atto del Governo n. 177, Roma, giugno 2020, nota di lettura n. 154; pp. 2- 8.

informatici necessari, è demandata all'emanazione di D.P.C.M., da adottare su proposta del CISR (Comitato Interministeriale per la Sicurezza della Repubblica) previo parare delle competenti Commissioni parlamentari.

Primo tra questi il D.P.C.M. n. 131 del 30 luglio 2020, pubblicato in G.U. del 21 ottobre 2020, n. 261 recante il «*Regolamento in materia di perimetro di sicurezza nazionale cibernetica*» entrato poi in vigore dal 5 novembre dello stesso anno.

Attualmente è sottoposto a parere parlamentare anche uno schema di D.P.C.M. in materia di «*regolamento in materia di notifiche degli incidenti aventi impatto su reti, sistemi informativi e servizi informatici ex art. 1 comma due, lettera b) del D.l. 105/2019*».

La trattazione non può esimersi dall'esplicazione procedurale della sopracitata *incident handling* ad hoc – una delle finalità degli atti normativi del settore; vige un obbligo di notifica entro sei ore – quantitativamente diversificato rispetto alle ventiquattro della Direttiva NIS – presso il *Computer Security Incident Response* – Team Italia (CSRI) all'interno del Dipartimento delle Informazioni per la Sicurezza della Presidenza del Consiglio dei ministri (DIS); è obbligatorio poi notificare al Centro di Valutazione e Certificazione Nazionale (CVCN) qualora si intenda procedere all'affidamento di forniture di beni, sistemi e servizi ICT destinati ad essere impiegati sulle reti, sui sistemi informativi e per l'espletamento dei servizi informatici rientranti nel Perimetro di Sicurezza Nazionale Cibernetica. Se la fattispecie concreta, invece, riguarda una grave violazione sarà inevitabile il coinvolgimento e l'attivazione del Nucleo di Sicurezza Cibernetica (NSC).

Gli adempimenti contenuti nell'art. 7 del D.P.C.M. si sostanziano nella predisposizione ovvero l'aggiornamento, con cadenza specifica *rectius* annuale, dell'elenco dei beni ICT, di rispettiva pertinenza, con la nomenclatura delle reti, dei sistemi informativi e dei servizi informatici che li compongono.

Una volta ricevuta la comunicazione, i soggetti inclusi nel perimetro dovranno effettuare un'analisi di rischio (cfr. DPIA) per ogni funzione essenziale o servizio essenziale.

I soggetti facenti parte del Perimetro dovranno, dunque, individuare tutti i beni ICT necessari a svolgere la funzione o il servizio essenziale e svolgere per ognuno un'analisi dei rischi (*Risk Assessment*).[14]

[14] In tal senso, in subiecta materia v. Camera dei deputati, servizio studi XVIII legislatura, *Provvedimento D.l. 105/2019: Perimetro di Sicurezza Nazionale Cibernetica.*

Recentemente, il sistema nazionale di sicurezza cibernetica ha trovato ulteriore realizzazione nel DPCM 13 aprile 2021, n. 81 denominato «*Regolamento in materia di notifiche degli incidenti aventi impatto su reti, sistemi informativi e servizi informatici di cui all'articolo 1, comma 2, lett. B), del decreto-legge 21 settembre 2019, n. 133 e di misure volte a garantire elevati livelli di sicurezza*».

Com'è noto, un incidente ai sensi del Regolamento UE 2016/679 è così enucleato:

«*ogni evento di natura accidentale o intenzionale che determina il malfunzionamento, l'interruzione anche parziali, ovvero l'utilizzo improprio delle reti, dei sistemi informativi o dei servizi informatici*».[15]

Il fine ultimo del provvedimento in oggetto, in ossequio a quanto definito dal Regolamento appena citato, è quello di neutralizzare ovvero ridurre al minimo la possibilità che questi incidenti possano sopraggiungere e quindi compromettere la

c.d. *business continuity*; invero, si confà di una tassonomia precisa degli incidenti, descritti analiticamente e divisi in due categorie: a seconda dei tempi di notifica, rispettivamente di un'ora, qualora siano più gravi, e sei ore, qualora si tratti di incidenti meno gravi; confermando, de facto, la dualità del D.P.C.M. precedente.[16]

3. ICT practices and career development. Il caso *e- portfolio.* Il surplus dell'uomo-macchinico.

In via preparatoria, nell'analisi dei *new media* de delle nuove *tecnologie dell'informazione e della comunicazione*, è interessante considerare il fenomeno della

«*ricerca della straordinarietà*», ovverosia che tali strumenti trasformano ogni aspetto della vita quotidiana in eventi eccezionali, sicché fatti banali, una volta resi pubblici sui Social Network Sites, acquisiscono un senso di straordinarietà, il valore, dunque, non sta tanto nella conservazione della tradizione, bensì nel nuovo, nella ricerca costante di ciò che scardina riferimenti costanti e stabili; tuttavia, la sublimazione del tema porta anche benefici, primo tra tutti è la «*progressione delle carriere tramite ICT*» accentuata dall'attenzione del Governo non esclusivamente sul Perimetro di Sicurezza

[15] DPCM 81/2021, art. 1, comma 1, lett. H.
[16] DPCM 81/2021, All. A

Nazionale Cibernetica di cui sopra, ma anche sul Ministero ad hoc dedicato all'*innovazione tecnologica e alla transizione digitale* dell'attuale Governo Draghi.[17]

La pervasività delle ICT ha profondamente rinnovato consolidati rapporti giuridici nonché linee di sviluppo sociale, basti pensare alle ingenti novelle normative in materia di protezione dei dati personali sul cyber-risk, di cui pochi comprendevano il funzionamento fino a un decennio fa; ciò che è noto, tuttavia, è l'intreccio tra potere delle tecnologie dell'informazione e potere politico: *clonabilità, immaterialità e ubiquitarietà*, mentre la persona fisica è galeotta della propria fisicità, l'*alias* virtuale può proiettarsi dovunque lui voglia.[18]

Alla teoria va sempre allegata una valida prassi, un caso pratico è rappresentato elegantemente dallo *European Center for the Development of Vocational Training*, che per descrivere l'esperienza italiana in materia di ICT cita il c.d. *e- portfolio*, una *repository* di esperienze, qualifiche, competenze, finalizzata a mantenere aggiornato lo *status quo* delle persone fisiche dalla prospettiva educativa, accademica e professionale; in particolare con le sezioni a) me; b) me and work; c) me and training; d) me over work; e) my skills; f) my evidence; g) documents; h) practitioner; il ruolo delle ICT nel contesto di e-portfolio è la combinazione con elementi *offline*, la connessione con le terze parti *rectius* fornitori (e.g. LMI, PES, etc…), la personalizzazione dell'information storage nonché la creazione dell'intera infrastruttura digitale dello strumento.[19]

L'intera architettura delineata nella trattazione estrinseca il rapporto tra *macchina e uomo*, un'integrazione che incide sul paradigma ontologico e assiologico dell'umanità: l'uomo diviene catalizzatore di dati passati, presenti e futuri.[20]

---

[17] Un sito dedicato, voluto dal potere esecutivo, esplica le ragioni della transizione digitale v. Ministro innovazione tecnologica e transizione digitale; Sul tema della ricerca della straordinarietà, ormai lapalissiana nell'azione quotidiana di qualsivoglia consociato v. R. GHIDELLI, S. RIPAMONTI, T. TARTUFERI, *Società che cambiano*, Bologna, 2018, ISBN: 9788808720726; pp. 155 ss.

[18] Una importante pronuncia giurisprudenziale che fa da scuola all'intera letteratura giuridica sul tema, partendo dal celebre caso Soraya Esfandiari è Cass., 27 maggio 1975, n. 2129, in *Giur.it.*, 1976, I, 1, 970; cfr. V. CUFFARO, R. D'ORAZIO, V. RICCIUTO, *I dati personali nel diritto europeo*, Milano, 2019, ISBN: 9788892112742; pp. 1245 – 1262.

[19] CEDEFOP, *Handbook of ICT Practices for guidance and career development*, 2018, Lussemburgo, ISBN: 9789289626866; pp. 135 ss. Nel quale si fa espresso riferimento anche alle c.dd. *Tecnologie dell'Informazione e della Comunicazione* nel comparto scolastico che produce una diacronia didattica e una complicità tra docente e discente.

[20] E. CATERINI, *L'intelligenza artificiale «sostenibile» e il processo di socializzazione del diritto civile,* Napoli, 2020, ISBN: 9788849541601; pp. 55 ss; Cfr. P. PERLINGIERI, Manuale di diritto civile, Napoli, 2018, ISBN 978-88-495-3735-2 pp.184- 187.

EDILIZIA SOSTENIBILE, URBANISTICA PARTECIPATA E (DIS)ORDINE DELLE COMPETENZE COSTITUZIONALI*

Antonio Gusmai**

ABSTRACT [ITA]: Il contributo si occupa, in chiave costituzionale, di alcuni aspetti riguardanti il complesso tema dell'eco-edilizia. In particolare, dopo aver rintracciato le fondamenta costituzionali della materia, si farà accenno a due problematiche di grande rilievo: da una parte si guarderà al poco esplorato tema dell'urbanistica partecipata; dall'altra, alla mancanza di organicità che caratterizza la materia «governo del territorio». Il tutto, come si vedrà, nella convinzione che il «paesaggio» rappresenti, sul piano costituzionale, un vero e proprio «teatro della democrazia».

ABSTRACT [ENG]: *The essay deals, in a constitutional key, with some aspects regarding the complex theme of eco-building. After tracing the constitutional foundations of this interesting subject matter, we will mention two fundamental issues: at first we will focus on the still quite unknown «participatory urban planning», whereas in the final part of the article we will talk about the lack of a systematic structure of the provisions that characterize the «government of the territory». All this in the belief that the «landscape» represents, on a constitutional level, a real «theater of democracy».*

SOMMARIO. 1. Uno sguardo alle "fondamenta"; **2.** Non è soltanto una questione di competenze; **3.** Urbanistica e partecipazione; **4.** Annotazioni conclusive sulla non organicità della "materia".

* Il contributo nasce da una rielaborazione delle riflessioni esposte nella relazione tenuta al *Webinar* dal titolo "*Beni culturali, tutela dell'ambiente ed interventi straordinari: «Piano Casa per la Regione Puglia» e «Super Bonus». Profili normativi ed economici",* convegno organizzato dall'AGAMM e dalla Camera Amministrativa di Bari, svoltosi il 1 luglio 2021 su YouTube. L'evento si colloca all'interno di un ciclo di incontri aventi ad oggetto tematiche di rilievo pubblicistico, organizzati al fine di far dialogare più "voci" (accademici, magistrati, esponenti politici, rappresentanti di categoria, professionisti). È possibile seguire l'evento al seguente indirizzo: *https://www.youtube.com/watch?v=cZWVvjZP7sQ*.

** Ricercatore TDb in Istituzioni di diritto pubblico nell'Università degli Studi di Bari "A. Moro".

1. Uno sguardo alle "fondamenta".

La materia «edilizia e urbanistica», specie a partire dallo Stato liberale[1], ha nel tempo perimetrato un complesso di disposizioni normative dall'elevato tasso di tecnicità[2]. Quantomeno sul piano strettamente giuridico, questa l'impressione, è come se negli anni si fosse generato una sorta di sotto-settore disciplinare autonomo all'interno dell'area giuspubblicistica[3], in cui le connessioni con valori e principi costituzionali potessero quasi restare sullo sfondo, cadere in ombra[4].

Anche sul piano costituzionale, quando ci si imbatte in tali discipline, si percepisce tutt'oggi molto forte la tendenza a ragionare precipuamente in termini di mere competenze normative, costituendo esse, come pacificamente si ritiene a seguito della revisione del Titolo V del 2001, il «nucleo duro» del «governo del territorio» *ex* art. 117, comma 3, della Carta repubblicana[5]. Eppure, verrebbe da dire, l'edilizia e

[1] Cfr. S. AMOROSINO, *Profili di storia istituzionale del governo del territorio in Italia*, in *Riv. giur. ed.*, 1981, II, 227 ss.

[2] Sulla complessità dello «scenario fisico» dei sistemi urbani europei, in chiave storica, L. BENEVOLO, *La città nella storia* d'Europa, Laterza, Roma-Bari, 2019, il quale da ultimo si interroga «sul ruolo delle città» nel mondo globale (217 ss.). Sul piano più propriamente tecnico-giuridico, per un'agile visione d'insieme dell'ordinamento contemporaneo, si veda G. GUZZO – E. DEL GRECO, *La tutela del paesaggio nell'attuale codificazione legislativa: diritto fondamentale o diritto cedevole?*, in *AmbienteDiritto.it*, 10 settembre 2017.

[3] Sul punto, S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La fondazione del diritto urbanistico come disciplina autonoma*, in *Scritti in onore di Stella Richter*, Editoriale Scientifica Napoli, 2013, vol. II, 1319 ss.

[4] Sulla necessaria «comunicabilità» dei settori scientifici disciplinari in ambito giuridico, da ultimo, pone ancora l'accento, M. PENNASILICO, *La "sostenibilità" ambientale nella dimensione civil-costituzionale: verso un diritto dello "sviluppo umano ecologico"*, in *Rivista Quadrimestrale di Diritto dell'Ambiente*, n. 3/2020, 3-4. Se poi si guarda agli altri saperi, ci si accorge che è la stessa condizione epistemologica del «paesaggio» ad apparire molto articolata. Ed infatti, esso «è oggetto di non pochi tentativi di definizione». Invero, «estetica, sociologia, geografia, antropologia, storia dell'arte, architettura, diritto, tra gli altri, portano avanti al riguardo teorie e rappresentazioni spesso molto diverse». A rilevarlo in modo critico è, tra i più sensibili, J.-M. BESSE, *Paesaggio ambiente. Natura, territorio, percezione*, DeriveApprodi, Roma, 2020, 13. Sul piano strettamente costituzionale, di tutto questo ne era già ben consapevole, come noto, A. PREDIERI, *Significato della norma costituzionale sulla tutela del paesaggio*, in ID., *Urbanistica, tutela del paesaggio, espropriazione*, Giuffrè, Milano, 1969, part. 3 e ss.

[5] In argomento, tra gli altri, N. PIGNATELLI, *Il «governo del territorio» nella giurisprudenza costituzionale: la necessità della materia*, Giappichelli, Torino, 2012, 75 ss. Secondo il giudice delle leggi, costituiscono poi ulteriori ambiti del «governo del territorio»: la riqualificazione urbana (Corte cost., n. 16 del 2004); la fruizione delle risorse idriche (Corte cost., n. 168 del 2008); l'edilizia sanitaria (Corte cost., n. 99 del 2009); la realizzazione degli impianti di smaltimento, trattamento e gestione dei rifiuti (Corte cost., n. 314 del 2009); l'edilizia residenziale pubblica (Corte cost., n. 121 del 2010). Sulla giurisprudenza costituzionale in materia di «governo del territorio», si veda, almeno, A. IACOVIELLO, *La competenza legislativa regionale in materia di* governo del territorio *tra esigenze unitarie e istanze di differenziazione*, in *Rivista AIC*, n. 2/2019, 373 ss.;R. BIFULCO, *Governo del territorio*, in R. BIFULCO – A. CELOTTO (a cura di), *Le materie dell'art. 117 nella giurisprudenza costituzionale dopo il 2001*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015, 327 ss.; M. MENGOZZI, *Governo del territorio*, in G. GUZZETTA – F.S. MARINI – D. MORANA, *Le materie di competenza regionale. Commentario*, ESI, Napoli, 2015,198 ss.; ID., *Il "Governo del territorio" e la sua intersezione strutturale con la "tutela dell'ambiente": linee di continuità e di evoluzione*, in *federalismi.it*, n. 15/2017, 3 ss.; M. LUCIANI,

l'urbanistica innervano uno degli elementi costitutivi dello Stato – il «territorio», appunto – che non meno degli altri due – «popolo» e «sovranità» – ha notevolmente cambiato aspetto nella (post)modernità[6].

Si pensi agli studi di Saskia Sassen sulle mutazioni di tale elemento geopolitico causate dalle «reti» intessute dalle grandi metropoli economico-finanziarie del Pianeta (da New York a Shangai). Appare evidente che «la densità delle culture politica e civica nelle grandi città e le loro pratiche quotidiane radicano, impiantano e localizzano la società civile globale nella vita delle persone», andando ad incidere sulla «geografia dei luoghi coinvolti nella globalizzazione economica e politica»[7].

Trasformazioni, queste, che non possono non investire i programmi di governo urbano e il modo di animare e organizzare gli spazi fisici dell'*urbs*, attività che richiedono una grande apertura nell'accogliere e ascoltare le più diverse opinioni, prospettive, idee. Di qui, ad esempio, l'introduzione, anche nell'ordinamento italiano, dello strumento di origine francese del «dibattito pubblico», istituto riconducibile alla c.d. «democrazia deliberativa» (non solo «partecipativa») volta a soddisfare le esigenze di inclusione della cittadinanza nella decisione politica sulle c.d. «grandi opere»[8].

L'evoluzione della giurisprudenza costituzionale in materia di urbanistica ed edilizia, in *Riv. giur. ed.*, 2009, 15 ss.; N. MACCABINI, *La Corte "compone" e "riparte" la competenza relativa al "governo del territorio"*, in *Riv. giur. ed.*, 2/2005, 211 ss.

[6] Sulla connessione tra «collasso ecologico» ed «elementi costitutivi dello Stato», si veda M. MONTEDURO, *Le decisioni amministrative nell'era della recessione ecologica*, in *Rivista AIC*, n. 2/2018, 59 ss. Naturalmente, non è questa la sede per occuparsi del più ampio tema della «crisi del territorio» e della sua «metamorfosi». Se si vuole, anche per gli opportuni riferimenti bibliografici, sia consentito in merito rinviare ad A. GUSMAI, *Il territorio come spazio politico interculturale*, in *Dirittifondamentali.it*, fasc. 2/2019. E, in chiave comparata, a G. TIEGHI, *Info/City States: la città 'oltre lo Stato'. Dalla* Connectivity *alla* City Diplomacy, in *DPCE online*, n. 2/2020, 1285 ss.

[7] S. SASSEN, *Le città nell'economia globale*, il Mulino, Bologna, 2010, 95. Della stessa Autrice, si veda, anche, *Territorio, autorità, diritti. Assemblaggi dal Medioevo all'età globale*, Bruno Mondadori, Milano, 2008, spec. 411 ss.

[8] Tale istituto è stato definito dalla stessa Corte costituzionale un «prezioso strumento della democrazia» (sent. n. 235 del 2018, *Considerato in diritto* n. 6.1). A livello statale, esso è stato genericamente introdotto dall'art. 22, comma 2, del Codice dei contratti pubblici (d.lgs n. 50 del 2016), e poi regolamentato, in modo dettagliato, dal d.P.C.M. 10 maggio 2018, n. 76, ossia dal "Regolamento recante modalità di svolgimento, tipologie e soglie dimensionale delle opere sottoposte a dibattito pubblico". A livello regionale, invece, il dibattito pubblico è stato introdotto con legge da due Regioni: nel 2006 dalla Toscana (anticipando lo Stato) e, nel 2017, dalla Puglia (subito dopo l'introduzione a livello statale). Per i dovuti approfondimenti, si rinvia, anche per gli aspetti problematici dell'istituto, a P. VIPIANA, *La legislazione regionale sul dibattito pubblico, anche alla luce della sentenza della Corte costituzionale n. 235/2018*, in *Istituzioni del Federalismo*, n. 3/2020, 679 ss. Sulla legge toscana, si veda, poi E. ROSSI – G. MARTINICO, *Dibattito pubblico e partecipazione nell'esperienza della Regione Toscana*, in *Rivista amministrativa della Repubblica italiana*, nn. 1-2/2015, 13 ss. Sulla legislazione pugliese, invece, M. TROISI, *La partecipazione delle comunità territoriali nella legislazione regionale. Alcune riflessioni alla luce delle recenti leggi di Toscana, Emilia-Romagna e Puglia*, in *federalismi.it*, n. 7/2018. Per una prospettiva comparata, si rinvia, invece, M. TIMO, *Il dibattito pubblico sulle grandi infrastrutture fra codice italiano dei contratti e code de l'environnement francese*, in *DPCE online*, n. 2/2019, 1179 ss.

Non deve dunque sorprendere se, osservate da una prospettiva più ampia, l'edilizia e l'urbanistica sono diventate in molti Stati, dall'America Latina all'Asia[9], un potente strumento politico utile a spostare l'attenzione delle comunità locali sugli interessi collettivi, sui beni comuni e, in definitiva, sull'ambiente, sul paesaggio e finanche sui i «diritti della natura»[10]. Seppure, ad altre latitudini, appaiono ancora materie la cui grammatica resta spesso nei contorni definita da legulei e responsabili degli uffici tecnici delle Amministrazioni pubbliche, peraltro intanto fattesi glocali[11].

Tuttavia, come si è lasciato intendere, un'analisi più approfondita rivela come il «governo del territorio» solo *prima facie* sembra limitarsi alla *progettazione* ed alla realizzazione dell'ambiente architettonico. E tanto perché sono gli stessi sistemi urbanistici a non coincidere affatto con la "semplice" costruzione di uno spazio materiale. Oltre a determinare inevitabili trasformazioni paesaggistiche, l'edilizia e l'urbanistica appaiono, infatti, avere importanti riverberi anche sugli assetti della convivenza sociale, riscoprendosi quale matrice privilegiata di contesti urbani in cui si creano e si intessono rapporti interindividuali[12].

È infatti dallo sviluppo urbanistico ed edilizio, dalla relativa capacità di rispondere ai bisogni sociali della collettività, oltre che dall'esigenza di vivibilità dei luoghi in cui i consociati svolgono le proprie attività, che dipende la qualità delle nostre esistenze. Basti pensare all'obbligo imposto dalle regole urbanistiche di prevedere la necessaria

[9] Ne dà conto E. GRANATA, *Biodivercity. Città aperte, creative e sostenibili che cambiano il mondo*, Giunti – Slow Food Editore, Milano, 2019, 57 ss., a cui si rinvia per maggiori approfondimenti.

[10] In argomento, non può che rinviarsi a M. CARDUCCI, *Natura (diritti della)*, in R. BIFULCO – A. CELOTTO – M. OLIVETTI (a cura di), *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, Aggiornamento, Utet, Torino, 2017, 486 ss. In merito è interessante rilevare che vi è chi, di recente, in prospettiva «geocostituzionale», ritiene che lo stesso pubblico potere non debba più trovare legittimazione nel «consenso popolare», bensì nella «primazia ontologica della natura». Per i necessari approfondimenti, si legga l'agile ma denso contributo di Q. CAMERLENGO, *Natura e potere. Una rilettura dei processi di legittimazione politica*, Mimesis, Milano-Udine, 2020, spec. 95 ss.

[11] E, dunque, non solo da assessori, sindaci e funzionari amministrativi con competenze (non sempre) giuridiche, ma certamente anche da architetti e urbanisti, sempre più alle prese, nell'esercizio delle loro professioni (non giuridiche), con la difficile interpretazione degli enunciati normativi. Riguardo al nostro Paese, è appena il caso di rammentare che «la legislazione italiana in quest'ambito» ha «raggiunto un livello record di schizofrenia, poiché contempla non solo norme separate e contrastanti per paesaggio, ambiente, suoli agricoli, territorio, ma anche diverse autorità pubbliche a cui spettano le relative competenze; con l'ovvia conseguenza che le stesse istituzioni sono perpetuamente in conflitto fra loro, e l'interesse privato dei singoli facilmente prevale sul bene comune». A rilevarlo è S. SETTIS, *Architettura e democrazia. Paesaggio, città, diritti civili*, Einaudi, Torino, 2017, 130. Sulle città «glocali» del tempo presente e, in particolare, sulla insufficienza delle attuali politiche pubbliche adottate dagli amministratori per la gestione degli spazi urbani, di si vedano, poi, le acute riflessioni di Z. BAUMAN, *Città di paure, città di speranza*, Castelvecchi, Roma, spec. 50 ss.

[12] In argomento, molto utile può essere la lettura di F. LA CECLA, *Contro l'urbanistica. La cultura delle città*, Einaudi, Torino, 2014, il quale, a più riprese, auspica un vero e proprio cambio di paradigma della scienza urbanistica, troppo spesso animata da logiche immobiliari del tutto cieche di fronte alla pressante richiesta di partecipazione della comunità urbana. Richiesta di partecipazione che, sia detto per inciso, non di rado proviene da coloro che faticano a rinvenire occasioni di riscatto ed emancipazione sociale in spazi urbani la cui semplice architettura è, essa stessa, specchio e fucina di emarginazione socio-politica.

dotazione di strutture di fruizione comune nel tessuto urbano (le c.d. "localizzazioni" e, dunque, gli asili, le scuole, gli impianti sportivi, le biblioteche, le aree verdi) finalizzate, per l'appunto, ad assicurare ai singoli e alla collettività migliori condizioni di vita[13].

Detto in modo forse più incisivo: il «governo del territorio», nella sua capacità di incidere sullo sviluppo paesaggistico e cittadino, risulta intrinsecamente connesso ad un «orizzonte di diritti» che fa del «paesaggio» un vero e proprio «teatro della democrazia»[14]. E questo perché, *in apicibus*, ogni spazio terrestre rappresenta uno spazio politico costituzionalmente tutelato, le cui sorti non possono che dipendere dalle azioni – piuttosto che dalle omissioni – della cittadinanza. Tutta[15].

È difficile negarlo, suona quasi come un assioma: «lo spazio in cui viviamo riflette puntualmente i meccanismi economici, sociali, politici di ogni cultura e di ogni età»[16]. Lo aveva intuito molto bene Carl Schmitt, quando affermava che «con la prima divisione e ripartizione del suolo» (dunque, si potrebbe dire, con il primo Piano regolatore), si «istituisce […] il primo ordinamento di tutti i rapporti di possesso e di proprietà». Ragione per cui, prosegue lo studioso di Plettenberg, è nella «occupazione di terra» che bisogna rinvenire il «fondamento primo, legato al suolo (*bodenhaften Urgrund*), nel quale si radica ogni diritto e localizzazione»[17].

Sono almeno questi i motivi che dovrebbero sospingere la giuspubblicistica a non limitare lo studio dell'urbanistica e dell'edilizia alla sola dimensione organizzativa del territorio, ossia all'elaborazione delle diverse soluzioni di trasformazione e di sviluppo dello stesso[18]. Né, nello specifico, il costituzionalista ad assumere le vesti di

---

[13] In tal senso si veda, già, M.S. GIANNINI, *Introduzione alla potestà conformativa del territorio*, in ID., *Scritti 1984-1990*, Giuffrè, Milano, 2006, 799 ss.

[14] Ad utilizzare le suggestive ed efficaci espressioni «orizzonte di diritti» e «teatro della democrazia» è S. SETTIS, *Architettura e democrazia*, op. cit., 78. L'Autore, nell'alveo di un discorso incentrato sull'insorgere di nuove consapevolezze intra-urbane, ossia di movimenti di rivendicazione di spazi e diritti da parte dei cittadini che abitano le zone periferiche delle grandi metropoli, evidenzia come le «comunità degli esclusi non possono rinunziare né alla libertà di parola né alla rivendicazione dei loro diritti. Una formula di recente invenzione, *diritto alla città*, include, riassume e rilancia un orizzonte di diritti civili che ci riguarda da vicino, perché interroga la nostra concezione di società. Perciò protestare *in* città, protestare *per* la città, vuol dire intenderla non come spazio neutro ma come teatro della democrazia. E, se città e paesaggio sono le due facce di una stessa medaglia, non può esservi "diritto alla città" senza "diritto al paesaggio"». E, ancora, poco dopo: «Città, paesaggio, opere d'arte, ambiente sono beni e nozioni legate ai diritti della cittadinanza, perché in essi fiorisce la possibilità di una comunità che non sia dominata dai particolarismi e dall'illegalità, ma dalla lungimiranza e dalla democrazia».

[15] Sul tema, C. GALLI, *Spazi politici. L'età moderna e l'età globale*, il Mulino, Bologna, 2001, 133 ss.

[16] S. SETTIS, *Architettura e democrazia*, op. cit.,143.

[17] C. SCHMITT, *Il nomos della terra nel diritto internazionale dello «jus publicum europaeum»*, Adelphi, Milano, 2011, 23-26.

[18] Come ha fatto notare F. LA CECLA, *Contro l'urbanistica*, op. cit., 68-69, siamo ormai ben consapevoli «che la situazione del pianeta è a rischio proprio per il peso dell'urbanizzazione su di esso. Questa incide […] per i tre quarti dell'inquinamento del pianeta […]. Oggi affrontare la questione urbana significa dover far fronte al cambiamento climatico». L'Autore, quindi, conclude evidenziando che «da questo punto di vista l'urbanistica è

mero "ragioniere" esperto in ripartizione delle competenze legislative tra Stato e Regioni. Il «paesaggio», comunque lo si voglia intendere, resta pur sempre un luogo che «riflette contemporaneamente l'integrazione interculturale, i diritti dell'uomo e la democrazia»[19].

2. Non è soltanto una questione di competenze.

L'indubbia rilevanza costituzionale del «governo del territorio» non alberga soltanto nell'art. 117, comma 3, della Costituzione. Esattamente all'inverso, per continuare ad argomentare in termini schmittiani, sono piuttosto le dinamiche spaziali «a contenere in sé […] ogni ulteriore diritto»[20].

D'altro canto, basterebbe rievocare l'icastica epistola di Francesco Petrarca – in cui egli descrive il paesaggio di Monte Ventoso – per avere contezza di quanto il territorio possa persino tradursi in una sorta di *sentimento geografico* non irrilevante per il diritto[21], che fa dello spazio un luogo della polisensorialità[22]. Così come, per citare un altro illustre Francesco di epoca contemporanea, basterebbe leggere l'enciclica del 2015 *Laudato si'* per riscontrare, anche sul piano della morale, la consapevolezza che i progetti urbani del tempo a venire non possano che essere

drammaticamente superata e in ritardo. L'urgenza che dovrebbe muoverla è stemperata dalla lentezza con cui prende atto dell'abisso che ci si apre dinanzi. Oggi non si può più fare urbanistica se non attraverso fortissimi provvedimenti che limitino la natura catastrofica delle città».

[19] Così, trattando della Convenzione europea del paesaggio, M. PRIEUR, *Il ruolo del paesaggio nella realizzazione dei diritti dell'uomo*, in *Rivista Quadrimestrale di Diritto dell'Ambiente*, n. 2/2018, 17.

[20] C. SCHMITT, *Il nomos della terra*, op. cit., 27-28.

[21] Ad esempio, se si pensa alle soluzioni offerte da alcune forze politiche nella gestione dei fenomeni migratori, ci si avvede di come il territorio torni spesso ad essere «protagonista di intensi sentimenti di appartenenza». L'espressione utilizzata è tratta da S. SICARDI, *Essere in quel luogo. Brevi considerazioni sul significato di territorio e di appartenenza territoriale*, in *Pol. dir.*, n. 1/2003, 116.

[22] Il riferimento letterario è a F. PETRARCA, *Lettere di Francesco Petrarca: delle cose familiari*, a cura di G. Fracassetti, Le Monnier, Firenze, 1863, part. 488. Di seguito il brano: «Girai dattorno lo sguardo a quello vedere per cui mi era mosso. E dal sole che già piegava all'occaso, e dalle crescenti ombre del monte avvertito che l'ora della partenza avvicinavasi, come scosso dal sonno mi volgo indietro, e guardo a ponente. I Pirenei, confine fra la Spagna e la Francia, di colassù non si secernono: non già cred'io per alcun impedimento che si frapponga, ma perché ad essi non giunge la nostra vista. Vidi però distinti a destra i monti della provincia Lionese, e a manca il mare che bagna quindi Marsiglia, e quindi di pochi giorni lontana Acquamorta. Il Rodano mi stava anch'esso sotto gli occhi. Le quali cose alla spicciolata osservando, ed ora pensando a cose terrene, ora come fatto aveva del corpo levando in alto la mente mi venne in capo di prendere il libro delle Confessioni di S. Agostino, che, dono dell'amor tuo, e per l'autore non meno che per lo donatore a me carissimo, ho sempre meco, piccolo e manesco volume, ma di valore e soavità infinita...Vanno gli uomini ad ammirare le alture de' monti, i gonfi flutti del mare, il lungo corso de' fiumi, l'immensità dell'oceano, le rivelazioni degli astri, e di se stessi non prendon cura».

quelli in grado di armonizzare – sino a fondere – l'«approccio ecologico» con quello «sociale», dacché l'«ambiente umano e l'ambiente naturale si degradano insieme»[23].

Tutte queste considerazioni non valgano come esercizio retorico. Al più, le si intenda come «esercizi spirituali» dal forte senso «pratico» *à la* Pierre Hadot, utili a traghettare il discorso legato all'edilizia e all'urbanistica nella dimensione propriamente costituzionale del «governo del territorio»[24]. Si è, infatti, al cospetto di materie tutt'altro che "asettiche", dotate di una forte carica valoriale[25].

Invero, i riflessi sociali ed economici della costruzione fisica dell'*urbs*, così come la rilevanza degli equilibri ecosistemici in termini di vivibilità sostenibile dell'insediamento umano, creano una forte connessione di tali materie direttamente coi principi fondamentali della Carta repubblicana[26].

È in questo senso, nutrito dai principi costituzionali che pongono lo sviluppo della persona umana al centro dell'azione dei pubblici poteri, che il «governo del territorio» rivela il suo stretto legame con la dimensione sociale e politica della *res*

[23] La citazione è tratta da PAPA FRANCESCO, *Laudato si'. Lettera enciclica sulla cura della casa comune*, Edizioni Paoline, Milano, 2015, 62. Per completezza, di seguito i passi per esteso riportati nel testo: «L'ambiente umano e l'ambiente naturale si degradano insieme, e non potremo affrontare adeguatamente il degrado ambientale, se non prestiamo attenzione alle cause che hanno attinenza con il degrado umano e sociale. […] Ma oggi non possiamo fare a meno di riconoscere che un vero approccio ecologico diventa sempre un approccio sociale, che deve integrare la giustizia nelle discussioni sull'ambiente, per ascoltare tanto il grido della terra quanto il grido dei poveri». Poco prima, poi, si legge: «Non si tratta di distruggere e di creare nuove città ipoteticamente più ecologiche, dove non sempre risulta desiderabile vivere. Bisogna integrare la storia, la cultura e l'architettura di un determinato luogo, salvaguardandone l'identità originale. Perciò l'ecologia richiede anche la cura delle ricchezze culturali dell'umanità nel loro significato più ampio. In modo più diretto, chiede di prestare attenzione alle culture locali nel momento in cui si analizzano questioni legate all'ambiente, facendo dialogare il linguaggio tecnico scientifico con il linguaggio popolare. E la cultura non solo intesa come i monumenti del passato, ma specialmente nel suo senso vivo, dinamico e partecipativo, che non si può escludere nel momento in cui si ripensa la relazione dell'essere umano con l'ambiente» (p. 36).

[24] Anche il diritto costituzionale, come a monte la filosofia per Hadot, non sembra realmente poter giovare se non lo si pone in un rapporto diretto con ogni espressione e forma dell'esistente. La seguente domanda, posta dall'intellettuale francese, è emblematica: «In ultima analisi, qual è la cosa più utile all'uomo in quanto uomo? Discorrere sul linguaggio, o sull'essere e il non essere? Non è piuttosto imparare a vivere una vita umana?». E così si legge, subito dopo: «Il nucleo della filosofia non è il discorso, ma la vita, l'azione». P. HADOT, *Esercizi spirituali e filosofia antica*, Einaudi, Torino, 2005, 195.

[25] Non è ovviamente questo il luogo opportuno per trattare della fondamentale distinzione fra ciò che è diritto (i «princìpi»), e ciò che non ha ancora trovato una declinazione nel diritto positivo (i «valori»). Su tale distinzione, peraltro non accolta da tutti gli studiosi e quasi sconosciuta in altri ambienti, è sufficiente qui rinviare al bel saggio di G. ZAGREBELSKY, *Diritto per: valori, principi o regole? (a proposito della dottrina dei principi di Ronald Dworkin)*, in *Quaderni fiorentini*, XXXI, 2002, 865 ss.

[26] In tal senso sembra essere orientato anche il giudice delle leggi, sin dagli albori del nuovo millennio. Cfr. Corte cost., sent. n. 437 del 2000, che vede, nella potestà legislativa attribuita allo Stato in materia paesaggistica, la possibilità di produrre «norme fondamentali di riforma» non solo «economica», ma anche «sociale» (*Considerato in diritto* n. 3).

pubblica [27], così da liberarsi dagli asfittici vincoli derivanti dalla tradizionale declinazione in termini meramente tecnici[28].

È così che, allora, il «governo del territorio» assume le vesti di un interesse strumentale alla valorizzazione della persona umana, finalizzato com'è a realizzare, prima di ogni altra cosa, un'*architettura mentale* che fa da substrato culturale allo «Stato ambientale di diritto», autorevolmente inteso come possibile «nuovo sviluppo dello Stato costituzionale». Ed infatti, per dirla con le parole di Peter Häberle, «il territorio dello Stato è reso unico dalla cultura specifica del Paese; va inteso come uno spazio culturale, non come un *factum brutum*» distaccato dal sociale ed insensibile all'ospitalità delle «generazioni future»[29].

Non si esagera, pertanto, se si sostiene che la persona umana sembra realizzarsi, in qualche modo, anche attraverso l'edilizia e l'urbanistica. Giacché, a guardar bene, tutte le operazioni di pianificazione dello spazio fisico – anche quelle che *prima facie* possono apparire di poco momento – in realtà costituiscono un'impalcatura mediante la quale, al contempo, si (ri)strutturano le fondamenta dell'umano[30].

Se questo è il contesto socio-giuridico da cui deve prendere l'abbrivio ogni discussione in tema di «governo del territorio»[31], il suo più solido ancoraggio costituzionale sembra doversi rintracciare negli artt. 2 e 3 della Costituzione repubblicana, prima ancora che nell'art. 42 Cost., come spesso, invece, tradizionalmente si ritiene. Per meglio dire, è nella congiunzione del principio personalista (art. 2) con quello dell'uguaglianza tanto formale quanto sostanziale (art.

[27] Le stesse città, il punto è cruciale, non possono che intendersi come uno spazio sociale e politico, in cui gli esseri umani si aprono alla conoscenza in qualità di soggetti che rispecchiano al proprio interno unità e diversità. Cfr. G.M. LABRIOLA, *Città e diritto. Brevi note su un tema complesso*, in *Istituzioni del Federalismo*, n. 1/2018, 7 ss.

[28] Come acutamente è stato rilevato da un noto filosofo e geologo francese, poiché «nell'esperienza che noi facciamo del paesaggio le quantità sono anche qualità», la «sfida, specialmente per i pianificatori, è allora quella della determinazione della giusta «misura», cioè quella dell'adeguamento tra il desiderabile e il sopportabile. Una regolazione che non può darsi al di fuori dell'esperienza sensibile e che non può essere predefinita e predeterminata da un ufficio tecnico». Così J.-M. BESSE, *Paesaggio ambiente*, op. cit., 31.

[29] Le citazioni sono tratte da P. HÄBERLE, *Lo Stato costituzionale*, Istituto della Enciclopedia italiana, Roma, 2005, 25. Secondo l'illustre costituzionalista, come noto, la «cultura» diviene il quarto «elemento costitutivo» di uno Stato, in aggiunta al «popolo», alla «sovranità» e, per l'appunto, al «territorio».

[30] Non a caso, s'è detto opportunamente, che «i progetti urbani maggiormente capaci di incarnare lo spirito contemporaneo intrecciano cura dell'ambiente e attenzione per il sociale». Così, E. GRANATA, *Biodivercity*, op. cit., 43.

[31] Sul cui significato si veda, P. URBANI, *Urbanistica*, Voce, in *Enc. giur.*, XXXVII, *Aggiornamento*, Roma, 2008.

3), veri e propri architravi dell'intera architettura costituzionale[32], che alberga la ragion d'essere di tale materia[33].

È nell'interazione dialettica di questi due principi che l'edilizia e l'urbanistica sembrano trovare il loro fondamento costituzionale, non già e non solo nel pur rilevante regime giuridico della proprietà, seppur anch'essa declinata dalla Costituzione in un senso non strettamente ancorato al dominio assoluto del titolare del relativo diritto (art. 42)[34].

In effetti, proprio il secondo comma dell'art. 42 Cost. impone alla legge di assicurare il godimento della proprietà, sia pubblica che privata, in una prospettiva che tenga conto di due insuperabili condizioni. La prima, data dalla circostanza – costituzionalmente imposta – che la proprietà debba essere resa «accessibile a tutti», con ciò comprovando la necessaria preordinazione o rilevanza sociale del territorio, inteso quale "qualità" dello spazio del vissuto collettivo. La seconda, implicante la necessità che la proprietà debba avere una «funzione sociale», ossia un significato capace di trascendere i beni materiali, per sublimarsi nell'esistenza di un «ambiente» (dal latino *ambire*, "andare intorno") capace, come si diceva, di favorire la piena realizzazione della persona umana[35].

Un simile sostrato assiologico del diritto di proprietà costituzionalmente inteso, quindi, non può che fluire attraverso la costruzione di un ambiente sociale armonioso, equilibrato, come tale non escludente già a partire dalla mera dimensione materiale-architettonica[36].

---

[32] Sull'inscindibile «legame» esistente tra gli articoli 2 e 3 Cost., si vedano, di recente, le riflessioni di A. APOSTOLI, *La dignità sociale come orizzonte della uguaglianza nell'ordinamento costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. 3/2019, Parte I, spec. 6 ss.

[33] In senso conforme, si veda, da ultimo, M.G. FEOLA, *Lineamenti di diritto urbanistico*, Pacini, Pisa, 2021, 4 ss.

[34] Non per nulla, se si vanno a leggere i dibattiti in Assemblea costituente, il discorso sulla proprietà si colloca all'interno di un più ampio ragionamento sulle «esigenze del bene comune». In tal senso, il relatore della Dc Taviani: «Quando lo impongano le esigenze del *bene comune* […] la legge può riservare alla proprietà collettiva – dello Stato, delle regioni, dei comuni o di altri enti di diritto pubblico – le imprese e i beni di determinati e delimitati settori dell'attività economica» (cfr. *Atti dell'Assemblea costituente*, III Sottocommissione, 25 settembre 1946). Sul fatto, poi, dibattuto in dottrina, che i beni tutelati dall'art. 9 Cost. possano costituire «bene comune», si veda, nella sconfinata letteratura, il bel saggio di P. MADDALENA, *Il territorio bene comune degli italiani. Proprietà collettiva, proprietà privata e interesse pubblico*, Donzelli, Roma, 2014.

[35] Per una opportuna ricostruzione del diritto di proprietà, attenta ai suoi sviluppi storico-materiali e consapevole della relativa dimensione costituzionale, si rinvia a S. RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, il Mulino, Bologna, 2013, 273 ss.

[36] La rilevanza costituzionale dell'ambiente è sempre stata oggetto di ampi studi e variegate ricostruzioni da parte della dottrina costituzionalistica. Non potendo in questa sede richiamare i numerosi lavori ad esso dedicati, sul punto si rinvia, almeno, ad A.M. SANDULLI, *La tutela del paesaggio nella Costituzione*, in *Riv. giur. ed.*, 1967, II, spec. 70 ss.; A. PREDIERI, *Significato della norma costituzionale sulla tutela del paesaggio*, op. cit., part. 3 e ss.; ID., voce *Paesaggio* in *Enc. dir.*, vol. XXXI, Giuffrè, Milano, 1981; M. S. GIANNINI, *«Ambiente»: saggio sui suoi diversi aspetti giuridici*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.*, 1973, I, 15 ss.; E. CAPACCIOLI – F. DAL PIAZ, *Ambiente (tutela dell'). Parte generale e diritto amministrativo*, in *Noviss. Dig., Appendice*, I, 1980; S. PATTI, *Ambiente (tutela dell')*, in *Enc. Giur.*, Roma, I, 1988, 1 ss.; M. CECCHETTI, *Principi costituzionali per la tutela*

In tutto ciò può anche leggersi la strettissima connessione tra il «governo del territorio», inteso come insieme delle strategie politiche di trasformazione dello spazio fisico, e l'art. 9 della Costituzione, il quale, in base ad una disposizione che deve la sua formulazione a Concetto Marchesi ed Aldo Moro, richiede alla Repubblica di tutelare il paesaggio e il patrimonio storico artistico della Nazione[37]. Principio fondamentale che, «prescrivendo la promozione della cultura e della ricerca e la tutela del paesaggio e del patrimonio storico e artistico della Nazione, congiunge in uno l'eredità del passato (il patrimonio), il mobile scenario della vita civile (il paesaggio) e la creatività per il futuro (ricerca e cultura)»[38].

---

dell'ambiente, Giuffrè, Milano, 2000; L. MEZZETTI (a cura di), *Manuale di diritto ambientale*, Cedam, Padova, 2001; G. CORDINI, *Diritto ambientale comparato*, Cedam, Padova, 2002; F. GABRIELE – A.M. NICO (a cura di), *La tutela multilivello dell'ambiente*, Cacucci, Bari, 2005;S. GRASSI, *Tutela dell'ambiente (Diritto amministrativo)*, in *Enc. dir., Annali*, I, Giuffrè, Milano, 2007, 1114 ss.; P. MADDALENA, *L'ambiente: riflessioni introduttive per una sua tutela giuridica*, in *Ambiente e Sviluppo*, 2007, 477 ss.; D. AMIRANTE, *Profili di diritto costituzionale dell'ambiente*, in P. DELL'ANNO – E. PICOZZA (diretto da), *Trattato di diritto dell'ambiente. Principi generali*, Cedam, Padova, 2012, 233 ss. Peraltro, è d'uopo evidenziare che lo *status* costituzionale dell'ambiente potrebbe conoscere un ulteriore consolidamento in ragione del progetto di revisione costituzionale, tutt'ora all'esame delle Camere, avente come obiettivo quello di riformulare gli artt. 9 e 41 della Carta repubblicana. In particolare, all'art. 9 Cost. si aggiungerebbe un ulteriore comma, a detta del quale la Repubblica «tutela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni. La legge dello Stato disciplina i modi e le forme della tutela degli animali». Di maggior precisione, invece, dovrebbe risultare l'intervento sull'art. 41 Cost., attraverso la modifica dei commi 2 e 3. Ed infatti, al comma 2, ove è sancito che l'iniziativa economica «non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana», verrebbe inserito «alla salute, all'ambiente». Al terzo comma dell'articolo 41 Cost., lì dove è previsto che «la legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali», verrebbe aggiunto «e ambientali». Sul punto, si rinvia al *Dossiern. 405 del 23 giugno 2021* elaborato dal SERVIZIO STUDI DEL SENATO DELLA REPUBBLICA, intitolato «*Modifiche degli articoli 9 e 41 della Costituzione in materia di tutela dell'ambiente*». Si veda, poi, T.E. FROSINI, *La Costituzione in senso ambientale. Una critica*, in *federalismi.it – paper*, 23 giugno 2021; e, *ivi*, F. RESCIGNO, *Quale riforma per l'articolo 9*; M. GRECO, *La dimensione costituzionale dell'ambiente. Fondamento, limiti, e prospettive di riforma*, in *Quad. cost.*, fasc. n. 2/2021, 294 ss. Da ultimo, sul nesso esistente tra ambiente e salute, ma anche tra ambiente e assetti socio-economici a seguito dalla pandemia, cfr. M.G. NACCI, *Ambiente, salute ed emergenza pandemica*, in *Diritto Pubblico Europeo Rassegna online*, fasc. 1/2021, 49 ss.

[37] Sul punto è interessante notare che, sebbene «le Costituzioni degli altri ordinamenti dedicano particolare attenzione alle tematiche di carattere ambientale, […] a dir poco scarse sono le esperienze nelle quali la protezione del bene paesaggio, secondo un'accezione di tipo culturale, trova una sua specifica disciplina a livello costituzionale». A rammentalo è G. CERRINA FERONI, *Il paesaggio nel costituzionalismo contemporaneo. Profili comparati europei*, in *federalismi.it*, n. 8/2019, 4.

[38] S. SETTIS, *Azione popolare. Cittadini per il bene comune*, Einaudi, Torino, 2012, 41. Sul «paesaggio come "forma del territorio, sagomato dalla comunità umana che vi è insediata e dunque frutto dell'iterazione fra uomo e natura», Cfr. G. SCACCIA, *Il territorio fra sovranità statale e globalizzazione dello spazio economico*, Relazione svolta in occasione del XXXI Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, *Di alcune grandi categorie del diritto costituzionale: Sovranità – Rappresentanza – Territorio*, Università degli Studi di Trento, 11-12 novembre 2016, in *Rivista AIC*, n. 3/2017, 8 ss.; e, *ivi*, sempre sul punto, C. SALAZAR, *Territorio, confini, "spazio": coordinate per una mappatura essenziale*, Relazione di sintesi della Terza sessione ("Territorio"), 9 ss., la quale ritiene che il territorio si «smaterializza» nell'art. 9 Cost., trasformandosi in «valore».

Nonostante la Repubblica italiana non sia stata la prima a tutelare natura, monumenti e bellezze paesaggistiche (il primo riferimento costituzionale è rinvenibile nell'art. 150 della Costituzione della Repubblica di Weimar del 1919, il secondo nell'art. 45 della Costituzione della Repubblica spagnola del 1931, che peraltro ebbe una cortissima vita), la nostra Costituzione ha avuto il merito di porre il «paesaggio» ed il «patrimonio storico e artistico della Nazione» tra i «principi fondamentali dello Stato». E, quindi, è stata la prima Carta fondamentale al mondo a dare al paesaggio e al patrimonio storico-artistico e archeologico un ruolo di assoluto rilievo nell'orizzonte dei diritti del cittadino[39].

È questa la precipua dimensione costituzionale del «governo del territorio», inteso come materia che oggi più che mai, si diceva, non può non presupporre la geografia paesaggistica come un vero e proprio «teatro della democrazia»[40]. Luogo, cioè, irriducibile ad «una specie di palcoscenico teatrale vuoto in attesa di progetti di pianificazione e di attrezzature fornite da poteri politici»[41]. Bensì spazio in cui, tecnici e rappresentanti delle autonomie territoriali – anche in virtù di quanto disposto dall'art. 5 Cost. – figurano come attori che partecipano, *assieme* ai cittadini, alle trasformazioni urbane del prossimo futuro[42].

3. Urbanistica e partecipazione.

L'apertura del «governo del territorio» a forme di «partecipazione popolare», se da una parte «si ritiene che alimenti e rafforzi il principio democratico», dall'altra è indubbio che «si riconnetta al principio di uguaglianza sostanziale, laddove l'art. 3, comma 2, Cost. impone ai pubblici poteri di rimuovere ogni ostacolo che pregiudichi l'effettiva partecipazione dei cittadini all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese»[43].

---

[39] A ricordarlo è ancora S. SETTIS, *Paesaggio Costituzione cemento. La battaglia per l'ambiente contro il degrado civile*, Einaudi, Torino, 2019, 123 ss.

[40] Per richiamare, ancora una volta, l'evocativa espressione di S. SETTIS, *Architettura e democrazia*, op. cit., 5-6, il quale, con la consueta incisività, asserisce che «il paesaggio […] è *da vivere* e non solo *da vedere*; inoltre, esso incarna valori collettivi, e non può essere svilito a mero mosaico di interessi individuali l'un dall'altro slegati e l'un con l'altro in conflitto. Da questo e da altri punti di vista, il paesaggio e il patrimonio storico-artistico e archeologico compongono, anzi, una piena e perfetta unità, le cui parti si illuminano a vicenda, si collegano a un orizzonte di diritti, sono (meglio: possono e devono essere) ingredienti essenziali della democrazia».

[41] La citazione è tratta, ancora, da J.-M. BESSE, *Paesaggio ambiente. Natura, territorio, percezione*, op. cit., 44.

[42] Ed infatti, come è stato autorevolmente detto, il riconoscimento e la promozione delle autonomie locali *ex* art. 5 Cost., fisiologicamente «tende a decentrare la sovranità ed a renderne meno episodico l'esercizio da parte della collettività popolare». Così T. MARTINES, *La democrazia pluralista* (1963), ora in ID., *Opere*, I, *Teoria generale*, Giuffrè, Milano, 2000, 243.

[43] F. SCIARRETTA, *La declinazione democratica dell'amministrazione: le decisioni partecipate nel campo delle grandi opere infrastrutturali*, in *Rivista AIC*, n. 3/2020, 33, il quale riprende alcune considerazioni espresse da

Sul piano della normazione, una simile impostazione costituzionalmente orientata si riverbera – e non potrebbe essere altrimenti – sui concreti strumenti attraverso i quali, nella quotidianità, l'urbanistica è chiamata ad operare[44]. Invero, la rilevanza costituzionale di una materia tanto decisiva per lo sviluppo della personalità e dell'uguaglianza sociale, di fatto preordinata al raggiungimento di migliori equilibri ecosistemici, non sembra poter prescindere anche da una revisione dei tradizionali moduli operativi sinora conosciuti e sperimentati[45].

Ed è così che, ormai da qualche anno, un'importanza sempre maggiore è stata acquisita dalla c.d. «urbanistica partecipata», la cui implementazione implica un ripensamento a monte della stessa natura delle regole urbanistiche[46]. Queste ultime, infatti, *a fortiori* se si prende in considerazione la lettura costituzionale qui proposta, non possono più risultare esclusiva espressione del «principio di autorità» tipico del modello amministrativo proto-novecentesco[47]. Ma, tutt'al contrario, di un modello partecipativo che operi all'insegna della ricerca del consenso e della condivisione dei cittadini in ordine a qualsiasi ipotesi di trasformazione «sostenibile del territorio»[48]. Come precisamente è stato rilevato da un'attenta etnografa urbana, l'idea di coinvolgere gli abitanti nella progettazione urbanistica «presuppone una concezione dei rapporti fra società civile, potere politico e ruolo della amministrazione pubblica

---

P.L. ZAMPETTI, *L'art. 3 della Costituzione e il nuovo concetto di democrazia partecipativa*, in AA.VV., *Studi per il ventesimo anniversario dell'Assemblea Costituente*, II – *Le libertà civili e politiche*, Vallecchi, Firenze, 1969, 513 ss.

[44] Sulla necessaria «parzialità» dell'urbanistica e, dunque, sulla discrezionalità del potere di pianificazione, si veda S. RICHTER, *Diritto urbanistico. Manuale breve*, Giuffrè, Milano, 2018, 63 ss.

[45] In merito può tornare utile la lettura di D. CIAFFI – A. MELA, *Urbanistica partecipata. Modelli ed esperienze*, Carrocci, Roma, 2013, spec. 13-48.

[46] Tra i primi studi di carattere giuridico sul tema, attento agli sviluppi degli altri ordinamenti europei, si veda quello di P. MANTINI, *Cenni sulla partecipazione al procedimento amministrativo in materia urbanistica nell'Europa comunitaria*, in AA.VV., *Gerarchia e coordinamento degli interessi pubblici e privati dopo la riforma delle autonomie locali e del procedimento amministrativo. Atti del XXXVII Convegno di studi di Scienza dell'Amministrazione promosso dalla Amministrazione provinciale di Como, Varenna, Villa Monastero, 19-21 settembre 1991*, Giuffrè, Milano, 1994, 213 ss.

[47] Il quale era fondato su una strettissima logica «bipolare», che vedeva contrapposti da un lato, in posizione di assoluta preminenza, i soggetti istituzionali che amministrano; e, dall'altro, in posizione subordinata, gli amministrati. In tal senso si veda S. CASSESE, *L'arena pubblica. Nuovi paradigmi per lo Stato*, in *Riv. trim dir. pubbl.*, 2001, 601 ss. Per un'ulteriore critica di tale sistema, ancor prima, E. CASETTA, *Profili dell'evoluzione dei rapporti tra cittadini e pubblica amministrazione*, in *Dir. Amm.*, 1993, 3 ss. Soprattutto, si veda, tra gli autori di una bibliografia che intanto è divenuta incontenibile, F. BENVENUTI, *Per un diritto amministrativo paritario*, in AA.VV, *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Cedam, Padova, 1975, 807 ss.

[48] Come è stato correttamente rilevato, lo stesso «principio di sostenibilità», inizialmente previsto in modo generico per l'ambiente, riguarda ormai nello specifico anche «l'organizzazione del territorio (e delle attività edilizie)». Così, D. PORENA, *Il principio di sostenibilità. "Giuridicizzazione" e progressiva espansione nei sistemi giuridici contemporanei e nell'ordinamento costituzionale italiano*, in *AmbienteDiritto.it*, fasc. n. 4/2020, 8.

praticamente rovesciata rispetto a quella che è stata vigente e dominante nel nostro Paese e nell'Europa continentale del secolo scorso»[49].

In questa prospettiva, il modello di sviluppo urbanistico co-partecipato appare essere basato, da un lato, sull'integrazione tra poteri pubblici e società civile e, dall'altro, sul superamento della logica antagonista interesse pubblico/interesse privato che ancora in tempi recenti ha connotato ogni manifestazione di pubblico potere[50].

Si tratta di un modello urbanistico, quello consensuale/partecipato, diffuso già da molto tempo nelle realtà nord-europee (si pensi all'Inghilterra) e sud-americane (come alcune metropoli colombiane), in cui sono state sperimentate forme di partecipazione effettiva e consapevole della società civile ai procedimenti di pianificazione territoriale, a cominciare proprio dalla fase di redazione del progetto di piano[51].

In tal modo, si è fatto ricorso a procedure caratterizzate dalla co-partecipazione della cittadinanza attiva alla progettazione di interventi destinati ad incidere sul paesaggio urbano. E tanto, al fine di responsabilizzare, al contempo, le istituzioni e la cittadinanza medesima, oltre che non disperdere quell'apporto cognitivo della società civile che troppo spesso viene, invece, ad essere del tutto ignorato[52].

Simili pratiche partecipative, in effetti, si sono rivelate un formidabile strumento di rigenerazione di beni culturali (come teatri e immobili di pregio storico-artistico), la cui tutela e valorizzazione per mano pubblica ha faticato a garantire un'adeguata conservazione in un'ottica rigenerativa degli stessi. Peraltro, pratiche partecipative sono state sperimentate anche con riferimento ad interventi riguardanti interi quartieri (nella generalità dei casi) periferici, fonte e riflesso ad un tempo – già a livello architettonico – di gerarchie e distanziamenti sociali, i quali sono stati forniti di infrastrutture e servizi essenziali tali da garantirne la non escissione rispetto alla restante parte urbana. E così, attraverso tali interventi, è stato possibile creare

[49] Sul superamento dei modi tradizionali di operare delle Amministrazioni in ambito urbanistico, si veda M. SCLAVI, *Avventure urbane. Progettare le città con gli abitanti*, Elèuthera, Milano, 2020, 7 ss., da cui è tratta la citazione nel testo.

[50] Un ripensamento del tradizionale paradigma pubblico-privato è da tempo auspicato da più parti in dottrina, soprattutto in quella più sensibile alla dimensione sociale di alcuni beni fondamentali. Tra i numerosi studi dedicati all'argomento, si rinvia, almeno, a U. MATTEI, *Beni comuni. Un manifesto*, Laterza, Roma-Bari, 2011; A. LUCARELLI, *La democrazia dei beni comuni*, Laterza, Roma-Bari, 2013; S. RODOTÀ, *Vivere la democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2017; V. TONDI DELLA MURA, *Della sussidiarietà orizzontale (occasionalmente) ritrovata: dalle linee guida dell'ANAC al Codice del Terzo settore*, in *Rivista AIC*, n. 1/2018. Da ultimo, il superamento di tale paradigma è stato poi individuato nel «costituzionalismo dei beni fondamentali», da intendersi come categoria comprensiva dei beni comuni, dei beni personalissimi e dei beni sociali. Cfr., L. FERRAJOLI, *La costruzione della democrazia. Teoria del garantismo costituzionale*, Laterza, Roma-Bari, 2021, 227 ss.

[51] Di simili esperienze, ne dà recentemente conto E. GRANATA, *Biodivercity*, op. cit., 129 ss.

[52] In tal senso, G. ZAGREBELSKY, *Intervento*, in I. ROMANO, *Cosa fare come fare. Decidere insieme per praticare davvero la democrazia*, Chiarelettere, Milano, 2012.

ambienti socio-spaziali in grado di sprigionare le energie creative degli abitanti della città, e superare quelle ferree e rigide logiche proprietarie che hanno sinora connotato la materia urbanistica[53].

Per di più, ad una estensione generalizzata delle pratiche partecipative si è aggiunta l'esigenza di garantire, attraverso le medesime, uno sviluppo urbano che possa assicurare la tutela degli equilibri ecosistemici. Come è stato detto, infatti, le grandi metropoli sono la causa prima dell'inquinamento atmosferico e, per nulla paradossalmente, la prima vittima dello stesso[54].

Di tutte queste problematiche sembra aver finalmente preso coscienza anche il legislatore nazionale, il quale, all'interno del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR), ha incluso l'«*Investimento 2.2: Piani urbani integrati*». Quest'ultimo, infatti, è dedicato alle periferie delle Città Metropolitane, e annovera tra gli altri strumenti «una pianificazione urbanistica partecipata, con l'obiettivo di trasformare territori vulnerabili in città *smart* e sostenibili, limitando il consumo di suolo edificabile». Così, «nelle aree metropolitane si potranno realizzare sinergie di pianificazione tra il Comune "principale" ed i Comuni limitrofi più piccoli con l'obiettivo di ricucire tessuto urbano ed extra-urbano, colmando deficit infrastrutturali e di mobilità». In tale prospettiva, «l'investimento prevede la predisposizione di programmi urbanistici di rigenerazione urbana partecipati, finalizzati al miglioramento di ampie aree urbane degradate, alla rigenerazione, alla rivitalizzazione economica, con particolare attenzione alla creazione di nuovi servizi alla persona e al miglioramento dell'accessibilità e dell'intermodalità delle infrastrutture anche allo scopo di trasformare territori metropolitani vulnerabili in territori efficienti, sostenibili e produttivi aumentando, ove possibile, il loro valore»[55].

Altro aspetto di non poco rilievo attiene alla possibilità di avvalersi, nei singoli interventi, della «co-progettazione con il Terzo settore», ai sensi dell'art. 55 del d.lgs. n. 117 del 2017 (c.d. "Codice del Terzo settore"), oltre che della partecipazione di investimenti privati nella misura massima del 30 per cento. Il precipuo obiettivo è quello di recuperare spazi urbani e aree già esistenti «promuovendo processi di

---

[53] Sul punto, non può che rinviarsi alle esaustive ed incisive riflessioni di S. SETTIS, *Architettura e democrazia*, op. cit., e F. LA CECLA, *Contro l'urbanistica*, op. cit., i quali, all'esito di argomentazioni che tracciano percorsi diversi ma preordinati ad una rifondazione dei tradizionali paradigmi d'azione dell'urbanistica, giungono, entrambi, ad auspicare una rimodulazione dei tradizionali strumenti politici utilizzati per orientare la popolazione verso trasformazioni territoriali riservate esclusivamente alla "competenza" dei detentori del potere pubblico. A tal proposito, imprescindibili sembrano essere altresì le riflessioni di U. ALLEGRETTI, voce *Democrazia partecipativa*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano, 2011.

[54] È questa la conclusione cui giungono tanto F. LA CECLA, *Contro l'urbanistica*, *op. ult. cit.*, 69, quanto E. GRANATA, *Biodivercity*, op. cit., 92.

[55] PNRR, p. 213. Il Piano è consultabile al seguente indirizzo: *https://www.governo.it/sites/governo.it/files/PNRR.pdf*.

partecipazione sociale e imprenditoriale». Tutti i progetti dovranno quindi «restituire alle comunità una identità attraverso la promozione di attività sociali, culturali ed economiche con particolare attenzione agli aspetti ambientali»[56].

Non è certamente questa la sede per approfondire il complesso universo della democrazia partecipativa in ambito urbanistico[57]. Né, tantomeno, il luogo più opportuno per analizzare partitamente statuti e leggi regionali che, nei fatti, hanno consentito a livello locale di adottare piani regolatori (PRG) maggiormente attenti alla partecipazione inclusiva e dal basso[58]. Nonostante i passi in avanti compiuti in molti territori italiani in termini di sensibilità democratica, sia lo stato della legislazione che, in concreto, le esperienze di urbanistica partecipata, appaiono infatti ad un livello di maturazione che impone, per il momento, di serbare una certa cautela in merito ai risultati prodotti dalle singole realtà locali[59].

Di sicuro, però, anche per merito dei fondi stanziati dal PNRR, un dato è certo: per la progettazione urbanistica e l'edilizia partecipata, sembra inaugurarsi una nuova primavera. Stagione che, questa volta, a differenza di quanto accaduto agli inizi degli anni Settanta del secolo scorso in occasione della innovativa esperienza dell'architetto De Carlo a Terni, si auspica possa generare maggiori attenzioni anche da parte della dottrina costituzionalistica[60].

---

[56] PNRR, p. 214.

[57] In argomento, L. BOBBIO, *A più voci. Amministrazioni pubbliche, imprese, associazioni e cittadini nei processi decisionali inclusivi*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2004.

[58] Oltre alle opere citate, si veda, poi, E. D'ALBERGO – D. LOTRECCHIANO – G. MOINI, *Pratiche partecipative a Roma. Le osservazioni al Piano regolatore e il Bilancio Partecipativo*, Comune di Roma, Roma, 2005; G. ALLEGRETTI – M.E. FRASCAROLI (a cura di), *Percorsi condivisi. Contributi per un atlante di pratiche partecipative in Italia*, Alinea, Firenze, 2006; A.L. PECORIELLO – F. RISPOLI, *Pratiche di democrazia partecipativa in Italia*, in *Democrazia e diritto*, n. 3/2006, 115 ss.; S. RAVAZZI, *Quando i cittadini decidono*, in *Rivista italiana di politiche pubbliche*, n. 2/2006, 61 ss.; L. PELLIZZONI (a cura di), *Democrazia locale. Apprendere dall'esperienza*, Istituto di sociologia internazionale di Gorizia e Dipartimento di Scienze dell'uomo dell'Università di Trieste, Gorizia, 2007; L. BOBBIO (a cura di), *Amministrare con i cittadini. Viaggio tra le pratiche di partecipazione in Italia*, Rubettino, Soveria Mannelli, 2008.

[59] Per alcuni esempi, cfr. M. BOSCHINI, *Comuni virtuosi. Nuovi stili di vita nelle pubbliche amministrazioni*, EMI, Bologna, 2005, spec. 47 ss.

[60] Il riferimento è al quartiere di Terni "Villaggio Matteotti", costruito a partire dal 1934 dalle Acciaierie di Terni per i dipendenti della società e finito in condizioni di degrado alla fine degli anni Sessanta. La società decise così di intervenire, affidando l'incarico all'architetto Giancarlo De Carlo, il quale, nell'accogliere l'invito, pose una serie di condizioni all'amministrazione. Tra queste, la partecipazione degli utenti a tutte le fasi del progetto, sotto la guida dell'architetto progettista. Tra i suoi intendimenti, dunque, quella di rendere i futuri abitanti soggetti attivi del processo insieme all'Amministrazione comunale, ai vertici aziendali delle Acciaierie, alle organizzazioni operaie e sindacali, coinvolgendo così più di 1.800 persone. Su tale importante esperienza italiana di urbanistica partecipata, per maggiori dettagli, G. DE CARLO, *La progettazione nel rapporto con le istituzioni e i cittadini. Il caso del Villaggio Matteotti a Terni*, in L. MENEGHETTI (a cura di), *Introduzione alla cultura della città*, CLUP, Milano, 1981, 109-122.

4.Annotazioni conclusive sulla non organicità della "materia".

Se è vero che le scelte pianificatorie appaiono null'altro che la risposta ai fabbisogni presenti ed a quelli prevedibili per il futuro (da qui il principio, di derivazione europea, del «consumo del suolo zero» e del conseguente principio del prioritario «riuso del patrimonio edilizio esistente»)[61], va detto però che nel contesto normativo italiano continua a mancare una legge "organica" statale che stabilisca i principi generali della materia[62].

Ed invero, ancora oggi chiamiamo legge fondamentale, o legge urbanistica, la risalente legge n. 1150 del 1942, i cui principi appaiono palesemente disallineati rispetto ad un contesto socio-economico che presenta esigenze all'epoca neppure sommariamente prese in considerazione[63], quali la tutela dell'ambiente, il rispetto del paesaggio e la preservazione dei beni culturali[64].

Una "mancanza" che continua a pesare all'interno di un contesto costituzionale peraltro fortemente provato dalle plurime incertezze originate dalla non felice formulazione dell'art. 117 della Costituzione[65], il quale «non ha evitato una stratificazione normativa che ha finito col porre spinosi problemi di coordinamento, non solo tra le diverse fonti nazionali e tra queste e quelle comunitarie, ma anche tra gli organi giurisdizionali»[66]. Vere e proprie aporie, che sono state da ultimo messe in rilievo dalla pronuncia n. 3820 del 2021 del Consiglio di Stato, con cui la IV Sezione

[61] Sul rapporto tra Costituzione e responsabilità intergenerazionali, si veda, almeno, R. BIFULCO – A. D'ALOIA, *Le generazioni future come nuovo paradigma del diritto costituzionale*, in ID. (a cura di), *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, Jovene, Napoli, 2008, XXIII ss.; A. D'ALOIA, *Generazioni future (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 2016, 331 ss.;S. GRASSI, *Ambiente e Costituzione*, in *Rivista Quadrimestrale di Diritto dell'Ambiente*, n. 3/2017, 10 ss.; A.M. BATTISTI, *Lavoro sostenibile. Imperativo per il futuro*, Giappichelli, Torino, 2018, 65 ss.; D. PORENA, *Il principio di sostenibilità*, op. cit., 1 ss.

[62] Per quanto, in realtà, in passato un tentativo di riordino dei principi fondamentali in materia di «governo del territorio» è stato fatto da parte del legislatore. Il provvedimento però (atto del Governo n. 610 del 2005) non ha mai visto la luce.

[63] Né, tantomeno, possono valere come principi "cornice" le disposizioni contenute nel D.P.R. n. 380 del 2001, meglio noto come Testo Unico dell'Edilizia. Quest'ultimo, invero, sebbene stabilisca che «il presente Testo Unico contiene i principi fondamentali e generali le disposizioni per la disciplina dell'attività edilizia» (art. 1, comma 1), e che «le Regioni esercitano la potestà legislativa concorrente in materia edilizia nel rispetto dei principi fondamentali della legislazione statale desumibili dalle disposizioni contenute nel Testo unico» (art. 2, comma 1), in realtà poi non prevede «nessuna formulazione espressa di principi, quanto piuttosto un insieme di norme di dettaglio, pienamente ed immediatamente applicabili, senza necessità che le Regioni legiferino in materia». Così M.G. FEOLA, *Lineamenti di diritto urbanistico*, op. cit., 127.

[64] In argomento, S. AMOROSINO, *Alla ricerca dei principi fondamentali della materia urbanistica tra potestà normative statali e regionali*, in *Riv. giur. ed.*, 1/2009, 3 ss.

[65] Sul non facile argomento delle «anomie» e delle «lacune» e, in particolare, sulle problematiche da esse determinate sul piano costituzionale, si veda R.G. RODIO, *Alcune riflessioni su anomie, lacune e limiti dell'interpretazione giurisprudenziale*, in *Rivista AIC*, n. 1/2019, 136 ss.

[66] A.M. NICO, *La tutela dell'ambiente nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, in F. GABRIELE – A.M. NICO (a cura di), *La tutela multilivello dell'ambiente*, op. cit., 168.

ha sollevato questione di legittimità costituzionale in ordine alla corretta ripartizione delle competenze statali, regionali e locali in materia urbanistica, lì dove ad emergere siano una pluralità di interessi differenziati, tutti di rango costituzionale[67].

A rilevare, ancora una volta, è la parcellizzazione delle competenze generata dalla riforma del Titolo V della Costituzione del 2001 (una riforma per molti aspetti decisamente infelice), con cui si è provveduto a riscrivere le regole fondamentali della distribuzione del potere su base territoriale[68]. Un esito, quest'ultimo, strettamente connesso al rafforzato ruolo delle autonomie territoriali che la suddetta riforma ha inteso implementare, sia sul versante del potere legislativo sia per quel che riguarda il potere amministrativo[69].

Per ciò che qui più interessa, v'è da dire che mentre la «tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali» è stata riservata alla competenza legislativa esclusiva dello Stato (art. 117, comma 2, *lett. s)*), la disciplina del «governo del territorio» e, dunque, dell'urbanistica, è stata invece attribuita al legislatore regionale, nei limiti però dei principi fondamentali stabiliti dallo Stato, secondo quello che è il criterio tipico della potestà legislativa concorrente (comma 3). Così come, e qui si percepisce tutta l'infelicità della revisione costituzionale del 2001, tra le materie di potestà legislativa attribuita alle Regioni figura anche la «valorizzazione» dei beni culturali e ambientali[70].

Se non ci si lascia abbacinare dalle rigide partizioni categoriali che talvolta animano il *modus operandi* dei giuristi[71], è d'uopo evidenziare come tra la materia «governo del territorio» e la materia «tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni

---

[67] La questione trae origine dall'esegesi dell'art. 6, comma 2, lett. *c-bis)*, della legge della Regione Puglia n. 14 del 2009, in relazione all'art. 117, comma secondo, *lett. s)*, Cost., nella parte in cui – prima dell'espressa abrogazione disposta dall'art. 1, della legge della Regione Puglia n. 3 del 2021 – rimette(va) ai Comuni, mediante motivata deliberazione del Consiglio comunale, «l'individuazione di ambiti territoriali nonché di immobili ricadenti in aree sottoposte a vincolo paesaggistico ai sensi del Piano paesaggistico territoriale regionale (PPTR), approvato con Deliberazione di G.R. n. 176/2015, nei quali consentire, secondo gli indirizzi e le direttive del PPTR, gli interventi di cui agli articoli 3 e 4 della presente legge, purché gli stessi siano realizzati, oltre che alle condizioni previste dalla presente legge, utilizzando per le finiture, materiali e tipi architettonici legati alle caratteristiche storico-culturali e paesaggistiche dei luoghi», in deroga al divieto posto dal precedente comma 1, *lett. f)*, del medesimo articolo 6.

[68] Con particolare riferimento ad alcune delle problematiche che qui ci occupano, si veda, in merito, A. MITROTTI, *Il riparto di competenze in materia di beni culturali alla luce del felice coniugio tra redditività del patrimonio culturale e diritto di accesso ai beni culturali*, in *Rivista AIC*, n. 4/2018, spec. 9 ss.

[69] Cfr. A. COLAVECCHIO, *La potestà legislativa regionale in materia urbanistica, oggi (ad oltre dieci anni dalla riforma del Titolo V della Costituzione)*, in *Scritti in onore di Stella Richter*, op. cit., vol. III, 1341 ss.

[70] Seppure, come è stato rilevato, anche grazie alla «valorizzazione» si è passati da una visione del «paesaggio» conservativo-statica, ad una funzionale-dinamica. Cfr. M.A. CABIDDU, *Diritto alla bellezza*, in *Rivista AIC*, n. 4/2020, 367 ss.

[71] Sia consentito, sul punto, rinviare ad A. GUSMAI, *La tutela costituzionale dell'ambiente tra valori (meta-positivi), interessi (mercificatori) e (assenza di) principi fondamentali*, in *Diritto Pubblico Europeo – Rassegna online*, fasc. 1, 2015.

culturali» esistano indubbi punti di contatto, se non vere e proprie sovrapposizioni[72]. Con la conseguenza che, in caso di antinomia, risulterà oltremodo difficoltoso individuare la fonte applicabile, così come alquanto problematica potrebbe sembrare la perimetrazione della competenza legislativa regionale in «materie» che di per sé sono «non materie»[73]. Infatti, più che ad ambiti disciplinari, esse attengono ad un insieme di attività finalisticamente orientate a realizzare in concreto degli obiettivi – come la tutela e la valorizzazione dell'ambiente, piuttosto che la pianificazione e la programmazione degli spazi dell'*urbs* – difficilmente cristallizzabili nell'astrattezza di un elenco di competenze normative[74].

Tuttavia, con riferimento specifico a quest'ultimo aspetto, la risoluzione dell'evocato interrogativo non sembrerebbe[75], invero, così difficile, sol che si pensi a quanto costantemente ribadito dalla Corte costituzionale nell'alluvionale produzione giurisprudenziale degli ultimi decenni[76]. Laddove si debba trovare una linea di confine tra le due materie, dice la Corte, ad arretrare non può che essere la competenza regionale, a cui spetta il «governo del territorio»[77]. E questo perché la discrezionalità pianificatoria trova un limite particolarmente invasivo negli altri interessi differenziati di rango costituzionale (paesaggio, ambiente, beni culturali), la

[72] Rilevate, ancor prima della riforma del Titolo V della Costituzione del 2001, da G. MORBIDELLI, *Il regime amministrativo speciale dell'ambiente*, in AA.VV., *Scritti in onore di Alberto Predieri*, Giuffrè, Milano, 1996, 1121 ss.

[73] Si tratta di «materie non materie», nella perspicua definizione di A. D'ATENA, *Diritto regionale*, Giappichelli, Torino, 2013, II ed., 163. «Materie non materie», sostiene l'Autore, «le quali identificano competenze legislative dello Stato costruite in termini finalistici: in funzione, cioè, del fine e non dell'ambito di incidenza», e che, pertanto, «si presentano come competenze senza oggetto, chiamate a definire se stesse (o, più esattamente il rispettivo ambito di incidenza), mediante il proprio esercizio».

[74] Sul punto la dottrina non sembra esitare. Si veda, tra gli altri, S. AMOROSINO, *Il "governo del territorio" tra Stato e Regioni ed enti locali*, in *Riv. giur. ed.*, n. 3/2003, 77 ss.; e M.A. SANDULLI, *Effettività e semplificazioni nel governo del territorio: spunti problematici*, in *Dir. Amm.*, 3/2003, 513-514.

[75] Tra i commentatori c'è, invero, chi sostiene che la tutela del paesaggio rientri nella competenza esclusiva residuale delle regioni. Si veda, ad esempio, S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Ambiente e paesaggio nel nuovo titolo V della Costituzione*, in *Aedon, Rivista di arti e diritto on line*, n. 1/2012.

[76] Specie a partire da Corte cost., sent. n. 151 del 1986. Esattamente vent'anni dopo, si veda, in modo ancora più univoco, Corte cost., sent. n. 182 del 2006. Del resto, anche se si osserva l'andamento del contenzioso in via principale, si scopre che molte delle questioni di legittimità sollevate dal Presidente del Consiglio dei ministri hanno ad oggetto leggi regionali in materia di edilizia e urbanistica e sulla tutela del paesaggio. Cfr. A. PERTICI, *Il confronto politico nel giudizio sulle leggi in via d'azione*, in G. CAMPANELLI – F. DAL CANTO – E. MALFATTI – S. PANIZZA – P. PASSAGLIA – A. PERTICI (a cura di), *Le garanzie giurisdizionali. Il ruolo delle giurisprudenze nell'evoluzione degli ordinamenti. Scritti degli allievi di Roberto Romboli*, Giappichelli, Torino, 2010, 76.

[77] Secondo il giudice delle leggi, l'art. 117, comma 2, lett. *s)*, Cost., e, dunque, le disposizioni del Codice dei beni culturali e del paesaggio, si pongono quale limite alla competenza legislativa regionale, anche se a Statuto speciale. Cfr. Corte cost., sent. n. 178 del 2018, *Considerato in diritto* 2.1, in riferimento alla Regione Sardegna. In merito all'«autonomia» di quest'ultima regione, si veda, da ultimo, A. DEFFENU, *Introduzione. Gli usi civici in Sardegna: un laboratorio per ripensare l'autonomia regionale*, in ID. (a cura di), Giappichelli, Torino, 2021, XXI ss.

cui tutela non può non rientrare nella competenza degli organi statali[78]. Nella pianificazione vige, come di recente è stato rammentato, una «gerarchia»[79].

In particolare, una recentissima pronuncia del giudice delle leggi, nel dichiarare l'illegittimità costituzionale della Legge regionale pugliese n. 52 del 2019 per violazione della sfera di competenza statale, ha ribadito che «il principio di prevalenza della tutela paesaggistica deve essere declinato nel senso che al legislatore regionale è impedito non solo adottare normative che deroghino o contrastino con norme di tutela paesaggistica che pongono obblighi o divieti, ossia con previsioni di tutela in senso stretto, ma, altresì, introdurre limiti o condizioni, in qualsiasi forma, senza che ciò sia giustificato da più stringenti ragioni di tutela». Ragioni, queste, che evidentemente possono «trovare riconoscimento anche negli strumenti urbanistici regionali o comunali, tanto più, poi, se dette limitazioni trovino giustificazione in mere esigenze urbanistiche». Non a caso, puntualizza ancora la Consulta, «affinché sia preservato il valore unitario e prevalente della tutela paesaggistica (sul quale, fra le molte, sentenze n. 11 del 2016, n. 64 del 2015 e n. 197 del 2014), deve, infatti, essere salvaguardata la complessiva efficacia del piano paesaggistico, ponendola al riparo dalla pluralità e dalla parcellizzazione degli interventi delle amministrazioni locali (sentenza n. 182 del 2006)»[80].

Il vero problema, sul piano costituzionale, sembra dunque essere questo: poiché la materia «governo del territorio» rientra tra le competenze legislative concorrenti, tutte le Regioni debbono muoversi nell'ambito dei principi fondamentali stabiliti dalle leggi dello Stato, qualificate per l'appunto "leggi cornice" o "leggi quadro". Poiché però manca una legge statale che enuclei espressamente i principi fondamentali in materia di governo del territorio (la L.U. del 1942 è ormai, come si accennava, inidonea a far trasparire principi fondamentali che abbiano una reale forza orientativa, in funzione uniformizzante, dell'attività legislativa regionale), pare oltremodo difficile individuare un valido paradigma alla luce del quale poter giudicare la parcellizzazione – a tratti scomposta – degli interventi regionali e delle amministrazioni locali[81].

È piuttosto evidente, inoltre, il compito di "supplenza" assunto sul punto dalle leggi statali in materie "confinanti" con il governo del territorio, le quali si sono così appropriate della valenza di "cornice", ossia di "limite" alla potestà legislativa

[78] Per una recente ricostruzione, si veda A. IACOVIELLO, *La competenza legislativa regionale in materia di* governo del territorio *tra esigenze unitarie e istanze di differenziazione*, op. cit., 360 ss.
[79] Si veda M. ASARO, *La supremazia della pianificazione paesaggistica. (nota a Consiglio di Stato, Sez. IV, 29 marzo 2021, sentenza n. 2640)*, in *AmbienteDiritto.it*, fasc. n. 3/2021, 12 ss.
[80] Corte cost., sent. n. 74 del 2021, *Considerato in diritto 3.2.2.*
[81] Utili, in argomento, le annotazioni di G. PAGLIARI, *La materia "governo del territorio" nella giurisprudenza costituzionale*, in *Riv. giur. urb.*, 3-4/2014, numero speciale *Uso e trasformazione del territorio. Dal Testo unico dell'edilizia al decreto "Sblocca Italia"*, 317 ss.

regionale in materia urbanistica[82]. Tra queste, a risaltare sono proprio le leggi statali in materia di ambiente (si pensi al c.d. Codice dell'ambiente) e la legislazione statale in materia di beni culturali (e qui si pensi al Codice dei beni culturali e del paesaggio, d.lgs. n. 42/2004, art. 145, comma 3, da cui è già possibile desumere la prevalenza delle previsioni contenute nei piani paesaggistici sugli altri strumenti urbanistici degli enti territoriali), la cui strettissima contiguità con il governo del territorio implica fisiologicamente che tali leggi fungano da limite di principio per la legislazione regionale[83].

Per concludere, la ricostruzione del contesto giuridico-costituzionale e legislativo sembra suggerire l'improcastinabilità di un intervento del legislatore nazionale atto a dare organicità al *corpus* legislativo statale intanto stratificatosi durante il periodo repubblicano[84]. Un approdo normativo, cioè, capace di far emergere quei «principi fondamentali» regolanti la materia, così come preteso dalla logica fatta propria e presupposta dall'art. 117 della Carta repubblicana[85].

Se non si andrà in questa direzione, nella perdurante assenza di una legge "organica" statale che detti i "principi", l'edilizia e l'urbanistica continueranno ad essere governate dal confuso sovrapporsi di leggi statali, delle tante leggi regionali e, soprattutto, come poi di fatto avviene nella realtà, dalla baraonda delle interpretazioni giurisprudenziali[86].

---

[82] Operazione, questa, ormai da tempo legittimata dal giudice delle leggi. Si veda, *ex plurimis*, Corte cost., sent. n. 282 del 2002.

[83] Di qui la condivisibilità del ragionamento del supremo Consesso amministrativo, lì dove risolve l'antinomia tra le varie fonti regolanti la materia pianificatoria dando prevalenza al «criterio gerarchico» su quello «cronologico». Cfr. *Cons. St., Sez. IV, 29 marzo 2021, sentenza n. 2640*.

[84] Esigenza, questa, avvertita dalla dottrina anche in riferimento al diritto ambientale. Si veda S. GRASSI, *Ambiente e Costituzione*, op. cit., 28 ss., secondo cui piuttosto che «introdurre il "diritto all'ambiente" in Costituzione», andrebbe «elaborata una legge (organica) sui principi per la tutela dell'ambiente».

[85] Del resto, come dicono i regionalisti, soltanto la legge dello Stato, definendo i «principi», assicura l'«unitarietà». Mentre le leggi regionali, attraverso i «dettagli», non possono che – al contrario – generare «differenziazione». In tal senso, M. CARLI, *Diritto regionale*, Giappichelli, Torino, 2018, 101. E, come è stato opportunamente detto a proposito del c.d. «regionalismo differenziato», non bisogna dimenticare che esso «incide sulla forma di Stato e influisce sul punto di equilibrio tra principio di autonomia e principio di solidarietà anche territoriale». A precisarlo è A. PATRONI GRIFFI, *Regionalismo differenziato e uso congiunturale delle autonomie*, in *Diritto Pubblico Europeo Rassegna online*, numero speciale 2/2019, 43. Così come, a monte, ad essere ulteriormente indebolito dal regionalismo differenziato potrebbe essere il ruolo riservato al Parlamento, «quale organo centrale nella determinazione dell'indirizzo politico». Così A. SAITTA, *Audizione resa il 13 giugno 2019 innanzi alla Commissione parlamentare per l'attuazione del federalismo fiscale sull'attuazione e le prospettive del federalismo fiscale e sulle procedure in atto per la definizione delle intese ai sensi dell'articolo 116, terzo comma, della Costituzione*, in *Osservatorio AIC*, fasc. 4/2019, 58 ss.

[86] Sul punto, si veda, nuovamente, M.G. FEOLA, *Lineamenti di diritto urbanistico*, op. cit., 7 ss.

IL PGRA E IL CONTRATTO DI FIUME DELL'ARNO: STRUMENTI PER UNA "PREVENZIONE CONSAPEVOLE" DELLE ALLUVIONI

Bruno Ballerini

ABSTRACT [ITA]: Il rapporto tra il Contratto di Fiume e il Piano di Gestione del Rischio Alluvioni è l'oggetto delle valutazioni di questo contributo. Ripercorrendo la storia dei principali interventi normativi riguardanti il fiume Arno a seguito della tragica alluvione del 1966, si cerca di delineare l'attuale sviluppo delle relazioni tra questi due istituti, attraverso l'approfondita ricostruzione delle loro principali peculiarità. Il Contratto di Fiume, in particolare, viene affrontato con approccio dinamico, passando da un'analisi di ampio respiro della normativa di diritto internazionale allo studio di alcuni casi riguardanti il ruolo delle Autorità di Bacino Distrettuali.

ABSTRACT [ENG]: The relathionship between the River Contract and the Flood Risk Management Plans (FRMP) is the main theme of this article. It will go over the history of the law of risk management of the Arno river after the tragic flood of 1966, trying to understand the actual development of the relationship of the two institutes, wih a deep dive into the characteristics of each one. Particularly, the River Contract will be studied with a dynamic approach that will cover the analysis of the international law and the role played by the Risk Management A*uthorities* (RMAs).

SOMMARIO: 1. Premessa. – **2.** La disciplina sulle alluvioni dal 1966 ad oggi. – **2.1** Gli effetti dell'Alluvione del 1966: cenni storici. – **2.2.** La legge 183/1989: l'introduzione dell'Autorità di Bacino dell'Arno. – **2.3.** Il Decreto Sarno: il Piano di Assetto Idrogeologico (PAI). – **2.4.** La Normativa Europea. – **2.4.1.** Le novità della Direttiva Acque e della Direttiva Alluvioni. – **2.4.2.** L'attuazione delle direttive europee: il D.lgs 152/2006 e il D.lgs 49/2010. – **3** Il Piano di Gestione del Rischio Alluvioni (PGRA). – **3.1.** Il concetto di "gestione" e gli elementi di rilievo nel PGRA. – **3.2.** La "filosofia" delle misure di prevenzione del PGRA dell'Arno. – **3.3.** Il nuovo ruolo dell'autorità di bacino dell'Arno: L'integrazione del PAI nel PGRA. – **3.4.** Mappe della pericolosità. – **3.4.1.** Mappe della pericolosità dell'Autorità di bacino distrettuale dell'Appennino Settentrionale. – **3.4.2.** Il rapporto tra PAI e PGRA per le mappe di pericolosità. – **3.5.** Tipologie di interventi. – **3.6.** "Infrastrutture verdi": misure di protezione integrata. – **3.7** L'attualità di una nuova Alluvione: tra percezione e realtà. – **4.** Il Contratto di Fiume. – **4.1.** Premessa e nozione. – **4.2.** Disciplina internazionale. – **4.3.** Cenni storici e disciplina europea. – **4.4.** Normativa italiana. – **4.4.1.** Recepimento e attuali riferimenti normativi. – **4.4.2.** L'Osservatorio Nazionale dei Contratti di Fiume. – **4.5.** Il Contratto di Fiume in Toscana. **4.5.1.** Il CdF e il suo rapporto con il PGRA. – **4.5.2.** Procedura del Contratto di Fiume. – **4.5.3.** Un Contratto dei contratti: il Patto per l'Arno. – **5**. Conclusioni.

«Indi la valle, come 'l dì fu spento,
da Pratomagno al gran giogo coperse
di nebbia; e 'l ciel di sopra fece intento,

sì che 'l pregno aere in acqua si converse;
la pioggia cadde, e a' fossati venne
di lei ciò che la terra non sofferse;

e come ai rivi grandi si convenne,
ver' lo fiume real tanto veloce
si ruinò, che nulla la ritenne.»

Dante Alighieri, Canto V del Purgatorio

1. Premessa.

Il problema della gestione del bacino idrografico dell'Arno nasce dall'osservazione di quel rapporto quotidiano e al tempo stesso secolare che i Toscani intrattengono col proprio fiume principale. La volontà di ricostruire l'attuale quadro normativo che ruota attorno a questo corso d'acqua nasce dall'immaginario collettivo riguardo gli avvenimenti della tragica alluvione del 1966: comprendendo la delicatezza del problema si è cercato di ricostruire l'attuale disciplina dell'Arno cercando di analizzare in particolare cosa leghi, da un punto di vista normativo, le persone al proprio fiume, soffermandosi su due importanti strumenti come il PGRA e il Contratto di Fiume che vedono coinvolte da vicino le realtà locali. Per far questo è stato ritenuto necessario ripercorrere, da un lato, la storia della disciplina in materia di alluvioni e dall'altro, cercare di capire, anche da un punto di vista internazionale ed europeo, quali siano le origini dell'innovativo strumento del Contratto di Fiume.

Questo approccio permette di comprendere fino in fondo quanto, nel caso del PGRA, questo strumento normativo sia il frutto di un lungo processo storico in cui gravissimi eventi alluvionali e franosi sono spesso stati la spinta decisiva per rendere il diritto in questo campo uno strumento non rimediale ma che svolga una funzione programmatica e di indirizzo; al tempo stesso questo approccio applicato allo studio dell'evoluzione del Contratto di Fiume e della sua compatibilità con il bacino fluviale dell'Arno, permette di osservare da vicino il "dinamico" tema del coinvolgimento diretto dei cittadini, arrivando ad intuire le più prossime tendenze e prospettive di questo istituto.

Si è infine tentato di ricostruire quale sia il rapporto tra questi due strumenti normativi che fin da subito si è ritenuto essere fortemente complementari. In questo elaborato il fiume Arno ci accompagnerà per tutti i suoi 241 chilometri, suggerendoci lui risposte concrete a dubbi applicativi e interpretativi che verranno affrontati.

2. La disciplina sulle alluvioni dal 1966 ad oggi.

2.1. Gli effetti dell'Alluvione del 1966: cenni storici.

Le problematiche relative alla difesa del suolo in Italia sono da sempre molto sentite, come dimostra la ricorrente emanazione di leggi e decreti al riguardo fin dall'inizio del XX secolo con il fondamentale r.d. 523/1904, il T.U. sulle opere idrauliche.

Tuttavia. a seguito di un evento epocale come quello delle esondazioni del fiume Arno nel 1966 che coinvolse in primis la città di Firenze, fu emanata la Legge 632/1967 con la quale si istituì la Commissione Interministeriale per lo studio della sistemazione idraulica e della difesa del suolo, che proseguì il lavoro della precedente commissione ministeriale istituita nel 1966 all'indomani dell'alluvione.

La Commissione Interministeriale, presieduta da Giulio De Marchi, aveva come obiettivi principali la sistemazione idraulica ed idrogeologica del territorio e la difesa del suolo, considerando come unità territoriale il bacino idrografico. [1] La Commissione definì infatti il concetto di "difesa del suolo" intendendolo soprattutto come difesa idraulico-fluviale e idraulico-forestale, individuando un vasto piano di interventi che definiva indirizzi e modalità di applicazione degli stessi con riferimento alla situazione dell'epoca e ad i suoi prevedibili sviluppi. Emerse che fino a quel momento l'intervento per la difesa del suolo era stato solitamente episodico e condizionato dall'urgenza, senza che la spesa pubblica si fosse mai interessata a grandi opere di prevenzione dei disastri idrogeologici.[2]

2.2. La legge 183/1989: l'introduzione dell'Autorità di Bacino dell'Arno.

Nel 1977, con il D.P.R. n. 616, è stato trasferito alle Regioni l'insieme delle funzioni concernenti la difesa del suolo, ma è la Legge 183 del 1989 a segnare veramente un

[1] G. GISOTTI, M. BENEDINI, *Il Dissesto Idrogeologico*, 1985, pag. 208 e ss.
[2] A. FORLI, T. GUIDA, *Il Rischio Idrogeologico in Italia*, 2009, pag. 279- 281.

punto di svolta in materia, con l'istituzione delle Autorità di Bacino, a conclusione di un iter di studi avviatosi dall'inizio degli anni 70'.

Infatti con la L. 183/1989 recante "Norme per il riassetto organizzativo e funzionale della difesa del suolo" è stato possibile impostare, in maniera innovativa e organica, il quadro generale della difesa del suolo. Questa ha riorganizzato il sistema delle competenze, assegnando compiti di pianificazione e programmazione all'Autorità di Bacino, definita come "*il soggetto che costituisce il modello sistematico dell'organizzazione della difesa del suolo e di disciplina delle risorse idriche e che opera in conformità con gli obiettivi perseguiti dalla legge considerando i bacini idrografici come unità territoriali di riferimento*".I bacini idrografici vengono intesi nella normativa come ambito fisico di pianificazione, in cui avvengono modificazioni ad opera di fenomeni naturali o provocati dall'uomo e la legge stessa li classifica distinguendoli in nazionali, interregionali e, in via residuale, regionali.[3]

L'Autorità di Bacino (AdB) si compone degli organi del comitato istituzionale, del comitato tecnico, il segretario generale e la segreteria tecnico-operativa. Il primo è presieduto dal Ministro dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare ed è composto da varie figure politiche, mentre il Comitato Tecnico è l'organo principale dell'Autorità ed ha il compito di elaborare il Piano di Bacino. Per ogni bacino infatti si prevedeva la stesura di un Piano per la tutela delle acque, la salvaguardia dell'ambiente naturale e la compatibilità ambientale dei sistemi produttivi che venisse periodicamente aggiornato.

Il Piano di Bacino è nato dunque come uno strumento *conoscitivo* delle criticità del territorio, *normativo* in quanto detta vincoli per la tutela del suolo e infine *tecnico-operativo* in quanto individua gli interventi da eseguire. [4]

La successiva Legge 493/1993 ha invece introdotto la possibilità di procedere per "piani stralcio", relativi ad aree omogenee, facilitando la risoluzione dei problemi più urgenti.

Il Piano di Bacino, da coordinare con programmi nazionali e subregionali di sviluppo economico e di uso del suolo, si attua secondo la L.183/1989 attraverso 3 fasi:

[3] Piano di Bacino del Fiume Arno, sintesi del progetto di piano stralcio, Autorità di Bacino del fiume Arno, 1996, pag. 55 e ss.
[4] P. CANUTI E. PRANZINI (a cura di), *La Gestione delle Aree franose*, 1989, pag. 231-237.

Conoscitiva, con il fine di individuare situazioni di degrado e di acquisire la situazione normativa vigente sul territorio (strumenti urbanistici, vincoli paesaggistici, ecc.).

Normativa e prescrittiva, applicata negli ambiti delle attività connesse alla tutela del territorio e delle acque.

Programmatica, rivolta alla definizione delle linee metodologiche degli interventi e alla valutazione dal punto di vista finanziario

Possiamo concludere che sicuramente tra le finalità della Legge 183/1989 vi è quella per cui la pianificazione non debba limitarsi alla messa in sicurezza del territorio, quindi alla sua mera "sistemazione", ma debba rivolgersi anche alla "conservazione" e al "recupero" della naturalità dei luoghi.

2.3. Il Decreto Sarno: il Piano di Assetto Idrogeologico (PAI).

Il D.L. Sarno 180/1998, varato dopo i disastri franosi nella regione Campania e poi convertito in legge con la L.267/1998, ha disposto, tra l'altro, l'adozione, da parte di tutte le Autorità di Bacino dei Piani Stralcio per l'Assetto Idrogeologico (PAI). Con il D.P.C.M. del 29 settembre 1998 sono stati indicati i criteri ed i metodi per la redazione dei Piani per l'Assetto Idrogeologico attraverso l'espletamento delle seguenti fasi fondamentali: l'individuazione delle aree soggette a rischio idrogeologico, attraverso l'acquisizione delle informazioni disponibili sullo stato del dissesto; la perimetrazione, valutazione dei livelli di rischio e definizione delle conseguenti misure di salvaguardia; programmazione della mitigazione del rischio.

La stessa legge all'art 1bis invita le Autorità di Bacino entro il 31 Ottobre 1999 alla stesura di Piani straordinari per quelle aree ritenute a rischio idrogeologico molto elevato per l'incolumità delle persone, la sicurezza delle infrastrutture e del patrimonio ambientale e culturale: questi Piani straordinari (in alcuni casi estesi nella validità temporale dalla cd Legge Soverato 365/2000) son stati approvati praticamente su tutto il territorio nazionale e sono andati per lo più a confluire nei PAI.

Si evince da tutto ciò come la filosofia del Decreto Sarno modifichi le impostazioni della disciplina del 1989, passando dal concetto di studio della pericolosità degli

eventi sul territorio al concetto di rischio; ci si concentra ora sugli interventi mirati alla salvaguardia dell'incolumità della popolazione esposta agli effetti di fenomeni naturali, la cui gravità viene adesso misurata in termini di danno economico[5].

Infine vale la pena ricordare l'importante ruolo svolto dal punto di vista pratico dal già richiamato D.P.C.M. del 29 settembre 1998 attuativo del D.L. 180/1998 in cui sono stati indicati i criteri ed i metodi per l'individuazione del rischio dipendente dai fenomeni di carattere idrogeologico facendo riferimento alla formulazione semplificata (valutazione speditiva del rischio), secondo cui il **rischio totale R** (classificato in 4 classi da R1-rischio moderato a R4-rischio molto elevato) è dato dal prodotto dei seguenti fattori: **P** (pericolosità o probabilità di accadimento dell'evento calamitoso); **E** (il valore degli elementi a rischio); **V** (vulnerabilità degli elementi a rischio).

Nel caso dell'Arno qui la linea seguita dall'Autorità di Bacino per la riduzione del rischio totale R è stata quella di realizzare in un primo momento lo scolmatore di piena di Pontedera (completato per la prima volta nel 1987 ma poi continuamente ampliato) e la diga di Bilancino (2001) nel Mugello per contenere la portata dell'affluente Sieve (che nell'Alluvione del 1966 ebbe un ruolo determinante), per poi concentrarsi sui progetti di "casse di espansione", serbatoi dove l'Arno può riversare l'acqua mitigando il picco di piena[6].

2.4. Normativa Europea.

2.4.1. Le novità della Direttiva Acque e della Direttiva Alluvioni.

La Direttiva 2000/60/CE (Direttiva Quadro sulle Acque) che istituisce un quadro per l'azione comunitaria in materia di acque ha introdotto un approccio innovativo nella legislazione europea in materia di acque, sia dal punto di vista ambientale che di gestione amministrativa. La Direttiva si propone obiettivi ambiziosi, riassumibili nel concetto di prevenzione del deterioramento qualitativo e quantitativo dello stato delle acque e nell'assicurare un utilizzo sostenibile della risorsa idrica, rendendo partecipi i cittadini delle scelte adottate in materia.

[5] A. FORLI, T. GUIDA, *Il Rischio Idrogeologico in Italia*, cit., pag. 286-288.
[6] E. D'ANGELIS, *Italiani con gli Stivali*, 2009, pag. 152-153.

La normativa prevede il superamento della storica tripartizione che ha da sempre caratterizzato il settore (tutela delle acque, difesa dalle acque e gestione della risorsa idrica): al fine di ricondurlo ad un'unica cornice normativa di riferimento stabilisce che i singoli Stati Membri individuino dei "distretti idrografici" per la gestione delle acque a livello di "bacino idrografico". Le autorità dei distretti preposte dagli Stati Membri si dovranno occupare in particolare di approfondire le caratteristiche naturali dei bacini e fare un'analisi economica dell'utilizzo idrico, sulla cui base redigere Piani di Gestione delle Acque (PGA).

La direttiva 2007/60/CE si inserisce in questo ambito di politiche europee in tema di risorsa idrica iniziato col nuovo millennio. La direttiva 2007/60/CE integra la direttiva "Acque" in materia di gestione del rischio di alluvioni (cd. "*extending the scope*"), affrontando nello specifico tale aspetto (*mitigare gli effetti delle inondazioni*) che nella direttiva quadro è unicamente richiamato tra le finalità generali. Lo strumento individuato per il raggiungimento di tale scopo è il PGRA, il Piano di Gestione del Rischio Alluvioni, in cui devono figurare vari elementi, indicati dalla stessa Direttiva, tra cui: le conclusioni della valutazione preliminare del rischio di alluvioni; le mappe della pericolosità e del rischio di alluvioni; gli obiettivi del Piano e la sintesi delle misure per il loro raggiungimento; la descrizione della metodologia di analisi dei costi e benefici dell'intero Piano.

Il rapporto tra PGA e il PGRA è chiarito dalla stessa Direttiva 2007/60/CE secondo cui i due piani dovrebbero riuscire a sfruttare le reciproche potenzialità di sinergie e benefici comuni, garantendo efficienza e razionalità nell'utilizzo delle risorse.

2.4.2. L'attuazione delle direttive europee: il D.lgs 152/2006 e il D.lgs 49/2010.

Con cd Codice dell'Ambiente, il D.lgs. 3 aprile 2006 n.152(di recepimento, tra l'altro, della Direttiva Quadro sulle Acque 2000/60/CE) viene abrogata la Legge 183/1989 anche se la parte III del decreto legislativo continua a disciplinare la difesa del suolo e la messa in sicurezza delle situazioni a rischio idrogeologico richiamandosi nella sostanza ai contenuti della legge abrogata.

Per il perseguimento degli obiettivi e delle finalità della difesa del suolo gli Enti preposti si devono attivare in tre direttrici:

1. attività conoscitiva;
2. attività di pianificazione e programmazione;
3. attività di realizzazione degli interventi.

La modifica principale nell'assetto organizzativo della difesa del suolo introdotta dal decreto è sicuramente la soppressione delle Autorità di Bacino istituite nel 1989 e l'istituzione delle Autorità di Bacino Distrettuale negli 8 distretti idrografici individuati sul territorio italiano. La struttura di queste Autorità richiama ancora una volta quella delle Autorità di Bacino preesistenti, con la conferenza istituzionale permanente che si sostituisce al comitato istituzionale e la conferenza operativa di servizi che si sostituisce al comitato tecnico. In realtà le Autorità di Bacino sono state successivamente prorogate con il D. Lgs. 284/2006 secondo gli stessi dettami della legislazione previgente e sostituite solo il 17 Febbraio 2017, quando è entrato in vigore il decreto del Ministro dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare n. 294 del 25 ottobre 2016 che ha introdotto le nuove Autorità Distrettuali in via definitiva. In particolare, l'Arno rientra oggi nel distretto dell'Appenino Settentrionale, il quale ricomprende anche i bacini liguri, il bacino del Magra, il bacino del Serchio e tutti i bacini toscani dal Carrione all'Albegna, con esclusione del bacino del Fiora (che passa al Distretto Idrografico dell'Appennino Centrale).

Il piano viene adottato a maggioranza della conferenza istituzionale permanente e analogamente a prima prevede piani di intervento triennali. L'iter di approvazione del piano di bacino invece, diversamente da prima, viene sottoposto alla valutazione ambientale strategica (VAS) in sede statale, secondo la procedura contenuta nel decreto stesso.

Per quanto concerne la pianificazione dell'assetto idrogeologico, gli allegati del D.Lgs. 152 /2006 non emanano indirizzi in base ai quale redigere il Piano di Bacino Distrettuale pertanto, almeno per quanto riguarda lo stralcio relativo all'assetto idrogeologico, il Piano di Distretto ha le stesse finalità e lo stesso contenuto del piano della L.183/1989, così come integrato dal D.L. 180/1998. Sono stati però introdotti innovativi meccanismi premiali per i proprietari di zone agricole e boschive che attuino interventi idonei a prevenire fenomeni di dissesto idrogeologico (con l'indicazione nel Piano delle risorse finanziarie preposte a tale scopo).

Infine abbiamo D.Lgs 49/2010 attuativo della Direttiva "Alluvioni" che recepisce la fondamentale novità in materia di prevenzione del rischio idrogeologico: il PGRA. L'Italia decide però di non svolgere la valutazione preliminare del rischio di cui all'art.4 della Direttiva 2007/60 in conformità con l'art. 13 della stessa Direttiva, avendo già provveduto con il PAI, prima del 22 dicembre 2010, all'elaborazione di mappe della pericolosità e alla stesura di piani per il rischio alluvione[7]

3. Il Piano di Gestione del Rischio Alluvioni (PGRA).

3.1. Il concetto di "gestione" e le caratteristiche di rilievo del PGRA.

Il Piano di Gestione del Rischio Alluvioni (PGRA) trova il suo fondamento nella cd Direttiva Alluvioni, che ha come scopo precipuo quello di "*istituire unquadro per la valutazione e la gestione dei rischi di alluvione volto a ridurre leconseguenze negative per la salute umana, l'ambiente, il patrimonio culturale e le attivitàeconomiche connesse con le alluvioni*".

Di fondamentale importanza risulta essere l'art.7 della direttiva che spiega l'ambito di applicazione dei Piani "anti-alluvione" stabilendo che essi si occupano di "*tutti gli aspetti della gestione del rischio di alluvioni, e in particolare la prevenzione, la protezione e la preparazione, comprese le previsioni di alluvioni e i sistemi di allertamento, e tengono conto delle caratteristiche del bacino idrografico o del sottobacino interessato.*"

Come si intuisce la novità del PGRA proveniente dal legislatore europeo sta tutta nel concetto di "gestione": si parla infatti di gestione dell'evento e ciò implica un vero e proprio cambio di impostazione rispetto anche al più recente passato.

Innanzitutto diventa imprescindibile gestire sia la fase del "tempo differito" (prima dell'evento) che quella del "tempo reale" (durante l'evento) in un'unica catena di analisi ed azioni conseguenti. Ciò significa che un evento si affronta sia con la prevenzione, tramite la realizzazione delle misure di protezione, sia con le azioni di protezione civile, all'interno quindi di un'unica e più ampia pianificazione

[7] Documento conclusivo del tavolo tecnico Stato-Regioni, 2013, pag. 2-8.

omnicomprensiva. Per far ciò occorre in primo luogo una dettagliata fase di analisi (che porti alla definizione di un nuovo e unico quadro conoscitivo della pericolosità e del rischio idraulico su scala del bacino idrografico), in secondo luogo una fase di individuazione degli obiettivi da raggiungere (basata su una robusta valutazione costi-benefici) ed infine una fase di predisposizione del Piano, seguita dalla sua attuazione per step successivi.

Il PGRA rappresenta dunque il nuovo *masterplan* di riferimento ai fini della pianificazione e gestione del rischio idrogeologico nel nostro Paese, anche perchè tutto il procedimento prevede una continua e costante attività di informazione, comunicazione e condivisione delle scelte con gli stakeholders (istituzionali e non) presenti sul territorio.

3.2. La "filosofia" delle misure di prevenzione del PGRA dell'Arno.

La norma principale su cui è impostata tutta la disciplina di piano è che, sia nella aree a pericolosità elevata che media, qualsiasi intervento edificatorio debba essere realizzato in maniera tale da non provocare dei rischi per i beni esistenti e in condizioni tali da poter gestire il rischio a cui è soggetto. Questo vuol dire in primo luogo che qualsiasi nuovo insediamento non deve portare pericolo agli altri, al fine di non peggiorare ulteriormente le situazioni problematiche già esistenti. In secondo luogo, chi va a pianificare nuovi insediamenti deve avere ben chiara la percezione del rischio a cui questi sono soggetti e deve attuare accorgimenti tali per poterlo "gestire". [8] Ancora una volta si sottolinea che l'uso normativo del concetto di gestione comporta un cambio considerevole di impostazione, poiché teoricamente consente anche di mantenere un rischio residuo, alla condizione che questo sia conosciuto e ben percepito dai soggetti in gioco, da gestire responsabilmente al momento dell'evento.

Fatta salva pertanto questa regola principale, valida in assoluto, la disciplina si sviluppa poi con disposizioni tese a considerare l'opportunità o meno di certe scelte

[8] Rapporto ambientale Valutazione Ambientale Strategica (VAS), Autorità di Bacino dell'Arno 2015, pag . 38 e ss.

di tipo urbanistico. Da qui, ad esempio, nasce il dispositivo della disciplina di Piano che dispone di evitare la costruzione di nuove scuole ed ospedali ovvero la realizzazione di sottopassi e volumi interrati nelle aree a maggior pericolosità[9].

In conclusione, come ha avuto modo di spiegare Erasmo D'Angelis «la filosofia, a spiegarla, sembra molto semplice: l'Arno non può essere ingabbiato, molto meglio valutare dove, quando e quanto rischia di diventare devastante e lasciargli tutto lo spazio utile per una esondazione controllata».

3.3. Il nuovo ruolo dell'autorità di bacino dell'Arno: L'integrazione del PAI nel PGRA.

Avendo chiarito la nuova filosofia portata avanti dall'introduzione del PGRA, che fonda la difesa del suolo sul concetto di gestione del rischio idraulico, possiamo ora concentrarsi sul ruolo attuativo e di monitoraggio che svolge l'Autorità Distrettuale. Anzitutto possiamo dire che la gestione a cui essa è preposta comporta sicuramente la realizzazione di azioni e interventi volti a mitigare i danni conseguenti a fenomeni alluvionali, con operazioni tese a ridurre la pericolosità degli eventi e a non incrementare il rischio. Come abbiamo visto invece per quanto riguarda gli eventuali effetti negativi, essi possono essere ripartiti, a parità di pericolosità, su aree con minor valore economico.Le nuove norme, infatti, non si fondano più su un teorico concetto di sicurezza idraulica, il cui raggiungimento è spesso scientificamente e tecnicamente impossibile, ma lo superano attraverso il richiamo alla gestione del rischio.

Sulla base di questo diverso approccio, le norme fissano indirizzi specifici perchè gli strumenti di governo del territorio siano coerenti con gli obiettivi del PGRA, redatto dall'ex AdB, in una logica di responsabilizzazione delle amministrazioni locali e della stessa Regione, nell'esercizio delle rispettive competenze urbanistiche: è in questa attività che svolge un ruolo chiave l'Autorità Distrettuale.

Infine il parere dell'ex Autorità di Bacino ai fini della verifica del rispetto delle finalità e degli obiettivi di Piano e delle condizioni specifiche fissate dalle singole norme, alla luce anche di questo diverso approccio, è ora previsto solo su alcune

[9] M. BRUGIONI, *Piano di gestione del rischio alluvioni*, 2016, pag . 3.

tipologie di opere (in particolare opere pubbliche e di interesse pubblico, ivi comprese le opere previste dal PGRA e dal PGA); per ciò che invece non è espressamente richiamato, la decisione è rimessa all'ente locale (il più delle volte il Comune).[10]

3.4. Mappe della pericolosità.

3.4.1. Mappe della pericolosità dell'Autorità di bacino Distrettuale dell'Appennino Settentrionale.

L'Autorità di Bacino Distrettuale dell'Appennino Settentrionale, ritenendo che disporre di un quadro conoscitivo sempre aggiornato costituisca una priorità assoluta per la mitigazione del rischio, ha deciso di procedere a riesami periodici delle *mappe di pericolosità*, prescindendo dalle scadenze della Direttiva 2007/60/CE per gli aggiornamenti, previsti ogni sei anni. Le mappe della pericolosità da alluvione contengono la perimetrazione delle aree geografiche che potrebbero essere interessate da alluvioni secondo i seguenti scenari:

a) scarsa probabilità di alluvioni, eventi estremi (tempo di ritorno TR >200 anni);

b) media probabilità di alluvioni (30< TR ≤ 200 anni);

c) elevata probabilità di alluvioni (TR ≤ 30 anni)

Per ciascuno di questi scenari dovranno essere necessariamente indicati anche i seguenti elementi: 1) portata della piena; 2) profondità o livello delle acque; 3) se opportuno, velocità del flusso o flusso d'acqua considerato.

Le *mappe del rischio* di alluvioni dovranno invece indicare le potenziali conseguenze

negative derivanti dalle alluvioni (nell'ambito dei 3 scenari di tempo di ritorno indicati per le mappe della pericolosità)[11].

[10] Relazione al PGRA I ciclo, Autorità di Bacino dell'Arno, 2016, pag. 4 e ss.
[11] Progetto di aggiornamento e revisione del PGRA redatto ai sensi dell'art. 7 del D.lgs. 49/2010 attuativo della Direttiva 2007/60/CE II ciclo di gestione, Autorità distrettuale dell'Appennino Settentrionale, 2020 pag. 69 e ss.

3.4.2. Il rapporto tra PAI e PGRA per le mappe di pericolosità.

Le mappe di pericolosità e di rischio redatte per il bacino dell'Arno hanno pertanto preso origine dal quadro conoscitivo del PAI formatosi con l'approfondito e costante lavoro di indagine svolto dall'Autorità di Bacino negli ultimi anni.

Per evitare l'indeterminatezza dei confini tra PAI e PGRA, in assenza di ogni indirizzo o orientamento in materia, si è cercato da subito di far convergere nelle misure del PGRA i vari stralci di Piano di competenza dell'ex AdB.

Il passaggio dalle norme del PAI alle misure di prevenzione del PGRA è stato possibile tramite la rivisitazione delle cartografie preesistenti ai Piani introdotti dalle Direttive europee che hanno dato origine alle mappe di pericolosità descritte nella Direttiva.

3.5. Tipologie di interventi.

Nella "Guidance for Reporting under the Floods Directive (2007/60/EC)", n. 29 del 14 ottobre 2013, la guida per l'attuazione della direttiva "Alluvioni", si individuano 4 tipologie distinte di interventi (La UoM, Unit of Management dell'Arno coinvolge circa il 33% delle misure dell'intero distretto dell'Appennino Settentrionale.) che devono essere considerati nel PGRA e che puntualmente sono state inserite anche nel Piano 2021-2027 dell'Autorità Distrettuale dell'Appennino Settentrionale:

- *le misure di prevenzione*: si tratta delle azioni di regolamentazione dell'uso del territorio volte ad un corretto utilizzo di questo nei confronti della pericolosità idraulica che è stata definita nelle mappe; qui troviamo, tra le altre, la disciplina di pianificazione urbanistica sia a livello regionale che locale che le misure di prevenzione del PAI.
- *le misure di protezione*: si tratta degli interventi di difesa, sia che questi siano opere strutturali vere e proprie (dighe, argini, casse di espansione), sia che si tratti di modifiche e azioni di modifica dell'assetto fluviale tese ad un recupero della naturalità del corso d'acqua, ma che, in ogni caso, comportano lavori (le cd infrastrutture verdi, il recupero di aree golenali, le sistemazioni idraulico-forestali)
- *le misure di preparazione*: si tratta delle misure di preannuncio e monitoraggio degli eventi (sistema di rilevamento, monitoraggio idropluviometrico, modelli di

previsione meteo), dei protocolli di gestione delle opere in fase di evento (opere modulabili quali dighe, scolmatori, casse con paratie mobili), dei piani di protezione civile atti a fronteggiare e mitigare i danni attesi durante l'evento e l'eventuale rischio residuo;

- *le misure di risposta e ripristino*: si intendono essenzialmente quelle azioni di analisi post-evento al fine di valutare ed eventualmente rivedere e correggere le misure adottate.[12]

Secondo quanto detto precedentemente, l'individuazione delle misure di prevenzione e protezione sono di competenza dell'Autorità Distrettuale, mentre le misure di

preparazione sono di competenza di Regioni e Dipartimento nazionale di Protezione

Civile. Inoltre, a norma della disciplina dell'Unione, si deve provvedere per ogni UoM alla definizione delle APSFR, le aree soggette a rischio idraulico elevato, caratterizzate da eventi di past flood e future flood che si potranno ripetere a breve, secondo dei criteri forniti dalla stessa Direttiva "Alluvioni".

3.6. Le "Infrastrutture verdi": misure di protezione integrata.

Le infrastrutture verdi sono contenute anche nel più recente Piano 2021-2027 e consistono in opere che concorrono alla mitigazione del rischio idraulico anche attraverso la tutela e il recupero degli ecosistemi e della biodiversità. Le aree destinate alla realizzazione di infrastrutture verdi sono una parte integrante e sostanziale delle misure di protezione del PGRA e la loro realizzazione deve essere indirizzata alla non alterazione dell'equilibrio sedimentario dei corsi d'acqua e al miglioramento dello stato ecologico dei fiumi, privilegiando la delocalizzazione di edifici e di infrastrutture potenzialmente pericolosi per la pubblica incolumità.

[12] Progetto di aggiornamento e revisione del Piano di Gestione del Rischio di Alluvione redatto ai sensi dell'art. 7 del D.lgs. 49/2010 attuativo della Direttiva 2007/60/CE, II ciclo di gestione, 2020, pag. 103 e ss.

3.7. L'attualità di una nuova Alluvione: tra percezione e realtà.

Sicuramente, complice l'Alluvione del 1966 e l'esperienza del cosiddetto modello Versilia[13], la Toscana ha avuto occasione per dimostrarsi nel corso degli anni molto attenta alla cura dei fenomeni di dissesto idrogeologico tanto che si può parlare di uno dei più avanzati sistemi di allarme e di preannuncio di piena d'Europa. Inoltre la Protezione Civile ha in mano una efficientissima rete di controllo e di segnalazione dei livelli di piena che permette di prevedere, grazie alle informazione dei satelliti e delle reti dei sensori a terra, con molte ore di anticipo, i fenomeni alluvionali.

4. Il Contratto di Fiume.

4.1. Premessa e nozione.

L'efficace governo e la gestione delle acque rappresenta una sfida e un tema sul quale perseguire strategie talvolta non convenzionali, proprio come nel caso dei Contratti di Fiume, strumenti innovativi che si basano su una programmazione negoziata e a partecipazione diffusa per la gestione dei corsi d'acqua. Anzitutto ripercorreremo il loro sviluppo e la loro disciplina nel panorama internazionale e poi la loro successiva introduzione nel territorio italiano e in particolare nel bacino dell'Arno, interrogandoci, infine, su una loro possibile evoluzione. Ci soffermeremo dunque sul significativo ruolo che essi svolgono in termini di coerenza con i Piani di Gestione distrettuali (del Rischio Alluvioni e delle Acque) nonché sull'utilità per l'implementazione dell'attuazione degli stessi.

4.2. Disciplina internazionale.

Il contratto di Fiume è un patto o accordo tra diversi soggetti della comunità locale (Autorità di Bacino, Comuni, Consorzi, Associazioni, imprese, cittadini) che condividono l'obiettivo della riqualificazione del territorio fluviale dove operano e

[13] Vedi Alluvione in Versilia e Garfagnana, Anpa Arpat, 1998

vivono e che si impegnano a realizzare, ciascuno con le proprie competenze, azioni che rispondono a molteplici finalità[14], tra cui la gestione del rischio idraulico, l'urbanistica, la riqualificazione ambientale e la valorizzazione del patrimonio locale.

Il quadro delle fonti internazionali che disciplinano questo accordo si presenta particolarmente ricco, ma tra le principali fonti va sicuramente richiamata la *Convenzione sulla biodiversità* (Rio, 5 giugno 1992) che si pone il fine di assicurare la conservazione della diversità biologica, l'uso sostenibile delle sue componenti e la giusta ed equa ripartizione dei benefici, tramite un approccio ecosistemico (Ecosystem Approach), composto da strategie nazionali e piani di azione.

Significative sono state anche la *Convenzione sulla tutela del patrimonio mondiale, culturale e naturale* (Parigi, 16 novembre 1972), la *Convenzione relativa all'accesso all'informazione, alla partecipazione del pubblico al processo decisionale e all'accesso alla giustizia in materia ambientale* (Aarhus, 25 giugno 1998) e la *Convenzione relativa alla conservazione della vita selvatica e dell'ambiente naturale d'Europa* (Berna, 19 settembre 1979); a queste sono da aggiungersi tutti i trattati tra Stati che attengano alla gestione delle risorse e alle attività transfrontaliere. Un esempio è rappresentato dalla "*Convenzione sul diritto relativo alle utilizzazioni dei corsi d'acqua internazionali per scopi diversi dalla navigazione*" stipulata a New York nel 1997 e ratificata dall'Italia con Legge 31 agosto 2012 n. 165. In tale Convenzione si prevede, tra l'altro, che gli Stati del corso d'acqua transfrontaliero dovranno, ove richiesto, dare inizio a consultazioni relative alla gestione di un fiume internazionale, istituendo meccanismi congiunti di gestione. Viene inoltre chiarito come per "gestione" ci si riferisca alla programmazione dello sviluppo sostenibile di un corso d'acqua e ad ogni altra forma di promozione per la sua ottimale utilizzazione e tutela.[15]

Più in generale, per capire quanto questo tema affondi le proprie radici in questioni antropologiche e culturali prima ancora che tecnico-giuridiche, si ritiene utile richiamare un recente studio, dal titolo "Coastal Water Bodies, Nature and Culture Conflict in the Mediterranean" (di F. Scapini e G. Ciampi), promosso dall'Università di Firenze, che affronta direttamente il problema dei conflitti e dei possibili benefici economici di comunità che vivono in prossimità di corsi d'acqua. E' stato dunque riconosciuto a livello internazionale che il punto di partenza rimane la

[14] M. BRUGIONI, *Piano di gestione del rischio alluvioni*, cit., pag. 3.
[15] Rapporto sullo stato dell'arte dei contratti di fiume e sulla loro coerenza con il PGRA, Autorità distrettuale dell'Appennino Settentrionale, 2018, pag. 8-22.

consapevolezza che la gestione dei fiumi richiede un progetto culturale prima ancora che istituzionale, affinchè i corsi d'acqua possano essere realmente percepiti come "paesaggi di vita", secondo la qualificazione dell'Unione europea.

Sotto il profilo strettamente giuridico, il Contratto di Fiume è da inquadrarsi come uno strumento di soft-law e può intendersi come un accordo o un protocollo giuridico che contiene impegni volontari multilaterali per favorire la riqualificazione ambientale di un tratto fluviale significativo. Secondo la definizione data dal 2º World Water Forum (Aja, 2000), significativamente intitolato "From Vision to Action", il Contratto di Fiume permette "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"; questo è un approccio culturale che sicuramente ritroviamo anche nelle politiche delle Nazioni Unite.

4.3. Cenni storici e disciplina europea.

I Contratti di Fiume compaiono per la prima volta in Francia all'inizio degli anni 80' dove, sfruttando il quadro normativo di riferimento e la consapevolezza della comunità locale delle problematiche legate alla tutela delle acque, si sviluppano fin da subito come accordi di natura ambientale su base volontaria, legandosi spesso ai SAGE (Piani di Gestione delle Acque). [16]

Nel 1988 muovono i loro primi passi anche in Belgio, dove si costituiscono soprattutto nella regione della Vallonia, raccogliendo varie istanze locali provenienti sia da soggetti pubblici che privati: in generale possiamo dire che il modello belga presenta fin da subito, rispetto a quello francese, una maggiore attenzione a quella fase di confronto e concertazione tra le varie realtà territoriali, con una forte propensione all'estensione della partecipazione.

Oggi a livello di Unione Europea il riferimento normativo di base è dato dalla Direttiva "Acque" che definisce un quadro per l'azione europea in materia di gestione delle risorse idriche e che in particolare all'art. 14 si sofferma sull'importanza

[16]Rapporto sullo stato dell'arte dei contratti di fiume e sulla loro coerenza con il PGRA, Autorità distrettuale dell'Appennino Settentrionale, 2018, pag. 2-3.

dell'informazione, della consultazione e della partecipazione dell'opinione pubblica in tema di acque, secondo un generale principio di sussidiarietà. Sono poi sicuramente da richiamare la già citata Direttiva "Alluvioni", la Direttiva 92/43/CEE (cd Direttiva Habitat), che prevede la creazione di una rete ecologica europea, e infine la Direttiva 2008/56/CE, sulla strategia marina: queste normative di indirizzo ci permettono di capire come il Contratto di Fiume si basi su una governance multilivello, data dalla partecipazione cosiddetta intra istituzionale da una parte (composta da enti locali e organizzazioni), e del largo pubblico interessato dall'altra (partecipazione extra-istituzionale).

Per quanto riguarda il processo partecipativo di stipulazione del Contratto di Fiume possiamo sicuramente affermare che questo si conforma alla Direttiva 2003/4/CE sull'accesso del pubblico all'informazione ambientale, in cui è centrale l'intervento agevolatore delle istituzioni pubbliche. Più in generale possiamo dire che la disciplina del Contratto di Fiume si ispira ai principi europei di snellezza operativa e semplicità formale, privilegiando sempre la cooperazione tra gli aderenti basata su un approccio propositivo e costruttivo alle discussioni, il tutto secondo un forte principio volontario e non vincolante.

4.4. La normativa italiana.

4.4.1. Recepimento e attuali riferimenti normativi.

All'inizio degli anni 2000 i contratti di fiume si diffondono anche in Italia, specialmente in Lombardia e Piemonte ed è soprattutto la natura partecipativa dal basso dei soggetti direttamente interessati che è alla base del loro successo. Per le loro caratteristiche sono sentiti come una "risposta" locale a quelle scelte e strategie percepite come "estranee" al fiume e ai suoi fruitori.[17] Da un punto di vista normativo, il CdF viene recepito come strumento di programmazione partecipata all'interno del D.lgs 152/2006 attuativo della Direttiva "Acque", ma è stata l'istituzione del Tavolo Nazionale dei Contratti nel 2007 a segnare una svolta nella

[17] Rapporto sullo stato dell'arte dei contratti di fiume e sulla loro coerenza con il PGRA, Autorità distrettuale dell'Appennino Settentrionale, 2018, pag. 3-4.

storia italiana di questo strumento normativo: infatti grazie ad esso hanno visto la luce innumerevoli pubblicazioni sul tema e conferenze nazionali che hanno spinto il legislatore a riconoscere i Contratti di Fiume includendoli nel 2015 nel Testo Unico Ambientale all'art. 68bis secondo cui i CdF *"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"*. I Contratti di fiume sono poi stati inseriti anche nella "Strategia Nazionale di Adattamento ai Cambiamenti Climatici" redatta dal Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare e approvata nel 2014.

Inoltre ai CdF si può applicare il cosiddetto baratto amministrativo, il quale prevede che gli enti territoriali individuino riduzioni o esenzioni di tributi corrispondenti al tipo di attività svolta dal privato o dalla associazione locale, in un'ottica di recupero del valore sociale della partecipazione dei cittadini.

4.4.2. L'Osservatorio Nazionale dei Contratti di Fiume.

Istituito formalmente il 12 Novembre 2017, L'Osservatorio Nazionale dei Contratti di Fiume si pone l'obiettivo di approfondire le conoscenze sull'utilizzo dei CdF e giungere ad una più consapevole e armonizzata interpretazione dello strumento sulle differenti scale territoriali in cui viene utilizzato.

L'organo fondamentale è il Comitato di Indirizzo, formato dall'insieme dei rappresentanti istituzionali con esperienza in materia a cui si affiancano da un lato un gruppo di tecnici e dall'altro i rappresentati delle istituzioni tra cui quelli dei Ministeri interessati, delle Autorità di Distretto, delle Regioni e degli enti locali.

Un obiettivo dell'Osservatorio è anche quello di andare a costituire una Banca Dati dei Contratti di Fiume che contenga l'intera documentazione in materia relativa ai vari soggetti territoriali. In particolare è stata fino a questo momento interessante l'attenzione rivolta all'individuazione dei portatori di interesse (stakeholders) da cui spesso dipendono le probabilità di successo dell'intero Contratto. Abbiamo notato

che questi studi si sono concentrati soprattutto nell'elaborazione di una long list di stakeholders di alta, media e bassa rilevanza con il fine di ottenere una visione completa di tutti gli interlocutori.

4.5. Il Contratto di Fiume in Toscana.

4.5.1. Il CdF e il suo rapporto con il PGRA.

Il Contratto di Fiume è quindi la sottoscrizione di un accordo volontario che permette di adottare un sistema di regole in cui i criteri di utilità pubblica, rendimento economico, valore sociale, sostenibilità ambientale intervengono per individuare soluzioni efficaci finalizzati a riqualificare un bacino fluviale. In particolare gli elementi che entrano in gioco sono la comunità di riferimento (data dall'insieme degli Enti Locali e dalle Associazioni e dalle imprese contraenti), il territorio, inteso come il bacino idrografico e infine l'insieme delle politiche e progetti che a vario titolo interessano quel corso d'acqua.

Anche l'Autorità di bacino dal 2015 ha inserito nella disciplina del Piano di Gestione del Rischio Alluvioni una norma ad hoc sui Contratti di fiume all'art 22:

"Il contratto di fiume concorre alla definizione e all'attuazione del PGRA delle U.O.M. Arno(Unit of Management), Toscana Nord, Toscana Costa e Ombrone e del PGA a livello di bacino e sotto-bacino idrografico, quale strumento volontario di programmazione strategica e negoziata che persegue la tutela, la corretta gestione delle risorse idriche e la valorizzazione dei territori fluviali, unitamente alla salvaguardia dal rischio idraulico, contribuendo allo sviluppo locale delle aree interessate. […] l'Autorità di bacino, le Regioni, i Comuni territorialmente interessati e le altre autorità competenti promuovono, attraverso il massimo coinvolgimento degli stakeholder, la sottoscrizione del contratto di fiume al fine di:

afavorire la realizzazione integrata delle misure previste dai Piani dell'Autorità di Bacino Distrettuale dell'Appennino Settentrionale (Piano di Gestione Rischi Alluvioni e Piano di Gestione delle Acque) nell'ottica del raggiungimento degli obiettivi della Direttiva Quadro sulle Acque (2000/60/CE) e della Direttiva Alluvioni (2007/60/CE) relativa alla valutazione e alla gestione dei rischi di alluvioni;

bcoordinare le azioni di manutenzione delle sponde e dei corsi d'acqua naturali non solo in funzione delle condizioni di rischio ma anche dell'esistenza delle strutture eco-sistemiche e la

conservazione della biodiversità, nell'ottica del raggiungimento degli obiettivi della Direttiva Uccelli (2009/147/CE) e della Direttiva Habitat (92/43/CEE);

cpromuovere la partecipazione attiva del pubblico e la diffusione delle informazioni ambientali connesse alle tematiche di percezione e di gestione del rischio, di tutela delle acque e degli ecosistemi acquatici;

dcoinvolgere i vari enti competenti e gli stakeholder in una gestione partecipata, su base volontaristica, delle problematiche inerenti il rischio idraulico e idrogeologico e la tutela dei corsi d'acqua."

Per quanto riguarda in particolare il fiume Arno, sono stati avviati progetti per la attivazione di Contratti di Fiume nel tratto urbano di Firenze, nel tratto pisano e in quello di Capodarno. Secondo l'autorità distrettuale essi ormai rientrano nella categoria delle misure win-win e concorrono al raggiungimento degli obiettivi di diverse pianificazioni. Attraverso la partecipazione sempre più attiva a questa tipologia di accordi innovativi, l'ex Autorità di Bacino punta ora a coinvolgere sempre più stakeholders nei propri Piani anti alluvione che a Dicembre 2021 saranno definitivamente aggiornati. Questo coinvolgimento degli interlocutori locali è di grande utilità per l'Autorità Distrettuale anche e soprattutto per un altro motivo: raggiungendo il grande pubblico degli stakeholders essa persegue un'opera di diffusione capillare e mirata dei contenuti dei Piani di Gestione e mette a disposizione di tutti i diretti interessati, a questo punto stretti interlocutori, il quadro conoscitivo di riferimento ricavabile dai Piani di gestione, sia per quanto attiene allo stato di salute dei corsi d'acqua (anche in relazione agli obiettivi prestabiliti), sia per quanto concerne la pericolosità da alluvione o da frana del territorio. In questo modo si allineano le azioni elaborate nei Contratti agli obiettivi dei Piani.

4.5.2. Procedura del Contratto di Fiume.

L'Autorità di Bacino Distrettuale dell'Appennino Settentrionale ha promosso fin da subito la stipulazione dei Contratti di Fiume sul Torrente Serra e sul Fiume Cecina ed in entrambi i casi la sottoscrizione del documento è stata raggiunta con l'utilizzo

di un processo strutturato, articolato in sei Fasi, come indicato dal Tavolo Nazionale dei Contratti di Fiume.[18]

La prima fase consiste nella condivisione di un Documento di Intenti, generalmente su iniziativa di un Comune, che ha valore di accordo preliminare; con questa sottoscrizione gli interessati danno ufficialmente inizio alla procedura assumendo il ruolo di promotori del Contratto di Fiume. Si procede poi alla costruzione del Quadro Conoscitivo preliminare, che consiste in un'analisi gnoseologica preliminare focalizzata sugli aspetti ambientali e socio economici del territorio di riferimento. Si procede a questo punto all'elaborazione di un Documento Strategico che definisce lo scenario dato dagli obiettivi e le politiche di sviluppo locale del territorio e che viene solitamente suddiviso in tre parti:

alo Scenario tendenziale della pianificazione e programmazione che a diversi livelli può contribuire alla risoluzione delle criticità rilevate in fase di Quadro conoscitivo.

blo Scenario Strategico Locale che riporta lo scenario ideale emerso dal percorso partecipativo attivato successivamente alla elaborazione del Quadro Conoscitivo preliminare.

cil Quadro Sinottico, il quale raffigura il punto di sintesi di quanto emerso dall'analisi dello Scenario tendenziale desunto dai Piani e Programmi e dallo Scenario Strategico che raccoglie le principali istanze emerse dal processo partecipativo.

La quarta fase consiste nella redazione del Programma di Azione che indica gli stakeholders, la descrizione delle azioni e le fonti di finanziamento per il conseguimento degli obiettivi che si prevede di raggiungere nei successivi tre anni.

A questo punto si procede alla sottoscrizione del documento del Contratto di Fiume che rappresenta un atto di impegno formale tra soggetti pubblici e privati, oltre che la conclusione del processo partecipativo. La fase successiva prevede la creazione di un Sistema di monitoraggio e di un Piano di comunicazione per le verifiche dello stato di attuazione del Programma di Azione. Al termine della procedura verrà promossa un'assemblea pubblica dove saranno presentati:

[18] Attivazione dello strumento Contratto di fiume per l'attuazione partecipata e condivisa a livello locale delle scelte progettuali, Autorità distrettuale dell'Appennino Settentrionale, 2019, pag. 2

• il Responsabile del Contratto di Fiume, incaricato a supervisionare il Contratto di Fiume e coadiuvato dalla Segreteria Tecnica ad attivare il monitoraggio del CdF.

• Il Comitato dei Sottoscrittori del Contratto di Fiume, composto dai soggetti che si impegnano nella attuazione del Primo Programma d'Azione e nel suo monitoraggio.

• L'Assemblea di Bacino, organo della partecipazione pubblica estesa all'intero territorio del sistema fluviale, di supporto al Comitato dei Sottoscrittori per l'effettiva governance partecipata.

Il Contratto di Fiume, una volta sottoscritto, è da utilizzare come modalità di coordinamento territoriale e governance partecipata nell'attuazione delle Azioni del Primo Programma d'Azione; è altresì funzionale ad attingere risorse e/o riattivare procedimenti su interventi condivisi tra gli Enti e le comunità territoriali.[19]

4.5.3. Un Contratto dei contratti: il Patto per l'Arno.

In occasione della Giornata Mondiale dell'Acqua, lo scorso 22 Marzo, per la prima volta in Italia, è stato lanciato dall'ex AdB e da 49 comuni toscani l'ambizioso progetto del Patto per l'Arno. Esso consiste in un progetto che pone le basi per la realizzazione di un Contratto di Fiume per tutto l'intero corso d'acqua, che concretizzi quell'idea di visione unitaria dell'Arno attraverso la stipulazione di una sorta di contratto dei contratti di fiume. Il Patto si propone quindi di stimolare la produzione di CdF nelle realtà locali, coordinando l'azione dei singoli comuni rivieraschi secondo direttive comuni, in particolare per la realizzazione di progetti come percorsi navigabili, cura delle sponde e interventi sulle pescaie che siano in grado di produrre energia elettrica. Secondo il Presidente del Consorzio di Bonifica 3 Medio Valdarno e di Anbi Toscana Marco Bottino «ora i Consorzi proseguiranno nella raccolta di proposte e iniziative da inserire all'interno di un percorso di riqualificazione del fiume toscano, perché diventi sempre più sicuro e fruibile»: è dunque chiaro che l'intento sia quello di coinvolgere il più possibile le associazioni del territorio e i privati cittadini, secondo un modello di gestione del fiume che mette

[19] Linee Guida operative sulla implementazione dei Contratti di Fiume nel Distretto Appennino Settentrionale, Autorità distrettuale dell'Appennino Settentrionale, 2019, pag. 4-8

riunisce le indicazioni della Autorità Distrettuale dell'Appennino Settentrionale, vera promotrice del progetto, con le esigenze e le istanze locali.

5. Conclusioni.

La parola Arno si collega alla radice indoeuropea er/or cioè "mettere in moto", "agitare", con riferimento al moto delle acque.

Nel ripercorrere la storia del Piano di Gestione del Rischio Alluvioni e dei Contratti di Fiume si è visto come entrambi affondino le proprie radici in problemi concreti come quelli delle calamità naturali e del rapporto dei centri abitati con i corsi d'acqua, annosi problemi da un punto di vista normativo e di regolamentazione. Probabilmente quello che è mancato fino a questo momento, come spesso accade nel mondo di diritto, è stato il coinvolgimento, o la percezione di un reale coinvolgimento dei cittadini nelle decisioni in materia di difesa del suolo, che hanno finito per rendere la normativa anti alluvioni "autoritaria" e inefficiente agli occhi del comune cittadino, che non sempre è riuscito a cogliere fino in fondo la novità introdotta con il PGRA in merito al nuovo concetto di "gestione" del rischio alluvioni. Alla luce dell'approfondimento fatto sul suo percorso evolutivo, il Contratto di Fiume può davvero rappresentare quell'elemento di aggancio, quel punto di connessione tra la normativa in materia di prevenzione del rischio idrogeologico e le istanze e le esigenze concrete dei cittadini che ogni giorno "vivono" il fiume, divenendo lo strumento che veicoli le indicazioni provenienti dall'Autorità Distrettuale nella vita delle persone. Al tempo stesso il CdF può davvero rappresentare per le realtà economiche locali e i cittadini un nuovo modo per prendere *consapevolezza* della utilità della *prevenzione*: la partecipazione di coloro che "vivono" ogni giorno il fiume rappresenta oggi più di ogni altra cosa quel significato etimologico di "mettere in moto" che è proprio dell'Arno.

LA DISCIPLINA DEI LIMITI DIMENSIONALI E REDAZIONALI DEGLI ATTI NEL PROCESSO AMMINISTRATIVO TRA CHIAREZZA E SINTETICITÀ

Giuseppina Lofaro*

ABSTRACT [ITA]: Il presente contributo esamina in maniera sistematica la disciplina dei limiti dimensionali e redazionali - stabiliti con decreto del Presidente del Consiglio di Stato n. 167 del 2016 - degli atti nel processo amministrativo, quale espressione del principio di sinteticità. La *quaestio* centrale concerne il significato da conferire alla previsione di cui al comma 5 dell'art. 13-*ter* delle norme di attuazione del c.p.a., secondo cui «Il giudice è tenuto a esaminare tutte le questioni trattate nelle pagine rientranti nei suddetti limiti», ossia nei confini dimensionali fissati dall'anzidetto decreto presidenziale, e «L'omesso esame delle questioni contenute nelle pagine successive al limite massimo non è motivo di impugnazione». Alla luce di un'analisi quantitativa, nella prospettiva dell'Autore, l'osservanza dei limiti dimensionali non costituisce un requisito di forma-contenuto indefettibile dell'atto processuale, che rimane valido qualora il contenuto dell'atto rappresenti in maniera chiara ed intellegibile la domanda di parte al giudice, non rilevando l'eventuale brevità o lunghezza dell'atto considerate *sic et simpliciter*. Per di più, qualora le parti superino i confini dimensionali entro cui va contenuto l'atto processuale, in linea con la giurisprudenza amministrativa più recente, appare giusto concedere un breve rinvio, per consentire loro di operare un ragionevole riequilibrio dimensionale delle difese, in applicazione del principio di leale collaborazione e di un canone di adeguatezza. Ad ogni modo, dall'ermeneutica sull'art. 13-*ter* delle norme di attuazione del c.p.a., pare potersi desumere una sanzione in termini di inutilizzabilità - non di nullità - delle difese sovrabbondanti. In ogni caso, si ritiene infine che al giudice amministrativo non risulti precluso di conoscere della parte eccedente i limiti dimensionali e di porre la medesima a fondamento della propria pronuncia qualora dovesse valutarla come indispensabile e comprensibile.

ABSTRACT [ENG]: *This essay systematically examines the discipline of dimensional and editorial limits - established by decree of the President of the Council of State no. 167 of 2016 - of the acts in the administrative process, as an expression of the principle of conciseness. The central question concerns the meaning to be given to the provision referred to in paragraph 5 of Article 13-ter of the implementing rules of the code of administrative process (c.p.a), according to which "The judge is required to examine all the issues dealt with in the pages falling within the aforementioned limits", that is within the dimensional boundaries provided for the aforementioned presidential*

* Dottore di ricerca in Diritto ed Economia, Cultore della materia in Diritto Amministrativo-I Contratti Pubblici, in Diritto Urbanistico, Università degli Studi Mediterranea di Reggio Calabria.

decree, and "The omitted examination of the contained in the pages following the maximum limit is no reason for an appeal". In the light of a quantitative analysis, in the Author's perspective, the observance of dimensional limits does not constitute an indefectible form-content requirement of the procedural document, which remains valid if the content of the document clearly and intelligibly represents the party's request to the judge, not noting the possible brevity or length of the act considered sic et simpliciter. Furthermore, if the parties exceed the dimensional boundaries within which the procedural act must be contained, in line with the most recent administrative case-law, it seems right to grant a short delay, to allow them to operate a reasonable dimensional balance of the defenses, in application of the principle of loyal collaboration and a adequacy fee. Anyway, from the hermeneutics on art. 13-ter of the implementing rules of the c.p.a., it seems possible to deduce a sanction in terms of unusability - not nullity - and inadmissibility of the overabundant defenses. Anyhow, it is finally believed that the administrative judge is not precluded from knowing the part exceeding the dimensional limits and from placing the same as the basis of his ruling if he should evaluate it as indispensable and understandable.

***Parole chiave**:* dovere processuale di chiarezza, principio di sinteticità, principio di leale collaborazione, canone di adeguatezza, ragionevole riequilibrio dimensionale (delle difese), autorizzazione al superamento dei limiti dimensionali, principio del raggiungimento dello scopo, inutilizzabilità (delle difese sovrabbondanti), imputazione delle spese di giudizio, motivazione della sentenza.

***Keywords**: procedural duty of clarity, principle of conciseness, principle of loyal collaboration, canon of adequacy, reasonable dimensional rebalancing (of the defenses), principle of achievement of the purpose, unusability and inadmissibility (of overabundant defenses), attribution of court costs, motivation of the sentence.*

SOMMARIO: **1.** Considerazioni preliminari. **2.** Il dato normativo.**2.1** Le modifiche codicistiche intervenute in seguito al secondo correttivo c.p.a., le misure urgenti orientate all'efficienza degli uffici giudiziari, le previsioni del Decreto del Presidente del Consiglio di Stato n. 167/2016: stratificazioni normative. **3.** Orientamenti giurisprudenziali susseguenti al riformato quadro normativo. **3.1** Breve rassegna della giurisprudenza recente sul canone di sinteticità. **4.** Questioni problematiche dell'inosservanza dei limiti dimensionali: l'art. 13 *ter* dell'All. 2 al c.p.a. e l'ermeneusi fuorviante del principio di sinteticità. **5.** Il sistema autorizzatorio *ex* D.P.C.S. n. 167/2016, tra autorizzazione preventiva e successiva. **6.** Osservazioni conclusive.

1. Considerazioni preliminari.

Nell'ambito delle riflessioni dedicate alla tematica della sinteticità degli atti processuali, specificamente dirette alla risoluzione di questioni di diritto positivo, viene efficacemente enucleato il fine ultimo del contenuto di un atto processuale[1] che è quello di trasmettere in modo chiaro il pensiero della parte autrice.

Nella prospettiva *de qua*, un atto processuale assume quale scopo intrinseco quello di rappresentare, in maniera intellegibile, la domanda di parte al giudice. Pertanto, teoricamente non dovrebbe assumere alcun rilievo la dimensione dell'atto in quanto la finalità da raggiungere è costituita dalla manifestazione chiara e comprensibile della domanda e delle sue ragioni, mentre le caratteristiche esteriori di brevità o lunghezza non potrebbero acquisire rilevanza ai fini della rappresentazione del suo intrinseco fine.

Di sinteticità si discute perciò anche con riferimento al linguaggio giuridico e da qualche tempo è stata ravvisata la necessità di improntare i processi ad atti sintetici, ossia che non risultino prolissi, ripetitivi, fuorvianti. Per tale via, son stati originati dibattiti dottrinali, interventi legislativi e giurisprudenziali in materia di sinteticità degli atti processuali.

Il regime delle nullità processuali si fonda sul principio del raggiungimento dello scopo; perciò, in linea generale, non dovrebbe sussistere la possibilità di dichiarare la nullità di un atto che permetta al giudice di comprendere pienamente la domanda di parte in tutti i suoi elementi, nonostante possano in concreto risultare non osservate disposizioni normative che richiedano adempimenti formali specifici senza la previsione di una comminatoria esplicita di nullità. Seguendo il medesimo ragionamento, può ritenersi che, in assenza di una norma che obblighi, a pena di nullità, al rispetto di uno specifico requisito di forma, dovrebbe risultare possibile

[1] Il contenuto degli atti processuali, in linea generale, può ritenersi costituito «caso per caso da un pensiero espresso dal loro autore in modo da renderlo intellegibile e comunicabile (alle altre parti e al giudice)». A tal proposito non bisogna immaginare che «l'espressione di un pensiero non possa avere (per gli altri) se non carattere e valore conversativo o didattico, artistico o teorico, come può averlo un racconto, un poema, una dimostrazione matematica». Certamente, a prescindere da qualunque considerazione inerente alla forma, non deve difettare «un contenuto umanamente suscettibile di essere preso in considerazione». Cfr. in tal senso la voce enciclopedica di E. REDENTI, *Atti processuali civili*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959, 112.

dichiarare la nullità di un atto che non permetta di comprendere la *causa petendi* e l'oggetto della domanda di parte *ex* art. 156 c.p.c.[2].

Sino a tempi relativamente recenti, sia nel processo amministrativo che in quello civile, la mancanza di chiarezza è stata sanzionata in termini di nullità soltanto nel caso in cui la stesura del ricorso sia risultata tale da causare assoluta incertezza sulle persone o sull'oggetto della domanda. La formulazione dell'art. 44, c. 1, c.p.a. è ripresa dall'art. 17 del r.d. 17 agosto 1907 n. 642, recante il Regolamento per la procedura dinanzi al Consiglio di Stato in sede giurisdizionale. Formulazione simile - "se è omesso o risulta assolutamente incerto" - è utilizzata dall'art. 164 c.p.c. per comminare la nullità in relazione ai requisiti del contenuto della citazione contenuti nell'art. 163 c.p.c., limitata soltanto all'assenza dell'esposizione dei fatti con riferimento al requisito indicato *sub* 4 dall'art. 163 - "esposizione dei fatti e degli elementi di diritto costituenti le ragioni della domanda, con le relative conclusioni"[3]-. La disposizione *de qua* ha permesso di dichiarare inammissibili i motivi di ricorso ritenuti generici, ossia che non avessero puntualizzato le ragioni dell'illegittimità in maniera tale da rendere chiara la domanda al giudice.

In esplicita attuazione del codificato principio di sinteticità, nella normativa del processo amministrativo sono state introdotte disposizioni che hanno disciplinato alcuni requisiti formali dell'atto processuale, delegando all'interpretazione dottrinale e giurisprudenziale la fissazione delle conseguenze della loro violazione.

Perciò pare utile tentare, nell'ambito della presente analisi tecnico-giuridica, di enucleare gli effetti dell'eventuale mancato rispetto dei criteri e requisiti previsti alla luce dell'innesto normativo *de quo* nel processo amministrativo, attuativo del principio di sinteticità.

L'utilità ricostruttiva di tale tematica è necessitata dalla scarsità di analisi sistematiche susseguenti alla riforma del 2016, salvo poche voci isolate[4].

---

[2] V. tra gli altri V. DENTI, *Nullità degli atti processuali*, in *Noviss. Dig. it.*, XI, Torino, 1965, 467; S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, I, Milano, 1959, 538 ss.; E. FAZZALARI, *Istituzioni di diritto processuale*, VIII ed., Padova, 1996, 368 ss.; con precipuo riferimento al processo amministrativo cfr. per tutti C.E. GALLO, *Contributo allo studio della invalidità degli atti processuali nel giudizio amministrativo*, Milano, 1983, 118 ss.; F.G. SCOCA, *Gli atti processuali*, in *Giustizia amministrativa*(a cura di F.G. Scoca), Torino, 2011, 267.

[3] Per un'approfondita analisi sulla tematica *de qua*, cfr. R. VILLATA, L. BERTONAZZI, *Vizi del ricorso e della notificazione*, in *Il processo amministrativo* (a cura di A. Quaranta e V. Lopilato), Milano, 2011, 441.

[4] Tra le più recenti e efficaci, si v. le chiare note esplicative di F. SAITTA, *La violazione del principio di sinteticità degli atti processuali*, in *Il Processo*, n. 3/2019, 539 ss.; cfr. altresì I. IMPASTATO, *"Vuolsi così colà dove si puote ciò che si vuole e più non dimandare": la scure del giudice amministrativo sui "limiti*

Tra l'altro, non è del tutto chiara né univoca la direzione che la giurisprudenza sta imprimendo all'applicazione della normativa in analisi, come si vedrà nei paragrafi che seguono[5]. Preliminarmente, appare opportuno ricostruire il quadro delle norme vigenti in materia e, di seguito, l'ermeneusi offerta dalla giurisprudenza sinora.

Si ritiene altresì necessario riflettere sui nodi problematici derivanti dalla formulazione normativa ed evidenziati dall'interpretazione giurisprudenziale. In un'ottica conclusiva, il superamento dei limiti dimensionali, fissati al fine di assicurare la sinteticità degli atti processuali di parte, non genera di per sé l'inammissibilità o irricevibilità dell'atto processuale, che potrà essere dichiarata soltanto qualora il superamento dei limiti dimensionali influisca sull'intellegibilità dell'atto.

Alla luce di quanto evidenziato sin qui, pare opportuno chiarire che, fermo restando l'attenuazione dell'obbligo di pronunciare su tutta la domanda, al giudice non è precluso di conoscere l'atto nella sua interezza, anche allorquando risulti in concreto gravato da un sovradimensionamento (*id est*: da una sproporzione), ossia da una dimensione esorbitante i limiti entro cui l'atto stesso va contenuto *ex lege*.

2. Il dato normativo.

Nella disciplina del processo amministrativo, il principio della sinteticità degli atti è introdotto attraverso le disposizioni di cui al d. lgs. 20 marzo 2010, n. 53 - in attuazione della direttiva 2007/66/CE [6] che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE per quanto concerne l'implementazione dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici - e dall'Allegato 1 al d.lgs. 2 luglio 2010 n. 104 recante il Codice del processo amministrativo.

dimensionali di sinteticità" degli atti processuali di parte (e sul diritto di difesa), 19 aprile 2021, in *www.judicium.it*.

[5] Si v. spec. i par. 3, 3.1 e 4.

[6] Direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2007, che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE del Consiglio per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia d'aggiudicazione degli appalti pubblici, in *https://eur-lex.europa.eu/*.

In particolare, l'articolo 245[7] del decreto legislativo del 12 aprile 2006 n. 163[8], recante il codice dei contratti pubblici, così come modificato dal citato d. lgs. 20 marzo 2010, n. 53, nel fissare una disciplina speciale, per il rito per le controversie in materia di appalti, finalizzata ad assicurare una più rapida definizione del giudizio rispetto al rito ordinario, aveva stabilito che in tali giudizi «tutti gli atti di parte devono essere sintetici e la sentenza che decide il ricorso è redatta ordinariamente in forma semplificata» (comma 2-*undecies*). Tale passaggio improprio del legislatore, dalla sinteticità alla decisione in forma semplificata[9], è risultato foriero di ulteriore confusione normativa, accostando nella medesima disposizione due profili ben diversi, da tenere opportunamente distinti. La disposizione in esame è stata poi sostanzialmente trasfusa (*id est*: inserita) nell'art. 120 c.p.a.[10]. Tuttavia, la continua

[7] L'articolo *de quo* è stato abrogato dall'articolo 217, comma 1, lettera e) del d. lgs. 18 aprile 2016, n. 50. In precedenza esso era stato modificato dall'articolo 8 del d. lgs. 20 marzo 2010, n. 53 e sostituito dall'articolo 3, comma 19, dell'allegato 4 al d. lgs. 2 luglio 2010, n. 104.

[8] Decreto Legislativo 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. Entrata in vigore del decreto: 1-7-2006 *(Ultimo aggiornamento all'atto pubblicato il 18/04/2019)*, in *https://www.normattiva.it/*.

[9] La sentenza semplificata è oggi uno strumento di uso comune per i giudici amministrativi: tuttavia, la sua natura non è ancora chiara e, nelle ricostruzioni della dottrina, essa viene presentata alternativamente quale strumento di accelerazione del giudizio, per garantire una tutela piena ai ricorrenti, o come modello redazionale più asciutto rispetto a quello ordinario, per ridurre i tempi redazionali. L'istituto in esame ha perso ogni capacità dogmatica e descrittiva nel processo amministrativo, non rappresentando più un modello unitario, ricomprendendo invece, sotto la medesima "etichetta" di sentenza semplificata, provvedimenti molto diversi, per stile, funzioni e caratteristiche. Cfr. F. CAPORALE, *Le ambiguità della sentenza semplificata tra modello redazionale e strumento di accelerazione del processo amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2, 2018, 606 ss.

[10] Nello specifico, ai sensi dell'art. 120 c.p.a., comma 6: «Il giudizio, ferma la possibilità della sua definizione immediata nell'udienza cautelare ove ne ricorrano i presupposti, viene comunque definito con sentenza in forma semplificata ad una udienza fissata d'ufficio e da tenersi entro quarantacinque giorni dalla scadenza del termine per la costituzione delle parti diverse dal ricorrente. Della data di udienza è dato immediato avviso alle parti a cura della segreteria, a mezzo posta elettronica certificata. In caso di esigenze istruttorie o quando è necessario integrare il contraddittorio o assicurare il rispetto di termini a difesa, la definizione del merito viene rinviata, con l'ordinanza che dispone gli adempimenti istruttori o l'integrazione del contraddittorio o dispone il rinvio per l'esigenza di rispetto dei termini a difesa, ad una udienza da tenersi non oltre trenta giorni. Al fine di consentire lo spedito svolgimento del giudizio in coerenza con il principio di sinteticità di cui all'articolo 3, comma 2, le parti contengono le dimensioni del ricorso e degli altri atti difensivi nei termini stabiliti con decreto del Presidente del Consiglio di Stato, sentiti il Consiglio nazionale forense e l'Avvocato generale dello Stato, nonché le associazioni di categoria riconosciute degli avvocati amministrativisti. Con il medesimo decreto sono stabiliti i casi per i quali, per specifiche ragioni, può essere consentito superare i relativi limiti. Il medesimo decreto, nella fissazione dei limiti dimensionali del ricorso e degli atti difensivi, tiene conto del valore effettivo della controversia, della sua natura tecnica e del valore dei diversi interessi sostanzialmente perseguiti dalle parti. Dai suddetti limiti sono escluse le intestazioni e le altre indicazioni formali dell'atto. Il giudice è tenuto a esaminare tutte le questioni trattate nelle pagine rientranti nei suddetti limiti; il mancato esame delle suddette questioni costituisce motivo di appello avverso la sentenza di primo grado e di revocazione della sentenza di appello».Tale comma è stato sostituito dall'articolo 40, comma 1, lettera a) del D.L. 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni,

stratificazione normativa di certo non agevola l'opera ermeneutica del giurista, né consente un concreto affidamento[11], mettendo in bilico la certezza[12] e la stabilità del diritto.

Per effetto del citato Allegato al c.p.a., l'ambito applicativo è stato esteso oltre la materia dei contratti pubblici, generalizzandone l'applicazione a qualsiasi giudizio amministrativo, facendola assurgere al ruolo *tout court* di principio generale del processo amministrativo attraverso l'art. 3 del c.p.a.[13].

Pare a tal punto utile evidenziare che l'enunciazione degli altri principi generali da parte del codice del processo amministrativo risulta piuttosto circoscritta[14]. Pertanto, appare certamente rilevante il fatto che il legislatore abbia sentito la necessità di richiamare il principio di sinteticità tra i principi generali del processo amministrativo. Tuttavia, ciò sembra connesso maggiormente con il fine di generalizzarne ed estenderne l'applicazione al di fuori del rito speciale appalti, anziché come un inquadramento quale principio fondamentale del processuale amministrativo.

Si ritiene opportuno sottolineare che la sinteticità degli atti delle parti e del giudice e la motivazione dei provvedimenti decisori del giudice sono correlate dall'art. 3 c.p.a., sotto la medesima rubrica normativa. Tuttavia, mentre l'obbligo di

---

dalla Legge 11 agosto 2014, n. 114; per l'applicazione del presente comma si v. quanto disposto dai commi 2 e 2-*bis* del medesimo articolo 40. Successivamente il presente comma è stato modificato dall'articolo 7 *bis*, comma 2, lettera a), del D.L. 31 agosto 2016, n. 168, convertito con modificazioni dalla Legge 25 ottobre 2016, n. 197.

[11] G. COSTANTINO, *Il principio di affidamento tra fluidità delle regole e certezza del diritto*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 1074 ss.

[12] M. A. SANDULLI, *Ancora sui rischi dell'incertezza delle regole (sostanziali e processuali) e dei ruoli dei poteri pubblici. Postilla a «Principi e regole dell'azione amministrativa. Riflessioni sul rapporto tra diritto scritto e realtà giurisprudenziale» (Federalismi.it, 6 Dicembre 2017)*, in *Federalismi.it*, 23 Maggio 2018, 2-17.

[13] "Art. 3. (Dovere di motivazione e sinteticità degli atti): 1. Ogni provvedimento decisorio del giudice è motivato. 2. Il giudice e le parti redigono gli atti in maniera chiara e sintetica".

[14] Infatti, gli articoli 1 e 2 si limitano a richiamare il principio di effettività ("art. 1. La giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo") e quello del giusto processo ("art. 2, c. 1. Il processo amministrativo attua i principi della parità delle parti, del contraddittorio e del giusto processo previsto dall'articolo 111, primo comma, della Costituzione. c. 2. Il giudice amministrativo e le parti cooperano per la realizzazione della ragionevole durata del processo"). Cfr. a tal proposito le chiare riflessioni di F. MERUSI, *Il codice del giusto processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 8 ss.; M. SINISI, *Il giusto processo amministrativo tra esigenze di celerità e garanzie di effettività della tutela*, Torino, 2017, 203 ss.; G. P. CIRILLO, *Dovere di motivazione e sinteticità degli atti, in Il nuovo diritto processuale amministrativo*, in *Trattato di diritto amministrativo diretto da G. Santaniello*, vol. *XXXXII*, 2014, 39 ss.; M. RAMAJOLI, *Giusto processo e giudizio amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2013, 101 ss.; E. PICOZZA, *Il «giusto» processo amministrativo*, in *Cons. Stato*, 2000, II, *passim*.

motivazione dei provvedimenti decisori ha un esplicito fondamento costituzionale (art. 111 Cost.: «Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati»), questo non si rinviene con riferimento alla sinteticità.

Per di più, pur riconducendo il principio di sinteticità a quello della ragionevole durata del processo, il primo risulta un mero corollario del secondo. Pertanto, è corretto affermare che la regola della sinteticità trova fondamento nel principio della ragionevole durata del processo, ma ciò non implica altresì che i due principi si identifichino. Perciò, il principio di sinteticità non può considerarsi di rilievo costituzionale.

Per cui, l'obbligo di motivazione ed il principio di sinteticità, anche se accostati nella disposizione normativa, non costituiscono principi dotati della medesima consistenza. Alla luce di quanto evidenziato sin qui, sarebbe ragionevole che il sistema normativo riservasse un trattamento più rigoroso alle potenziali violazioni dell'obbligo di motivazione, rispetto ad eventuali inosservanze del principio di sinteticità.

Inoltre, quantomeno in fase iniziale, la norma introdotta dal legislatore non risulta corredata di sanzione[15] in quanto alcuna conseguenza negativa, che invalidi l'atto o che sanzioni la condotta difforme, è connessa alla eventuale violazione del principio di sinteticità, come se si trattasse di una disposizione a carattere meramente programmatico, non avente valore precettivo.

La disciplina legislativa iniziale non indica neanche i parametri per la qualificazione della sinteticità. In parte essi vengono forniti in relazione all'atto decisorio con riferimento alla sentenza semplificata, laddove si specifica nell'art. 74 c.p.a. che in tal caso «la motivazione della sentenza può consistere in un sintetico

[15] Secondo la sentenza di Consiglio di Stato sez. IV, 05 dicembre 2018, n. 6890 (che annulla Tar Campania, Napoli, sez. VIII, n. 3876 del 2017.), l'inosservanza dell'obbligo di sinteticità del ricorso non ne comporta la parziale inammissibilità. In particolare, i Giudici di Palazzo Spada hanno sostenuto che l'art. 3, comma 2, c.p.a., rubricato «dovere di motivazione e sinteticità degli atti», rivolge un monito al giudice ed alle parti, sancendo che gli atti del giudizio devono essere redatti in maniera chiara e sintetica, ma contestualmente non stabilisce alcuna sanzione per il caso in cui il precetto non venga in concreto ossequiato. Perciò, l'inosservanza del decreto del Presidente del Consiglio di Stato n. 167 del 22 dicembre 2016 - sui limiti dimensionali che non devono essere oltrepassati dagli scritti difensivi - non provoca quale effetto diretto l'inammissibilità dell'intero ricorso. La massima giurisprudenziale è tratta da *Foro Amministrativo (Il)*, 12, 2018, 2153.

riferimento al punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo ovvero se del caso ad un precedente conforme». Lo stesso non avviene in relazione alle domande di parte[16].

2.1. Le modifiche codicistiche intervenute in seguito al secondo correttivo c.p.a., le misure urgenti orientate all'efficienza degli uffici giudiziari, le previsioni del Decreto del Presidente del Consiglio di Stato n. 167/2016: stratificazioni normative.

La costituzione del sistema di giustizia amministrativa risulta esser frutto *ab origine* di continui interventi riformatori, caratterizzati, negli ultimi decenni, da una pressoché costante attività. Nel solco di questa premessa storico-ricostruttiva, sanzioni e parametri corredano la disciplina della sinteticità soltanto in una fase successiva rispetto al primigenio dettato normativo sul principio *de quo*.

Ad opera del c.d. secondo correttivo al c.p.a. - d.lg. 14 settembre 2012, n. 160, recante "Ulteriori disposizioni correttive ed integrative al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, contenente il codice del processo amministrativo, a norma dell'articolo 44, comma 4, della legge 18 giugno 2009, n. 69" -, è modificata la disciplina contenuta nell'art. 26 c.p.a.in tema di spese di giudizio, statuendo che il giudice possa a tal fine tener conto «del rispetto dei principi di chiarezza e sinteticità di cui all'articolo 3, comma 2 del codice». La disposizione riveste carattere generale ed è perciò valida per qualunque rito.

Emerge *ictu oculi* che la norma in analisi, mediante la previsione della condanna alle spese di lite, abbia introdotto uno strumento utile a sanzionare l'eventuale violazione del principio di sinteticità.

Successivamente, il legislatore è intervenuto per fissare i parametri ai fini della qualificazione della sinteticità. *More solito*, la disciplina viene dettata prima in relazione al solo rito speciale degli appalti; in seguito, ne viene estesa l'applicazione all'intero processo amministrativo.

Un'altra peculiarità normativa è contenuta nel comma 6 dell'art. 120 c.p.a.[17], novellato dall'art. 40, comma 1, lett. *a*, del d.l. 24 giugno 2014, n. 90, recante "Misure

[16] A tal proposito, cfr. la chiara ed efficace analisi del quadro normativo effettuata da F. FRANCARIO, *Principio di sinteticità e processo amministrativo. Il superamento dei limiti dimensionali dell'atto di parte*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2018, 129 ss.; ID., *Ilprincipio di sinteticità*, in *Enc. Giur.*, Treccani, Roma, 2018, 683 ss.

urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari", come riformato dalla l. 11 agosto 2014, n. 114, contenente la conversione in legge, con modificazioni, del d.l. 24 giugno 2014, n. 90, recante "Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari". Nello specifico, viene previsto che: «Al fine di consentire lo spedito svolgimento del giudizio in coerenza con il principio di sinteticità di cui all'articolo 3, comma 2, le parti contengono le dimensioni del ricorso e degli altri atti difensivi nei termini stabiliti con decreto del Presidente del Consiglio di Stato, sentiti il Consiglio nazionale forense e l'Avvocato generale dello Stato, nonché le associazioni di categoria riconosciute degli avvocati amministrativisti. Con il medesimo decreto sono stabiliti i casi per i quali, per specifiche ragioni, può essere consentito superare i relativi limiti.

Il medesimo decreto, nella fissazione dei limiti dimensionali del ricorso e degli atti difensivi, tiene conto del valore effettivo della controversia, della sua natura tecnica e del valore dei diversi interessi sostanzialmente perseguiti dalle parti.

Dai suddetti limiti sono escluse le intestazioni e le altre indicazioni formali dell'atto. Il giudice è tenuto a esaminare tutte le questioni trattate nelle pagine rientranti nei suddetti limiti; il mancato esame delle suddette questioni costituisce motivo di appello avverso la sentenza di primo grado e di revocazione della sentenza di appello».

Sempre nell'ambito del riformato quadro normativo, l'art. 7-*bis* del d.l. 31 agosto 2016, n. 168 - recante "Misure urgenti per la definizione del contenzioso presso la

---

[17] Con precipuo riferimento all'articolo *de quo*, v. le ponderate ed originali riflessioni di M.A. SANDULLI, *Il tempo del processo come bene della vita*, *Relazione al 60° Convegno di Studi di scienze amministrative*, Varenna 2014, in *Federalismi.it*, 18/2014, 32-35; cfr. altresì l'opera monografica di M. LIPARI, *La sinteticità degli atti difensivi*, Libro dell'anno del diritto 2016, Roma, 2016, 751 ss., in *Treccani.it*, in cui l'Autore rileva che la regolamentazione in esame è piena di lacune e di incertezze, in quanto non sono chiare le conseguenze derivanti dalla violazione dei parametri. A tal proposito, è stata prospettata la tesi della inammissibilità delle questioni dedotte oltre i limiti ma tale opzione rischierebbe di compromettere il diritto di difesa, tutelato sia a livello costituzionale che europeo. «Secondo altra, preferibile opinione, le novità normative concretizzano il concetto di sintesi, rilevante per valutare le condotte processuali delle parti». Sul principio in analisi, v. anche M. NUNZIATA, *La sinteticità degli atti processuali di parte nel processo amministrativo: fra valore retorico e regola processuale*, in *Dir. proc. amm.*, 4, 2015, 1327 ss.; *last but not least*, cfr. le illuminanti note di F. SAITTA, *Rito appalti e dovere di sinteticità: gli scritti difensivi "obesi" esistono, ma la ...dieta è sbagliata*, in *Lexitalia.it*, 7/2015; nonché la sintetica ed efficace nota di F. VOLPE, *Sui limiti all'estensione degli atti di difesa nel processo amministrativo*, *Note a margine del decreto del Presidente del Consiglio di Stato 25 maggio 2015 n. 40, sulla sinteticità degli atti defensionali*, in *Lexitalia.it*, 5/2015, che esprime considerazioni perplesse, auspicando una sostanziale riforma del Decreto, ritenendo erroneo il presupposto di contingentamento dell'esposizione degli argomenti di difesa.

Corte di cassazione, per l'efficienza degli uffici giudiziari, nonché per la giustizia amministrativa" -, articolo aggiunto dalla legge di conversione 25 ottobre 2016, n. 197, entrata in vigore il 30 ottobre 2016, ha esteso l'applicazione, in maniera generalizzata, di tale disciplina all'intero processo amministrativo, abrogando il comma 6 dell'art. 120 c.p.a. testé citato nonché introducendo l'art. 13-*ter* nell'allegato 2 del c.p.a..

In particolare, l'articolo in analisi riproduce quasi interamente il contenuto normativo del previgente comma 6 *bis* dell'art. 120, con una rilevante modifica contenuta nell'ultimo capoverso dell'ultimo comma. Nella formulazione attualmente vigente, l'art. 13-*ter*, rubricato "Criteri per la sinteticità e la chiarezza degli atti di parte" prevede che:

«1. Al fine di consentire lo spedito svolgimento del giudizio in coerenza con i principi di sinteticità e chiarezza di cui all'articolo 3, comma 2, del codice, le parti redigono il ricorso e gli altri atti difensivi secondo i criteri e nei limiti dimensionali stabiliti con decreto del presidente del Consiglio di Stato, da adottare entro il 31 dicembre 2016, sentiti il Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa, il Consiglio nazionale forense e l'Avvocato generale dello Stato, nonché le associazioni di categoria degli avvocati amministrativisti.

2. Nella fissazione dei limiti dimensionali del ricorso e degli atti difensivi si tiene conto del valore effettivo della controversia, della sua natura tecnica e del valore dei diversi interessi sostanzialmente perseguiti dalle parti. Dai suddetti limiti sono escluse le intestazioni e le altre indicazioni formali dell'atto.

3. Con il decreto di cui al comma 1 sono stabiliti i casi per i quali, per specifiche ragioni, può essere consentito superare i relativi limiti.

4. Il Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa, anche mediante audizione degli organi e delle associazioni di cui al comma 1, effettua un monitoraggio annuale al fine di verificare l'impatto e lo stato di attuazione del decreto di cui al comma 1 e di formulare eventuali proposte di modifica. Il decreto è soggetto ad aggiornamento con cadenza almeno biennale, con il medesimo procedimento di cui al comma 1.

5. Il giudice è tenuto ad esaminare tutte le questioni trattate nelle pagine rientranti nei suddetti limiti. L'omesso esame delle questioni contenute nelle pagine successive al limite massimo non è motivo di impugnazione».

Pare utile riportare integralmente tale articolo nel *corpus* del presente saggio alla luce della portata innovativa che si ritiene rivesta e che pare feconda di diversi spunti

ricostruttivi analitici.

Proseguendo con l'analisi del dato normativo, in attuazione dell'art. 120 c.p.a., è stato originariamente emanato il Decreto del Presidente del Consiglio di Stato n. 40 del 25 maggio 2015, poi sostituito dal Decreto n. 167 del 22 dicembre 2016 reso in attuazione dell'art. 13-*ter* dell'allegato II al codice del processo amministrativo. Si ritiene opportuno evidenziare che il Decreto Presidenziale n. 167/2016 non si è limitato a fissare i criteri di redazione[18] ed i limiti dimensionali[19], ma ha altresì

[18] Ai sensi dell'art. 2 del Decreto in esame, i "Criteri di redazione degli atti processuali di parte" vengono così inquadrati: «Fermo quanto disposto dagli articoli 40 e 101 del codice del processo amministrativo, gli atti introduttivi del giudizio, in primo grado o in sede di impugnazione, i ricorsi e le impugnazioni incidentali, i motivi aggiunti, l'atto di intervento volontario: a) recano distintamente la esposizione dei fatti e dei motivi, in parti specificamente rubricate (si raccomanda la ripartizione in: Fatto/Diritto; Fatto/Motivi; Fatto e svolgimento dei pregressi gradi di giudizio/Motivi); b) recano in distinti paragrafi, specificamente titolati, le eccezioni di rito e di merito, le richieste di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE, le richieste di rinvio alla Corte costituzionale, le istanze istruttorie e processuali (es. di sospensione, interruzione, riunione); c) recano i motivi e le specifiche domande formulate in paragrafi numerati e muniti di titolo; d) evitano, se non è strettamente necessario, la riproduzione pedissequa di parti del provvedimento amministrativo o giurisdizionale impugnato, di documenti e di atti di precedenti gradi di giudizio mediante "copia e incolla"; in caso di riproduzione, riportano la parte riprodotta tra virgolette, e/o in corsivo, o con altra modalità atta ad evidenziarla e differenziarla dall'atto difensivo; e) recano in modo chiaro, in calce alle conclusioni dell'atto processuale o in atto allegato evidenziato nell'indice della produzione documentale, l'eventuale istanza di oscuramento dei dati personali ai sensi del d.lgs. n. 196/2003 e altre istanze su cui il giudice sia tenuto a pronunciarsi; f) ai fini di cui all'articolo 4 e dell'articolo 9 del presente decreto, recano, ove possibile, un'impaginazione dell'atto che consenta di inserire la parte di atto rilevante ai fini dei limiti dimensionali in pagine distinte rispetto a quelle contenenti le parti non rilevanti; g) se soggetti al regime del processo amministrativo telematico, quando menzionano documenti o altri atti processuali, possono contenere collegamenti ipertestuali a detti documenti e atti; h) quando eccedono i limiti dimensionali ordinari di cui all'articolo 3, recano, dopo l'intestazione e l'epigrafe, una sintesi e, ove possibile, un sommario».

[19] L'art. 3 del Decreto *de quo* differenzia i limiti dimensionali a seconda del rito: «a) nei riti dell'accesso, del silenzio, del decreto ingiuntivo (sia ricorso che opposizione), elettorale di cui all'articolo 129 del codice del processo amministrativo, dell'ottemperanza per decisioni rese nell'ambito dei suddetti riti, dell'ottemperanza a decisioni del giudice ordinario, e in ogni altro rito speciale non espressamente menzionato nel presente comma, 30.000 caratteri (corrispondenti a circa 15 pagine nel formato di cui all'articolo 8); b) nel rito ordinario, nel rito abbreviato comune di cui all'art. 119, nel rito appalti, nel rito elettorale di cui all'articolo 130 e seguenti del codice del processo amministrativo, e nei giudizi di ottemperanza a decisioni rese nell'ambito di tali riti, 70.000 caratteri (corrispondenti a circa 35 pagine nel formato di cui all'articolo 8). L'art. 4 precisa invece che sono escluse le intestazioni e le altre indicazioni formali dell'atto, comprendenti, in particolare:— l'epigrafe dell'atto;— l'indicazione delle parti e dei difensori e relative formalità;— l'individuazione dell'atto impugnato;— il riassunto preliminare, di lunghezza non eccedente 4.000 caratteri (corrispondenti a circa 2 pagine nel formato di cui all'articolo 8), che sintetizza i motivi dell'atto processuale;— l'indice dei motivi e delle questioni;— le ragioni, indicate in non oltre 4.000 caratteri (corrispondenti a circa 2 pagine nel formato di cui all'articolo 8), per le quali l'atto processuale rientri nelle ipotesi di cui all'articolo 5 e la relativa istanza ai fini di quanto previsto dall'articolo 6;— le conclusioni dell'atto;— le dichiarazioni concernenti il contributo unificato e le altre dichiarazioni richieste o consentite dalla legge, ivi compresa l'eventuale istanza di oscuramento dei dati personali ai sensi dell'articolo 52, d.lgs. n. 196/2003; — la data, il luogo e le sottoscrizioni delle parti e dei difensori;— l'indice degli allegati;— le procure a rappresentare le parti in giudizio;— le relazioni di notifica e le relative richieste e dichiarazioni. L'art. 8 detta infine le specifiche tecniche, precisando che "nel conteggio del numero massimo di caratteri

previsto che questi ultimi possano essere derogati previa autorizzazione del Presidente dell'organo giurisdizionale adito (Consiglio di Stato o Tribunale amministrativo regionale).

L'autorizzazione al superamento dei limiti dimensionali deve essere presentata con apposita «istanza motivata, allegando ove possibile lo schema di ricorso, sulla quale il Presidente o magistrato delegato si pronuncia con decreto entro i tre giorni successivi» *ex* art. 6[20]. È stato anche stabilito che «In caso di superamento dei limiti dimensionali non autorizzato preventivamente ai sensi dell'articolo 6, per gravi e giustificati motivi il giudice, su istanza della parte interessata, può successivamente autorizzare, in tutto o in parte, l'avvenuto superamento dei limiti dimensionali» ai sensi dell'art. 7[21].

L'analisi sistematica dell'aggiornato dato normativo permette di esplicitare alcune considerazioni. Innanzitutto, il principio di sinteticità è contenuto in norme di legge ordinaria e costituisce di certo un principio generale del processo amministrativo. Inoltre, esso può ritenersi un corollario del principio costituzionale del giusto processo, in particolare di quello della ragionevole durata, ma non pare che possa ritenersi che abbia fondamento costituzionale.

Appare utile evidenziare che nessuna disposizione normativa prevista nelle fonti primarie stabilisce *expressis verbis* che la violazione del principio possa di per sé causare l'inammissibilità della domanda. Difatti, le conseguenze derivanti dall'eventuale mancata osservanza del principio sono sancite, come già rilevato, *ex* art. 26 c.p.a., in termini di possibile rilevanza ai fini della condanna alle spese, nonché dal comma 5 dell'art. 13-*ter* dell'All. 2 c.p.a. per cui il mancato esame della parte dell'atto eccedente i limiti dimensionali prescritti o autorizzati non invalida perciò la pronuncia del giudice.

---

non si computano gli spazi; b) fermo restando il numero massimo di caratteri, gli atti sono ordinariamente redatti sull'equivalente digitale di foglio A4 nonché su foglio A4 per le copie o gli originali cartacei prescritti dalle disposizioni vigenti, mediante caratteri di tipo corrente e di agevole lettura (ad es. *Times New Roman*, *Courier*, *Garamond*) e preferibilmente di dimensioni di 14 pt, con un'interlinea di 1,5 e margini orizzontali e verticali di cm 2,5 (in alto, in basso, a sinistra e a destra della pagina). Non sono consentite note a piè di pagina».

[20] L'articolo *de quo* risulta in tal modo modificato dal D.P.C.S. 16 ottobre 2017 n. 127. Invece, il testo in versione originaria prevedeva che l'istanza dovesse essere proposta "in calce allo schema di ricorso".

[21] Per un'analisi puntuale di tali articoli, cfr. le chiare note di F. FRANCARIO, *Principio di sinteticità e processo amministrativo. Il superamento dei limiti dimensionali dell'atto di parte*, cit., spec. par. 2.2.

Per di più, è prevista la possibilità che la produzione in giudizio di un atto redatto dalla parte in violazione del principio, ossia senza osservare i limiti dimensionali, venga autorizzata dal Presidente dell'organo giurisdizionale adito, prima della presentazione dell'atto, o anche successivamente, dal giudice. Tuttavia, tale statuizione non è contenuta in una norma primaria bensì trova il suo fondamento nel Decreto del Presidente del Consiglio di Stato n. 167 del 2016, che a rigore non rientra tra le fonti del diritto, né sostanziali né processuali.

3. Orientamenti giurisprudenziali susseguenti al riformato quadro normativo.

In tale rinnovata cornice normativa, la giurisprudenza pare inizialmente esprimere l'orientamento per cui il superamento dei limiti dimensionali comporterebbe l'inammissibilità, *in parte qua*, delle censure o delle deduzioni svolte dalla parte[22].

[22] In particolare, si esprimono nel senso *de quo* due pronunce della Sezione IV e della Sezione V del Consiglio di Stato. La decisione della Sezione IV n. 4636/2016 pare suffragare le ragioni che inducono a ritenere la violazione del limite dimensionale quale motivo d'inammissibilità, *in parte qua*, della doglianza o della deduzione effettuata dalla parte. Tale pronuncia dichiara inammissibile l'appello per violazione del dovere di specificità dei motivi di ricorso sancito dal combinato disposto degli artt. 40, c. 1, lett. *d)* e 101, c. 1, c.p.a. nonché del dovere di sinteticità previsto dall'art. 3, c. 2, c.p.a..
Nel caso specifico, il giudice si è trovato di fronte ad un atto di appello costituito da 217 pagine, contenente plurime reiterazioni delle stesse argomentazioni, caratterizzato dall'esposizione delle medesime in maniera non specifica ed esaustiva ma mediante "motivi intrusi", con la presenza di interpolazioni con atti giudiziari ed amministrativi (talvolta fotocopiati ed inseriti nel testo), di stralcio di dibattiti in sedute di organi collegiali nonché da "manifesta prolissità". Con riferimento a quanto pocanzi rilevato, emerge *ictu oculi* l'attività svolta dal giudice nella fattispecie concreta; pare ad ogni modo necessario soffermarsi sulla motivazione della sentenza. In relazione alla natura e all'*ubi consistam* (*id est*: fondamento) dei doveri di sinteticità, chiarezza e specificità nonché alle conseguenze derivanti dalla loro inosservanza, la pronuncia statuisce che: gli artt. 3, 40 e 101 c.p.a. definiscono gli elementi essenziali del ricorso, con riferimento alla *causa petendi* (i motivi di gravame) ed al *petitum*, ovvero la decisione puntuale in concreto demandata al giudice; con precipuo riferimento alla stesura dei motivi, il fine delle disposizioni è quello di incentivare la redazione di ricorsi dal contenuto intellegibile e di costituire un freno ad una prassi in cui i ricorsi, oltre ad essere pressoché privi del carattere della sinteticità, non contengono una corretta suddivisione tra fatto e motivi, con il derivante rischio che trovino spazio i c.d. "motivi intrusi", ovvero quelli inseriti nelle parti del ricorso dedicate al fatto, che ingenerano il rischio della pronuncia di sentenze che non esaminano tutti i motivi a causa della complessità nell'intercettarli in maniera chiara ed univoca e, pertanto, concretizzano il rischio di incorrere nella revocazione.
La chiarezza e la specificità degli scritti difensivi, nello specifico dei motivi, fanno riferimento all'ordine delle questioni, al linguaggio da usare, alla correlazione logica con l'atto impugnato (sentenza o provvedimento), alle difese delle controparti.
Pertanto, costituisce onere della parte ricorrente offrire una sintesi del fatto sostanziale e processuale, utile alla piena comprensione e valutazione delle censure, per tale via evitando la prolissità e la contraddittoria commistione fra argomenti, domande, eccezioni e richieste istruttorie.

Pare altresì opportuno mettere in rilievo, in linea con quanto già accennato, che il dovere di sinteticità, sancito dall'art. 3, comma 2, c.p.a., strumentalmente connesso al principio della ragionevole durata del processo di cui all'art. 2, comma 2, c.p.a., è a sua volta corollario del giusto processo ed acquisisce una valenza particolare nel giudizio amministrativo, contraddistinto dalla rilevanza dell'interesse pubblico in occasione del controllo sull'esercizio della funzione pubblica. L'impostazione *de qua* è in linea con l'idea della giurisdizione quale risorsa a disposizione della collettività, che proprio per tale ragione deve essere impiegata in maniera razionale, al fine di consentirne il potenziale utilizzo altresì alle parti nelle altre cause pendenti nonché «agli utenti che in futuro indirizzeranno le loro controversie alla cognizione del giudice statale»[23].

Gli oneri di specificità, sinteticità e chiarezza gravanti sulla parte ricorrente nonché sul suo difensore, che tecnicamente la assiste in giudizio, trovano il loro fondamento normativo: nell'art. 24 Cost., in quanto soltanto un'esposizione chiara dei motivi di ricorso o delle ragioni che sorreggono la domanda permette la realizzazione del diritto di difesa delle altre parti evocate in giudizio; nella loro strumentalità all'attuazione del principio di ragionevole durata del processo, ai sensi dell'art. 111, comma secondo, Cost., poiché un giudizio impostato in modo chiaro e sintetico, con precipuo riferimento alla *causa petendi* ed al *petitum*, consente una più immediata ed agevole decisione del giudice, evita che le parti si dilunghino su argomentazioni ed eccezioni proposte a mero fine tuzioristico, rende meno probabile il ricorso ai mezzi di impugnazione e, tra questi, nello specifico al ricorso per revocazione, soprattutto se proposto con finalità unicamente dilatorie del passaggio in giudicato della decisione.

Sotto un profilo comunitario, la necessità della brevità degli scritti difensivi non costituisce soltanto una peculiarità dell'ordinamento processuale italiano[24].

Pare a tal punto utile evidenziare che l'inammissibilità dei motivi di appello non deriva soltanto dal difetto di specificità *ex* art. 101, c. 1, c.p.a., ma anche dalla loro mancata separata indicazione in apposita parte del ricorso a loro dedicata, come sancito dall'art. 40 c.p.a. applicabile a giudizi di impugnazione alla luce del rinvio interno operato dall'art. 38 c.p.a.; perciò, si determina l'inammissibilità per violazione dei doveri di sinteticità e specificità dei motivi, come previsto dagli artt. 3 e 40 c.p.a. Cfr. Cons. Stato, sez. V, 30 novembre 2015, n. 5400.

[23] La funzione giurisdizionale, come in parte già rilevato, è stata inquadrata quale "risorsa scarsa" da Ad. Plen., Cons. St., 25 febbraio 2014, n. 9 e 27 aprile 2015, n. 5 e l'idea *de qua* è stata poi ripresa dalle SS. UU., Cass. Civ., nn. 26242 e 26243 nonché nelle SS. UU., Cass. Civ., 20 ottobre 2016 n. 21260.

[24] Si intende qui fare riferimento alle istruzioni pratiche relative ai ricorsi ed alle impugnazioni adottate il 15 ottobre 2004 (G.U. l8 dicembre 2004, n. 29) e modificate il 27 gennaio 2009 (G.U. l. 31 gennaio 2009, n. 29)

Alla luce di quanto finora rilevato, si ritiene che i principi di specificità, chiarezza e sinteticità, se correttamente applicati, lungi dal rivelarsi come un impedimento alla piena esplicazione del diritto alla tutela giurisdizionale, risultino in concreto funzionali alla più piena e complessiva realizzazione del diritto di difesa in giudizio di tutte le parti del processo, in attuazione degli artt. 24 e 111 Cost..

A suffragare gli approdi esegetici cui è pervenuta la giurisprudenza sin qui enucleata, è intervenuta la disciplina normativa di cui all'art. 7-*bis*, d.l. n. 168 del 2016, convertito con modificazioni dalla l. n. 197 del 2016, che, al fine di conferire effettività al dovere di sinteticità e chiarezza degli scritti difensivi, ha esteso a tutti i riti del processo amministrativo il peculiare meccanismo previsto *ab origineex*art. 120, c. 6, c.p.a. per il solo rito avente ad oggetto le procedure di affidamento di appalti pubblici. Tali norme cristallizzano il riconoscimento della fondatezza delle elaborazioni giurisprudenziali sinora evidenziate.

Nell'impostazione *de qua*, il principio di sinteticità di cui all'art. 3 c.p.a. viene assimilato alle regole - sulla forma e sul contenuto degli atti - di cui agli articoli 40 e 101 c.p.a., e tende a mescolare confusamente il principio di sinteticità con i principi di specificità e di chiarezza dei motivi nonché del giusto processo oppure ad esplicarlo in termini di mera brevità dell'atto processuale, giungendo in tal modo a sostenere *expressis verbis* che la violazione del dovere di sinteticità di cui all'art. 3, c. 2 c.p.a., come poc'anzi enucleato, renda inammissibile l'atto. Tra l'altro, appare complesso stabilire quale sia la norma da cui sarebbe possibile far derivare l'irricevibilità o inammissibilità *in parte qua* dell'atto processuale sovradimensionato.

Proseguendo con l'analisi giurisprudenziale successiva alla riforma *de qua*, la pronuncia di Cons. Stato, Sez. V, del 12 Giugno 2017, n. 2852 prende in esame la questione con particolare riferimento alla necessità dell'autorizzazione e sostiene *ictu oculi* che, in assenza di esplicita autorizzazione al superamento dei limiti dimensionali, le censure o deduzioni non sono ricevibili (*id est*: "esaminabili"[25]):

---

dalla Corte di giustizia dell'Unione europea. Ma v. altresì il regolamento (n. 629 del 17 aprile 2019 del Parlamento europeo e del Consiglio) recante modifica del protocollo n. 3 sullo statuto della Corte di giustizia dell'Unione europea con cui è stato innestato un limite dimensionale degli atti di parte (par. terzo, art. 170-*bis*); tuttavia, la valutazione preliminare di ammissibilità della domanda non è in grado di condizionare la futura decisione di merito della Corte (anche in applicazione dell'art. 181 del regolamento). Si rimanda per ulteriori approfondimenti alla nota 61 del presente saggio.

[25] Nel caso di specie, esaminando l'atto di appello, si sottolinea che, a prescindere dall'abnormità delle dimensioni dello stesso (pari a 124 pagine), anche applicando il decreto del Presidente del Consiglio di Stato del 22 dicembre 2016 n. 167, che è più favorevole per l'appellante, può essere esaminato l'atto di appello,

l'eventuale riproposizione dei motivi del ricorso di primo grado potrebbe, astrattamente, giustificare il superamento dei limiti dimensionali, ma al fine di poter essere esaminati, l'appellante deve acquisire l'autorizzazione preventiva dal Presidente del Consiglio di Stato ai sensi dell'art. 6 del su citato Decreto del 2016, ovvero, applicando correttamente il Decreto vigente del 2015, l'autorizzazione prevista al punto 11 da parte del Presidente di Sezione o di un Magistrato delegato. In mancanza di tale autorizzazione, la parte dell'appello esorbitante i limiti sopra descritti non è esaminabile. Pertanto, secondo la Quinta Sezione, la mancanza di autorizzazione determina l'irricevibilità dell'atto per la parte eccedente i limiti dimensionali[26].

---

escluse le intestazioni e il riassunto preliminare (che può farsi coincidere con la parte denominata "Fatto" dall'appellante) fino a pag. 39, ove sono contenute le censure, peraltro ricopiate pedissequamente con la tecnica del "copia e incolla" dal ricorso di primo grado, concernenti i motivi di primo grado riproposti in appello poiché assorbiti dal giudice di prime cure.

[26] Si riporta la normativa di riferimento analizzata in maniera sistematica nonché un passo utile di Cons. Stato, Sez. V, del 12 Giugno 2017, n. 2852: "...le questioni trattate nella parte dell'atto introduttivo del giudizio eccedono i limiti dimensionali del ricorso e non devono essere esaminate dal Collegio". Infatti, il previgente limite, applicabile al caso di specie *ratione temporis*, fissato dal Decreto dal Presidente del Consiglio di Stato con il Decreto 25 maggio 2015, pubblicato in Gazzetta ufficiale il 5 giugno 2015, in attuazione di quanto previsto dall'art. 120, comma 6, del medesimo codice, come modificato dall'art. 40 del d. l. 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, con la legge 11 agosto 2014, n. 114, prevedeva un numero massimo di 30 pagine, escluse intestazioni e riassunto dei motivi (della lunghezza massima, rispettivamente, di due pagine). Com'è noto, riguardo alla sinteticità degli atti di giudizio, l'art. 3, comma 2, c.p.a. dispone che "il giudice e le parti redigono gli atti in maniera chiara e sintetica. Della sinteticità dei ricorsi giurisdizionali amministrativi il legislatore tratta nuovamente nel successivo art. 26 c.p.a., il quale, nella versione risultante dalle modifiche apportate dall'art. 1, lett. d), d. lg. 14 settembre 2012, n. 160, dispone che "quando emette una decisione, il giudice provvede anche sulle spese del giudizio, secondo gli articoli 91, 92, 93, 94, 96 e 97 del codice di procedura civile, tenendo anche conto del rispetto dei principi di chiarezza e sinteticità di cui all'articolo 3, comma 2. Il legislatore ha dettato norme specifiche in tema di sinteticità degli atti processuali di parte per i casi nei quali il ricorso investa provvedimenti concernenti le procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture. In riferimento a tali casi, l'art. 120 comma 6, c.p.a. dispone che "al fine di consentire lo spedito svolgimento del giudizio in coerenza con il principio di sinteticità di cui all'articolo 3, comma 2, le parti contengono le dimensioni del ricorso e degli altri atti difensivi nei termini stabiliti con Decreto del presidente del Consiglio di Stato, sentiti il Consiglio nazionale forense e l'Avvocato Generale dello Stato, nonché le associazioni di categoria riconosciute degli avvocati amministrativisti. Con il medesimo decreto sono stabiliti i casi per i quali, per specifiche ragioni, può essere consentito superare i relativi limiti. Il decreto *de quo*, nella fissazione dei limiti dimensionali del ricorso e degli atti difensivi, tiene conto del valore effettivo della controversia, della sua natura tecnica e del valore dei diversi interessi sostanzialmente perseguiti dalle parti. Dai suddetti limiti sono escluse le intestazioni e le altre indicazioni formali dell'atto. Il giudice è tenuto ad esaminare tutte le questioni trattate nelle pagine rientranti nei suddetti limiti; il mancato esame delle suddette questioni costituisce motivo di appello avverso la sentenza di primo grado e di revocazione della sentenza di appello. Per un'analisi complessiva si evidenzia che la legge 25 ottobre 2016, n. 197, in vigore dal 29 ottobre 2016, ha abrogato le ultime alinee dell'art. 120, comma 6, c.p.a. dalle parole "Con il medesimo decreto" ed ha introdotto, fra le disposizioni di attuazione del medesimo codice, l'art. 13-ter, in base al quale "il giudice è tenuto ad esaminare tutte le questioni trattate nelle pagine rientranti nei suddetti limiti. L'omesso esame delle questioni contenute nelle pagine successive

Pare utile altresì menzionare, tra le altre pronunce enucleate dai Giudici di Palazzo Spada all'indomani del riformato piano normativo, le sentenze della Sezione IV n. 1120 del 21 Marzo 2016[27] e n. 2866 del 29 Giugno 2016 del Consiglio di Stato[28]. In considerazione delle predette sentenze, si potrebbe ritenere che il giudice amministrativo si sia orientato nel senso che la violazione del principio della sinteticità, per come disciplinato dal D.P.C.S. n. 167/2016, causerebbe l'inammissibilità o irricevibilità del motivo o della deduzione oltre i limiti dimensionali[29] . *Prima facie*, tale posizione del giudice amministrativo sembrerebbe

al limite massimo non è motivo di impugnazione". A completamento della normativa sulla sinteticità dei ricorsi, il Presidente del Consiglio di Stato, in data 22 dicembre 2016, ha emanato il decreto n. 167/2016, con cui ha dettagliatamente reintrodotto i limiti dimensionali dei ricorsi e degli altri atti difensivi nel processo amministrativo. Tale decreto, all'art. 3, dispone che "b) nel rito ordinario, nel rito abbreviato comune di cui all'art. 119, nel rito appalti, nel rito elettorale di cui all'art. 130 e seguenti del codice del processo amministrativo, e nei giudizi di ottemperanza a decisioni rese nell'ambito di tali riti, 70.000 caratteri (corrispondenti a circa 35 pagine nel formato di cui all'art. 8). Da tali limiti è escluso il riassunto preliminare, di lunghezza non eccedente 4.000 caratteri (corrispondenti a circa 2 pagine nel formato di cui all'art. 8), che sintetizza i motivi dell'atto processuale". Per ulteriori indicazioni normative in combinato disposto nonché per un'equilibrata analisi della giurisprudenza *de qua*, V. F. FRANCARIO, *Principio di sinteticità e processo amministrativo. Il superamento dei limiti dimensionali dell'atto di parte*, cit., spec. par. 3.

[27] Nella prima si afferma che è causa di inammissibilità dell'appello il fatto che sussista «una complessiva ridondanza e mancanza di sinteticità degli appelli in violazione degli obblighi di sinteticità e specificità dei mezzi di gravame».

[28] La seconda, rileva in via preliminare che «escluse le pagine che contengono le relate di notifica, il ricorso in appello conta 60 pagine e la memoria illustrativa 125». Tali documenti si sviluppano in modo confuso, ridondante e ripetitivo; essi contengono plurime ed intricate reiterazioni dei medesimi argomenti, che rendono difficoltosa la lettura e la comprensione del testo, non ordinato fra fatto, svolgimento del processo e motivi di impugnazione, senza che sia dato cogliere effettivamente quali siano le specifiche censure contro i capi della sentenza gravata, necessario contenuto del ricorso in appello secondo la prescrizione dell'art. 101 c.p.a.; la sentenza *de qua* conclude che «ne risulta la violazione dei principi di sinteticità e di chiarezza degli atti processuali, alla quale segue, sulla scorta di consolidati principi giurisprudenziali e della normativa processuale di riferimento, l'inammissibilità del gravame».

[29] Tuttavia, sussistono pronunce in cui il giudice amministrativo esclude che la violazione del limite dimensionale comporti l'irricevibilità, sempre ovviamente *in parte qua*, dell'atto. V. in tal senso C.G.A.R.S., ord., n. 536 del 2014, a fronte di un appello di centoventisette pagine ritenuto palesemente non proporzionato al livello di complessità della vicenda e contrastante con il principio di chiarezza e sinteticità sancito dall'art. 3, c. 2, c.p.a., non dichiara inammissibile l'appello ma invita la parte appellante a produrre una memoria riepilogativa sintetica di non oltre venti pagine per un massimo di venticinque righe per pagina. Cfr. altresì Cons. Stato, sez. VI, 19 giugno 2017, n. 2969, che sia pur delimitando la rilevanza *ratione temporis*, ha ad ogni modo sostenuto che «nella comparazione assiologica dei principi processuali di sinteticità e chiarezza con il diritto ad una pronuncia che definisca nel merito le questioni dedotte, va data prevalenza a quest'ultimo». La sentenza *de qua* (che conferma Tar Marche, Ancona, sez. I, n. 320/2012), in tema di appello contro le decisioni dei Tar, ha perciò affermato che il diritto ad una pronuncia che definisca nel merito la questione prevale sul principio di specificità dei motivi di censura. Difatti, nell'ambito del raffronto tra quest'ultimo, previsto *expressis verbis* dagli artt. 40, comma 2 e 101, comma 1, del codice del processo amministrativo - che nella fattispecie non risultano rispettati in maniera puntuale - ed il diritto ad una pronuncia che definisca nel merito le questioni dedotte, va conferita prevalenza a quest'ultimo sul rilievo che solo recentemente, ossia successivamente alla redazione dell'atto d'appello, i principi di sinteticità e chiarezza hanno acquisito "precettività processuale" «sì da prescrivere in caso di loro violazione la pronuncia

esser stata in un certo senso rafforzata dalla Suprema Corte a Sezioni unite che, con la sentenza 17 gennaio 2017 n. 964, ha escluso che la pronuncia d'inammissibilità resa con riferimento al principio di sinteticità possa integrare gli estremi di un rifiuto di giurisdizione o di diniego di giustizia per il fatto di non pronunciare su tutta la domanda. A prescindere dalla semplificazione della massima, l'attenta analisi della motivazione della sentenza permette di addivenire a chiarimenti pregnanti proprio sull'effettiva consistenza del principio di sinteticità. Infatti, la motivazione mette bene in rilievo che non si recede dai limiti interni della giurisdizione e che si pone la questione di applicazione delle norme processuali soltanto se ed in quanto la pronuncia d'inammissibilità non sia fondata direttamente sulla violazione del principio di sinteticità *sic et simpliciter*, bensì sulla violazione delle norme primarie che disciplinano forma e contenuto dell'atto processuale, ossia degli articoli 40 e 101 c.p.a.[30].

Perciò, può ritenersi, alla luce del dato normativo, che il Consiglio di Stato si è attenuto alle disposizioni normative del processo amministrativo ritenendo che l'insussistenza di specificità dei motivi, individuati nella mancata suddivisione dell'atto di appello tra lo svolgimento del processo, realizzato con "la tecnica del copia ed incolla" e l'esposizione di specifici motivi in ragione della commistione all'interno di questi ultimi fra "argomenti, domande, eccezioni e richieste istruttorie", costituiva un motivo di inammissibilità in ragione della espressa disposizione dell'art. 40 c.p.a., riferibile al ricorso di primo grado che ha ritenuto applicabile in virtù di una medesima *ratio* anche all'atto di appello.

Tale interpretazione estensiva, può apparire condivisibile o meno; tuttavia, può pacificamente ritenersi che il Consiglio di Stato non abbia esorbitato dai limiti interni della giurisdizione, applicando una previsione di inammissibilità stabilita *expressis verbis* dal codice di procedura amministrativa in relazione alla fattispecie concreta *de profundis* esaminata.

Per quel che concerne gli ulteriori profili riguardanti la mancanza di sinteticità e chiarezza, questa giurisprudenza di legittimità ha già avuto modo di specificare che

---

di rito d'inammissibilità». Cfr. *Foro Amministrativo (Il)*, 6, 1279, 2017. In tal senso, si v. Cass., sez. un., 17 gennaio 2017, n. 964, in *Giust. Civ. Mass.*, 2017.

[30] A tal proposito, le Sezioni Unite sostengono che «La sentenza impugnata ha rilevato che gli articoli 40 e 101, comma 1, del codice del processo amministrativo *expressis verbis* prevedono che i motivi del ricorso devono essere specifici e che eventuali motivi proposti in violazione di detto principio sono inammissibili».

tali condizioni sono ora sancite nel nostro ordinamento dall'art. 3, comma 2, del c.p.a., che contiene un principio processuale generale, idoneo ad operare anche nel processo civile ed il cui mancato rispetto espone il ricorrente ad una potenziale declaratoria di inammissibilità dell'impugnazione, poiché rischia di compromettere l'intelligibilità delle questioni, rendendo oscura l'esposizione dei fatti di causa nonché confuse le censure avanzate alla sentenza gravata, per tale via risultando in contrasto con il principio di ragionevole durata del processo, di cui all'articolo 111 Cost., ed altresì con il principio di leale collaborazione tra le parti processuali e tra queste ed il giudice, concretandosi come un impedimento al pieno ed efficace espletamento del contraddittorio[31] processuale. Pertanto, le Sezioni unite riconoscono che si tratti di un vero e proprio principio generale del processo, idoneo ad operare anche al di fuori del processo amministrativo; tuttavia puntualizzano che, *rebus sic stantibus*, la sua inosservanza può essere sintomatica della sussistenza di un vizio dell'atto che si manifesta soltanto se viene con ciò compromessa l'intellegibilità delle questioni dedotte[32].

In linea con quanto sin qui evidenziato, si pongono anche le successive sentenze della Corte di cassazione[33].

[31] Le voci di dottrina - e più in generale gli scritti - sul principio del contraddittorio sono molteplici: v. tra le altre F. BENVENUTI, *Contraddittorio* (*diritto amministrativo*), in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961; A. CARACCIOLO LA GROTTERIA, *Parti e contraddittorio nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1993; L.P. COMOGLIO, *Contraddittorio (principio del) – I) Diritto processuale civile*, in *Enc. Giur.*, VIII, 1988; E. FOLLIERI, *Il contraddittorio in condizioni di parità nel processo amministrativo*, nota a Cons. St., Ad. plen., 29 dicembre 2004, n. 14, in *Dir. proc. amm.*, 2006; G. MARTINETTO, *Contraddittorio* (*principio del*), in *Novissimo Digesto italiano*, II, App., Torino, 1981; A. NASI, *Contraddittorio* (*principio del*), (*Dir. proc. civ.*), in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961.

[32] Invece, nel caso di specie si è posta una mera questione di interpretazione delle norme processuali, perciò non sindacabile quale motivo di giurisdizione, in quanto l'inammissibilità del ricorso è stata pronunciata dal giudice amministrativo con riferimento alla specifica previsione normativa di cui all'art. 40, lett. *d*) c.p.a..

[33] In particolare, nella pronuncia della Sezione Prima, 13 aprile 2017, n. 9570 si sostiene *ictu oculi* che il mancato rispetto del dovere di chiarezza e sinteticità espositiva degli atti processuali, sancito dall'art. 3, comma 2, del c.p.a. - secondo cui «il giudice e le parti redigono gli atti in maniera chiara e sintetica» -, esprime un principio generale del diritto processuale, destinato ad operare anche nel processo civile, «espone il ricorrente al rischio di una declaratoria di inammissibilità dell'intera impugnazione o del singolo motivo di ricorso». Ciò avviene non per l'irragionevole estensione dell'atto o del motivo (che non è sanzionata sotto il profilo normativo), bensì poiché «rischia di pregiudicare l'intelligibilità delle questioni, rendendo oscura l'esposizione dei fatti di causa e confuse le censure mosse alla sentenza gravata, ridondando nella violazione delle prescrizioni di cui ai nn. 3 (esposizione sommaria dei fatti della causa) e 4 (motivi per i quali si chiede la cassazione, con l'indicazione delle norme di diritto su cui si fondano) dell'art. 366 c.p.c., assistite da una sanzione testuale di inammissibilità». Cfr. altresì Cass., 20 ottobre 2016, n. 21297; Cass., sez. un., 17 gennaio 2017, n. 964.

L'inosservanza del dovere processuale di chiarezza e di sinteticità espositiva contrasta con la finalità di conferire maggiore rilievo allo scopo del processo, che dovrebbe tendere ad una decisione di merito, al fine di garantire una tutela reale ed effettiva del diritto di difesa *ex*art. 24 Cost., nell'ossequio dei principi del giusto processo di cui all'art. 111, comma secondo, Cost. nonché ai sensi dell'art. 6 CEDU, con l'obiettivo ulteriore di non far ricadere oneri processuali superflui sia sullo Stato sia sulle parti.

Proseguendo con l'analisi della giurisprudenza susseguente, rilevante ai fini dell'indagine sin qui condotta risulta la pronuncia di Cassazione, Sezione Terza, 31 luglio 2017, n. 18962, poiché dopo aver evidenziato che il ricorrente avesse «ecceduto nel riportare in modo quasi meticoloso ogni singolo accadimento processuale [...] impiegando ben cinquantuno pagine per spiegare l'intero svolgimento dei gradi di merito», dichiara inammissibile il ricorso non già per la lunghezza ritenuta sicuramente eccessiva dell'atto, bensì in quanto «mancava del tutto il momento di sintesi funzionale e l'illustrazione dei motivi non consentiva di cogliere i fatti rilevanti in funzione della comprensione dei motivi stessi». Perciò, il ricorso va dichiarato inammissibile, secondo la Corte, se l'esposizione rende particolarmente intricata e contorta l'individuazione delle questioni e se la Corte viene «impropriamente investita della ricerca e della selezione dei fatti (anche processuali) rilevanti ai fini del decidere».

Le pronunce segnalate non si discostano dall'orientamento costantemente seguito dalla Suprema Corte in relazione ai vizi della *editio actionis,* secondo cui sussiste nullità dell'atto soltanto in caso di omissione o assoluta incertezza sul *petitum* o sulla *causa petendi*[34]. Pertanto può ritenersi che la Corte di Cassazione, pur conferendo certamente rilievo al principio di sinteticità, pare orientata a sostenere che il principio *de quo* non sia esplicabile unicamente in termini di mera brevità o meno dell'atto ed altresì che l'inosservanza del dovere di sinteticità possa causare l'inammissibilità o irricevibilità *in parte qu*a dell'atto processuale soltanto qualora renda oscure e scarsamente intellegibili le questioni sollevate, concretandosi in una violazione dei requisiti di forma e contenuto degli atti processuali previsti dalle disposizioni normative di riferimento.

[34] Per un'analisi in tal senso nonché per ulteriori indicazioni dottrinali e giurisprudenziali anche meno recenti, cfr. F. FRANCARIO, *Principio di sinteticità e processo amministrativo. Il superamento dei limiti dimensionali dell'atto di parte*, cit., spec. nota 16.

3.1. Breve rassegna della giurisprudenza recente sul canone di sinteticità.

In relazione alle conseguenze del superamento dei limiti dimensionali degli scritti difensivi, pare altresì utile analizzare la giurisprudenza più recente, tentando di offrire riferimenti puntuali, considerato anche l'intervenire di pronunce ondivaghe che rendono incerto, mutevole e non uniforme il quadro di riferimento, sia pure in presenza di qualche orientamento che appare consolidato.

Centrale ed in linea rispetto alla riflessione del presente saggio è la recente pronuncia della sezione VI del Consiglio di Stato che con l'ordinanza del 13 aprile 2021, n. 3006 ha deciso di non applicare l'inutilizzabilità delle difese sovrabbondanti *ex* art. 13-*ter* delle disposizioni di attuazione del codice di procedimento amministrativo, offrendo alle parti una seconda possibilità per riscrivere l'atto in termini più brevi[35].

Con la recente sentenza del Consiglio di Stato sez. VI, 25 febbraio 2021, n. 1636, i giudici di Palazzo Spada hanno ribadito che la motivazione della sentenza[36] ha la funzione di consentire l'individuazione del percorso argomentativo della pronuncia giudiziale e, perciò, anche la *functio* di legittimità dell'azione giurisdizionale. Difatti, l'ordinamento conferisce alla motivazione della sentenza, anche quando redatta in maniera sintetica, il ruolo essenziale di fondamento di legittimità dell'azione

[35] Nell'ordinanza *de qua*, i giudici di Palazzo Spada hanno specificato che «La sinteticità non è più un mero canone orientativo della condotta delle parti, bensì è oramai una regola del processo amministrativo». Pertanto, le parti sono tenute a non scrivere atti prolissi nonché a rispettare i limiti dimensionali stabiliti dal Consiglio di Stato. Tuttavia, qualora esse oltrepassino tali confini, secondo quanto espresso in questa ordinanza, non è «opportuno "sorprendere" le parti con atteggiamenti drastici o punitivi», ma, in linea con il principio di leale collaborazione e con un canone di adeguatezza, appare più giusto concedere un breve rinvio, per permettere alle medesime di operare un ragionevole riequilibrio dimensionale delle difese. L'ordinanza in analisi evidenzia altresì che l'art. 13-*ter* delle norme di attuazione del c.p.a. sanziona in termini - non di nullità, bensì - di inutilizzabilità le difese sovrabbondanti. Difatti il giudice è autorizzato a presumere che la violazione dei limiti dimensionali, allorquando ingiustificata, sia tale da compromettere l'esame tempestivo nonché l'intellegibilità della domanda.

[36] La recente sentenza del Consiglio di Stato, sez. IV, 10 luglio 2020, n. 4416, con riferimento all'applicazione del principio di sinteticità alle decisioni del giudice, ha rilevato che la motivazione delle sentenze deve ispirarsi al criterio della sinteticità di cui all'art. 3 c.p.a.. In particolare, i Giudici di Palazzo Spada specificano che «non è necessaria la puntuale confutazione di ogni ipotesi alternativa dedotta dalle parti, purché la conclusione raggiunta dal Giudice sia consequenziale, logica e sufficientemente argomentata». La massima giurisprudenziale è tratta da *Redazione Giuffrè amm.*, 2020, reperibile su *www.dejure.it*. Sulle conseguenze dell'inosservanza del canone di sinteticità da parte del giudice, si v. *funditus*F. SAITTA, *La violazione del principio di sinteticità degli atti processuali*, cit., *passim.*

giurisdizionale, poiché unico mezzo di comprensione delle modalità di esercizio di tale potere e, pertanto, per il suo controllo, in quanto la motivazione rappresenta l'*iter* logico mediante cui si è formato il convincimento del giudice. Essa espone le ragioni della decisione, il complesso degli argomenti su cui essa è fondata, il ragionamento fattuale e logico-giuridico seguito dal giudice per individuare la regola della fattispecie concreta analizzata partendo dalla disposizione astratta. Perciò, pur nei limiti di un'esplicitazione sintetica, collegata al principio della ragionevole durata del processo, corollario del principio del giusto processo *ex* art. 111 Cost. nonché art. 6 CEDU, rimane ferma ed inalienabile la funzione di permettere l'individuazione del percorso argomentativo della pronuncia giudiziale, in quanto il rinvio a fonti esterne comporterebbe l'impossibilità di una verifica effettiva rispetto al ragionamento tecnico-logico-giuridico del giudice[37].

Con riferimento alla c.d. motivazione per *relationem*, la recente giurisprudenza di merito[38] ha ritenuto che il giudice amministrativo può decidere la causa motivando il rigetto del ricorso per *relationem*, facendo riferimento ai precedenti menzionati, alla cui ampia ed articolata motivazione può rinviarsi in ossequio al principio di sinteticità degli atti e di economia dei mezzi giuridici, di cui all'art. 88, comma 2, lettera d), D. Lgs. n. 104/2010[39].

Sotto un profilo temporale, con riferimento alla violazione del principio di sinteticità prima dell'adozione del d.P.C.S. n. 167 del 2016, la recente sentenza del Consiglio di Stato sez. II, 17 febbraio 2021, n.1450 ha ribadito[40] che è inammissibile il

[37] Cfr. la precedente giurisprudenza di merito del TAR Emilia Romagna, 21 febbraio 2019 n. 179 e 21 febbraio 2019 n. 180. Si v. altresì Consiglio di Stato, sez. II, 17 febbraio 2021, n. 1450.
[38] T.A.R. Roma (Lazio), sent., sez. III, 17 settembre 2019, n. 11040.
[39] La massima è tratta da Redazione *Giuffrè*, 2019, in *www.dejure.it*.
[40] Si v. Cons. St., sez. IV, 1 dicembre 2020, n. 7622 nonché TAR Lazio, Roma, sez. III, n. 5497 del 2012, in linea con la recentissima giurisprudenza di cui *ut supra*. In particolare, la citata sentenza del Consiglio di Stato, sez. IV, 01 dicembre 2020, n. 7622 ribadisce altresì che il mancato rispetto del dovere di sinteticità e chiarezza sancito dall'art. 3, comma 2, c.p.a. espone l'appellante alla declaratoria di inammissibilità dell'impugnazione, non già per l'irragionevole estensione del ricorso - che, giova sottolinearlo, non è normativamente sanzionata -, bensì poiché rischia di pregiudicare l'intellegibilità delle questioni, rendendo oscura l'esposizione dei fatti di causa nonché confuse le censure mosse alla sentenza gravata. *Ex plurimis*, cfr. con riferimento alle conseguenze della violazione del principio di sinteticità degli atti processuali, Consiglio di Stato, sez. IV, 24 aprile 2019, n. 2651 che con sentenza (che conferma Tar Liguria, sez. I, n. 941 del 2017), ha affermato che l'art. 3, comma 2, c.p.a. esprime un principio generale, valido anche per il processo civile, la cui inosservanza espone il ricorrente al rischio di una declaratoria d'inammissibilità dell'intera impugnazione o del singolo motivo di ricorso, non già per l'irragionevole estensione dell'atto o del motivo - che non è normativamente sanzionata -, ma in quanto rischia di pregiudicare l'intelligibilità delle questioni, rendendo oscura l'esposizione dei fatti di causa e confuse le censure mosse all'atto gravato. Nello specifico, il suo mancato ossequio si scontra con la *ratio* di conferire più ampia rilevanza allo scopo del

ricorso che viola il principio di sinteticità, a nulla rilevando che tale gravame sia stato proposto *ex ante* rispetto all'adozione del decreto del Presidente del Consiglio di Stato n. 167 del 22 dicembre 2016 sui limiti dimensionali, avendo il dovere di sinteticità una valore precipuo fondamentale nel giudizio amministrativo, contraddistinto dalla centralità dell'interesse pubblico in occasione del controllo sull'esercizio della funzione pubblica.

Interessante e portatrice di spunti analitico-ricostruttivi innovativi pare la sentenza del Consiglio di Stato sez. III, 12 ottobre 2020, n. 6043[41] concernente il debordare di 35 pagine del ricorso, in cui i Giudici di Palazzo Spada hanno ritenuto irragionevole non considerare le ultime pagine qualora l'esiguo sforamento dipenda dall'inserimento di immagini. Nello specifico, secondo l'*iter* logico-giuridico della sentenza *de qua*, in tema di sinteticità e dei limiti dimensionali degli atti *ex* art. 13 *ter* c.p.a., fermo il limite massimo tassativo dei caratteri, la scelta di illustrare ed esplicare complesse

processo, tendente a una decisione di merito, al duplice fine di garantire un'effettiva tutela del diritto di difesa *ex* art. 24 Cost., nell'alveo del rispetto dei principi del giusto processo di cui all'art. 111, comma 2, Cost. nonché dell'art. 6 della Cedu, sia per scongiurare di gravare lo Stato e le parti di superflui oneri processuali. Si v. *Foro Amministrativo (Il)*, 4, 2019, 634. *Ex multis*, si v. Cassazione civile, sez. trib., sent., 21 marzo 2019, n. 8009 in cui la giurisprudenza di legittimità ha sostenuto, con riferimento al ricorso in Cassazione, il rischio di declaratoria di inammissibilità in caso di mancato ossequio del dovere di chiarezza e sinteticità espositiva degli atti processuali. Nello specifico, gli Ermellini hanno affermato che il mancato rispetto del dovere di chiarezza e sinteticità espositiva degli atti processuali *ex* art. 3, comma 2, del c.p.a., esprime un principio generale del diritto processuale, destinato ad operare anche nel processo civile ed in particolare nell'ambito del ricorso per cassazione, espone il ricorrente al rischio di una declaratoria di inammissibilità dell'impugnazione, non già per l'irragionevole estensione del ricorso - che non è normativamente sanzionata -, ma in quanto rischia di pregiudicare l'intellegibilità delle questioni, rendendo oscura l'esposizione dei fatti di causa nonché confuse le censure mosse alla sentenza gravata, «ridondando nella violazione delle prescrizioni di cui ai nn. 3 e 4 dell'art. 366 c.p.c., assistite - queste sì - da una sanzione testuale di inammissibilità». Nella fattispecie, in applicazione del principio *de quo*, la S.C. ha dichiarato inammissibile un ricorso che si limitava a riprodurre stralci degli atti difensivi depositati dal ricorrente nei precedenti gradi del giudizio senza formulare alcuna specifica censura nei confronti della decisione impugnata. Si cfr. *Giustizia Civile*, Massimario, 2019. In senso conforme, si v. Cass. Civ., n. 21297 del 2016 nonché altresì Ss. Uu., Cass. Civ., n. 964 del 2017. Invece, alcuni mesi dopo, sempre nel 2019, la giurisprudenza di legittimità ha espresso un orientamento opposto: secondo quanto enucleato dalla sentenza della Corte di Cassazione civile, sez. II, 25 novembre 2019, n. 30685, in relazione al processo amministrativo telematico, le regole di redazione di ricorso e atti difensivi non si applicano in sede di ricorso per cassazione. A tal proposito, gli Ermellini hanno precisato che nonostante la circolare del 17 giugno 2013 del Primo presidente della Corte di Cassazione, il precetto di cui all'art. 13-*ter* dell'allegato II al d. lgs. n. 104 del 2010 - per cui al fine di consentire lo spedito svolgimento del giudizio in coerenza con i principi di sinteticità e chiarezza di cui all'articolo 3, comma 2, c. p. a., le parti redigono il ricorso e gli altri atti difensivi secondo i criteri e nei limiti dimensionali stabiliti con decreto del Presidente del Consiglio di Stato - non può trovare applicazione in sede di ricorso per cassazione, in mancanza - allo stato - di una previsione di legge primaria atta a formalizzare l'applicabilità della inammissibilità del ricorso per violazione degli stessi criteri di fronte alla Corte di cassazione. Cfr. *Guida al diritto*, 8, 2020, 106.

[41] La sentenza *de qua* conferma Tar Emilia Romagna, Bologna, sez. I, n. 161 del 2020.

censure tecniche con immagini nel corpo dell'atto e pertanto di sforare di un numero ridotto di pagine il limite, meramente indicativo, di 35 pagine non può rappresentare valida ragione per non esaminare le ultime tre o quattro pagine del ricorso senza considerare, irragionevolmente, che tale esiguo sforamento non dipende da prolissità grafica del difensore, bensì dall'esigenza, ragionevole e meritevole di tutela, di offrire una rappresentazione il più possibile chiara, e intellegibile, delle stesse censure tecniche non soltanto per *verba*, ma anche per *imagines et signa* in un contenzioso, quale quello degli appalti[42], caratterizzato da un'elevata complessità tecnica nonché in un processo che involge peculiari competenze altamente specialistiche[43]. Perciò, la strategia difensiva non può ritenersi in sé, automaticamente, irrispettosa del principio di sinteticità e dei limiti dimensionali in quanto il dovere di sinteticità "non è un valore in sé, un fine ultimo", ma è funzionale all'intelligibilità dell'atto, sul presupposto che «ciò che è complesso, ridondante, superfluo nuoce alla comprensione delle censure e, di fatto, rende il processo amministrativo meno efficace nella tutela degli interessi legittimi o, in talune ipotesi, dei diritti soggettivi»[44].

4. Questioni problematiche dell'inosservanza dei limiti dimensionali: l'art. 13 *ter* dell'All. 2 al c.p.a. e l'ermeneusi fuorviante del principio di sinteticità.

L'analisi ricostruttiva sinora effettuata con riferimento al profilo normativo e giurisprudenziale in tema di sinteticità degli atti di parte disvela sia alcuni aspetti

[42] In tema di appalti, secondo la sentenza del T.A.R. Milano (Lombardia), sez. IV, 01 giugno 2017, n. 1226, in linea con la dottrina e la giurisprudenza prevalenti, nel processo amministrativo il ricorso cumulativo deve reputarsi ammissibile solo se sussiste un collegamento funzionale fra i provvedimenti impugnati, ossia un'interdipendenza oggettiva, in modo che sia possibile risalire ad un nesso procedimentale fra gli stessi; in assenza di tali presupposti, il divieto di cumulabilità si giustifica con la necessità di garantire un ordinato e razionale svolgimento del processo, evitando la trattazione contestuale di fattispecie in realtà eterogenee, con conseguente inutile aggravio di attività per gli organi giurisdizionali - oltre che per i difensori delle parti processuali - nonché a discapito dell'ottimale e più celere andamento del giudizio. Tale attuale necessità risulta ancor più pregnante alla luce del principio costituzionale di ragionevole durata del processo di cui all'art. 111 Cost. e all'art. 2 del c.p.a., oltre che del principio della chiarezza e sinteticità degli atti del processo *ex* art. 3 del c.p.a. che nel rito speciale in materia di appalti assume un valore precipuo ai sensi dell'art. 120 del c.p.a.. Cfr. *Redazione Giuffrè amm.*, 2017.

[43] Si v. la massima giurisprudenziale di riferimento su *Diritto & Giustizia*, 29 ottobre 2020, in *www.dejure.it.*

[44] Il virgolettato è reperibile su *Foro Amministrativo* (II), 10, 2020, 1850.

pacifici che svariati nodi problematici. Certamente, può ritenersi che si è in presenza di un principio di diritto processuale generale e che la sua inosservanza assume rilievo ai fini della condanna alle spese di lite[45]. Appaiono invece complessi sia l'individuazione della consistenza reale del principio, sia delle conseguenze derivanti dalla violazione dello stesso.

Nell'ambito del tentativo di risoluzione degli aspetti problematici, pare che parte della giurisprudenza amministrativa si sia orientata nel senso di sostenere che l'inosservanza non autorizzata dei limiti dimensionali, fissati con Decreto del Presidente del Consiglio di Stato ai sensi dell'art. 13-*ter* dell'All. 2 al c.p.a., causerebbe l'irricevibilità o inammissibilità, *in parte qua*, dell'atto. Per tale via, potrebbe ritenersi che il principio sia esplicabile in termini di mera brevità dell'atto e che la regola della sinteticità costituirebbe un requisito di forma dell'atto tale che la sua inosservanza ne comporterebbe l'irricevibilità o inammissibilità almeno *in parte qua*. Tuttavia, pare che l'idea conclusiva di parte della giurisprudenza inerente la nullità dell'atto processuale sovradimensionato sia stata ricavata in maniera poco meditata, fondandosi sulla mera esistenza di una disposizione prescrittiva di uno specifico adempimento formale, tralasciando che il mancato rispetto delle forme previste per il compimento di un atto processuale non ne causa la nullità se questa non è sancita *expressis verbis* dalla legge o se l'atto è in ogni modo idoneo a conseguire il suo fine proprio, alla luce dei principi generali contenuti nell'art. 156 c.p.c..

Difatti, attuando una riflessione sia in merito alla necessità di una previsione normativa espressa della nullità, sia sul fine dell'atto processuale, l'orientamento di parte della giurisprudenza amministrativa che pare profilarsi non risulta

[45] Secondo la sentenza di T.A.R. Milano, (Lombardia) sez. II, 04 giugno 2019, n. 1279, la violazione del dovere di sinteticità degli atti processuali incide sulla regolazione delle spese di giudizio. Cfr. la precedente sentenza di T.A.R. Latina, (Lazio) sez. I, 28 novembre 2016, n. 761 secondo cui ai fini della liquidazione e dell'imputazione delle spese di giudizio incìde la tecnica redazionale che fa sistematico uso del "copia-incolla" di interi documenti e di ampi stralci di precedenti giurisprudenziali in quanto essa vìola i principi di chiarezza e sinteticità degli atti processuali. Si v. a tal proposito *Foro amministrativo*, 2016, 11, per cui il dovere di sinteticità sancito dall'art. 3, comma 2, c.p.a., strumentalmente connesso al principio della ragionevole durata del processo, è a sua volta corollario del giusto processo ed acquisisce una valenza peculiare nel giudizio amministrativo contraddistinto dal rilievo dell'interesse pubblico in occasione del controllo sull'esercizio della funzione pubblica. L'impostazione *de qua* risulta in linea con l'idea della giurisdizione quale risorsa a disposizione della collettività, che pertanto deve essere utilizzata in misura razionale. La violazione di tale dovere, se, da un lato, non si traduce in inammissibilità del ricorso, dall'altro, incide, certamente, sulla regolazione delle spese di giudizio. Si v. Redazione *Giuffrè*, 2019, in *www.dejure.it*. Cfr. Cons. St., sez. IV, 7 novembre 2016 n. 4636; Cass., sez. trib., 21 marzo 2019 n. 8009; Cass., sez. I, 13 aprile 2017 n. 9570; TAR Lombardia, Milano, sez. II, 19 marzo 2013 n. 721.

condivisibile. Infatti, come già rilevato, il principio fondamentale in tema di nullità processuali è quello della c.d. tassatività delle nullità, per cui la nullità non può essere comminata se non è espressamente prevista dalla legge. Il principio *de quo* di cui all'art. 156 c.p.c. è pacificamente applicabile al processo amministrativo, anche per il rinvio *ex* art. 39, c. 1, c.p.a..

Il contenuto formale dell'atto introduttivo del giudizio nel processo amministrativo è previsto dagli articoli 40 e 44 c.p.a., che stabiliscono che sussiste nullità nei casi di mancata sottoscrizione, di mancata indicazione specifica dei motivi di ricorso e d'inosservanza delle altre norme contenute nell'art. 40 se si verifica un'incertezza assoluta sulle persone o sull'oggetto della domanda[46].

[46] Pare utile riportare in nota il testo degli articoli 40 e 44 c.p.a. allo scopo di chiarirne il contenuto nonché la connessa stratificazione normativa, in relazione alle modifiche apportate dal cd. secondo correttivo al Codice (d.lgs. 14 settembre 2012, n. 160, recante Ulteriori disposizioni correttive ed integrative al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, recante il codice del processo amministrativo, a norma dell'articolo 44, comma 4, della legge 18 giugno 2009, n. 69), entrato in vigore il 3 ottobre 2012, che hanno introdotto il comma 2 e la scansione delle lettere d, e, f nell'art. 40. Per cui: «Art. 40. Contenuto del ricorso. 1. Il ricorso deve contenere distintamente: a) gli elementi identificativi del ricorrente, del suo difensore e delle parti nei cui confronti il ricorso è proposto; b) l'indicazione dell'oggetto della domanda, ivi compreso l'atto o il provvedimento eventualmente impugnato, e la data della sua notificazione, comunicazione o comunque della sua conoscenza; c) l'esposizione sommaria dei fatti; d) i motivi specifici su cui si fonda il ricorso; e) l'indicazione dei mezzi di prova; f) l'indicazione dei provvedimenti chiesti al giudice; g) la sottoscrizione del ricorrente, se esso sta in giudizio personalmente, oppure del difensore, con indicazione, in questo caso, della procura speciale. 2. I motivi proposti in violazione del comma 1, lettera d), sono inammissibili». Di seguito: «Art. 44. Vizi del ricorso e della notificazione 1. Il ricorso è nullo: a) se manca la sottoscrizione; b) se, per l'inosservanza delle altre norme prescritte nell'articolo 40, vi è incertezza assoluta sulle persone o sull'oggetto della domanda. 2. Se il ricorso contiene irregolarità, il collegio può ordinare che sia rinnovato entro un termine a tal fine fissato». Per un'analisi di tale dato normativo, cfr. R. DE NICTOLIS, *Codice del processo amministrativo commentato*, Milano, 2017, 780-782, per cui la riformulazione dell'art. 40 c.p.a. avrebbe l'effetto di prevedere *expressis verbis* l'inammissibilità dei motivi che non risultino distintamente formulati nella parte dell'atto ad essi appositamente dedicata. Tuttavia, in tal caso, sarebbe criticabile il legislatore per il fatto di occultare scientemente una norma portatrice di gravi conseguenze sul regime degli atti processuali e che, peraltro, sarebbe stata prevista proprio con l'obiettivo di assicurare la chiarezza degli atti processuali nonché di arginare la *malpractice* o la mala fede che tendono a squilibrare i rapporti processuali a causa dell'innesto di argomentazioni occulte. Inoltre, i brevi cenni sinora effettuati ed inerenti lo scopo perseguito dall'atto processuale appaiono utili altresì in relazione alla questione della distinta formulazione dei motivi e, più in generale, per tutti i requisiti di forma-contenuto previsti dall'art. 40 c.p.a.. A tal proposito, F. FRANCARIO, *Principio di sinteticità e processo amministrativo. Il superamento dei limiti dimensionali dell'atto di parte*, cit.,*passim*, acutamente rileva che: «Anche nel caso della regola della distinta formulazione non ci si può infatti arrestare al mero formalismo della prescrizione in quanto tale, ma occorre distinguere caso per caso se si è in presenza di un motivo effettivamente occultato e non specificato, e quindi non intellegibile. Se il motivo di diritto risultasse specificamente formulato e perfettamente intellegibile, ma fosse collocato nella parte in fatto, magari anche solo per un errore di collazione dell'atto, non se ne giustificherebbe il mancato esame perché ciò significherebbe che l'*editio actionis* sarebbe perfettamente in grado di raggiungere il suo scopo. Diversamente, nel caso in cui il motivo risultasse effettivamente non intellegibile, ben potrebbe essere dichiarato inammissibile per tale ragione. Nel caso in cui il giudice non avesse esaminato un motivo specificamente e chiaramente formulato in una qualunque parte dell'atto,

Pertanto, può ritenersi che l'art. 13-*ter* dell'All. 2 del c.p.a. introduca il limite dimensionale quale requisito formale dell'atto processuale di parte, tuttavia non viene espressamente sancita la nullità dell'atto che risulti carente del requisito *de quo*. E' opportuno specificare che ciò non implica che l'inosservanza della regola dimensionale sia priva di conseguenze giuridiche, bensì soltanto che queste non si estrinsecano in termini di nullità dell'atto processuale. Come già rilevato, la violazione acquisisce rilievo ai fini della condanna alle spese di giudizio *ex*art. 26 c.p.a.; tuttavia la più rilevante conseguenza è prevista al comma 5 del medesimo art. 13-*ter*: «il giudice è tenuto a esaminare tutte le questioni trattate nelle pagine rientranti nei suddetti limiti.

L'omesso esame delle questioni contenute nelle pagine successive al limite massimo non è motivo d'impugnazione». Si ritiene di poter escludere che la norma *de qua* possa costituire un'integrazione dell'elenco tassativo delle ipotesi di nullità di cui agli articoli 40 e 44 c.p.a..

Emerge *ictu oculi* che la disposizione in esame qualifica una condotta del giudice, delimitando i confini della sua doverosità, non un atto processuale. Inoltre, l'effetto giuridico prodotto dalla norma di cui al primo capoverso è di far venire meno l'obbligo del giudice di pronunciare su tutta la domanda se essa ha superato i limiti dimensionali, analisi che è avvalorata dal capoverso successivo che stabilisce che il mancato esame dell'intera domanda di parte non determina l'invalidità della pronuncia.

Il superamento dei limiti dimensionali giustifica il mancato esame dell'intero atto poiché lascia presumere che la comprensibilità della domanda sia pregiudicata. Tuttavia, la presunzione *de qua* può operare soltanto fin quando l'omesso esame si manifesta quale mero fatto giuridico e non si concreta anche in un rifiuto o diniego *tout court* di esaminare l'atto, come, a titolo esemplificativo, potrebbe accadere nell'ipotesi in cui venisse negata l'autorizzazione al superamento dei limiti dimensionali[47]. Perciò, la disposizione normativa non vieta alla parte, a pena di nullità, di superare i limiti dimensionali. Tuttavia, non pone neanche al giudice il divieto di analizzare le questioni poste oltre i limiti dimensionali, divieto da cui la

---

l'appello o la revocazione sarebbero dunque a maggior ragione giustificati proprio per il fatto che il legislatore ha esplicitamente affermato che "il giudice è tenuto ad esaminare tutte le questioni trattate nelle pagine rientranti nei ... limiti"».

[47] Su tale aspetto, v. *funditus*F. FRANCARIO, *op. ult. cit.*, spec. par. 5.2.

giurisprudenza *de qua* tenderebbe a ricavare *a contrario* l'inammissibilità *in parte qua* dell'atto. Infatti, delimitare l'obbligo del giudice di pronunciare sulla domanda entro i limiti dimensionali stabiliti per l'atto non coincide con il divieto di conoscenza dell'intero atto[48].

In sintesi, qualora la *ratio legis* fosse stata quella di introdurre una nuova ipotesi di nullità, ciò avrebbe dovuto involgere la comminatoria della nullità sancita *expressis verbis*. Pertanto, a prescindere dall'attività ermeneutica posta in essere sulla norma *de qua*, emerge *ictu oculi* che essa non prevede alcuna nullità.

La questione pregnante che si pone, qualora il giudice non volesse avvalersi del potere concesso *ex* art. 3, c. 5 e perciò intendesse pronunciarsi su tutta la domanda, è quella di garantire il pieno rispetto del contraddittorio processuale, che potrebbe realizzarsi assegnando i termini a difesa nell'ipotesi in cui la controparte non avesse già effettuato le controdeduzioni sulla parte eccedente i limiti dimensionali. Pertanto, l'effetto rilevante della disposizione in esame è di circoscrivere l'obbligo del giudice di pronunciare sulla domanda entro i limiti dimensionali previsti per l'atto.

E' ragionevole sollevare qualche perplessità in relazione alla costituzionalità della norma. Pare comunque plausibile effettuarne un'interpretazione costituzionalmente orientata se si delimita il suo ambito applicativo ai soli casi in cui sussista il mero fatto della presentazione di un ricorso sovradimensionato, escludendola invece laddove la *quaestio* dell'intellegibilità dell'atto sotto l'aspetto dei limiti dimensionali sia diventata controversa in giudizio a causa del diniego dell'autorizzazione[49].

---

[48] «Sarebbe davvero singolare se proprio la normativa in tema di chiarezza e sinteticità venisse interpretata in modo completamente opposto al significato fatto proprio dalle parole usate, facendole dire quanto la norma non dice; cioè che il giudice non deve esaminare le questioni trattate oltre i limiti dimensionali. Se la *voluntas legis* fosse stata effettivamente questa, la norma andava scritta esattamente al contrario…; vietando … la condotta ritenuta inammissibile (conoscere oltre i limiti dimensionali), e non già rimuovendo un obbligo esistente (pronunciare su tutta la domanda)». Cfr. ID., *op. ult. cit.*

[49] Buona parte della dottrina ha avanzato considerazioni critiche sulla possibilità di ritenere costituzionalmente legittima, in relazione agli artt. 21 e 24 Cost., la norma che imponga al difensore "la connotazione e le peculiarità della sua difesa". Cfr. in tal senso M.A. SANDULLI, *Le nuove misure di deflazione del contenzioso amministrativo: prevenzione dell'abuso del processo o diniego di giustizia?*, in *Federalismi.it*, 20/2012, pubblicato altresì in *Osservatorio della giurisprudenza sulla giustizia amministrativa* (a cura di M. A. Sandulli e M. Lipari), *Foro amm.-TAR*, 2012; F. CORDOPATRI, *La violazione del dovere di sinteticità degli atti e l'abuso del processo*, in *Federalismi.it*, 2014, 20ss; M. NUNZIATA, *La sinteticità degli atti processuali di parte nel processo amministrativo: fra valore retorico e regola processuale*, cit., 1337; F. VOLPE, *Sui limiti dell'estensione degli atti di difesa nel processo amministrativo*, cit., *passim.*; E.M. BARBIERI, *L'abuso del copia ed incolla nel ricorso giurisdizionale amministrativo*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, 1582; I. PAGNI, *Chiarezza e sinteticità negli atti giudiziali: il protocollo d'intesa tra Cassazione e CNF*, *in Giur. it.*, 2016, 2783. *Contra*, parrebbe escludere l'esistenza di aspetti d'incostituzionalità della norma in esame G.P. CIRILLO, *Dovere di motivazione e sinteticità degli atti*, cit., 43,

In una prospettiva *de jure condito*, la disposizione normativa in esame dimostra una significativa inversione di tendenza nella valutazione della nullità dell'atto processuale sotto l'aspetto della genericità ed indeterminatezza. Difatti, se anche non introduce un'ipotesi aggiuntiva di nullità, tuttavia acquisisce rilevanza indiretta a tale scopo. Infatti, in mancanza della norma che fissa i limiti dimensionali, il giudice potrebbe ritenere incomprensibile l'atto soltanto dopo averlo valutato in maniera complessiva, oltrepassando la sua mera formulazione letterale ed analizzando il contenuto sostanziale della pretesa, ed aver conseguito per tale via il convincimento che la stesura dell'atto provochi incertezza assoluta sull'oggetto, ossia un'incertezza non superabile in assoluto. La disposizione normativa in analisi affievolisce l'onere *de quo*, permettendo al giudice di arrivare *sic et simpliciter* alla conclusione per cui l'atto non sia intellegibile *in parte qua* in quanto esorbita dai limiti dimensionali; altresì escludendo sotto l'aspetto soggettivo che possa configurarsi una negligenza dell'organo decidente.

Pare a tal punto opportuno evidenziare che quanto sin qui rilevato non esclude l'eventualità che, qualora il superamento dei limiti dimensionali non sia rimasto un mero fatto giuridico bensì si sia concretizzato in una questione controversa in giudizio sotto il profilo dell'intellegibilità dell'atto, la decisione sia sindacabile mediante i rimedi impugnatori esperibili avverso la decisione, che potrà ritenersi viziata sotto tale aspetto poiché non coperta dall'ipotesi normativa di cui all'art. 3-*ter*, c. 5. Seguendo il medesimo ragionamento logico-giuridico, permane la sindacabilità della sentenza che ritenga nullo l'atto che non esorbiti dai limiti dimensionali normativamente sanciti ma che risulti viziato a causa dell'assoluta incertezza provocata con riferimento all'oggetto della domanda.

Sotto l'aspetto ricostruttivo dell'analisi tecnico-giuridica sin qui condotta, specificare che la nullità deriva esclusivamente dalla mancata intellegibilità della domanda - e non meramente dalla sua brevità - produce l'effetto di consentire che la sentenza possa essere impugnata qualora l'esorbitare dei limiti dimensionali non sia rimasto un mero fatto giuridico, ma si sia concretato in una *quaestio* controversa sotto l'aspetto dell'intellegibilità dell'atto; altresì permette che il superamento dei limiti dimensionali possa esser sanato dal raggiungimento dello scopo dell'atto.

---

secondo cui il diritto di difesa verrebbe violato «non dalla regola della sinteticità, ma al contrario, quando si pretende di scrivere in modo prolisso e poco chiaro».

Nell'ambito dell'analisi delle conseguenze dell'inosservanza dei limiti dimensionali si innesta una doverosa riflessione in merito al fine dell'atto[50]. Alla luce del principio della congruità delle forme allo scopo o della strumentalità delle forme, può affermarsi che le forme degli atti processuali sono prescritte poiché il legislatore ritiene che quella determinata forma sia la più idonea al raggiungimento dello scopo perseguito dall'atto. Pertanto, appare opportuno valutare se la brevità costituisca un requisito formale necessario dell'atto.

Preliminarmente, risulta utile chiarire la portata del principio di sinteticità e di seguito, il rapporto sussistente tra il principio *de quo* e la regola della brevità. Pare necessario specificare se l'analisi sullo scopo deve essere effettuata in relazione alla regola della brevità o al principio di sinteticità in quanto brevità e sinteticità non paiono assumere il medesimo significato. Un utilizzo improprio della terminologia tecnico-giuridica di certo incrementa l'incertezza e la confusione e pertanto dovrebbe essere evitato dal giurista nell'espletamento del proprio ruolo, soprattutto qualora l'uso di termini erroneamente considerati sinonimi riconduce a situazioni differenti la stessa qualificazione giuridica. Risulta pacifico in dottrina[51] che la sinteticità[52] non può essere assimilata alla brevità.

Con riferimento al dato giurisprudenziale, il giudice amministrativo [53], nel dichiarare infondato un appello che contestava l'eccessiva laconicità della sentenza di primo grado, ha specificato che l'essenza della sinteticità, sancita dal codice di rito, non risiede nel numero delle pagine o delle righe in ogni pagina, ma nella

[50] Specificare che non sussiste nullità comminata da norma primaria potrebbe infatti non essere sufficiente per escludere che l'atto sovradimensionato possa essere dichiarato inammissibile o irricevibile, poiché è pacifico che la nullità può essere pronunciata, anche in mancanza di una comminatoria di nullità prevista espressamente, qualora l'atto sia carente nei requisiti indispensabili per il raggiungimento dello scopo. A tal proposito, v. le chiare argomentazioni di F. FRANCARIO, *Principio di sinteticità e processo amministrativo. Il superamento dei limiti dimensionali dell'atto di parte*, cit., spec. par. 4.2.

[51] G.E. FERRARI, *Sinteticità degli atti nel giudizio amministrativo*, in *Treccani Libro dell'anno del diritto* 2013, 708; A. GIUSTI, *Principio di sinteticità e abuso del processo amministrativo*,nota a Cons. Stato, Sez. V, 11 giugno 2013, n. 3210, in *Giur. it.*, 2014, 148; F. SAITTA, *Rito appalti e dovere di sinteticità: gli scritti difensivi "obesi" esistono, ma la …dieta è sbagliata,* cit., 5; M. A. SANDULLI, *Le nuove misure di deflazione del contenzioso amministrativo: prevenzione dell'abuso di processo o diniego di giustizia?*, cit., *passim.*; G. TROPEA, *L'abuso del processo amministrativo. Studio critico*, Napoli, 2015, 535.

[52] Cfr. M. A. CORTELAZZO, *Brevità, sintesi e concisione nel processo amministrativo, in Lingua e processo. Le parole del diritto di fronte al giudice*, Atti del Convegno, Firenze, 4 aprile 2014, in F. BAMBI, *Accademia della Crusca* (a cura di), Firenze, 2016, 152 ss. Sotto un profilo definitorio, I linguisti qualificano la sintesi quale «operazione intellettuale in base alla quale si selezionano gli elementi essenziali di un argomento o di una narrazione e che opera con riferimento agli argomenti usati, non alle parole o al loro numero».

[53] Cons Stato, sez. III, 12 giugno 2015, n. 2900.

proporzione tra la molteplicità e la complessità delle questioni dibattute e l'ampiezza dell'atto che le veicola[54]. Chiarito che i due termini non hanno lo stesso significato, è necessario allora stabilire se nel ragionamento ci si vuole riferire allo scopo immediato della regola o a quello finalistico del principio[55].

Lo scopo immediato della regola sui limiti dimensionali è garantire la brevità quale valore assoluto dell'atto processuale, considerato nel suo aspetto materiale di caratteri, pagine e battute; scopo del principio di sinteticità è assicurare l'ottimale comprensibilità dell'atto. Perciò, pare utile chiedersi se requisito formale necessario dell'atto processuale sia la sua intellegibilità, o se acquisisca tale ruolo la sua brevità. Dall'esito di tale indagine dipende la possibilità di ritenere che, anche in mancanza di una comminatoria di legge prevista *expressis verbis*, l'esorbitare dei limiti dimensionali possa comunque provocare la nullità dell'atto.

Si deve scongiurare di scambiare la regola della brevità come una declinazione necessaria del principio di sinteticità, che non può ridursi al mero ossequio di un limite numerico di pagine, spazi e battute, ma deve riferirsi alla proporzione equilibrata tra le questioni da affrontare e gli argomenti scelti a tale fine.

Di conseguenza, in considerazione dell'obiettivo perseguito dal principio di sinteticità, di garantire la chiara intellegibilità dell'atto sia in relazione alla parte che al giudice *ex* art. 3, c. 2 c.p.a., non potrà essere comminata la nullità dell'atto esorbitante i limiti dimensionali che abbia ad ogni modo formulato la domanda in maniera *ictu oculi* intellegibile per il giudice.

Nella prospettiva *de qua*, appare chiaro poiché la Corte di cassazione, come *supra* rilevato, specifichi che, in caso di inosservanza del principio di sinteticità, si possa porre la *quaestio* della nullità dell'atto soltanto a causa di un'esposizione confusa o generica, che non permetta *in toto* al giudice di cogliere i termini della domanda.

La sinteticità si atteggia perciò quale caratteristica formale dell'atto la cui mancanza non genererà alcuna conseguenza negativa per l'atto medesimo, salvo che

[54] La sinteticità è, perciò, un concetto di relazione, che «esprime una corretta proporzione tra due grandezze, la mole, da un lato, delle questioni da esaminare e, dall'altro, la consistenza dell'atto — ricorso, memoria o, infine, sentenza — chiamato ad esaminarle». Pertanto, non è sufficiente sostenere che una decisione sia eccessivamente lacunosa, «solo perché ha dedicato all'esame delle censure solo 43 righe, ma occorre dimostrare che in queste 43 righe essa non abbia detto tutto e solo quello che vi era da dire sul *thema decidendum*». Si esprime in tal senso F. FRANCARIO, *Principio di sinteticità e processo amministrativo. Il superamento dei limiti dimensionali dell'atto di parte*, cit., par. 4.2, a commento della già citata Cons. Stato, sez. III, 12 Giugno 2015 n. 2900.

[55] Cfr. ID., *op. ult. cit.*, *passim.*

non si traduca in una mancanza di elementi concreti a sostegno della denunciata illegittimità[56]. Sotto tale aspetto, potrebbe ritenersi che non sussista un elemento di novità[57] sul piano dei requisiti formali che devono essere ritenuti necessari per il conseguimento dello scopo dell'atto processuale: qualora l'esposizione comprometta l'intellegibilità delle questioni in quanto oscura e confusa, la domanda va dichiarata inammissibile a causa dell'incertezza dalla medesima provocata. Invece, qualora l'atto, sia pure esorbitante i limiti dimensionali, contenga domande formulate in modo chiaro e comprensibile per il giudice, non sussiste ragione per invocare la scarsità della risorsa giustizia o il rischio di impugnazione per revocazione della sentenza per evitare di pronunciare su tutta la domanda.

Infatti, il servizio giurisdizionale viene reso all'utente, poiché il superamento dei limiti dimensionali non esenta il giudice dal pronunciare sulla parte non eccedente; inoltre, con l'aggravante, sotto il profilo dello spreco della risorsa, che la domanda rischia di risultare incomprensibile proprio a causa del formalismo imposto dalla regola che non consentirebbe di conoscere quanto esposto nella parte dell'atto eccedente il limite.

Allo stesso modo, nell'ipotesi in cui l'intellegibilità dell'atto sia diventata una questione controversa in giudizio con riferimento al superamento dei limiti dimensionali ed il giudice si sia avvalso della mera presunzione per ritenere incomprensibile il ricorso, negando quindi l'autorizzazione e non analizzando un motivo che risultava in realtà *ictu oculi* intellegibile e non occulto, l'ipotesi rientra nella previsione di cui all'art. 3 co. 5, che resta circoscritta al fatto del mancato esame. Nel caso *de quo*, optare per il rimedio impugnatorio costituisce una modalità per garantire l'osservanza del principio del giusto processo.

Pertanto, se si ritiene che i limiti dimensionali rappresentino una modalità estrinseca del principio di sinteticità, orientato ad assicurare l'intellegibilità [58]

[56] Cfr. artt. 163, 163-*bis* e 164 c.p.c.

[57] A.G. PIETROSANTI, *Sulla violazione dei principi di chiarezza e sinteticità previsti dall'art. 3, comma 2 c.p.a.*, in *Foro amm. TAR*, 2013, 3625, specifica che la questione sostanziale da contemperare permane quella di «trovare equilibrio tra la sanzione dell'inammissibilità dei motivi non specifici ed il potere del giudice di enucleare il contenuto sostanziale degli atti, finanche poco chiari».

[58] Secondo la recente sentenza del Tribunale Bologna sez. II, 19 marzo 2020, n. 531 in tema di impugnazioni, la violazione del dovere di chiarezza e sinteticità espositiva può rendere l'atto inammissibile non in sé ma soltanto in quanto possa pregiudicare l'intellegibilità delle questioni. Nel caso di specie, l'atto di appello, nonostante la significativa estensione di 43 pagine aveva consentito di individuare agevolmente gli specifici capi e passaggi argomentativi della sentenza oggetto di impugnazione. *Contra* Consiglio di Stato sez. IV, 09 marzo 2020, n. 1686, per cui in assenza di specifica istanza di autorizzazione al superamento dei limiti

dell'atto, appare chiaro che essi non possono costituire un requisito formale necessario ai fini del raggiungimento dello scopo dell'atto processuale, in quanto il loro esorbitare non rende automaticamente l'atto confuso ed inidoneo a rappresentare al giudice in maniera chiara la domanda proposta.

Perciò, non è sufficiente che la disposizione normativa abbia sancito la possibilità di fissare dei limiti dimensionali per concludere che la loro inosservanza possa causare la nullità dell'atto, poiché il fine proprio del principio di sinteticità esclude che si sia con ciò fissato un requisito formale indefettibile dell'atto processuale.

5. Il sistema autorizzatorio *ex* D.P.C.S. n. 167/2016, tra autorizzazione preventiva e successiva.

Alla luce della analisi sin qui condotta, pare a tal punto utile valutare *ex post* il rilievo del regime autorizzatorio tracciato dal D.P.C.S. n. 167/2016.

In linea con quanto sin qui rilevato, proprio sulla mancanza dell'autorizzazione da parte del Presidente dell'organo giurisdizionale adito viene fondata una delle potenziali ragioni d'inammissibilità *in parte qua* dell'atto sovradimensionato.

Appare opportuno affrontare la questione in maniera distinta, sia sotto l'aspetto dell'esistenza o meno di una comminatoria normativa di nullità sancita *expressis verbis*, sia sotto il profilo del fine prefissato.

Per quel che concerne il primo aspetto, il tentativo di ritrovare nell'ambito della disposizione normativa del regime autorizzatorio la ragione dell'irricevibilità o inammissibilità dell'atto sovradimensionato si scontra sotto il profilo teorico con questioni ostative pregnanti; sotto il secondo piano, la normativa in concreto prevista

dimensionali, non possono essere presi in considerazione i rilievi svolti nell'atto di appello nelle pagine successive alla 35^ per violazione dei limiti dimensionali fissati *ex* artt. 3 e 8 del decreto del Presidente del Consiglio di Stato del 22 dicembre 2016; ne deriva la radicale non esaminabilità della parte di appello con cui si reiterano i motivi aggiunti formulati in primo grado. Cfr. altresì la sentenza - che annulla Tar Lombardia, Milano, sez. IV, n. 843 del 2017 - del Consiglio di Stato, sez. V, 11 aprile 2018, n. 2190, per cui la parte dello scritto difensivo che supera i limiti dimensionali può non essere letta dal giudice, in quanto ai sensi dell'art. 13-*ter*, comma 5, delle norme di attuazione al Codice del processo amministrativo, il limite dimensionale di sinteticità - stabilito dal decreto del Presidente del Consiglio di Stato 22 dicembre 2016, n. 167, come modificato dal decreto del Presidente del Consiglio di Stato 16 ottobre 2017 - entro cui va contenuto l'atto processuale costituisce un precetto giuridico la cui violazione non provoca la conseguenza, a carico della parte che lo abbia superato, dell'inammissibilità dell'intero atto, ma soltanto il degradare della parte eccedentaria a contenuto che il giudice ha la mera facoltà di esaminare. *Id.*, Cons. St., sez. IV, 31 gennaio 2020, n. 803. Si v. a tal proposito *Foro Amministrativo (Il)*, 4, 2018, 637.

pare avvalorare l'idea per cui l'atto sovradimensionato può essere pienamente idoneo a conseguire il fine di rappresentare la domanda in maniera chiara ed intellegibile.

Per di più, nel silenzio della norma primaria, il divieto di prendere in esame la parte di domanda eccedente i limiti dimensionali viene basato sulla potenziale mancanza di autorizzazione - la cui richiesta è valutata quale onere il cui mancato adempimento, come l'eventuale diniego, viene sanzionato attraverso l'inammissibilità o irricevibilità, *in parte qua*, dell'atto -, la questione, già analizzata *supra*, risulta ancor più complessa, considerato che la normativa in materia di giurisdizione è coperta da riserva assoluta di legge ai sensi dell'art. 101 Cost. ("*I giudici sono soggetti soltanto alla legge*") nonché dell'art. 111 Cost. (c. 1: "L*a giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge*"; c. 2: "*La legge ne assicura la ragionevole durata*")[59]. Inoltre, il sistema autorizzatorio non è sancito dalla fonte di livello primario, bensì dal D.P.C.S. adottato sulla base di una previsione di legge. La mera ipotesi di ricondurre un simil atto tra le fonti del diritto obbiettivo, sia pure sub-primarie, si scontrerebbe con questioni teoriche insuperabili. Tra l'altro, non gioverebbe alla risoluzione della questione dettata dalla natura assoluta della riserva di legge, che esclude la possibilità di utilizzo in materia di una fonte sub-primaria. Pertanto, si deve ritenere che la nullità non possa trovare fondamento nelle previsioni del D.P.C.S., considerata l'esistenza della riserva assoluta di legge in materia di giurisdizione.

In un'ottica sintetico-ricostruttiva, assodato che il divieto di prendere in esame la parte di domanda esorbitante i limiti dimensionali non può basarsi sull'eventuale mancanza di autorizzazione in quanto quest'ultima non è contemplata da una norma primaria, l'esame del sistema autorizzatorio delineato dal D.P.C.S. risulta ad ogni modo utile per specificare che il superamento dei limiti dimensionali di per sé non provoca la nullità *in parte qua* dell'atto.

Difatti, l'autorizzazione si concreta nella modalità mediante cui il giudice valuta se l'atto è idoneo a conseguire il suo fine sotto l'aspetto della comprensibilità. Si tratta di una ponderazione che può chiedersi che venga effettuata *ex ante* rispetto alla produzione dell'atto ma che tuttavia resta nella disponibilità del collegio realizzare in

[59] F.G. SCOCA, *I principi del giusto processo*, in *Giustizia amministrativa* (a cura di F.G. Scoca),Torino, 2006, 166; M. RAMAJOLI, *Giusto processo e giudizio amministrativo*, cit., 109; M. CECCHETTI, *Giusto processo (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, Agg. V, Milano, 2001, 612.

quanto si tratta di valutare se viene realizzato o meno il fine precipuo dell'atto, ossia il presentare una domanda intellegibile. Ecco perché l'istanza può essere presentata anche "tardivamente" dalla parte.

In linea con quanto sin qui specificato, la nullità dell'atto non può essere pronunciata qualora l'atto "esorbitante" abbia comunque conseguito il suo fine. Se il sovradimensionamento non causa confusione o incertezza ai fini dell'intellegibilità del contenuto dell'atto, ciò vuol dire che l'atto risulta ad ogni modo idoneo a conseguire il fine di proporre al giudice una domanda completa sotto l'aspetto della sussistenza dei suoi elementi essenziali ed altresì comprensibile. A tal punto, è utile puntualizzare che il D.P.C.S. contempla la possibilità che l'autorizzazione venga concessa sia anteriormente alla proposizione del ricorso, che successivamente.

L'autorizzazione preventivaè prevista all'art. 6: deve essere richiesta dalla parte con istanza motivata «in calce allo schema di ricorso ... sulla quale il Presidente o magistrato delegato si pronuncia con decreto entro i tre giorni successivi».

L'"autorizzazione successiva" rispetto al superamento dei limiti dimensionali è sancita dall'art. 7, per cui: «In caso di superamento dei limiti dimensionali non autorizzato preventivamente ai sensi dell'articolo 6, per gravi e giustificati motivi il giudice, su istanza della parte interessata, può successivamente autorizzare, in tutto o in parte, l'avvenuto superamento dei limiti dimensionali; è in ogni caso fatta salva la facoltà della parte di indicare gli argomenti o i motivi cui intende rinunciare».

Perciò, l'art. 7 ipotizza che possa verificarsi che l'autorizzazione non venga richiesta o non venga concessa preventivamente alla proposizione del ricorso e che in tali casi il giudice possa autorizzare o negare il superamento dei limiti dimensionali altresì successivamente alla proposizione del ricorso, rilasciando per tale via l'autorizzazione in sanatoria o confermando che l'esorbitare dei limiti dimensionali compromette la comprensibilità della domanda[60].

La reale questione problematica, come in precedenza rilevato per l'ipotesi in cui il giudice valuti di non avvalersi del potere concesso dall'art. 3, c. 5, è che la decisione non può essere presa senza rispettare il pieno contraddittorio: perciò, potrebbe

[60] A tal proposito, è opportuno ritenere che nell'ipotesi *de qua* il giudice sia quello già in concreto investito della domanda e che, non essendo indicato un termine finale, ciò possa accadere fino a quando la causa non venga trattenuta in decisione. Quest'ultima potrebbe perciò essere assunta sia dal Presidente della Sezione cui è assegnato il ricorso sia dallo stesso Collegio; tuttavia, è ragionevole concludere che l'ultimo pronunciamento spetti al Collegio. Si esprime chiaramente in tal senso F. FRANCARIO, *Principio di sinteticità e processo amministrativo. Il superamento dei limiti dimensionali dell'atto di parte*, cit., par. 5.2.

rendersi doveroso assegnare i termini a difesa alle controparti[61]. Pertanto, il sistema autorizzatorio[62] in vigore avvalora la tesi per cui non sussiste un divieto per il giudice di conoscere della parte dell'atto esorbitante[63] ed inoltre il rifiuto ingiustificato di analizzare la parte eccedente i limiti dimensionali, eventualmente implicito nel diniego di autorizzazione, dovrebbe essere sottoposto ai rimedi impugnatori ordinari.

[61] La ricostruzione in termini chiari di tale regime autorizzatorio è in ID., *op. ult. cit.*: «Può dunque accadere che il ricorso sovradimensionato possa essere autorizzato anche "successivamente" dal giudice chiamato a deciderlo, e ciò conferma sotto altro profilo che il superamento dei limiti dimensionali (non autorizzato) non è di per sé motivo di irricevibilità *in parte qua* dell'atto di parte. Se l'autorizzazione può essere rilasciata anche "tardivamente", è evidente che in tal caso "il giudice" deve necessariamente esaminare la domanda nella sua interezza e che concederà o negherà l'autorizzazione a seconda che l'atto risulti nel suo complesso intellegibile o meno. Se l'autorizzazione viene rilasciata, ciò significa che, nonostante il superamento dei prescritti limiti dimensionali, sotto il profilo della forma-contenuto l'atto processuale si mostra tale da raggiungere comunque il suo scopo e che si è pertanto in presenza di una irregolarità e non di una nullità dell'atto. Se l'autorizzazione viene invece negata, si deve nondimeno ritenere che l'atto sia stato necessariamente conosciuto nella sua interezza e che si sia giunti alla conclusione che la parte eccedente i limiti dimensionali non reca questioni formulate in maniera chiara e specifica e che il carattere prolisso pregiudica effettivamente l'intellegibilità dell'atto; se la decisione, che in ultima istanza spetta sicuramente al Collegio, si rivela sbagliata, sarà giusto consentire l'impugnazione della sentenza, che risulterà eventualmente viziata per tale motivo».

[62] La recente sentenza del Consiglio di Stato sez. IV, 30 dicembre 2020, n. 8532, in relazione alla violazione del limite (*rectius*: principio) di sinteticità del ricorso, evidenzia che *ex* art. 6, comma 2, del Decreto del Presidente del Consiglio di Stato n. 167 del 2016, la parte che, per le esigenze difensive di cui all'art. 5, comma 1, necessiti di esporre le sue argomentazioni difensive debordando dai limiti dimensionali degli atti processuali previsti dall'art. 3, deve domandare un'apposita autorizzazione, formulando, a tale fine, istanza motivata "in calce allo schema di ricorso" o, "per gravi e giustificati motivi", in via successiva, ovvero a superamento di tali limiti già avvenuta, ed essere decisa, nel caso *de quo*, dal Giudice della controversia; la mancata richiesta di autorizzazione comporta che la parte eccedente non deve essere letta dal Collegio giudicante, che può in ogni caso decidere sul motivo se questo risulta comprensibile al netto della parte non letta.

[63] Anche la recente giurisprudenza di merito, con la sentenza del T.A.R. Catanzaro, (Calabria) sez. II, 08 luglio 2020, n. 1249 ha ribadito che la parte dello scritto difensivo che supera i limiti dimensionali può non essere letta dal giudice, specificando altresì che il superamento dei limiti dimensionali del ricorso non rende questo inammissibile. Difatti, in linea con quanto evidenziato sinora, ai sensi dell'art. 13-*ter*, comma 5, delle norme di attuazione al Codice del processo amministrativo, il limite dimensionale di sinteticità - stabilito, come già rilevato, dal decreto del Presidente del Consiglio di Stato 22 dicembre 2016, n. 167, come modificato dal decreto del Presidente del Consiglio di Stato 16 ottobre 2017 - entro cui va contenuto l'atto processuale costituisce un precetto giuridico la cui violazione non genera la conseguenza, a carico della parte che lo abbia superato, dell'inammissibilità dell'intero atto, ma soltanto «il degradare della parte eccedentaria a contenuto che il giudice ha la mera facoltà di esaminare». Nello stesso senso, si esprime il Consiglio di Stato, sez. VI, 16 aprile 2020, con la sentenza n. 2431 per cui con riferimento alla sinteticità degli atti processuali, la parte che eccede l'atto degrada a contenuto che il giudice ha la mera facoltà di esaminare in coerenza con il tenore del quinto comma dell'art. 13-*ter* delle disposizioni di attuazione al D. Lgs. n. 104/2010. Cfr. *Foro Amministrativo (Il)*, 7-08, 2020, 1564.

6. Osservazioni conclusive.

Il ragionamento logico-tecnico-giuridico sin qui portato avanti è stato effettuato alla luce dei principi fondamentali generali in tema di nullità processuali, sanciti nell'art. 156 c.p.c. e la cui applicazione è ritenuta unanimemente estensibile altresì al processo amministrativo. Sulla base di tali principi, non ogni difformità dal modello legale di riferimento o insussistenza di requisiti previsti *expressis verbis* causa la nullità dell'atto processuale, in quanto a tale scopo è indispensabile che la nullità sia comminata espressamente *ex lege* o che la differenza renda l'atto inidoneo rispetto al fine prefissato (*melius*: perseguito).

Conclusivamente, l'analisi sinora condotta permette di sostenere che l'osservanza dei limiti dimensionali non costituisca un requisito di forma-contenuto indefettibile dell'atto processuale di parte in quanto il rispetto del limite dimensionale non è richiesto a pena di nullità, sia poiché il suo esorbitare comporta unicamente di ponderare se ad ogni modo l'atto consegue il suo fine sotto l'aspetto della sua comprensibilità.

Qualora l'atto non risulti intellegibile, l'inammissibilità discende dalla disposizione normativa di cui all'art. 44 c.p.a. che sancisce a pena di nullità di scongiurare che sussista incertezza in merito all'oggetto della domanda, non invece dal mero esorbitare dei limiti dimensionali. Pertanto, può ritenersi che il superamento dei limiti dimensionali generi una mera irregolarità dell'atto.

Analizzando l'*intentio legislatoris*, il superamento dei limiti dimensionali è valutato quale fatto sintomatico di una potenziale non intellegibilità del contenuto dell'atto processuale. Tuttavia, opportunamente, l'effetto conseguente non influisce sul regime della validità dell'atto processuale: l'irricevibilità o l'inammissibilità *in parte qua* dell'atto non può essere dichiarata in virtù del mero superamento dei limiti dimensionali, poiché tali pronunce possono effettuarsi soltanto di fronte ad una domanda congeniata in modo da non permetterne la comprensione degli elementi essenziali. Perciò qualora la domanda risulti confusa, oscura e pertanto incomprensibile, va dichiarata inammissibile indipendentemente dalle dimensioni dell'atto.

Ciò involge sostanzialmente, sotto l'aspetto dell'intellegibilità dell'atto, che l'inammissibilità risulti regolata dagli articoli 40 e 44 c.p.a., analizzati in combinato

disposto. Perciò, può ritenersi certamente che l'esorbitare dei limiti dimensionali sia valutato dal legislatore come indice sintomatico di una possibile non intellegibilità del contenuto dell'atto processuale, tuttavia l'effetto conseguente si concreta nell'affievolimento dell'onere per il giudice d'indagare nel complesso la domanda prima di poter giungere a concludere che la medesima provoca incertezza sul *petitum* o sulla *causa petendi*, nelle ipotesi in cui l'atto non risulti conforme alle norme previste per la buona redazione. L'onere viene attenuato in quanto si suppone che un atto sovradimensionato possa essere sintomatico di un'esposizione confusa, tale da compromettere la chiarezza della domanda. Tuttavia, è opportuno evidenziare che al giudice non risulti precluso di conoscere della parte eccedente i limiti dimensionali e di porre la medesima a fondamento della propria pronuncia qualora dovesse valutarla come indispensabile e comprensibile[64].

Quanto sin qui osservato non consente che l'atto possa essere ritenuto *in parte qua* irricevibile, in quanto, se così fosse, ciò renderebbe viziata la decisione del giudice che si fosse pronunciato o avesse conosciuto questioni proposte dalla parte oltre i limiti dimensionali.

Qualora l'omesso esame non sia più soltanto un mero fatto giuridico, bensì sia conseguenza di un giudizio *tout court* in relazione alla non intellegibilità dell'atto, tuttavia non sussiste ragione per escludere che la decisione possa essere impugnata per questo motivo, in quanto non si attua più la norma di cui all'art. 3, c. 5 che resta confinata al fatto giuridico dell'omesso esame e non è più applicabile se si è in qualche maniera effettuata una valutazione sulla intellegibilità dell'atto con esito negativo.

Emerge *ictu oculi* che si tratti di una normativa finalizzata a garantire, attraverso misure dotate di concretezza ed immediatezza, l'efficienza del servizio giustizia

[64] A tal proposito, cfr. la chiara sintesi ricostruttiva di F. FRANCARIO, *op. ult. cit.*:«In sostanza, il giudice può non conoscere, ma può anche conoscere dell'atto per la parte eccedente i limiti dimensionali. Nella prima ipotesi, la previsione normativa dell'art. 3, c. 5 è destinata ad operare se non viene chiesta, esplicitamente o implicitamente, l'autorizzazione al superamento dei limiti dimensionali, qualificandosi il mancato esame come un mero fatto giuridico; cessa però di operare se attraverso la richiesta di autorizzazione la questione dell'intellegibilità dell'atto diventa controversa e viene pertanto risolta da una decisione del giudice che, ove ritenuta ingiusta, potrà essere pertanto contestata con i rimedi impugnatori ordinariamente esperibili. Nella seconda ipotesi, in cui il giudice ritenga di poter e dover conoscere dell'atto nella sua interezza, il problema rimane invece unicamente quello di assicurare il pieno rispetto del contraddittorio nei confronti delle altre parti che potrebbero aver evitato di replicare o di formulare eccezioni con riferimento alle questioni poste fuori dai limiti dimensionali».

quale "risorsa scarsa"[65]. Tuttavia, si ritiene di poter avanzare una considerazione critica in merito alla disciplina *de qua*, dettata dal fatto che quest'ultima non risulta conferire il doveroso ossequio al sistema complessivo dei principi generali processuali. Come già rilevato, si tiene ben presente la questione della doverosa amministrazione di un ingente contenzioso, per di più complesso sotto un profilo qualitativo, mediante risorse sostanzialmente scarse; tuttavia il legislatore dovrebbe evitare di prevedere sistemi di deflazione del contenzioso che risultino, in ultima analisi, meramente formalistici e che perciò potenzialmente possano provocare *un vulnus*[66]al principio del giusto processo.

Alla luce del dato esperienziale acquisito in ambito processualcivilistico, può sostenersi che la creazione pretoria di ipotesi di nullità asistematiche - e non sancite dalla legge - abbia costituito una delle essenziali cause che ha prodotto sovradimensionati ricorsi in Cassazione, finendo con il comprometterne la comprensibilità, originando la connessa questione di garantire l'osservanza del principio di sinteticità.

Nel contesto *de quo*, il problema è stato affrontato evitando di dichiarare per legge inammissibili i ricorsi non brevi e circoscrivendo un congruo spazio d'intervento di *soft law*[67] per fissare le norme da osservare ai fini della formazione dell'atto "perfetto".

Sotto un profilo comunitario, sempre mediante *soft law* è sostanzialmente disciplinata l'applicazione concreta del principio di sinteticità nei processi dinanzi alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ed alla Corte di Giustizia Europea, ambiti in cui la controversia risulta naturalmente semplificata in quanto è delimitata ad una

[65] Con riferimento alla rilevanza della sinteticità degli atti nel processo amministrativo, secondo la sentenza del Consiglio di Stato sez. IV, 24 gennaio 2017, n. 282 (che conferma TAR Lazio, Roma, sez. I, n. 3095 del 2014) essa costituisce uno dei modi e, probabilmente, tra i più importanti per giungere ad una giustizia rapida ed efficace. Cfr. *Redazione Giuffrè amm.*, 2017. Si v. Cons. St., sez. V, 1 luglio 2014, n. 3296.

[66] V. per tutti le lucide riflessioni di M. A. SANDULLI, *Il tempo del processo come bene della vita*, cit., 35; nonché di I. PAGNI, *La giurisdizione tra effettività ed efficienza*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 401 ss.

[67] V. per tutti G. SCARSELLI, *Note sulle buone regole redazionali dei ricorsi per cassazione in materia civile*, in *Questione Giustizia*, 2016, *passim.* Pare utile evidenziare che d'intesa tra la Corte di cassazione e il Consiglio Nazionale Forense è stato stipulato il Protocollo sulle regole redazionali dei motivi di ricorso in cui vengono stabilite sia le prescrizioni formali che devono essere rispettate con riferimento ai limiti dimensionali degli atti (caratteri, interlinea, margini e numero di pagine massimo da utilizzare per ciascuna partizione dell'atto), sia la tassonomia del ragionamento giuridico da svolgere; onerando il difensore di esporre specificamente nello stesso atto difensivo le ragioni motivate per cui non ha potuto rispettare i limiti prefissati in ragione della particolare complessità del caso da trattare, prevedendo altresì *expressis verbis* che in ipotesi di infondatezza delle ragioni esposte, ciò verrà valutato ai fini della liquidazione delle spese.

particolare questione di puro diritto ed in cui il principio è indefettibile alla luce della necessità di traduzione degli atti in più lingue in un contesto di indispensabile uniformazione di sistemi differenti[68].

Si ritiene che la redazione di "atti processuali perfetti", sotto l'aspetto dimensionale ed altresì sotto il profilo della capacità di persuasione nei confronti del giudice della bontà della tesi sostenuta, sia sostanzialmente derivante da un'inclinazione naturale di singoli individui[69]. Sarebbe opportuna un'applicazione del principio di sinteticità[70] in concreto equilibrata, considerato che il principio *de quo*

[68] La normativa dei limiti dimensionali si sostanzia in consigli e raccomandazioni e non risulta vincolante a pena d'inammissibilità. Il ricorso alla CEDU deve esser presentato mediante l'apposito formulario fornito dalla cancelleria della Corte ai sensi dell'art. 47 del Regolamento e predisposto in linea con le "istruzioni pratiche" emanate dal Presidente della Corte a norma dell'art. 32 del Regolamento stesso. Queste ultime prevedono che indicativamente non debbano essere superate dieci pagine per il ricorso e trenta pagine per le osservazioni, prefissando, in entrambi casi, che l'eventuale superamento del limite onera la parte di presentare anche "un breve riassunto" (par. 11 Istruzioni pratiche Presentazione del ricorso) o un "breve sommario" (par. 12 Istruzioni pratiche Osservazioni scritte). Le "Istruzioni pratiche alle parti, relative alle cause proposte dinanzi alla Corte" adottate dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea il 25 novembre 2013 e pubblicate il 31 gennaio 2014, hanno recepito e integrato le indicazioni in precedenza contenute nelle linee guida per gli avvocati, nelle istruzioni al cancelliere della Corte o nelle lettere di convocazione alle udienze relative al deposito e alla notifica degli atti processuali, confermando che il fine di permettere alle parti ed ai loro rappresentanti «di intendere meglio la portata di tali disposizioni e di comprendere con maggior precisione lo svolgimento del procedimento dinanzi alla Corte e, in particolare, i vincoli che gravano su quest'ultima, segnatamente quelli collegati al trattamento e alla traduzione degli atti processuali o all'interpretazione simultanea delle osservazioni presentate in occasione delle udienze di discussione» e specificando che in un ambito contraddistinto, da un lato, da un costante aumento del numero delle cause promosse dinanzi ai giudici dell'Unione e, dall'altro, da una maggiore complessità delle materie trattate, «il rispetto e l'osservanza delle presenti istruzioni costituiscono infatti, tanto per le parti quanto per la Corte, la migliore garanzia di un trattamento ottimale delle cause da parte dell'organo giurisdizionale». Alla luce di tali premesse, le suesposte Istruzioni stabiliscono ai par. 11, 12, 15, 16 20, 22, 25, 29, 30 e 46 il numero massimo di pagine consigliato o suggerito per i diversi tipi di atto, attraverso la formula "gli atti non dovrebbero superare". Per completezza, va evidenziato che anche nell'ambito europeo è stato emanato un regolamento (n. 629 del 17 aprile 2019 del Parlamento europeo e del Consiglio) recante modifica del protocollo n. 3 sullo statuto della Corte di giustizia dell'Unione europea con cui è stato introdotto un limite dimensionale degli atti di parte (par. terzo, art. 170-*bis*); sennonché, la valutazione preliminare di ammissibilità della domanda non è in grado di condizionare la futura decisione di merito della Corte (anche in applicazione dell'art. 181 del regolamento).

[69] F. FRANCARIO, *Principio di sinteticità e processo amministrativo. Il superamento dei limiti dimensionali dell'atto di parte*, cit., par. 6.1, ritiene che il tentativo di imporre autoritativamente una tale virtù anche a chi ne sia privo sia una scelta "irragionevole".

[70] Per una recente applicazione giurisprudenziale del principio *de quo*, si v. Cons. Stato, sez. IV, 16 marzo 2020, n.1878 in cui si osserva quanto segue:

a) l'imposizione di una redazione sintetica degli scritti difensivi delle parti costituisce espressione del principio del giusto processo, sancito dall'art. 111 Cost., in particolare, nella sua declinazione di "ragionevole durata" (art. 111, comma 2, Cost.), essendo immediatamente lampante che scritti ridondanti, ripetitivi o parossisticamente estesi non consentono un'efficiente e rapida definizione delle controversie, andando a detrimento del sistema giustizia e, in definitiva, della parti stesse (cfr. *ex plurimis* Cass. civ., sez. un., 964 del 2017; Cons. Stato, sez. I, parere 30 aprile 2019, n. 1326; sez. IV, n. 1355 del 2020; sez. IV, n. 4413 del 2018 cui si rinvia a mente dell'art. 88, comma 2, lett. d) c.p.a.);

è sancito universalmente sia con riferimento agli atti di parte che in relazione a quelli del giudice[71].

In chiusura del presente lavoro di ricerca, pur nella consapevolezza di aver fatto cenno a tematiche su cui non è possibile soffermarsi *funditus* in questa sede, pare altresì ad ogni modo utile esprimere qualche ulteriore considerazione critica. Per quel che concerne il provvedimento giurisdizionale che ha implicitamente ritenuto legittimo il *modus procedendi* con cui una parte processuale ha operato un generico rinvio *per relationem* a quanto contenuto negli atti di prime cure in relazione a *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, si ritiene che una simile tecnica argomentativa, nonché processuale, dovrebbe essere inammissibile, in quanto si pone in contrasto con gli obblighi di chiarezza e di specificità dei motivi di ricorso di cui agli artt. 3, comma 2, 40, comma 1, lett. d) e 101, comma 1, c.p.a.

Con riferimento al procedimento di autorizzazione preventiva, si evidenzia un'apparente lacuna in relazione al regime degli atti defensionali successivi all'atto introduttivo ossia al ricorso o atto-memoria di costituzione-ricorso incidentale, controricorso, ecc. Difatti è previsto il medesimo limite dimensionale ma non quello derogatorio.

Nel processo amministrativo di appello innanzi al Consiglio di Stato, l'obbligo della continenza espositiva - e specialmente la sua automatica sanzionabilità - risulta "un rimedio peggiore del male": non pare ragionevole né logico-giuridico che l'organo giudicante possa a sua volta operare in violazione dell'obbligo di specificità dei motivi anziché sanzionarne la sua inosservanza. Ancor più discutibile risulta

---

b) le memorie (al pari di tutti gli scritti di parte) devono essere redatte secondo le specifiche tecniche indicate nel decreto del Presidente del Consiglio di Stato n. 167 del 2016 (art. 8) e nel rispetto dei limiti dimensionali ivi previsti (art. 3) il che equivale, nel rito sull'accesso ed in quello camerale *ex* art. 87 c.p.a., ad uno scritto di 15 pagine al massimo;

c) ogni autorizzazione al superamento dei limiti imposti deve essere richiesta, di regola (art. 6), in via preventiva e non successiva, salvo ricorrano "gravi e giustificati motivi" (art. 7) comprovati dal richiedente; ove ciò non accada, il giudice limita l'esame degli scritti difensivi alle parti non eccedenti (Cons. Stato, sez. IV, n. 1686 del 2020; n. 803 del 2020);

d) nella specie vi è un esubero di almeno 5 pagine rispetto ai limiti massimi e non è stata fornita alcuna effettiva dimostrazione della necessità dello sforamento, anche in considerazione del fatto che: I) il ricorso in appello è stato contenuto nei limiti sopra descritti; II) l'eccessiva lunghezza della memoria non trova fondamento causale nelle difese di controparte; III) l'oggetto del giudizio è limitato all'accesso istruttorio e non al merito della controversia; ne consegue che il Collegio espunge dal proprio sindacato le parti indicate dalla difesa ricorrente (*ex* art. 7 cit.).

[71] La circolare, adottata il 22 dicembre 2016 dal Presidente del Consiglio di Stato e rivolta a tutti i magistrati amministrativi, si limita a raccomandare di non oltrepassare, nella stesura dei provvedimenti, le venti pagine e, nelle ipotesi di particolare complessità, le quaranta pagine.

l'esercizio del potere di espunzione nella fase cautelare[72] ovvero, una volta esauritasi quest'ultima, direttamente in quella di merito.

"Il fare e il disfare" un atto processuale da parte del giudice di appello[73] è foriero di aberrazioni sistematiche: la misura che determina la sanzione dell'espunzione per incontinenza espositiva comprime la libertà processuale della parte (in questo caso appellata) ed addirittura incide sulla discrezionalità del giudice già manifestatasi in prime cure (sia pure cautelari) a seguito dell'esame dell'atto nella sua interezza, senza che peraltro vi fosse stata una specifica contestazione del fatto giuridico per iniziativa della controparte.

Risulta perciò "un rimedio peggiore del male", il cui effetto è aggravato dalla natura camerale del rito cautelare (e di molti altri riti speciali), caratterizzata dalla snellezza procedurale e della oralità *ex* artt. 55, comma 7 e 87 c.p.a., senza considerare gli innesti normativi in tema di processo telematico[74] che genererebbero cortocircuiti normativi "esponenziali" se dovesse trovare contestuale e costante applicazione processuale la regola del *melius deficere quam abundare*.

Difatti, le recenti "Linee guida del Presidente del Consiglio di Stato sull'applicazione dell'art. 4 D.L. 28/2020 e sulla discussione da remoto"[75] hanno ribadito la cogenza del canone di sinteticità stabilendo, tra l'altro, che le note

[72] Da ultimo il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana, 9 giugno 2021, n. 122, in tema di appello avverso ordinanza cautelare, ha negato l'autorizzazione allo sforamento del limite dimensionale di settantamila battute con esclusione dell'epigrafe e del riassunto introduttivo in quanto il predetto spazio di caratteri si deve ritenere non solo sufficiente ma anche sovrabbondante nell'ossequio della regola della sinteticità degli atti processuali. Infatti, il predetto appello cautelare, soffermandosi esclusivamente sulla valutazione del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora* non necessita della riproposizione analitica di tutte le censure di primo grado senza che ciò comporti la loro decadenza considerato che il giudizio prosegue in prime cure.

[73] I. IMPASTATO, *"Vuolsi così colà dove si puote ciò che si vuole e più non dimandare": la scure del giudice amministrativo sui "limiti dimensionali di sinteticità" degli atti processuali di parte (e sul diritto di difesa)*, 19 Aprile 2021, in *www.judicium.it.*

[74] Il processo di digitalizzazione ha posto qualche questione applicativa di cui si è occupato il C.g.a.r.s. con l'ordinanza cautelare n. 36/2021 con cui è stato affermato che «le note di udienza, intervenendo a ridosso dell'udienza (entro le ore 12 del giorno anteriore l'udienza), quale ultimo presidio del diritto di difesa prima di essa, e aggiungendosi all'atto introduttivo e alle memorie, devono rispettare il canone di sinteticità (e ragionevolmente non possono eccedere le tre-quattro pagine) e non possono assolvere alla funzione sostanziale della "memoria" con un'elusione del termine di deposito di quest'ultima».
Tuttavia, anche tale provvedimento ha sovrapposto in maniera confusa gli aspetti della incontinenza espositiva con quelli posti a tutela del contraddittorio processuale quali i termini a difesa di cui agli artt. 55 e 73 c.p.a.. Su tali profili, si v. F. GAMBARDELLA, *Giudizio cautelare e principio di sinteticità degli atti processuali (nota a CGARS ord.36/2021 e decr. 31/2021*, in *Giustiziainsieme.it*.

[75] Cfr. il documento integrale del 25 maggio 2020, in *www.giustizia-amministrativa.it.*

d'udienza [76] «a) debbano essere "brevi", ponendosi quale facoltà succedanea all'esposizione orale; b) debbono auspicabilmente essere depositate con anticipo rispetto al giorno dell'udienza, in modo da consentire alle controparti una replica informata; c) a mezzo di esse possano essere svolte tutte le considerazioni generalmente ammesse in udienza (ad esempio, dedurre un profilo in rito non soggetto a termini perché rilevabile d'ufficio)»[77].

In astratto, la regola dell'incontinenza espositiva mal si adatta nell'applicazione agli atti processuali differenti da quelli introduttivi ed inidonei ad incidere sul principio dispositivo, come le memorie e le note di udienza, considerata la loro soggezione a termini a difesa perentori nonché la loro natura meramente illustrativa tale da causarne l'espunzione dal giudizio qualora portatori di nuove domande o mezzi di gravame sviluppati per la prima volta, da ritenere di certo tardivi specialmente se non previamente notificati entro termini decadenziali e/o prescrizionali[78].

[76] Secondo la recente giurisprudenza di merito, nello specifico T.A.R. Napoli, (Campania) sez. III, 01 febbraio 2021, n. 662, le note di udienza previste dall'art. 4, d.l. 30 aprile 2020 n. 28 devono rispettare il canone di sinteticità, intervenendo a ridosso dell'udienza (entro le ore 12 del giorno anteriore l'udienza), quale ultimo baluardo del diritto di difesa prima di essa, nonché aggiungendosi all'atto introduttivo e alle memorie. Alla luce di un canone di ragionevolezza, tali note non possono oltrepassare le tre - quattro pagine e non possono assolvere alla funzione sostanziale della memoria con un'elusione del termine di deposito di essa, pena il mancato ossequio del principio del contraddittorio nonché un *vulnus* per quel che concerne l'approfondimento collegiale della causa. Cfr. a tal proposito C.G.A.R.S. ord. 15 gennaio 2021 n. 36.

[77] ID., *op., ult. cit.*

[78] Cfr. a tal proposito Cons. Stato, sez. IV, n. 2577/2018, in cui si rinvengono elementi che depongono alla luce di criteri prudenziali per la verifica in concreto dell'incontinenza delle memorie laddove si ravvisa la necessità di un'effettiva dimostrazione dello sforamento, anche in considerazione del fatto che l'eccessiva lunghezza della memoria non trovi fondamento causale nelle difese di controparte e che l'oggetto del giudizio sia limitato all'accesso istruttorio e non al merito della controversia. Cfr. altresì la sentenza di T.A.R. Palermo, (Sicilia) sez. I, 17 settembre 2019, n. 2203 per cui il dovere di chiarezza e di sinteticità deriva direttamente dalla norma primaria di cui all'art. 3, comma 2, c.p.a., trovando applicazione anche prima dell'entrata in vigore dell'art. 13-*ter* disp. att. c.p.a.. Esso si riferisce genericamente "agli atti" per cui non concerne soltanto gli scritti difensivi bensì altresì i documenti depositati. Si v. la nota di G. MILIZIA, *Diritto & Giustizia*, 2 ottobre 2019, *passim*. Sotto un profilo collegato, si v. le recenti pronunce in merito all'applicazione dei principi in esame al ricorso straordinario: Secondo il Consiglio di Stato sez. I, 30 aprile 2019, n. 1358, anche nel ricorso straordinario al Capo dello Stato trova applicazione il principio di sinteticità degli atti sancito dagli artt. 3, comma 2, e 26, comma 1, cod. proc. amm. Si v. *Foro it.*, 12, III, 2019, 666. Nello stesso senso, si è espressa la sentenza del Consiglio di Stato sez. I, 30 aprile 2019, n. 1326 per cui il principio di chiarezza e sinteticità degli atti processuali sancito agli artt. 3, comma 2, e 26, comma 1, c.p.a. va applicato anche in sede di ricorso straordinario, sicché, qualora le parti non osservino il predetto dovere di sinteticità, spetta al Consiglio di Stato, in sede consultiva, stabilire criteri e limiti dimensionali al ricorso ed agli altri atti difensivi con valutazione che tenga conto della controversia introdotta con ricorso al Capo dello Stato nonché la particolarità del rimedio straordinario medesimo. Cfr. *Foro Amministrativo (Il)*, 4, 2019, 660.

Appare doverosa l'applicazione dell'art. 73, comma 3, c.p.a. al fine di rendere edotta la parte tacciata di "eccedentismo" processuale circa la facoltà, prevista in via *lato sensu* normativa *ex* art. 7, ultimo inciso, del D.p.c.s. n. 167/2016, di trovare un rimedio alla potenziale lesione del diritto di difesa derivante dalla prospettata espunzione di alcuni motivi di ricorso, concedendo alle parti interessate, anche in funzione del relativo potere di graduazione[79], la facoltà di un salvataggio delle più opportune o consistenti doglianze.

Certamente, come già espresso, diversi profili generali[80] meritano una riflessione più approfondita in altra sede.

Alla luce dell'analisi tecnico-giuridica condotta, può concludersi che sussiste la necessità di correlare il sindacato sui limiti dimensionali dell'atto di parte alla violazione effettiva e motivata del preminente principio di chiarezza[81] espositiva.

La regola della continenza espositiva va applicata *cum grano salis* ossia alla luce della legalità processuale costituzionale nella cui dimensione deve prodursi il diritto vivente, a maggior ragione in mancanza di un piano normativo coerente e coordinato tra le varie giurisdizioni che, sostanzialmente, sono in realtà intercomunicanti, sistematicamente non potendo operare a compartimenti stagni.

In ultima analisi, *a fortiori*, essendo il nostro un sistema di *civil law*, si è ritenuto utile tentare di offrire una chiave ricostruttiva sostanziale fondata sull'attività ermeneutica, sia pure a tratti dai risvolti critici, del dato testuale normativo, ancorandosi altresì al sistema dei principi generali processuali, pur ritenendo

[79] Si v., nell'ambito della vasta bibliografia in tema di graduazione dei motivi, anche quella più risalente: F. BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, Cedam, 1953, 146; E. CANNADA BARTOLI, *Processo amministrativo*, *in Noviss. Dig. It.* III, Torino Utet, 1966, 1086 ss.; M. NIGRO, *L'appello nel processo amministrativo*, 1960, Milano, Giuffrè, 47-55; F. LA VALLE, *Il vincolo del giudice amministrativo ai motivi di parte*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1965, 80; *last but not least*, R. VILLATA, *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, Giuffrè, 1971, 584 ss.

[80] Si fa riferimento ad es. ai risvolti processualcivilistici *tout court*, delineati *funditus* da F. SAITTA, *La violazione del principio di sinteticità degli atti processuali*, cit., *passim.*

[81] Tutto sommato, pare quindi pressoché giurisprudenza maggioritaria quella in linea con la sentenza di Consiglio di Stato, sez. IV, 13 febbraio 2020, n.1164 (che conferma Tar Campania, Napoli, sez. V, n. 3216 del 2013) secondo cui il principio di chiarezza e sinteticità espositiva *ex* art. 3, comma 2, c.p.a. sanziona non già la prolissità in sé di un atto difensivo bensì la mancanza di chiarezza, il cui mancato ossequio espone il ricorrente al rischio di una declaratoria di inammissibilità dell'intera impugnazione o del singolo motivo di ricorso, non già per l'irragionevole estensione dell'atto o del motivo bensì poiché rischia di pregiudicare l'intellegibilità delle questioni rendendo oscura l'esposizione dei fatti di causa nonché confuse le censure mosse alla sentenza gravata. Si v. *Foro Amministrativo (Il)*, 2, 2020, 247.

prezioso l'intervento chiarificatore della giurisprudenza[82], anche in una prospettiva *de iure condendo*.

[82] In merito al significato da attribuire alle pronunce del giudice amministrativo, secondo la sentenza di Cons. giust. amm. Sicilia sez. giurisd., 06 dicembre 2016, n. 449, le sentenze del g.a., per cu l'art. 3 c.p.a. richiede uno *standard* di sinteticità, vanno interpretate secondo le consuete regole dell'ermeneutica, tra cui quella per cui in presenza di un margine di incertezza va privilegiata l'opzione per il significato conforme ai principi giuridici generali ed ai valori dell'ordinamento. Si v. *Foro Amministrativo (Il)*, 12, 2016, 3015.

-

IL DIRITTO DELL'ENERGIA FONDATO SU PRINCIPI. LA TRANSIZIONE ECOLOGICA COME GIUSTIZIA ENERGETICA.

Luigi Maria Pepe*

ABSTRACT [ITA]: Il diritto dell'energia rappresenta una disciplina decisiva per la nostra società contemporanea. Temi quali la tutela dell'ambiente, la mitigazione dei cambiamenti climatici e la riduzione delle emissioni hanno condotto la dottrina ad incentrarsi come non mai su questa branca del diritto per approfondire ed analizzarne l'impatto e le ripercussioni in termini giuridici, politici ed economici. Ciò che è stato trascurato è però un approccio nuovo, di tipo teorico – dogmatico che possa guidare il ricercatore verso una piena e maggiore consapevolezza del settore. I principi del diritto dell'energia dovranno dunque fungere non soltanto da guida per l'operatore del diritto ma fornire quello strumento scientifico su cui costruire i successivi contribuiti ed avanzamenti di una disciplina che per prima sprona ed incoraggia la transizione ecologica. Una giusta transizione non può che procedere ed essere accompagnata che dai principi del diritto dell'energia.

ABSTRACT [ENG]: Energy law represents a decisive discipline for our contemporary society. Issues such as environmental protection, climate change mitigation and emission reduction have led the doctrine to focus more than ever on this branch of law in order to deepen and analyse its impact and repercussions in legal, political and economic terms. What has been neglected, however, is a new, theoretical-dogmatic approach that can guide the researcher towards a deeper and wider awareness of the field. The principles of energy law should therefore not only serve as a guide for the legal practitioner, but also provide the scientific tool on which to build the subsequent contributions and advances of a discipline which is the first to encourage ecological transition. A just transition can only proceed and be accompanied by the principles of energy law.

* LLM – PhD in Comparative Law and Processes of Integration, Università della Campania Luigi Vanvitelli.

Sommario: 1. Introduzione; **2.** Il Diritto dell'Energia oggi; **2.1.** Un diritto sostanziale trasversale; **2.2.** Un diritto per principi; **3.** I Principi del diritto dell'energia: un'analisi; **3.1.** Il principio della sovranità delle risorse naturali; **3.2.** Il principio dell'accesso ai servizi energetici moderni; **3.3.** Il principio della giustizia energetica; **3.4.** Il principio dell'uso prudente, razionale e sostenibile delle risorse naturali; **3.5.** Il principio della salvaguardia dell'ambiente, della salute umana, e della lotta al cambiamento climatico**;** **3.6.** Sicurezza energetica e principio di affidabilità; **3.7.** Principio di resilienza; **4.** I principi del Diritto dell'Energia in azione: l'impatto sulle politiche europee ed il Just Transition Fund; **5.** Considerazioni finali.

1. Introduzione.

Appare evidente che non è più rinviabile una riconsiderazione di una delle branche del diritto maggiormente discussa e di crescente rilevanza e centralità nella nostra società contemporanea per il suo impatto non solo sui processi economici bensì anche politici e giuridici. Si fa riferimento al diritto dell'energia, quella branca del diritto che indaga ed esplora i profili giuridici, politici e perché no anche economici delle risorse energetiche e del loro sfruttamento sul mercato. Occorre subito partire dall'assunto che questa disciplina non ha trovato fertili studi ed interessi accademici per molti anni (almeno tra la dottrina italiana). Questo specialmente perché è sempre stata fagocitata dagli studi di diritto ambientale e diritto amministrativo.

Negli ultimi anni, però, la maggiore attenzione alla disciplina dei cambiamenti climatici e l'importanza di ridurre le emissioni di carbonio, hanno sollevato l'interrogativo di cercare di risolvere il problema alla fonte. E non si può negare che lo sfruttamento delle risorse energetiche, specie quelle convenzionali, sia una tra le principali cause di inquinamento ambientale ed atmosferico. Di conseguenza il diritto dell'energia è emerso nuovamente negli studi accademici nel tentativo di studiare un settore così complesso e articolato e cercare di proporre soluzioni a

livello giuridico e politico in grado di dialogare con il tema della mitigazione dei cambiamenti climatici.

Ciononostante, seppur il rinnovato interesse accademico, il diritto dell'energia non è ancora riuscito a individuare una sua posizione tra le altre discipline ed un suo fondamento teorico e dogmatico. Per questo motivo, ai fini di compiere questa operazione è necessario esaminare la letteratura accademica internazionale e comprendere quale operazione è stata portata a termine ai fini di una completa ricostruzione e disamina del diritto dell'energia. E questo lavoro condurrà verso la disamina e l'analisi dei principi fondamentali del diritto dell'energia il cui compito è quello di dotare questa branca del diritto di concetti, definizioni e di strumenti per connotare tale disciplina di un carattere autonomo ed interdisciplinare. Un po' com'è accaduto per il diritto ambientale i cui principi ormai sono stati interiorizzati dal diritto internazionale consuetudinario, dal diritto europeo e da molte legislazioni nazionali.

E l'identificazione dei principi del diritto dell'energia assolverà non solo all'obiettivo di consacrare il valore disciplinare di tale branca bensì fornirà uno strumento metodologico per capire, comprendere e meglio interpretare le legislazioni e le politiche pubbliche. I principi del diritto dell'energia saranno in grado di guidare non solo l'operatore del diritto ma tutti coloro che operano nel settore energetico verso una migliore comprensione delle sue dinamiche costruendo le basi per una nuova normativa energetica e per politiche pubbliche che guardino a tale settore in modo diverso, nel tentativo di renderlo più giusto ed equo. E ciò non si può dire che non stia avvenendo, seppur a passi rallentati.

Le politiche europee in tema di energia e riduzione delle emissioni sono visionarie in un'applicazione, forse indiretta, dei principi del diritto dell'energia. Basti pensare al *Just Transition Fund* che l'Europa ha ritenuto opportuno costituire in seno al Green New Deal, per garantire appunto che la transizione energetica sia più giusta ed equa, compensando in maniera proporzionata specialmente i Paesi che dal punto di vista sociale ed economico ne soffriranno di più. Non vi è da dimenticare che la transizione, seppur atto dovuto nei confronti del nostro pianeta, ecosistema, e nei confronti delle generazioni future, non deve incidere in maniera disordinata e spregiudicata. Conseguenza inevitabile è che i Paesi che fondano le proprie economie sullo sfruttamento delle risorse convenzionali o su settori strategici, non riusciranno

a riadattarsi in tempo ed incontrare limiti ed obiettivi così stringenti. Dunque, anche la transizione deve essere guidata da ragionevolezza e proporzionalità. Ed in questo, il diritto dell'energia così come teorizzato, potrà indubbiamente fornire quello strumento metodologico per legislazioni e politiche pubbliche razionali, mirate e ragionevoli.

2. Il Diritto dell'energia oggi.

Nell'ambito della letteratura accademica, un'iniziativa di rilettura del diritto dell'energia a partire dai principali contributi dottrinali non si rinveniva che dal lontano 1996, quando Bradbook produsse il suo contributo "*Energy Law as an Academic Discipline*"[1]. Come già sostenuto in precedenza, questo rinnovato interesse nel settore, soprattutto a causa della privatizzazione e della liberalizzazione dei mercati dell'energia in tutto il mondo, della "transizione energetica" in corso (principalmente legata ad analisi del cambiamento climatico), dell'internazionalizzazione e delle trasformazioni dei mercati, ha condotto il diritto dell'energia verso livelli di piena maturazione.

Nella pratica legale, il diritto dell'energia è diventato un grande business, essendo molte delle attività legali ormai collegate ad esso. Infatti, nell'esaminarlo da una prospettiva pratica, i Governi hanno accertato l'importanza dell'energia ponendola in cima all'agenda politica sia per l'impatto ambientale che per le conseguenze economiche (comprese le questioni di sicurezza energetica). In molti Paesi sono stati attivati "Dipartimenti Energetici" governativi e regolatori dell'ambito in questione: i primi incentivati dalla crisi petrolifera degli anni Settanta del Novecento, i secondi dalle tendenze di liberalizzazione dei due decenni successivi. Inoltre, gli studi legali hanno creato specifiche aree a favore di dipartimenti di *energy* che concentrano la loro azione sui mercati energetici, dall'estrazione alla produzione, dal trasporto all'utilizzo finale.

Come è stato ulteriormente argomentato, "*ci sono centinaia di industrie e solo poche di esse hanno, finora, dato origine a una particolare sottodisciplina professionale e accademica*":

[1] A. Bradbrook, Energy Law as an Academic Discipline in Journal of Energy & Natural Resources Law, 1996, 193.

l'energia è una di quelle in cui ciò è avvenuto[2]. In questi anni di dibattito nel mondo accademico sull'essenza del diritto dell'energia, è stato ampiamente condiviso che il diritto ambientale, il diritto del cambiamento climatico e il diritto dell'energia siano in parte interconnessi, bensì solo il diritto dell'energia non si sia affermato o sviluppato teoricamente come i primi due. Il diritto ambientale ha sviluppato principi fondamentali che non solo sono stati adottati giuridicamente nel diritto internazionale, europeo, nazionale e locale, ma anche al di fuori della professione legale, dal settore commerciale e dalla società civile in generale – si pensi al successo del principio del "chi inquina paga". L'origine e il dibattito su ciò che costituisce il diritto dell'energia sono evidenti nei principali testi della disciplina, anche se menzionati in misura limitata.

Solo di recente, tuttavia, gli accademici si stanno muovendo per analizzarlo in modo più dettagliato e svilupparlo come area accademica. Va ricordato che l'ultimo documento a farlo è stato il già citato Adrian Bradbrook del 1996, intitolato *Energy Law as an Academic Discipline*. In altre aree del diritto e negli studi sull'energia ciò viene fatto con maggiore regolarità, al contrario, il diritto dell'energia ha subìto molteplici frammentazioni mediante i tentativi da parte di alcuni studiosi di separare le aree legali appartenenti al settore oil&gas (*lex petrolia*), e dell'estrazione mineraria (*lex mineralia*); tuttavia, recentemente autori come Daintith hanno criticato ampiamente la possibilità dell'esistenza di aree del diritto dell'energia come *lex petrolea* o la *lex mineralia*[3].

2.1. Un diritto sostanziale trasversale.

Nell'esporre i principi del diritto dell'energia, si pone in primis la questione di stigmatizzare il concetto di diritto dell'energia individuandone una definizione. Una

[2] K. Talus, Energy Law and Policy. A critical account, Oxford, 2013, 309.

[3] T. Daintith, Against 'lex petrolea', The Journal of World Energy Law & Business, Volume 10, 1, 2017, 1–13. L'autore sostiene che dal 1998, c'è stato un piccolo ma costante flusso di articoli che utilizzano il concetto di *'lex petrolea'* per evocare l'esistenza di un gruppo distinto e caratteristico di regole che governano - o potrebbero governare - le transazioni e le relazioni petrolifere internazionali, accanto al diritto nazionale e internazionale applicabile. Questo concetto, sulla base del fatto che è mal definito, non è minimamente supportato da prove a sostegno delle sue affermazioni, né da una solida base teorica. Occorre certamente continuare a cercare elementi comuni nell'industria internazionale, nella pratica petrolifera statale e arbitrale che potrebbero arricchire di spunti la politica futura, gli accordi e la risoluzione delle controversie nel campo, ma questi sviluppi sono e saranno sempre ascrivibili al diritto dell'energia nella sua sottocategoria di diritto petrolifero transnazionale.

letteratura accademica piuttosto limitata tratta questo aspetto, più recentemente diversi testi del 2015 e 2016 hanno sollevato la questione. Molti dei testi chiave in questo settore, sin dall'articolo di Bradbrook di vent'anni fa, pongono in qualche modo l'interrogativo su cosa sia il diritto dell'energia ma non riescono ad avanzarne una definizione esaustiva, a suggerire un quadro teorico completo o a proporre principi guida universali.

La definizione di diritto dell'energia fornita da A. Bradbook è stata sì utile a lanciare spunti di riflessione ed interesse per questo settore strategico ma, come evidenziato dalla discussione che segue, gli studiosi hanno continuato a orbitare intorno al lavoro svolto dall'autore citato senza compiere il passo successivo ossia proporre una teoria generale del diritto dell'energia su una sua base più olistica[4]. Dunque il tentativo qui di seguito riportato non è solo quello di ricostruire il diritto dell'energia a margine dei suoi principi così come coniati dalla dottrina internazionale bensì cercare di rinvigorirne la sua autonomia disciplinare. Occorre, infatti, partire dall'assunto che il diritto dell'energia è da considerarsi un diritto sostanziale.

Un microcosmo in cui il diritto amministrativo, civile, commerciale, tributario, internazionale e dell'Unione Europea convergono e dialogano scambievolmente[5]. Se la dottrina ha già da tempo ripartito il diritto sostanziale negli insegnamenti delle varie discipline del diritto civile, penale, commerciale, amministrativo, tributario, dell'Unione Europea, è possibile osservare come all'interno del diritto dell'energia siano presenti tutte le caratteristiche dei diritti sostanziali. In tal modo esso assumerebbe la fisionomia di un diritto sostanziale trasversale o transdisciplinare[6], un diritto di quarta generazione che nasce dalla convergenza e dalla specificazione delle altre discipline sostanziali; si tratta di una linea di tendenza comune agli

[4] La definizione utilizzata da A. Bradbook è quella di un diritto che "… identifica e analizza le questioni legali associate allo sfruttamento di tutte le fonti di energia primarie e secondarie, dove lo sfruttamento si riferisce a qualsiasi fase del processo che implica la ricerca di una risorsa e la sua utilizzazione commerciale. Regola l'assegnazione di diritti e doveri relativi allo sfruttamento di tutte le risorse energetiche tra individui, tra individui e governo, tra governi e tra Stati".

[5] Cfr. R. Federici, Concetto Giuridico di Energia in Diritto dell'energia (a cura di) E. Picozza e S.M. Sambri, Cedam, 2015, 12.

[6] Vedasi la dottrina francese sul diritto dell'energia nucleare J.M. Pontier, E. Roux, Droitnucleaire, Les dèchets nuclèaires, Presses Universitaires d'AixMarseille 2014; J.M. Pontier, E. Roux, Droit nucleaire– Democratie et nucleaire, Presses Universitaires d'Aix-Marseille 2013; J.M. Pontier, E. Roux, Droitnucleaire – Le contentieux du nuclèaire (journèe d'ètudesdu 20 Octobre 2010), Presses Universitaires d'Aix-Marseille 2012.

ordinamenti giuridici di tutto il mondo, in Italia in primis, nei quali si assiste ad una evoluzione e all'ampia diffusione dei diritti sostanziali trasversali. Non è peregrina, infatti, la corrente di pensiero che audacemente sostiene come il carattere interdisciplinare e transdisciplinare di tale diritto possa condurre a qualificarlo quale un diritto ben distinto ed originale, quasi un diritto indipendente[7]. Dopo più di sessant'anni nei quali si sono osservati Trattati, regolamentazioni e discipline nazionali sull'energia, sembrerebbe alquanto retorico parlare di una sua autonomia disciplinare e scientifica.

Ciononostante, è innegabile riconoscere al diritto dell'energia delle proprie e peculiari caratteristiche che lo qualificano quale diritto non derivato ma scaturito da una originale e ancora attuale esigenza di trovare una sintesi e un bilanciamento tra numerose questioni di interesse pubblico. Non bisogna dimenticare che esso è altresì un diritto di retaggio pubblicistico dato la forte centralizzazione a livello statale[8]. Sembrerebbe allora pienamente condivisibile la tesi di chi definisce il diritto dell'energia un "*diritto per compromessi*" nato dalla necessità di raggiungere un equilibrio tra i soggetti e i beni interessati allo scopo di esprimere un accordo, un'intesa dove le parti rinunciano ciascuna ad una parte dei propri interessi[9]. Compromessi che non hanno natura giuridica bensì empirica e teorica.

Tuttavia, la tesi di un diritto dell'energia quale diritto per compromessi risulta efficace per decifrare le caratteristiche e la sua natura atipica che nasce dal bisogno di trovare sintesi tra confliggenti interessi pubblici quali sicurezza ed efficienza, tecnologia e democrazia, riduzione delle emissioni e gestione dei rifiuti energetici. Il diritto dell'energia ha origine e si trasforma esattamente all'insegna di questi compromessi istituzionalizzati che pongono le autorità pubbliche al centro delle dinamiche volte al bilanciamento degli interessi e dei valori, anche costituzionali, in gioco.

---

[7] A. Bradbrook, Energy Law as an Academic Discipline, già cit.; cfr. anche A. Bradbrook, Energy and law - Searching for new directions in Imagining Law: Essays in Conversation with Judith Gardam, in Stephens, D., Babie, P. (a cura di), 2016 c. 2, p. 13-33.

[8] l primo principio dell'energia enucleato in *A Treatise for Energy Law*, è proprio il principio di sovranità sulle risorse energetiche. L'importanza strategica delle risorse naturali non può che richiedere quale unico decisore sul loro futuro lo Stato, attribuendogli la riserva sulla regolamentazione giuridica.

[9] Per la dottrina internazionale vedasi J.M. Pontier, E. Roux, Droit nucleaire – Democratie et nucleaire, già cit. Per la dottrina italiana, L. Colella, Il diritto dell'energia nucleare in Italia e in Francia. Profili comparati della governance dei rifiuti radioattivi tra ambiente, democrazia e partecipazione in Diritto e Ambiente, Aracne, 2017.

2.2. Un Diritto per Principi.

Come è stato già argomentato in precedenza, il diritto dell'energia finora non ha beneficiato di un insieme di principi come invece è accaduto per il diritto ambientale o del cambiamento climatico, che proprio attraverso quei principi sono entrati più efficacemente in contatto con gli studiosi e gli esperti anche non specialisti del campo giuridico, nonché con le autorità giudiziarie e politiche[10].

Gli spunti per la determinazione dei principi guida di una disciplina sono numerosi. Il diritto dell'energia dovrebbe pervenire non solo alla mera comunità di esperti bensì deve orientarsi ed attrarre in maggior misura professionisti e ricercatori interdisciplinari nel settore energetico, così come il pubblico e gli utenti. In questo contesto il diritto dell'energia ha avuto un esito non del tutto positivo rispetto al diritto ambientale, i cui principi si sono rivelati molto più efficaci e diretti se si pensa alla loro applicazione a livello di legislazione locale, nazionale e internazionale[11].

I principi giuridici applicabili al settore energetico non sono molti; dunque, finora molte delle questioni e problematiche energetiche emerse hanno trovato riparo e soluzione mediante i principi e le clausole generali di diritto, in tema di contratti, illeciti o diritti di proprietà. Anche in presenza di leggi energetiche specifiche e mirate a regolamentare un determinato aspetto, queste si sono rivelate spesso inadeguate e inadatte rispetto alla transizione energetica. Si possono elencare molti casi in cui sono stati i principi generali del diritto, invece che una normativa specifica per l'energia, ad essere risultati decisivi nel risolvere taluni casi giudiziari. Un importante esempio è l'incidente della Deepwater Horizon negli Stati Uniti avvenuto nel 2010 oppure il più recente caso della sentenza del tribunale distrettuale dell'AIA sul caso Shell; in questi casi le soluzioni giuridiche sono entrambe derivata dal diritto civile e dai principi della responsabilità extracontrattuale piuttosto che da qualsiasi principio o teoria del diritto dell'energia[12]. Tale lacuna appartiene sia al legislatore

[10] D. Amirante, L'insegnamento del diritto ambientale come diritto per principi e multidisciplinare, in Agricoltura, istituzioni, mercati: rivista di diritto agroalimentare e dell'ambiente. Fascicolo 2, 2007.
[11] D. Amirante, Diritto Ambientale italiano e comparato. Principi, 2003, Edizioni Scientifiche Italiane, 20.
[12] Nel caso Shell il Tribunale distrettuale de L'Aia, sezione Commercio ed Imprese, ha imposto a Shell di ridurre le emissioni di CO2 del 45% rispetto ai livelli del 2019 entro il 2030 attraverso una profonda modifica della politica aziendale. Tale sentenza poggia sullo complicato assioma che porta all'applicazione nei confronti dell'azienda operante nel settore Oil & Gas dello standard di diligenza non scritto, che il Tribunale ha compilato

che ai tribunali. I tribunali sono lenti e restii a sviluppare nuovi principi e i legislatori non sono riusciti a intraprendere azioni appropriate per sostenere la transizione energetica.

In futuro sarà sempre più necessario fare ricorso a dei principi e/o alle teorie del diritto dell'energia nella risoluzione delle relative controversie, se non altro per far sì che la transizione energetica trovi adeguato supporto normativo e teorico. Ed è proprio in questo contesto e per questo motivo che la dottrina internazionale ha percepito il dovere di colmare questa lacuna arricchendo questa branca del diritto di un proprio supporto teorico e dogmatico. Infatti nel contributo "*A Treatise for Energy Law*" i maggiori studiosi a livello internazionale di diritto dell'energia e della transizione energetica, hanno tratteggiato i principi generali del diritto dell'energia ispiratori della materia [13]. In questa sede saranno riportati i suddetti principi accompagnati da una loro analisi alla luce dei più recenti sviluppi politici e normativi nel mondo.

3. I Principi del diritto dell'energia: un'analisi.

3.1. Il principio della sovranità delle risorse naturali.

Al giorno d'oggi, quando ci riferiamo alle risorse naturali e ai diritti su di esse, non possiamo ignorare il concetto fondamentale di sovranità dello Stato e il diritto di

tenendo conto di fatti, del diritto e di standard accettati a livello internazionale, ravvisando non una violazione già perpetrata, ma un'imminente possibile violazione, attraverso la comparazione tra la Sezione 162 del VI libro del Codice civile olandese in materia di responsabilità extracontrattuale e gli obiettivi sul clima desunti dall'Accordo di Parigi, valutato quale misura da applicare per l'analisi della policy aziendale del gruppo Shell. La Corte de L'Aia, quindi, perseguendo questa posizione, ha accolto il ricorso presentato da associazioni ambientaliste, organizzazioni non governative e supportato da oltre 17mila cittadini, obbligando la multinazionale a rispettare quanto previsto dall'Accordo di Parigi circa le emissioni di gas ad effetto serra. La sentenza rappresenta un unicum nel panorama giuridico internazionale, dal momento che istituti non scritti, standard e soft law fondano le fondamenta giuridiche dietro il dispositivo della Corte, arrivando a colpire sia le emissioni dirette del gruppo, sia quelle indirette imputabili ai singoli consumatori olandesi che, paradossalmente, hanno presentato ricorso, v. E. Napoletano – S. Spinelli, Il caso Royal Dutch Shell. La Corte olandese impone il taglio del 45% delle emissioni di CO2 al 2030: abuso di diritto o rispetto degli accordi internazionali?, in Giurisprudenza Penale Web, 2021, 7-8.

[13] Vedi R.J. Heffron e altri, A treatise for Energy Law, Journal of World Energy Law and Business, 2018, 11, 34-48; cfr. anche la più recente versione in R.J Heffron, L.M. Pepe, Energy Law Principles: in Derecho de la Energìa y el Clean Energy Package (1 edizione) a cura di Vicente Lopez- Ibor Mayor, Inigo Del Guayo Castiello, Elisenda Malaret Garcia, Nuria Encinar Arroyo, Thomson Reuters Aranzadi, 2021.

disporre liberamente delle risorse naturali per conto e in rappresentanza dei cittadini. Questo principio per quanto oggi possa sembrarci scontato ed imprescindibile, non sempre ha goduto di tale favore o di tale rispetto soprattutto da parte dei Paesi sviluppati nei confronti di quelli in via di sviluppo. Questi ultimi, infatti, specialmente quelli che hanno avuto testimonianza di dominazioni coloniali, con il tempo e soprattutto con lo stabilizzarsi dei governi e della governance politica, hanno iniziato a rivendicare la loro libertà e indipendenza per prendere il controllo delle loro risorse come unico modo per realizzare e perfezionare un'autodeterminazione economica. Dal Sud America all'Asia e all'Africa, gli Stati si resero conto che un controllo pieno e assoluto sulle risorse naturali avrebbe rappresentato non solo il modo per impedire agli investitori stranieri di trarne pieno vantaggio senza alcuna equa e proporzionata compensazione per lo Stato e le comunità coinvolte; ma anche l'unico modo per promuovere l'economia, per avere successo con nuove strategie economiche e per mostrare una sovranità piena e assoluta agli altri Paesi.

Questo spirito di rivalsa ha influenzato lo scenario politico internazionale e, di conseguenza, il quadro giuridico internazionale sulle risorse naturali. Con la risoluzione 523 (VI) dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, adottata nel 1952, si dichiarò che i Paesi in via di sviluppo hanno il diritto di sfruttare le loro risorse naturali secondo i loro piani economici nazionali. Il passo più importante venne poi compiuto nel 1958 quando la Commissione sulla sovranità permanente sulle risorse naturali pubblicò la "*Dichiarazione sulla sovranità permanente sulle risorse naturali*", la risoluzione 1803 dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite. I principi stabiliti nella risoluzione portarono a una piena dichiarazione di indipendenza delle Nazioni coloniali sul controllo amministrativo dei Paesi stranieri. Così, le Nazioni ottennero il diritto di matrice internazionale di controllare e gestire le proprie risorse e di esercitare i loro poteri di gestione nei confronti degli investitori internazionali. Un diritto che è stato definito assoluto, permanente e inalienabile.

Nonostante gli atti giuridici delle Nazioni Unite siano comunemente riconosciuti come strumenti di *soft law*, non è possibile negare come il concetto di sovranità sia stato applicato e fatto rispettare da diversi Stati. Ed è evidente come questo principio si sia tradotto in un'opinione *juris communis*, specchio del diritto consuetudinario internazionale. Nato come principio di soft law è stato poi incorporato nel diritto dei

trattati grazie a ulteriori sviluppi internazionali. Infatti ulteriori passi sono stati compiuti nel 1974 con la "*Dichiarazione sull'instaurazione del nuovo ordine economico internazionale*" dell'Assemblea Generale dell'ONU, in cui è stato ribadito il concetto di sovranità con il dovere di compensazione degli Stati che sono stati privati delle loro risorse e dei potenziali benefici economici sotto le dominazioni coloniali. Ma quali cambiamenti ha subito il principio? Come si è contestualizzato con i cambiamenti normativi avvenuti nei sistemi giuridici e negli obiettivi politici del settore energetico?

Se da un lato il principio di sovranità esprime la proprietà pubblica sulle risorse naturali come dichiarato nelle risoluzioni dell'ONU così come nel diritto e nella giurisprudenza dei trattati, dall'altro lato abbiamo la regola vigente in diversi Paesi del *the rule of capture* ovvero dei diritti dei privati proprietari dei fondi sotto i quali insistono e giacciono risorse naturali. In alcuni sistemi giuridici, dunque, lo Stato non può rivendicare alcun diritto sulla terra e sul sottosuolo i cui beni appartengono al proprietario. Pertanto, è interessante esaminare come oggi i diversi assetti della proprietà pubblica e privata sulle risorse naturali possano influenzare l'efficienza e lo sviluppo del settore energetico, specialmente nell'ottica di una transizione energetica. A riguardo, il caso del gas di scisto è interessante. È stato dimostrato come negli Stati Uniti, ad esempio, lo sviluppo e lo sfruttamento delle risorse naturali in un regime privatistico della proprietà dei beni del sottosuolo ha condotto verso una più rapida evoluzione dell'industria del gas di scisto come valida alternativa alla dipendenza dal carbone[14]; d'altra parte nel Regno Unito, lo sviluppo del principio di sovranità sulle risorse naturali ha seguito il percorso internazionale e quindi il diritto interno è stato costruito in conformità al diritto consuetudinario e ai trattati dopo la risoluzione 1803[15]. Le decisioni del Regno Unito riguardanti la gestione delle risorse naturali vengono adottate dallo Stato in quanto le risorse naturali appartengono alla Corona e non al proprietario del fondo. In aggiunta, il proprietario terriero britannico

[14] Daron Acemoglu & David Hemous & Lint Barrage & Philippe Aghion, 2019. "Climate Change, Directed Innovation, and Energy Transition: The Long-run Consequences of the Shale Gas Revolution," 2019 Meeting Papers 1302, Society for Economic Dynamics.
[15] Pyhäranta M-K, 'State ownership of petroleum resources: an obstacle to shale gas development in the UK?' (2017) 10 The Journal of World Energy Law & Business 358.

non gode di alcun incentivo economico per incoraggiare lo sviluppo dell'industria del gas di scisto[16].

Questo regime in cui il proprietario del fondo oltre a non essere esclusivo proprietario dei beni del sottosuolo non gode nemmeno di eventuali incentivi economici per lo sfruttamento di tali risorse si traduce inevitabilmente in un ritardo nello sviluppo di una nuova importante fonte di energia, quale è quella del gas, oramai fondamentale nel mix energetico di numerosi Paesi. Pertanto, sembra che la regola della rule *of capture* abbia mostrato maggiore efficienza del principio di sovranità pubblica sulle risorse naturali al fine di promuovere l'uso di una diversa fonte di energia e di fornire benefici alla comunità e agli *stakeholders* coinvolti nei progetti energetici. Ciò significa che questo principio, pur rimanendo centrale ed immanente nel diritto internazionale e nazione al fine di delimitare i diritti e i doveri degli Stati sulle risorse energetiche, va oggi riletto ed interpretato in chiave evolutiva per creare un equilibrio tra interessi pubblici e privati ed al fine di creare un regime di sviluppo delle risorse ed infrastrutture energetiche che sia in linea e proporzionale con la ingente domanda proveniente dal mercato e con le aspettative che oggi vengono riposte nella transizione ecologica.

3.2. Il principio dell'accesso ai servizi energetici moderni.

L'accesso ai servizi energetici moderni è una tra le questioni più significative del settore energetico. Non solo il superamento della dipendenza dai combustibili fossili, ma l'obiettivo più complesso di combattere la povertà energetica. Dove c'è povertà energetica c'è una chiara mancanza di tecnologie moderne e di investimenti nei servizi energetici. Il diritto all'energia, oggi ancor di più, nella sua dimensione di diritto di quarta generazione che nasce dalla specificazione di altri diritti, è stato ampiamente discusso ed identificato dalla dottrina internazionale come il diritto all'accesso a servizi energetici moderni[17].

[16] Pyhäranta M-K, 'State ownership of petroleum resources: an obstacle to shale gas development in the UK?', già cit.

[17] Ann Florini, Benjamin K. Sovacool, Who governs energy? The challenges facing global energy governance, Energy Policy, Volume 37, Issue 12, 2009, 5239-5248. Gli autori nel domandarsi chi siano veramente gli attori chiave e i decisori nel panorama della governance mondiale dell'energia, individuano come prima sfida comune per il settore energetico quella di elevare gli standards dei servizi energetici con investimenti in nuove

A partire dal 1986 prima con il Rapporto della Commissione Mondiale sull'Ambiente e lo Sviluppo (il Rapporto Brundtland) [18] poi con i *Millennium Development Goal*s (MDGs) dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, pubblicati nel 2000 nella Dichiarazione del Millennio[19], ed infine con i *Sustainable Developments Goals* (SDGs), anch'essi generati all'interno dell'Assemblea Generale in *Transforming Our World: The 2030 Agenda for Sustainable Development*[20], il diritto internazionale sembra aver sancito questo principio tra quelli di *soft law* pronti ad essere convertiti in diritto consuetudinario.

Ma possiamo oggi estendere la tesi di un diritto all'accesso ai servizi energetici come un diritto di quarta generazione sorto come specificazione di altri diritti a tutti i Paesi? La risposta dovrebbe essere affermativa e la letteratura sull'argomento ci aiuta a capire perché. È stata infatti ampiamente dimostrata una così forte interconnessione tra povertà energetica e relazioni sociali[21].

Oggi più che mai la nostra società ha affrontato situazioni anomale come l'emergenza sanitaria e l'interruzione dei contatti e delle relazioni sociali. Se da un lato c'è stato un significativo calo della domanda e della produzione di energia, dall'altro il notevole incremento dell'uso degli strumenti tecnologici ci ha aperto gli occhi sul galoppante processo di digitalizzazione dei servizi e sull'inevitabile necessità di garantire il diritto all'accesso ai servizi energetici in modo da potenziare il diritto alle relazioni sociali traslatosi ormai online. Sembrerebbe giusto cristallizzare il diritto all'accesso ai moderni servizi energetici come un vero e proprio diritto che deve garantire il pieno godimento di diritti complementari come il diritto alle relazioni sociali, all'accesso a Internet e il più generale diritto alla libera espressione del pensiero, soprattutto online. Mai come oggi, il diritto all'accesso ai moderni servizi energetici e la sua valorizzazione sono uno dei principali obiettivi non solo per il raggiungimento del *Goal 7* stabilito nell'Agenda 2030 per lo Sviluppo Sostenibile ma soprattutto per dare risposte ai nuovi problemi causati dall'emergenza sanitaria: accesso costante all'energia per i servizi clinici e sanitari,

---

tecnologie. Questa è la sfida più importante del diritto dell'energia e quella che, probabilmente, riempie di maggiori contenuti questa branca del diritto.

[18] UN Development Programme, World Energy Assessment: Overview 2004 Update (2004).

[19] GA Res 55/2, UN Doc A/Res 55/2 (2000).

[20] A/Res/70/1 (2015).

[21] Lucie Middlemiss and others, 'Energy poverty and social relations: A capabilities approach' [2019] 55 Energy Research & Social Science 227-235.

mantenendo i consumatori connessi e garantendo una trasmissione affidabile e senza interruzionidell'energia[22].

3.3. Il principio della giustizia energetica.

Sulla strada verso la transizione energetica, sembra doveroso esaminare il concetto di giustizia energetica e il suo impatto sul settore. Come già ampiamente discusso nella letteratura[23], la giustizia energetica mira a perseguire un sistema energetico globale in cui costi e benefici siano equamente distribuiti per rendere le decisioni energetiche il risultato di un più ampio processo democratico. La giustizia energetica mira, dunque, ad affrontare le sfide della transizione per trovare soluzioni che siano eque e rispettose dei diritti e degli interessi coinvolti e per fornire un quadro normativo chiaro ed equo. Pertanto, i responsabili politici devono lasciarsi guidare da questa corrente, che non è altro che un'evoluzione del precedente movimento di giustizia ambientale.

La giustizia energetica, con i suoi corollari che verranno di seguito esaminati, deve includere le questioni più attuali e proporre soluzioni nell'ottica della transizione. Questo in virtù del fatto che il primo dovere di una società è perseguire la giustizia e renderla equa e giusta. C'è un imperativo che grava su una transizione verso un sistema energetico a basse emissioni di carbonio ovvero la doppia sfida di eliminare le emissioni dai combustibili fossili e garantire l'accesso ad energia pulita e a prezzi accessibili.

---

[22] UN 2017. *Goal 7: Ensure access to affordable, reliable, sustainable and modern energy for all* https://www.un.org/sustainabledevelopment/energy/. All'interno del Goal 7 possono rinvenirsi obiettivi mirati e specifici che le Nazioni Unite mirano a conseguire: 7.1 Garantire entro il 2030 accesso a servizi energetici che siano convenienti, affidabili e moderni; 7.2 Aumentare considerevolmente entro il 2030 la quota di energie rinnovabili nel consumo totale di energia; 7.3 Raddoppiare entro il 2030 il tasso globale di miglioramento dell'efficienza energetica; 7.a Accrescere entro il 2030 la cooperazione internazionale per facilitare l'accesso alla ricerca e alle tecnologie legate all'energia pulita – comprese le risorse rinnovabili, l'efficienza energetica e le tecnologie di combustibili fossili più avanzate e pulite – e promuovere gli investimenti nelle infrastrutture energetiche e nelle tecnologie dell'energia pulita; 7.b Implementare entro il 2030 le infrastrutture e migliorare le tecnologie per fornire servizi energetici moderni e sostenibili, specialmente nei paesi meno sviluppati, nei piccoli stati insulari e negli stati in via di sviluppo senza sbocco sul mare, conformemente ai loro rispettivi programmi di sostegno.

[23] R.J. Heffron and others, The concept of energy justice across the disciplines, Energy Policy 105 (2017) 658 - 667.

Al fine di realizzare la transizione energetica verso un accesso equo e paritario alle risorse e alla tecnologia, questa trasformazione deve dunque prendere in considerazione le questioni di giustizia energetica. Questo concetto di giustizia è di recente elaborazione; esso, infatti, è emerso negli ultimi anni nelle scienze sociali, come uno strumento con valore analitico-interpretativo, valutativo-normativo, e applicabile a questioni di rilevanza sociale come le politiche pubbliche, la diffusione delle tecnologie/sistemi produttivi, il consumo e l'accesso al mercato dell'energia, l'attivismo e la partecipazione alle decisioni energetiche[24]. Non si tratta altro che di considerare le decisioni che vengono adottate nel settore energetico come questioni etiche e di giustizia, e di ripensare come i pericoli e le esternalità così come i benefici e i vantaggi del sistema energetico sono distribuiti all'interno della società, e se il processo decisionale riflette criteri di equità, inclusione e rappresentatività[25].

Qualunque sia lo scopo e l'obiettivo di un quadro per la giustizia energetica, esso fornisce al ricercatore un utile strumento per analizzare (e riflettere su) dove emergono le ingiustizie, chi è colpito o ignorato, e quali processi esistono per rimediare in modo che queste ingiustizie siano risolte. Infatti, i principi della giustizia energetica sono stati teorizzati con l'obiettivo di identificare tutti gli aspetti della società in cui si verificano le ingiustizie e quali azioni devono essere intraprese per affrontarle. I principi della giustizia energetica sono:

- Giustizia distributiva
- Giustizia procedurale
- Giustizia di riconoscimento
- Giustizia riparativa
- Giustizia cosmopolita

[24] La giustizia energetica è emersa come un nuovo tema di ricerca trasversale nelle scienze sociali che cerca di applicare i principi generali di giustizia alla politica energetica, alla produzione e ai sistemi energetici, al consumo di energia, all'attivismo energetico, alla sicurezza energetica e al cambiamento climatico. Essa fornisce un nuovo strumento non solo di approccio ai temi dell'energia ma di ricerca e di indagine delle principali ingiustizie che si verificano nel settore energetico e quali strumenti la società può impiegare per risolverle. E' in questo contesto che la giustizia energetica si lega inscindibilmente con le politiche pubbliche e i sistemi giuridici in quanto rappresentano le principali leve per risolvere le questioni del settore energetico in K. Jenkins, R.J. Heffron et al., Energy justice: a conceptual review (2016) 11 in «Energy Research & Social Science», 174-182.

22 [25] Cfr. Benjamin K. Sovacool, R.J. Heffron et al., Energy decisions reframed as justice and ethical concerns, (2016) 1 in «Nature Energy», 5; Darren A. McCauley, et al., Advancing energy justice: the triumvirate of tenets,(2013) 32 in «International Energy Law Review», 3.

La giustizia distributiva si riferisce non solo a come i costi e i benefici sono distribuiti non solo tra individui e gruppi sociali (tra gruppi e comunità) ma anche geograficamente (tra territori) e temporalmente (per esempio la giustizia intergenerazionale). Riflettere sull'intero sistema energetico implica e costringe a esaminare come, nel ciclo energetico, i costi e i benefici della transizione siano distribuiti territorialmente e socialmente - dalla produzione e trasmissione allo smaltimento dei rifiuti associati. Essa cerca di combattere l'ingiustizia energetica e tutte le sue conseguenze. In Sud America, i principali progetti energetici e le attività minerarie hanno luogo in aree di estrema povertà o popolate da gruppi multietnici ad alto rischio di estinzione[26]. E le attività di smaltimento dell'estrazione e della produzione si riversano inevitabilmente sul loro presente e sul loro futuro con un'enorme quantità di rifiuti da gestire. Aver identificato la presenza di disuguaglianze all'interno dei sistemi energetici non è sufficiente a fornire una comprensione profonda del quadro della giustizia energetica.

Con la giustizia di riconoscimento è infatti necessario identificare chi sono le vittime e come queste disuguaglianze su questi gruppi sociali svantaggiati influiranno sulla loro crescita sociale e sull'economia della società[27]. La giustizia del riconoscimento si riferisce, dunque, al (non)riconoscimento o al misconoscimento di gruppi sociali e aree geografiche, come "*un processo di insulto e degradazione che svaluta alcune persone e alcune identità di luogo rispetto ad altre*"[28]. Il non riconoscimento può manifestarsi in vari tipi di superiorità culturale e politica, per esempio ignorando certe decisioni che riguardano gruppi sociali e settori della società o in processi di misconoscimento di individui e gruppi in cui le distorsioni delle loro opinioni e

[26] McCauley, Darren, Ramasar, Vasna, Heffron, Raphael J, Sovacool, Benjamin K, Mebratu, Desta and Mundaca, Luis (2018) Energy justice in the transition to low carbon energy systems: exploring key themes in interdisciplinary research. Applied Energy, 233 (234). pp. 916-921.

[27] Molti fallimenti ed insuccessi a livello di diritto e politica ambientale e climatica dimostrano che l'influenza dei concetti di giustizia ambientale e climatica sul processo decisionale non è stata sistematicamente efficace ed incisiva, dando origine a una rinnovata enfasi sulla ricerca di nuovi modelli di giustizia più mirati. Questo include il concetto di giustizia energetica, che ha ricevuto un significativo e crescente successo. Tuttavia, per la giustizia energetica continua a sorgere una domanda chiave: cosa aggiunge rispetto alla giustizia ambientale e climatica? Per rispondere a questa domanda, sono stati teorizzati i corollari della giustizia energetica che in modo mirato ed analitico hanno individuato le lacune e principali problematiche del settore fornendo un inquadramento generale delle questioni ed un approccio metodologico volto a guidare le future politiche pubbliche e legislazioni nazionali e sovranazionali. Cfr. Jenkins K. Setting energy justice apart from the crowd: Lessons from environmental and climate justice. Energy Research & Social Science. (2018) 39 117-21.

[28] K. Jenkins, R.J. Heffron et al., Energy justice: a conceptual review, gia cit.

aspettative sono correlate a diverse forme di non riconoscimento e svalutazione. Il non riconoscimento può anche influenzare il modo in cui le procedure sono seguite (se e come sono coinvolti, trattati e rappresentati nel processo decisionale) e come gli impatti e i costi del sistema energetico sono distribuiti (come le decisioni riflettono il riconoscimento delle preoccupazioni e delle opinioni dei diversi pubblici valutando e ridistribuendo costi e benefici.

La giustizia distributiva e di riconoscimento portano poi alla teorizzazione di un terzo corollario della giustizia energetica: la giustizia procedurale. Essa si concentra su fattori come l'accesso alle informazioni, la trasparenza, l'inclusività e la rappresentatività dei diversi interessi in gioco nel processo decisionale e l'equità delle decisioni stesse. La giustizia procedurale, d'altra parte, si riferisce alla richiesta di procedure eque che coinvolgano tutte le parti interessate in modo non discriminatorio [29]. Ciò richiede non solo che tutte le persone potenzialmente interessate possano prendere parte al dibattito che precede il processo decisionale e che le loro voci siano prese sul serio, ma anche adeguati meccanismi di coinvolgimento, accesso alle competenze e all'imparzialità, e condivisione delle informazioni da parte delle industrie e dei governi. La necessità di garantire non solo un'informazione chiara ed equa ma anche la partecipazione degli *stakeholders* ai processi decisionali.

Esiste il dovere di garantire la partecipazione dei territori interessati ai progetti energetici e quindi prevedere forme di partecipazione alle procedure per tutte le fasi dell'energia dalla generazione alla distribuzione e alla gestione dei rifiuti. Il diritto dei cittadini all'informazione e alla partecipazione energetica è oggi più che mai un importante fattore di innovazione istituzionale in grado di influenzare la *governance* delle politiche pubbliche nel campo della transizione energetica, ma è anche il presupposto soggettivo per la diffusione della cultura della giustizia energetica a livello internazionale. Quindi, l'interpretazione evolutiva del quadro della giustizia energetica deve considerare la questione della comprensione e dell'accettabilità pubblica delle attività energetiche.

La letteratura internazionale ha recentemente analizzato questa importante questione dell'accettabilità pubblica. Per esempio, nei paesi del Nord Europa

[29] Gordon Walker, Beyond distribution and proximity: Exploring the multiple spatialities of environmental justice, (2009) 41 in «Antipode», (4), pp. 614-636.

(Danimarca e Germania) è stata confermata la rilevanza del riconoscimento e del coinvolgimento della comunità locale come precondizione per la legittimità degli investimenti in impianti energetici[30], così come in Canada per i progetti di energia solare[31], è stata cristallizzata l'importanza di costruire un dialogo deliberativo tra progettisti e comunità al fine di garantire un giusto processo come elemento chiave per raggiungere la giustizia energetica[32].

La giustizia riparativa opera a livello risarcitorio lì dove vengono rinvenute ed identificate ingiustizie nel settore energetico. Questo può essere fatto sotto forma non solo di allocazione e distribuzione dei ricavi ottenuti dai progetti energetici tra la comunità con ulteriori investimenti per la crescita economica e sociale, ma anche restituendo il sito energetico al suo uso precedente, riqualificando l'area oggetto di sfruttamento delle risorse, specialmente nelle industrie di estrazione mineraria. Di conseguenza, nel contesto del progetto e delle linee guida stabilite dalla legge, la strategia di gestione dei rifiuti e di smantellamento del sito deve essere adeguatamente finalizzata ed efficace dal punto di vista dei costi e dell'impatto ambientale non dovendo la fase del *decommissioning* costituire un ulteriore peso ed

27 [30] Nello studio di questi due casi, gli autori hanno indagato delle esperienze di successo di transizione energetica domandandosi quali sono stati i passi e le decisioni adottate per rimediare alle potenziali ingiustizie i loro sistemi energetici potevano contemplare. Infatti, sia a Samsø (Danimarca) e a Feldheim (Germania) è stato esaminato come potenziare il ruolo e il coinvolgimento delle comunità locali ha riscontrato un impatto positivo in termini di (in)giustizia energetica nell'ottica della transizione verso un sistema energetico locale a basse emissioni di carbonio, così come teorizzata da questi due Paesi. L'incremento dei processi di consultazione, del flusso di informazioni/condivisione, un maggiore coinvolgimento nel processo decisionale e risultati è stato decisivo per risolvere dei conflitti che erano emersi a livello locale, specialmente per quanto riguardava l'ubicazione e la proprietà delle turbine eoliche. Tuttavia, e fortemente guidati da processi di informazione e consultazione locali, dal basso verso l'alto, sono state trovate delle soluzioni proprio attraverso gli strumenti di giustizia procedurale. Anche per quanto riguarda i profili di giustizia distributiva, le comunità hanno percepito i benefici di tali impianti energetici non solo nell'ottica della transizione ma soprattutto come vantaggiosi per alcuni gruppi di individui, in termini di opportunità lavorative e professionali in Mundaca L, Busch H, Schwer S. 'Successful' low-carbon energy transitions at the community level? An energy justice perspective. Applied Energy. (2018) 218 292-303.

[31] Dolter B, Boucher M. Solar Energy Justice: A Case-Study Analysis of Saskatchewan, Canada. Applied Energy. (2018) 225 221-32. Questa ricerca esamina un caso di specie di dialogo deliberativo antecedente alla progettazione di impianti di energia solare, offrendo un esempio di processo dovuto nella fase di progettazione del programma di pianificazione energetica. Prima di compiere il proprio investimento, la società SaskPower ha organizzato un workshop con la comunità locale ascoltando le raccomandazioni formulate dai partecipanti. Questo ennesimo esempio di democratizzazione dei processi decisionali testimonia come un processo deliberativo può aiutare a raggiungere gli obiettivi della transizione attraverso la semplice applicazione dei principi di giustizia energetica.

[32] McCauley, Darren, Ramasar, Vasna, Heffron, Raphael J, Sovacool, Benjamin K, Mebratu, Desta and Mundaca, Luis (2018) Energy justice in the transition to low carbon energy systems: exploring key themes in interdisciplinary research, già cit.

aggravio sull'area circostante. Inoltre, la giustizia riparativa può aiutare a identificare sotto quali aspetti ed in quali contesti degli interventi riparativi e di prevenzione possono trovare applicazione.

Infine, vi è il principio della giustizia cosmopolita, basato sulla convinzione generale che siamo tutti cittadini del mondo, e che le decisioni prese anche in un solo Paese possono riverberarsi, in termini di effetti, su tutto il mondo ed ecosistema. C'è infatti un impatto globale delle nostre azioni e ciò non deve essere trascurato soprattutto in virtù della galoppante crescita dell'industria energetica della domanda di energia. In tutto il mondo il riconoscimento dell'effetto cosmopolita delle nostre decisioni si diffonde rapidamente come conseguenza delle ramificazioni transfrontaliere o d'oltremare. In merito ci sono stati alcuni esempi di forte interesse specialmente su come tale portata cosmopolita delle nostre azioni si sia tradotta in misure e soluzioni di natura giuridica e legale. Un caso emblematico si è verificato nell'industria del carbone, dove un giudice australiano nel 2019 ha emesso una sentenza sostenendo che un progetto su una miniera di carbone non doveva essere autorizzato a causa degli effetti che l'anidride carbonica emessa avrebbe prodotto non solo sul territorio australiano ma sull'intero ecosistema ed anche in altre parti del mondo[33]. Questo approccio cosmopolita alle questioni energetiche sembra essere in linea anche con la più recente teoria di una svolta cosmopolita nei quadri di diritto pubblico e della teoria costituzionale, affermando che le questioni globali e il loro impatto devono essere presi in considerazione nella pratica e nei processi giuridici ai fini del raggiungimento di una società giusta[34]. Così, nell'applicazione dei principi generali di giustizia, un'equità rafforzata è necessaria per garantire non solo una distribuzione proporzionata delle risorse naturali ma anche l'accesso ad esse da parte delle generazioni future.

L'energia è inevitabilmente coinvolta in tutti gli aspetti essenziali dell'attività umana (acqua, salute, illuminazione, riscaldamento, trasporti, agricoltura, produzione industriale) ed è quindi strettamente legata allo sviluppo. Anche i servizi

[33] L'autore nell'analizzare il ruolo dei *critical minerals* nel raggiungimento degli obiettivi della transizione si sofferma su tutta una serie di aspetti del settore minerario, come quella branca del settore energetico dove il più alto numero di ingiustizie si verifica e dilaga. V. R.J. Heffron, The role of justice in developing critical minerals (2020) 7 in The Extractive Industries and Society, 855-863.

[34] Cfr. M. Kumm, The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism: On the Relationship Between Constitutionalism in and Beyond the State 2009 in Jeffrey L. Dunoff & Joel P. Trachtman eds., In Ruling the World? Constitutionalism, International Law, and Global 69.

come l'istruzione e la formazione sono legati all'uso dell'energia. L'energia, specialmente l'elettricità, come l'acqua, è un potente fattore di pianificazione territoriale e di coesione economica e sociale. È in questo contesto che il concetto di giustizia emerge e diventa fondamentale per rendere i sistemi energetici socialmente accettati e funzionali al perseguimento degli obiettivi della transizione.

La giustizia energetica come evoluzione, o meglio come specificazione della giustizia ambientale e climatica, accompagna tutta una serie di sfide che sono necessarie per perseguire la transizione verso un'economia a basse emissioni di carbonio.

3.4. Il principio dell'uso prudente, razionale e sostenibile delle risorse naturali.

La sostenibilità è un concetto sofisticato che trova il suo culmine nell'uso prudente e razionale delle risorse naturali non solo per garantire un approvvigionamento energetico affidabile, ma anche per combinarlo con gli obiettivi di protezione dell'ambiente e di mitigazione del cambiamento climatico. Questo concetto è emerso nelle dichiarazioni di Stoccolma (1972)[35] e Rio (1992)[36] e più tardi è stato sancito come principio di diritto internazionale attraverso il protocollo di Kyoto (1997), all'articolo 2. Ma oggi la sostenibilità nell'uso delle risorse naturali è certamente messa in pericolo dai processi di elettrificazione e digitalizzazione che spingono a una maggiore estrazione, produzione e consumo di elettricità.

Se da un lato la transizione energetica spinge verso la scelta di fonti alternative e lo studio di nuove tecnologie per immagazzinare l'elettricità, dall'altro l'uso di combustibili fossili è ancora elevato e i rischi per le comunità derivanti dallo smaltimento dei rifiuti e dallo smantellamento delle infrastrutture energetiche sono alti. Per questo motivo, molti paesi in Sud America (Colombia, El Salvador, Costa Rica) e in Europa (Svizzera, Portogallo) hanno costituzionalizzato il principio dello

[35] Declaration of the UN Conference on the Human Environment adopted in Stockholm, 16 June 1972.
[36] 1992 Rio Declaration on Environment and Development, adopted 14 June 1992.

sviluppo sostenibile quasi come se fosse un parametro da rispettare per la nuova legislazione ambientale ed energetica[37]. Altri Paesi hanno invece introdotto indicatori di sostenibilità energetica per valutare come lo sviluppo energetico possa influenzarela sostenibilità[38].

Dall'uso dei combustibili fossili alle percentuali di energia rinnovabile fino alla valutazione delle infrastrutture e della loro idoneità a prevenire incidenti e a garantire un approvvigionamento affidabile e sicuro.

Lo scopo di questi indicatori è stato quello di poter aiutare i responsabili politici a calcolare i livelli di sostenibilità nelle città e nelle nazioni e di identificare i principali problemi da risolvere. Come in Cina, dove l'uso di questi indicatori ha aiutato i politici a cambiare la loro politica energetica verso un maggiore uso di centrali nucleari a scapito del precedente uso massiccio di centrali a carbone con l'obiettivo di ridurre le emissioni nell'atmosfera[39].

È su questa stessa strada del rafforzamento degli indicatori scientifici e tecnologici per valutare la sostenibilità nel consumo e nella produzione di energia che le Nazioni Unite nel più recente rapporto "*The Sustainable Development Goals*"[40], riguardo all'obiettivo 12 sulla sostenibilità e responsabilità nel consumo e nella produzione di

[37] Vi è da dire che non tutti i processi di costituzionalizzazione dell'ambiente e del concetto di sviluppo sostenibile sono idonei ad innalzare gli standards e la tutela dell'ambiente. In molti casi può, invece, sortire l'effetto contrario quando appunto l'ambiente già trova idonea tutela in una particolare esperienza giuridica ed una riforma in tal senso potrebbe soltanto ingolfare e rallentare un processo, anche economico, che è quello della transizione. Si osservi il caso italiano in cui, il recente progetto di legge di modifica dell'art. 9 della Costituzione, viene dalla dottrina, in maniera condivisibile, osteggiato in quanto questo processo di revisione costituzionale non solo andrebbe ad incidere uno dei principi fondamentali della Costituzione italiana (neutralizzando la tesi dell'inviolabilità dei principi supremi), bensì andrebbe ad innalzare così tanto la tutela da dar vita ad un *greenwashing* giudiziario irrefrenabile ed ingestibile. Nell'ordinamento italiano la tutela dell'ambiente è ben collegata al Testo Unico in materia ambientale (d.lgs 152/2006) che interiorizza i principi sia internazionali che europei in materia di ambiente fornendo una tutela adeguata. Eventuali potenziamenti dovrebbero essere rivolti su questa fonte e non sulla Costituzione. A riguarda cfr. *ex multis* T.E. Frosini, La Costituzione in senso ambientale. Una critica in Federalismi.it; G. Di Plinio, L'insostenibile evanescenza della costituzionalizzazione dell'ambiente in Federalismi.it.

[38] Armin Razmjoo and others, 'Development of sustainable energy indexes by the utilization of new indicators: A comparative study' [2019] 5 Energy Reports 375-383. Gli autori qui hanno analizzato diversi obiettivi di sostenibilità sostenendo che per raggiungere tali obiettivi o risolvere questi problemi, sia necessario individuare degli indicatori di sostenibilità pertinenti. In questo studio, dunque, viene indagata e sviluppata una varietà di indicatori volti a migliorare l'indice di sviluppo energetico sostenibile ed al fine di trovare le principali lacune ed ostacoli nel raggiungimento della sostenibilità energetica per 12 diversi Paesi.

[39] Li, S., Li, R.J.S., 2019. Evaluating Energy Sustainability Using the Pressure-StateResponse and Improved Matter-Element Extension Models: Case Study of China. 11(1), 290.

[40] *The Sustainable Development Goals Report* 2018, https://www.un.org/sustainabledevelopment/sustainable-consumption-production/.

energia, invitano gli Stati a razionalizzare le risorse energetiche. Il rapporto sottolinea il dovere di ridurre i sussidi ai combustibili fossili e di aumentare la loro tassazione (*carbon tax*) a causa del significativo impatto ambientale che generano sui Paesi in via di sviluppo e sulle loro comunità.

3.5. Principio della protezione dell'ambiente, della salute umanae della lotta al cambiamento climatico.

La relazione tra energia e ambiente è sempre stata interessante.

La teoria dei "cerchi concentrici" di Prieur[41] identificava il settore ambientale come un cerchio circondato da cerchi più grandi che gli ruotano intorno, delineando un sistema in cui il cerchio più piccolo guida gli altri. Nel cerchio centrale sarebbero collocati i temi legati al settore ambientale come il diritto alle risorse naturali, a vivere in un ambiente sano e pulito, il diritto a non essere contaminati dall'inquinamento e dalle emissioni. Nei cerchi successivi si collocherebbero le discipline autonome legate alle questioni ambientali, in primo luogo il diritto dell'energia. C'è quindi una forte comunanza di obiettivi che mira a cambiare questi comportamenti per un maggiore impatto su entrambi. La transizione energetica non ha altro obiettivo che quello di ridurre l'impatto delle attività energetiche sull'ambiente.

È interessante la ricostruzione dello scenario energetico internazionale sull'approvvigionamento energetico che può essere ricondotto a due macrosistemi: quello con uso prevalente di energia nucleare e quello con uso prevalente di risorse tradizionali (combustibili fossili).

In questi due macrosistemi è possibile individuare una propensione all'uso e alla promozione delle energie rinnovabili e, di conseguenza, la possibilità di individuare gli Stati che, con le loro scelte energetiche, hanno una maggiore propensione alla tutela dell'ambiente e dell'ecosistema e alla riduzione delle emissioni[42]. Come

[41] M Prieur, Droit de l'environnement (1 edn, Paris 1996) 9-10.

[42] C. Petteruti, Diritto dell'ambiente e dell'energia. Profili di comparazione, Napoli 2020. L'ambiente e l'energia vivono un condizionamento reciproco che si propone anche sul piano giuridico, al punto da richiedere un approfondimento sul rapporto tra diritto dell'ambiente e del diritto dell'energia.

riportato dalla IEA World Energy Balances nel 2020[43], la produzione e il consumo di combustibili fossili sono ancora intorno all'81%. Africa, Sud America e Medio Oriente sono in cima alla lista dei produttori, consumatori ed esportatori le cui economie sono ancora troppo dipendenti da queste risorse. D'altra parte, molti altri Paesi, soprattutto nel panorama europeo, possono essere inclusi nella lista di coloro che vogliono fortemente sostenere la transizione energetica per combattere il riscaldamento globale.

La maggior parte dei Paesi europei sta continuando questa lotta grazie all'industria dell'energia nucleare. Francia, Svezia, Belgio hanno mostrato una particolare propensione per questa generazione di energia. Nel 2019, il governo francese ha pubblicato il suo Programma Energetico Pluriennale (MEP)[44] dove, a parte l'aumento al 50% della produzione di energia da risorse rinnovabili entro il 2035, si è posto l'obiettivo di produrre il restante 50% di energia da fonti nucleari.

Questa politica energetica mostra un grande interesse a ridurre la dipendenza dai combustibili fossili e una forte volontà di consegnare il Paese a un futuro sostenibile[45].

Il cammino verso la transizione energetica, la protezione dell'ambiente e la mitigazione del cambiamento climatico non può prescindere dal lavoro unitario di politici, legislatori e regolatori che dovrebbero concentrare la loro attenzione su questi investimenti energetici per ottenere un consumo e una produzione di energia più sostenibile che guardi al futuro dell'ecosistema.

---

[43] World Energy Balances 2020, International Energy Agency, https://www.iea.org/reports/world-energy-balances-2020.

[44] Programmations pluriannuelles de l'énergie (PPE), https://www.ecologique-solidaire.gouv.fr/programmations-pluriannuelles-lenergie-ppe.

[45] V. C. Petteruti, Diritto dell'ambiente e dell'energia. Profili di comparazione, già cit. Si confronti anche L. Colella, Il diritto dell'energia nucleare in Italia e in Francia. Profili comparati della governance dei rifiuti radioattivi tra ambiente, democrazia e partecipazione, Aracne, 2017, 420. Qui l'autore analizza i profili giuridici dell'energia nucleare, della localizzazione degli impianti e del rapporto tra "energia nucleare, ambiente e democrazia". Nel ricostruire l'autonomia scientifica del diritto dell'energia nucleare, si osserva in chiave comparatistica l'evoluzione della disciplina italiana e le peculiarità della legislazione francese, fondata sul principio della trasparenza e della sicurezza, nonché della partecipazione del pubblico ai processi decisionali, anche attraverso l'utilizzo del *débat public* come strumento di "democrazia nucleare". Un modello di governance ispirato da una cultura ambientale matura che potrebbe attuarsi anche in Italia in vista della futura localizzazione del sito unico nazionale delle scorie radioattive, così da fare tesoro nell'ordinamento interno di riforme e istituti che si sono già dimostrati validi ed efficaci nel sistema d'oltralpe.

3.6. Sicurezza energetica e principio di affidabilità.

La sicurezza energetica è stata al centro della politica energetica per gli ultimi 100 anni, poiché veniva collocata sullo stesso piano della sicurezza nazionale, e quindi risultava vitale garantire la costante fornitura di petrolio per le navi da guerra, i carri armati e gli aerei da combattimento.

Considerando la natura multidimensionale e in evoluzione della sicurezza energetica o delle questioni energetiche in generale, nel tempo sono state accettate diverse definizioni: ognuna di esse si è proposta di analizzare l'essenza della sicurezza energetica, nel tentativo di stigmatizzare una definizione universalmente accettata.

Tale definizione potrebbe riferirsi alla sicurezza dell'approvvigionamento, che tipicamente significa la disponibilità continua di un flusso di energia stabile ad un prezzo "ragionevole" in modo tale da assicurare non solo nuovi investimenti energetici ma anche uno sviluppo economico dell'energia ad un costo ragionevole.

Nei documenti politici dell'UE non c'è una chiara definizione di sicurezza energetica, anche se l'UE ha recentemente dichiarato nel piano di investimento europeo Green New Deal che "*la strategia a lungo termine dell'Unione europea per la sicurezza dell'approvvigionamento energetico deve essere orientata a garantire, per il benessere dei suoi cittadini e il corretto funzionamento dell'economia, la disponibilità fisica ininterrotta di prodotti energetici sul mercato, ad un prezzo che sia accessibile a tutti i consumatori (privati e industriali), rispettando le preoccupazioni ambientali e guardando allo sviluppo sostenibile*"[46] .

I presupposti di questo piano e del Green New Deal europeo sono quelli di andare verso un'economia a basse emissioni di carbonio costruendo un sistema che fornisca energia a prezzi accessibili per tutti i consumatori e rendere più sicuro l'approvvigionamento energetico dell'UE. In pratica, per garantire la sicurezza energetica, l'Unione europea sta agendo su due fronti, uno interno e l'altro esterno.

All'interno, con il quarto pacchetto energetico (*Clean Energy for all Europeans*) l'UE ha adottato una serie di misure per contenere la domanda di energia, promuovendo

[46] *European Commission COM (2020) 14 January 2020, European Green Deal Investment Plan*, www.ec.europa.eu,

il risparmio e l'efficienza energetica[47] - e per sviluppare l'offerta interna, in particolare attraverso fonti rinnovabili[48]. All'esterno, l'Unione punta a una diversificazione delle forniture con l'obiettivo di ridurre la dipendenza di molti Stati membri da un unico produttore, la Russia (questo vale soprattutto per le forniture di gas). A questo scopo, l'UE ha istituito "dialoghi regionali" con vari Paesi.

3.7. Principio di resilienza.

Il principio di resilienza ha acquisito una notevole importanza nella nostra cultura e vita quotidiana con applicazioni estensibili anche ai sistemi energetici.

Nel settore dell'energia, infatti, questo principio viene a galla specialmente alla luce della crescente necessità di adattare i sistemi energetici alle esternalità e agli eventi imprevedibili, sempre al fine di prevenire delle inefficienze sulle infrastrutture di elettricità, gas, acqua, telecomunicazioni.

Di conseguenza, i governi e i regolatori nazionali hanno iniziato a prestare maggiore attenzione a fornire strumenti per aumentare l'affidabilità delle infrastrutture con l'obiettivo di mantenere la loro funzionalità e operatività anche in caso di disturbi esterni[49].

La resilienza applicata al settore energetico potrebbe essere tradotta anche come resilienza ambientale, secondo la quale i sistemi energetici possono fallire o causare danni ma sempre al di sopra di una soglia quantitativa di perturbazione di alcuni fattori ambientali: cambiamenti climatici, perdita di biodiversità, acidificazione degli oceani. La resilienza deve mirare a identificare le soglie quantitative oltre le quali il danno è irreversibile, rendendo inutili le azioni di protezione dell'ambiente. La resilienza come capacità dei sistemi energetici di adattarsi ai cambiamenti e agli imprevisti deve anche essere interpretata non come un regresso ma come un progresso verso un più alto livello di protezione ambientale a livello normativo.

[47] Direttiva (EU) 2018/2002 del Parlamento Europe e del Consiglio dell'11 Dicembre 2018 che modifica la Direttiva 2012/27/EU sull'efficienza energetica.
[48] Direttiva (EU) 2018/2001 del Parlamento Europe e del Consiglio dell'11 Dicembre 2018 sulla promozione dell'uso di energia da fonti rinnovabili.
[49] J Rockstrom, 'A safe operating space for humanity' [2009] 461 Nature 473.

La resilienza, dunque, non è altro che un'interpretazione più ampia del principio di non regressione sancito dall'art.17 del Patto Globale per l'Ambiente[50] e dal diritto internazionale consuetudinario. L'obiettivo è quello di riaffermare i principi delle dichiarazioni di Stoccolma e di Rio, partendo dai principi di resilienza e non regressione. Investire nelle infrastrutture e nella loro resilienza significa essere pronti a fronteggiare eventi esterni dannosi e a ripristinare il servizio. Ma la resilienza nei sistemi energetici rappresenta anche lo stimolo ad aumentare la connessione con gli obiettivi delle agende politiche sulla biodiversità e sul clima.

4. I principi del Diritto dell'Energia in azione: l'impatto sulle politiche europee ed il Just Transition Fund.

L'individuazione dei principi fondamentali del diritto dell'energia deve fungere da bussola e guida per gli operatori del diritto e per i *policymakers* al fine di una maggiore consapevolezza e ragionevolezza nelle scelte e nelle decisioni da assumere. Oggi le politiche pubbliche devono essere altamente specifiche e mirate non potendo prescindere dalla consapevolezza di tutti gli aspetti e le problematiche coinvolte in un determinato settore strategico. Questi principi, seppur con ritardo, hanno iniziato a plasmare e modellare la mente dei vari *stakeholders* conducendoli verso scelte e verso obiettivi sostenibili, mirati e ragionevoli. Sembra dunque necessario esaminare come un caso di specie in cui l'applicazione di questi principi ha condotto verso politiche ed obiettivi lungimiranti e non da semplice vessillo politico. Infatti, l'11 dicembre 2019 viene presentato il *Green New Deal* europeo, una tabella di marcia per rendere sostenibile l'economia dell'UE, con l'obiettivo di

trasformare i problemi climatici e ambientali in possibili opportunità.

Il documento include azioni per stimolare l'uso efficiente delle risorse attraverso la transizione verso un'economia circolare e pulita, con l'obiettivo primario di arrestare il cambiamento climatico e ridurre l'inquinamento. I primi passi concreti sono stati fatti già nel 2019, quando è stato pubblicato il pacchetto "*Clean Energy for all Europeans*" che fissa obiettivi vincolanti per gli Stati membri verso il consumo di

[50] Summit on a Global Pact for the Environment. Draft Global Pact for the Environment, Preliminary draft of the group of experts, 2017, www.globalpactenvironment.org,

energie rinnovabili e l'efficienza energetica[51]. Il principale meccanismo alla base del *New Deal* verde europeo è invece rappresentato dal *Just Transition Fund* (JTF), destinato ad aiutare gli Stati membri a raggiungere gli obiettivi del 2050. Tuttavia, dato che il JTF è stato istituito anche per incoraggiare alcuni Paesi a impegnarsi per gli ambiziosi obiettivi climatici dell'UE e, in particolare, per raggiungere la neutralità climatica entro il 2050, è politicamente comprensibile che l'impegno chiaro e quantificato dell'UE verso questi Paesi debba essere dimostrato.

Le condizioni per l'assegnazione dei fondi JTF sono proporzionate alla maggiore necessità di azione, soprattutto a causa degli effetti economici negativi derivanti dalla cessazione delle operazioni ad alto impatto. Il Fondo dovrebbe, in particolare, offrire la priorità alle aree ad alta intensità di carbone ed emissione di carbonio, dove l'urgente eliminazione del carbone entro il 2030 rimane una priorità e una sfida[52] .

Questo perché, in un numero significativo di Paesi per lo più dell'Europa centrale e orientale, raggiungere una profonda decarbonizzazione in linea con l'obiettivo dell'Accordo di Parigi di limitare il riscaldamento globale a 2 gradi Celsius, richiede un cambiamento in ogni settore dell'economia dell'UE e quindi rappresenta una questione molto più complessa ed articolata.

Di fatto, il fondo darà la priorità alle regioni con un enorme dipendenza dalle fonti di energia convenzionali. Ma la sua portata dovrebbe essere abbastanza ampia da iniziare ad affrontare anche le esigenze di transizione del resto dell'economia. Inoltre, il JTF prevede anche una serie di altri interventi, tra cui la riqualificazione dei dipendenti di questi settori e il loro reimpiego in vista della transizione verso un impatto climatico zero; la promozione, il recupero e il riutilizzo dei siti verso un'economia circolare, l'efficienza energetica e le fonti rinnovabili.

I Paesi dovranno presentare "piani territoriali per una transizione giusta" per dimostrare che i fondi sono necessari e dove e come saranno spesi. I Paesi dovranno anche dimostrare come intendono raggiungere i loro obiettivi climatici nazionali, dato che la proposta menziona anche la necessità di essere "*coerenti con i loro piani nazionali per l'energia e il clima e con l'obiettivo dell'UE della neutralità climatica entro il*

[51] L.M. Pepe, Transizione Energetica e Cambiamento Climatico. Il nuovo panorama legislativo europeo in Saggi di Diritto Ambientale Italiano e Comparato – Prospettive di Cambiamento (Palazzo De Vargas ed. 2019) c. VIII.
[52] S. Tagliapietra, "The European climate law needs a strong just transition fund. Bruegel-Blogs, 2020.

2050"[53]. Inoltre, il JTF è stato progettato e istituito anche per mitigare i costi della transizione sociale. L'obiettivo dichiarato del fondo è quello di "*alleviare l'impatto della transizione finanziando la diversificazione e la modernizzazione dell'economia locale e mitigando le ripercussioni negative sull'occupazione*". In pratica, il Just Transition Fund includerà principalmente sovvenzioni per finanziare tre forme di progetti al fine di aiutare le regioni che affrontano gravi problemi socioeconomici derivanti dalla transizione verso la neutralità del clima: 1) sostegno sociale, 2) rivitalizzazione economica, e 3) ripristino del territorio. Tuttavia, è stato sostenuto che la JTF non sarà realisticamente in grado di affrontare efficacemente tutte queste tre componenti, soprattutto se si suppone che sia disponibile per tutti gli Stati membri[54].

Si raccomanda che il Parlamento europeo consideri di concentrarsi solo su due delle tre componenti in termini di erogazione dei finanziamenti disponibili: solo il sostegno sociale e, in misura minore, il ripristino delle aree e dei siti. Questo è l'unico modo per renderlo effettivo e funzionale agli obiettivi europei, efficacemente e anche strategicamente. Questo non significa che non sia importante perseguire l'obiettivo della rivitalizzazione economica.

La rivitalizzazione economica, d'altra parte, dovrebbe essere una componente integrale di qualsiasi strategia di transizione da un modello economico e sociale ad un altro. Ma dato che l'investimento sostanziale richiesto per trasformare l'economia dell'UE in un'economia a zero emissioni di carbonio si aggira tra i 250 e i 300 miliardi di euro all'anno, la JTF avrà ancora un ruolo marginale (se non trascurabile) nel riempire quel vuoto, rispetto alle sue piccole dimensioni [55]. Altri strumenti

[53] Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing the Just Transition Fund (ec.europe.eu, January2020).

[54] A. Cameron, G. Claeys, C. Midões and S. Tagliapietra, How good is the European Commission's Just Transition Fund proposal? (2020) 4 in Bruegel- Policy Contribution.

[55] Viene spiegato come ciò che un Green Deal europeo dovrebbe fare è fornire un chiaro senso di direzione ai cittadini e alle aziende, e mettere in atto meccanismi per garantire che i segmenti più vulnerabili della più vulnerabili della società siano sostenuti e non lasciati indietro. Ma per essere politicamente sostenibile, i politici devono essere onesti sulla natura del Green Deal europeo. Infatti, non c'è bisogno di ridefinire l'economia dell'UE. Tutto quello che occorre fare è spostare la nostra economia dai combustibili fossili a zero carbonio in un modo che sia socialmente e politicamente praticabile. Il Green Deal europeo non deve quindi essere promosso come un potente bazooka economico, ma piuttosto come un efficace meccanismo di riallocazione, che favorisce gli spostamenti degli investimenti e delle opportunità lavorative in settori economici chiave, aiutando al contempo i segmenti più vulnerabili della società in tutto il processo. Ciò significa promuovere il passaggio dai combustibili fossili alle energie rinnovabili, trasformare i posti di lavoro nelle auto con motore a combustione in posti di lavoro nelle auto elettriche, compensare le famiglie a basso reddito per i prezzi più alti dei carburanti e riqualificare i minatori di carbone per ottenere nuovi posti di lavoro. Ecco come il presidente designato von der

dovrebbero quindi essere utilizzati per rivitalizzare l'economia: dando la priorità alle regioni/territori ad alta intensità di carbonio attraverso i fondi strutturali dell'UE, mobilitando fondi privati attraverso l'iniziativa InvestEU e la rete di banche promozionali dell'UE, e riformando le regole fiscali dell'UE per consentire ai paesi dell'UE di investire ancora di più in investimenti verdi[56].

5. Considerazioni finali.

Come ha sottolineato il premio Nobel per l'economia 2018, William Nordhaus - ciò di cui c'è urgente bisogno, di fronte all'emergenza del riscaldamento globale, non è tanto una risposta in termini di elaborazione tecnico-scientifica, quanto piuttosto l'adozione di soluzioni giuridiche che siano il più possibile vicine all'empirica evidenza sull'andamento delle emissioni di gas serra in atmosfera.

E questo cambiamento oggi è necessario nel settore energetico come mai prima d'ora. Nuove soluzioni giuridiche e obiettivi vincolanti sono inevitabili per un settore che sta attraversando un periodo di profondo cambiamento, spinto da un lato dalle politiche ambientali e dall'altro dall'accelerazione tecnologica.

La convergenza di questi due fattori sta guidando la trasformazione del settore a livello globale, cambiando i paradigmi di funzionamento dei sistemi energetici e dei mercati, così come i modelli di business degli operatori che vi lavorano. Allo stesso tempo, i governi e le autorità di regolamentazione sono chiamati a ridisegnare i regolamenti e le regole del mercato per consentire i sostanziali investimenti necessari per sviluppare e diffondere tecnologie più sostenibili e con un ridotto impatto ambientale.

L'obiettivo è chiaro: spostare il settore energetico verso il contenimento, prima, e l'eliminazione, a lungo termine, delle emissioni di gas serra di origine antropica per limitare l'aumento della temperatura terrestre a meno di 2°C entro il secolo in corso.

Leyen dovrebbe presentare il Green Deal europeo per renderlo socio-economicamente di successo e politicamente sostenibile. A riguardo v. G. Claeys, S. Tagliapietra and G. Zachmann (2019) 'How to make the European Green Deal work', (2019) 13 Bruegel-Policy Contribution.

[56] G. Claeys, and A. Sapir, 'The European Globalisation Adjustment Fund: Easing the pain from trade?' (2018) 5 in Bruegel- Policy Contribution.

Questa è la soglia indicata dalla scienza del clima come auspicabile se si vogliono evitare significativi impatti socio-economici con ripercussioni negative sul benessere delle popolazioni mondiali. E per rafforzare e rendere questa transizione realizzabile e socialmente possibile, uno sguardo ai principi fondamentali sembra d'obbligo onde orientarsi all'interno di questo districato settore con abilità e conoscenza, sapendo riconoscere e risolvere le ingiustizie del settore energetico.

Una transizione, anche se principalmente economica, non può prescindere da importanti questioni sociali ed etiche, la cui risoluzione non solo porterebbe a una maggiore condivisione e accettazione degli obiettivi globali, ma gioverebbe essa stessa alla transizione.

Un sistema che non sia equo e giusto non potrà portare a termine la transizione, perché è solo formando ed educando la società alla giustizia, all'equità e alla solidarietà che tutte le scelte, soprattutto nel settore energetico, saranno adottate razionalmente, evidenziando le emergenze ambientali e climatiche.

I principi del diritto dell'energia svolgono dunque questa funzione e rappresentano una guida decisiva per gli operatori del diritto affinché la transizione energetica in tutte le sue sfaccettature possa compiersi rendendo tale disciplina uno strumento per rendere la nostra società sostenibile, equa, giusta.

L'EVOLUZIONE DEL CODICE DI COMPORTAMENTO DEI PUBBLICI DIPENDENTI E L'INCERTA VALENZA DELLE SUE VIOLAZIONI*

Salvatore Cimini - Carlo Bozzi*****

ABSTRACT [ITA]: Il Codice di comportamento dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche è uno dei presidi giuridici volti a garantire l'integrità del funzionario e la prevenzione della corruzione nella sua accezione più ampia. Nell'elaborato si analizza sinteticamente l'esperienza italiana maturata in tale ambito, ponendo in luce i punti di forza e di debolezza dell'attuale sistema, frutto di numerose riforme tra le quali quella operata della c.d. legge "Severino", e si evidenziano i possibili margini di miglioramento.

ABSTRACT [ENG]: *The Code of Conduct is one of the legal measures to ensure integrity and ethics in public organizations, preventing corruption in its widest sense. The paper briefly analyzes Italian experience in this field, highlighting the strengths and weaknesses of the current system as well the result of the reforms carried out, focusing on the possible margins for improvement.*

SOMMARIO: 1. I codici di comportamento (o di condotta, etici, deontologici) dei dipendenti pubblici. – **2.** L'estensione della portata applicativa del codice e la sua componente soggettiva. – **3.** Il rilievo giuridico della violazione di disposizioni dei codici di comportamento. – **4.** Considerazioni conclusive.

---

* Il lavoro è il frutto di una riflessione condivisa degli Autori. Tuttavia, a Salvatore Cimini si deve la stesura del paragrafo 1, a Carlo Bozzi quella dei paragrafi 2-3, il paragrafo 4 è comune.

** Professore Ordinario di Diritto Amministrativo presso l'Università degli Studi di Teramo.

*** Dottorando presso l'Università degli Studi di Teramo.

1. I codici di comportamento (o di condotta, etici, deontologici) deidipendenti pubblici.

L'integrità del pubblico funzionario e la prevenzione della corruzione, considerata nella sua più ampia accezione[1], sono obiettivi perseguiti - tra gli altri istituti - anche dai Codici di comportamento, di condotta, etici e deontologici, adottati per i dipendenti delle amministrazioni pubbliche[2]. Le varie espressioni sono spesso utilizzate indifferentemente, ma sono portatrici di sfumature diverse, indicative della complessità del tema[3] che ha impegnato la dottrina e il legislatore: la predisposizione di un apparato di regole comportamentali per i funzionari pubblici, in grado di perseguire in maniera efficace l'ideale di pubblica amministrazione ove siano assicurati i principi di imparzialità e di buon andamento garantiti dalla Carta Costituzionale.

In tale quadro si inseriscono sia "norme etiche", appartenenti alla c.d. zona grigia propria della *soft law*, le cui sanzioni attengono ad un piano più strettamente sociale,

---

[1] Sul tema la dottrina è amplissima. Senza pretesa di esaustività, si rimanda a S. CASSESE, *I codici di condotta*, in *Doc. giust*., 7-8, 1994, 1372 ss.; S. MAFFETTONE, *Etica pubblica. La moralità delle istituzioni nel terzo millenio*, Milano, 2001, 232; R. DANOVI, *I principi fondamentali della deontologia*, in *Giur. It.*, 2001, 1767; E. CARLONI, *Ruolo e natura dei c.d. "codici etici" delle amministrazioni pubbliche*, in *Diritto Pubblico*, 1, 2002; C. GREGORATTI – R. NUNIN, *I codici di comportamento,* in F. CARINCI – L. ZOPPOLI (a cura di) *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, UTET, Torino, 2004; AA.VV., *Codice di comportamento dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni*, Giuffrè, 2005; AA.VV., *Deontologia giudiziaria. Il codice etico alla prova dei primi dieci anni*, Napoli, Jovene Editore, 2006; B.G. MATTARELLA, *Il diritto dell'onestà. Etica pubblica e pubblici funzionari*, Il Mulino, 2007; L. CAPOGNA – R. TOMEI, *Codici di comportamento*, voce del *Digesto pubbl*., 2008, 186; F. MERLONI – R. CAVALLO PERIN (a cura di), *Al servizio della Nazione*, Milano 2009; G. VISENTINI – S. MAROTTA (a cura di), *Etica e deontologia giudiziaria*, Napoli, 2013.

[2] I codici di comportamento non vanno confusi con i codici "etici" o "deontologici", adottati in via spontanea da singole categorie di pubblici dipendenti. Questi ultimi sono «*volti alla condivisione nelle categorie interessate di regole di comportamento, al fine di elevare gli standard etici di categoria, di promuoverne la credibilità e il prestigio*» e possono svolgere «*un utile ruolo di integrazione (mai di sostituzione), della determinazione giuridicamente rilevante (ai fini disciplinari) dei doveri di comportamento*». In altri termini, con gli stessi si possono "aggiungere" nuovi doveri, «*affidati allo spontaneo rispetto delle categorie e assistiti da sanzioni non giuridiche, ma non per questo meno efficaci, quali il discredito e l'isolamento che può subire colui che abbia violato il codice liberamente assunto come vincolante per l'intera categoria. I codici etici sono, quindi, esempi di soft law, in grado di integrare positivamente le norme giuridiche, necessariamente più rigide (e assistite da procedure di accertamento delle violazioni più garantiste).*» Vgs. F. MERLONI, voce "*Codici di comportamento*" in *Il Libro dell'anno del Diritto* 2014, https://www. treccani.it/enciclopedia/codici-di-comportamento_(Il-Libro-dell'anno-del-Diritto)/.

[3] In merito si rimanda a M.S. GIANNINI, *La deontologia del funzionario pubblico*, in *Scritti*, vol. X, sez. II, *Scritti inediti*, Milano, 2008, 319, dai quali si rileva il pensiero dell'illustre giurista circa la «*labilissima consistenza pratica*» delle norme giuridiche che disciplinano la materia.

sia "norme giuridiche" che disciplinano dettagliatamente gli obblighi comportamentali da osservare in maniera cogente per il perseguimento dell'interesse collettivo, spesso oggetto di una stringente codificazione e di un correlato assetto sanzionatorio in caso di violazioni. Sovente le une si confondono con le altre, generando un'ambiguità di fondo che permane tutt'oggi e rappresenta uno dei punti di debolezza del sistema[4].

I Codici di comportamento erano presenti nell'ordinamento giuridico già prima della stagione delle riforme avviate con la nota Legge 6 novembre 2012, n. 190, recante "Disposizioni per la prevenzione e la repressione dell'illegalità nella pubblica amministrazione", c.d. "legge Severino". In particolare, in data 31 marzo 1994, era stato adottato un Codice con decreto del Ministro per la Funzione pubblica[5], la cui definizione era stata successivamente demandata al Dipartimento della Funzione pubblica. Poi, in data 28 novembre 2000, è stato emanato - con decreto del Ministero

[4] In virtù dell'art. 58-*bis* del d.Lgs. 3 febbraio 1993, n. 29, aggiunto dall'art. 26, d.Lgs. 23 dicembre 1993, n. 546, poi sostituito dall'art. 27, d.Lgs. 31 marzo 1998, n. 80, che così recitava:
«*1. Il Dipartimento della funzione pubblica, sentite le confederazioni sindacali rappresentative ai sensi dell'articolo 47-bis, definisce un codice di comportamento dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, anche in relazione alle necessarie misure organizzative da adottare al fine di assicurare la qualità dei servizi che le stesse amministrazioni rendono ai cittadini.*
2. Il codice è pubblicato nella Gazzetta Ufficiale e consegnato al dipendente all'atto dell'assunzione.
3. *Le pubbliche amministrazioni formulano all'Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni indirizzi, ai sensi dell'articolo 46, comma 2, e dell'articolo 73, comma 5, affinché il codice venga recepito nei contratti, in allegato, e perché i suoi princìpi vengano coordinati con le previsioni contrattuali in materia di responsabilità disciplinare.*
4. Per ciascuna magistratura e per l'Avvocatura dello Stato, gli organi delle associazioni di categoria adottano, entro il termine di centoventi giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto, un codice etico che viene sottoposto all'adesione degli appartenenti alla magistratura interessata. Decorso inutilmente detto termine, il codice è adottato dall'organo di autogoverno.
5. Entro il 31 dicembre 1998, l'organo di vertice di ciascuna pubblica amministrazione verifica, sentite le organizzazioni sindacali rappresentative ai sensi dell'articolo 47-bis e le associazioni di utenti e consumatori, l'applicabilità del codice di cui al comma 1, anche per apportare eventuali integrazioni e specificazioni al fine della pubblicazione e dell'adozione di uno specifico codice di comportamento per ogni singola amministrazione.
6. Sull'applicazione dei codici di cui al presente articolo vigilano i dirigenti responsabili di ciascuna struttura.
7. Le pubbliche amministrazioni organizzano attività di formazione del personale per la conoscenza e la corretta applicazione dei codici di cui al presente articolo».
L'articolo in questione è stato abrogato dall'art. 72 del d.Lgs. n. 165/2001 e le relative disposizioni sono confluite nell'art. 54 del TUPI, oggi riformulato a seguito della Legge n. 190/2012.

[5] Cfr. C. BUZZACCHI, *Il codice di comportamento come strumento preventivo della corruzione: l'orizzonte di un'etica pubblica*, in *Amministrazione in cammino*, 12 in https://www.amministrazioneincammino.luiss.it/2013/05/22/il-codice-di-comportamento-come-strumento-preventivo-della-corruzione-l%E2%80%99orizzonte-di-un%E2%80%99etica-pubb lica/:«*I codici del 1994 e del 2000 sono assai vicini quanto ad impostazione e contenuto: entrambi sono scanditi da articoli che recano i medesimi titoli, e spesso la disciplina del codice del 2000 è invariata rispetto a quella precedente*».

per la funzione pubblica - un nuovo Codice recante modifiche non essenziali[6]. Le citate versioni, quindi, non avevano rango di regolamento a differenza del Codice di comportamento attualmente in vigore, emanato con decreto del Presidente della Repubblica del 16 aprile 2013, n. 62[7].

Quest'ultimo non si differenzia, però, soltanto per la procedura di adozione che ne ha conferito natura regolamentare, ma si rilevano anche novità dal punto di vista contenutistico, in ragione dell'ampliamento sia degli obblighi previsti per i dipendenti pubblici sia della componente soggettiva di applicazione. La "legge Severino", infatti, nel riscrivere l'art. 54 del d.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165[8], ha tracciato un sistema basato su un duplice livello: un Codice nazionale[9], il cui contenuto è stato rinnovato e ampliato rispetto a quelli precedentemente emanati, e un codice per ogni amministrazione, obbligatoriamente adottato dalle stesse[10] secondo le peculiarità organizzative e funzionali (precedentemente l'adozione di quest'ultimo rappresentava una mera facoltà, spesso non esercitata)[11]. Il primo stabilisce i "doveri minimi" di diligenza, lealtà, imparzialità e buona condotta riferiti a tutti i pubblici dipendenti e rappresenta, quindi, la base generale di partenza per i codici che ciascun

---

[6] Cfr. B.G. MATTARELLA, *Il nuovo codice di comportamento dei dipendenti pubblici*, in *Giornale dir. amm.*, 10, 2013, 927.

[7] La nuova formulazione dell'art. 54 del TUPI è stata apportata dall'art. 1 comma 44 della L. n. 190/2012.

[8] Ai sensi dell'art. 54, comma 1 del TUPI, primo periodo: «*Il Governo definisce un codice di comportamento dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni al fine di assicurare la qualità dei servizi, la prevenzione dei fenomeni di corruzione, il rispetto dei doveri costituzionali di diligenza, lealtà, imparzialità e servizio esclusivo alla cura dell'interesse pubblico*".

[9] L'art. 54, comma 5 del TUPI statuisce, al primo periodo, che "*ciascuna pubblica amministrazione definisce, con procedura aperta alla partecipazione e previo parere obbligatorio del proprio organismo indipendente di valutazione, un proprio codice di comportamento che integra e specifica il codice di comportamento di cui al comma 1*».

[10] La precedente formulazione dell'art. 54, comma 5 del TUPI, infatti, così recitava: «*L'organo di vertice di ciascuna pubblica amministrazione verifica* […] *l'applicabilità del codice di cui al comma 1* [ossia quello di carattere nazionale], *anche per apportare eventuali integrazioni e specificazioni al fine della pubblicazione e dell'adozione di uno specifico codice di comportamento per ogni singola amministrazione*." Risulta evidente, quindi, che l'adozione di un proprio codice rappresentasse soltanto un'eventualità per le singole amministrazioni.

[11] Vgs. E. CARLONI, *I codici di comportamento "oltre" la responsabilità disciplinare*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 1-6, 2017, 162 ove l'A., dopo aver affermato che "*il codice di comportamento del 2013 non pare sensibilmente diverso da quelli del 1994 e del 2000, contenendo un elenco circoscritto ed in ultima istanza generico di doveri*", precisa che "*ne cambia però radicalmente il senso, dal momento che, vista la scelta legislativa di puntare su un sistema su due livelli (codice "nazionale" e codici "di amministrazione"), quelli contenuti nel d.P.R. n. 62 non sono più i doveri "comuni", ma i doveri "minimi", ed è proprio ai codici di comportamento di amministrazione che dovremo guardare per cercare previsioni meno generali, e generiche*.»

ente deve adottare, ad integrazione e specificazione dei contenuti del Codice nazionale, in relazione alle peculiarità di ogni organizzazione amministrativa[12].

Gli elementi distintivi del nuovo assetto hanno posto rimedio soltanto in parte alle cause che hanno determinato lo scarso successo dell'istituto nell'ambito dell'ordinamento italiano[13], lasciando insolute alcune questioni, come la riferibilità del Codice di comportamento al solo personale burocratico e non anche alla classe politica, il problematico rapporto con la contrattazione collettiva, l'incerta natura delle disposizioni e la dubbia valenza disciplinare delle relative violazioni (nonostante l'esplicita previsione ivi contenuta che deporrebbe in tal senso)[14]. In aggiunta, permangono alcuni difetti tipici delle precedenti formulazioni, come la genericità di alcune previsioni e la scarsa specificazione dei doveri, riferibili indifferentemente ai dipendenti di gran parte delle amministrazioni. Di seguito si cercherà di dare contezza, nel dettaglio, dei tratti distintivi del vigente Codice deontologico nazionale nonché dei punti di debolezza che ancora caratterizzano il suddetto presidio giuridico, nonostante costituisca uno dei tasselli fondanti dell'ordito tracciato dal legislatore nella sua strategia di prevenzione della c.d. *maladministration*[15].

---

[12] Vgs. E. CARLONI, *Il nuovo Codice di comportamento ed il rafforzamento dell'imparzialità dei funzionari pubblici*, in *Istituzioni del federalismo*, 2, 2013, 390: «*In termini generali, si può affermare, alla luce delle due stagioni di codificazione "etica" e quindi dei due Codici di comportamento sin qui adottati (del 1994 e del 2000), che nell'esperienza italiana questo strumento non ha giocato un ruolo significativo nella ricostruzione dell'etica del funzionario pubblico o nella riduzione dei fenomeni di corruzione, ma neppure, più semplicemente, nell'interiorizzazione di obblighi e valori inerenti all'esercizio di funzioni pubbliche*.»

[13] La nuova formulazione del comma 3 dell'art. 54 del d.Lgs. n. 165 del 2012 apparirebbe risolutiva per il riconoscimento di un'autonoma valenza, non solo giuridica ma anche ai fini disciplinari, delle disposizioni del codice di comportamento "base" e di quelle contenute nei codici adottati dalle singole amministrazioni, che può tornare di estrema utilità in quei settori dell'ordinamento in cui la funzione disciplinare non è di fatto esercitata, anche per l'assenza di un chiaro e specifico apparato normativo di rango primario che dettagli le condotte aventi tale rilievo. Laddove presente, tale assetto normativo finirebbe per sterilizzare la funzione del codice, relegandolo ad un ruolo marginale (il codice adottato dalla singola amministrazione potrebbe anche prevedere che la violazione delle disposizioni, ivi contenute, non determini effetti disciplinari stante la presenza di norme disettore per i propri funzionari).

[14] Si deve a S. CASSESE, "*Maladministration*" *e rimedi*, in *Foro.it*., 5, 1992, 2-15 un'approfondita analisi della felice espressione che si riferisce «*al complesso fenomeno di disfunzioni che va dalle resistenze al cambiamento, al formalismo, all'indifferenza, all'efficienza, all'ostilità verso la tecnologia, all'overstaffing, al nepotismo, alla corruzione*».

[15] All'art. 2, il Codice di comportamento nazionale precisa che si applica ai dipendenti delle pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 e, pertanto, a tutte «*le amministrazioni dello Stato, ivi compresi gli istituti e scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative, le aziende ed amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo, le Regioni, le Province, i Comuni, le Comunità montane, e loro consorzi e associazioni, le istituzioni universitarie, gli Istituti autonomi case popolari,*

2. L'estensione della portata applicativa del Codice e la sua componente soggettiva.

In merito all'ambito di applicazione del Codice nazionale si rileva l'ampliamento della platea dei soggetti interessati con riguardo sia alle pubbliche amministrazioni sia al personale coinvolto. Il citato d.P.R. n. 62/2013 chiarisce, infatti, che la portata applicativa del Codice nazionale abbraccia tutte le amministrazioni statali e gli enti locali ove presta servizio il personale c.d. "contrattualizzato"[16], ma specifica, altresì, che il raggio d'azione dello stesso si estende, in quanto compatibile, al personale in regime di diritto pubblico[17], tenuto conto però delle specificità del rapporto d'impiego dei soggetti appartenenti a quest'ultima categoria[18] e dell'eventuale codice specificamente approvato dalle rispettive amministrazioni[19]. Vi sono, inoltre, due significative novità sui destinatari dei doveri di comportamento fissati dal d.P.R. n. 62/2013: da una parte, l'esplicito inserimento anche dei dirigenti amministrativi e

---

le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura e loro associazioni, tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali, le amministrazioni, le aziende e gli enti del Servizio sanitario nazionale, l'Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni (ARAN)».

[16] Sempre all'art. 2 del medesimo Codice, al comma 2, si precisa che «*le norme contenute nel presente codice costituiscono principi di comportamento per le restanti categorie di personale di cui all'articolo 3 del citato decreto n. 165 del 2001, in quanto compatibili con le disposizioni dei rispettivi ordinamenti*» e, quindi, per i magistrati ordinari, amministrativi e contabili, gli avvocati e i procuratori dello Stato, il personale militare e delle Forze di polizia di Stato, il personale della carriera diplomatica e della carriera prefettizia.

[17] Cfr. A. GRASSO, *I codici di comportamento come strumento di interpolazione giuridica tra le norme anticorruzione e l'etica pubblica*, in F. CERIONI – V. SARCONE (a cura di) *Legislazione anticorruzione e responsabilità nella pubblica amministrazione*, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019, 242 ove si afferma che «*In sede di emanazione del regolamento governativo in esame non è stata comunque accolta l'indicazione formulata dal Consiglio di stato di estendere il codice a tutti i dipendenti delle pubbliche amministrazioni, senza introdurre una deroga per tutto il personale in regime pubblicistico*», ma si precisa subito dopo che «[p]*er effetto di siffatta scelta del Governo* […] *le norme del codice, relativamente al personale in regime di diritto pubblico, costituiscono principi di comportamento nei limiti, peraltro, in cui siano compatibili con le disposizioni dei rispettivi ordinamenti*».

[18] Come previsto dall'art. 54, comma 4 del d.Lgs. n. 165/2001, gli organi delle associazioni di categoria di ciascuna magistratura e dell'avvocatura dello stato adottano un codice etico a cui devono aderire gli appartenenti e, in caso di inerzia, il codice è adottato dall'organo di autogoverno. Più in generale, «*ciascuna pubblica amministrazione definisce, con procedura aperta alla partecipazione e previo parere obbligatorio del proprio organismo indipendente di valutazione, un proprio codice di comportamento che integra e specifica il codice di comportamento* [nazionale]», come sancito dal comma 5 del medesimo articolo.

[19] Le disposizioni del codice si applicano, ai sensi dell'art. 13, comma 1, del d.P.R. n. 62/2013, anche nei confronti dei soggetti che svolgono funzioni equiparate ai dirigenti e prestino servizio negli uffici di diretta collaborazione delle autorità politiche.

delle figure ad essi equiparate [20] nel novero dei soggetti controllati, in quanto anch'essi sono destinatari degli obblighi ivi contenuti[21], non essendo, pertanto, solo controllori[22], con la precisazione, recata dal nuovo art. 54, comma 1 (secondo periodo) del TUPI, che – alle suddette figure – si dedichi addirittura una speciale sezione del nuovo Codice nazionale; dall'altra, l'inclusione nel raggio di azione dell'articolato anche dei soggetti che, pur non essendo funzionari di carriera in quanto non titolari di un rapporto stabile e professionale con la pubblica amministrazione, concorrono – spesso in modo significativo – allo svolgimento di funzioni pubbliche in quanto legati da altra tipologia di rapporto[23].

Il chiaro intento del legislatore è stato quello di ampliare quanto più possibile la platea dei destinatari degli obblighi del d.P.R. n. 62/2013, ma il condivisibile tentativo risulta minato dalla circostanza che sia stato dedicato ai dirigenti soltanto un articolo del Codice di comportamento (e non un'intera sezione), con il quale si sono contemplati – per la maggior parte – obblighi generici di trasparenza e imparzialità, consistenti nella corretta ed equilibrata gestione del personale dipendente, ispirati dall'obiettivo di tener conto del benessere organizzativo. In altri termini, le previsioni in questione non hanno un carattere realmente innovativo e, anche laddove prevedano specifici adempimenti (come al comma 3 dell'art. 13 del citato codice), gli stessi si riferiscono soltanto alla fase dell'assunzione dell'incarico e all'obbligo di comunicazione di situazioni che possono generare conflitti di interessi, ipotesi del tutto analoghe a quelle che impongono l'astensione[24]. Ulteriori limiti

---

[20] Vgs. A. BOSCATI, *Responsabilità disciplinare e responsabilità dirigenziale: alla ricerca della fattispecie*, in *Lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni*, 3-4, 2014, 525: «*Un dirigente* […] *è vincolato, al pari del restante personale pubblico, non solo al rispetto dei "comuni obblighi" di diligenza, obbedienza e fedeltà, ma anche ai "doveri" previsti nel codice di comportamento, indicati in prevalenza secondo le categorie pubblicistiche e non privatistiche*.»

[21] Ai sensi dell'art. 54, comma 6 del TUPI «*Sull'applicazione dei codici di cui al presente articolo vigilano i dirigenti responsabili di ciascuna struttura, le strutture di controllo interno e gli uffici di disciplina*.»

[22] F. MERLONI, voce "*Codici di comportamento*" in *Il Libro dell'anno del Diritto 2014*, cit., https://www.treccani.it/enciclopedia/codici-di-comportamento_(Il-Libro-dell'anno-del-Diritto)/

[23] L'art. 13 del d.P.R. n. 62/2013, al comma 3, statuisce che «*Il dirigente, prima di assumere le sue funzioni, comunica all'amministrazione le partecipazioni azionarie e gli altri interessi finanziari che possano porlo in conflitto di interessi con la funzione pubblica che svolge e dichiara se ha parenti e affini entro il secondo grado, coniuge o convivente che esercitano attività politiche, professionali o economiche che li pongano in contatti frequenti con l'ufficio che dovrà dirigere o che siano coinvolti nelle decisioni o nelle attività inerenti all'ufficio. Il dirigente fornisce le informazioni sulla propria situazione patrimoniale e le dichiarazioni annuali dei redditi soggetti all'imposta sui redditi delle persone fisiche previste dalla legge*».

[24] Vgs. F. MERLONI, voce "*Codici di comportamento*", in *Il Libro dell'anno del Diritto 2014*, cit. ove si

emergono in ordine alla previsione sull'estensione dei doveri del Codice a « *tutti i collaboratori o consulenti, con qualsiasi tipologia di contratto e a qualsiasi titolo, ai titolari di organi e di incarichi negli uffici di diretta collaborazione delle autorità politiche"* e ai "*collaboratori a qualsiasi titolo di imprese fornitrici di beni o servizi e che realizzano opere in favore dell'amministrazione*» (art. 2, comma 3), per quanto l'ampliamento della componente soggettiva sia stata mossa dall'obiettivo di porre rimedio all'aggiramento delle disposizioni che, per numerose posizioni, si realizzava in virtù di un dato meramente formale derivante dall'assenza di un rapporto professionale di pubblico impiego.

Le previsioni che tentano di innovare il regime dei doveri dei funzionari pubblici sulla base di una definizione sostanzialistica non intercettano in maniera univoca le relative categorie a causa delle formulazioni utilizzate (non sempre felici), ma – ancor di più – le stesse non coinvolgono nel novero dei destinatari degli obblighi anche i componenti degli organi politici[25], lasciando sullo sfondo l'annosa tematica sulla definizione «*di un sistema di regole rivolte, in modo differenziato ma sostanzialmente comune, tanto al personale politico che a quello dipendente, comunque incaricato di pubbliche funzioni*»[26]. Nella stessa amministrazione convivono organi di indirizzo (politici) e organi di gestione (amministrativi) nei cui confronti può essere rivolto

---

precisa che «*se il Codice prova ad innovare il regime, estendendone l'ambito soggettivo di applicazione, nessuna regola di comportamento viene introdotta per i componenti degli organi politici*», in https://www.treccani.it/enciclopedia/codici-di-comportamento_(Il-Libro-dell'anno-del-Diritto)/.

[25] Cfr. anche E. CARLONI, *Il nuovo Codice di comportamento ed il rafforzamento dell'imparzialità dei funzionari pubblici*, in *Istituzioni del federalismo*, cit., 381 ove si afferma che «*…alla luce degli interventi nel loro insieme, appare non ancora pienamente matura quella tendenza, presente nello scenario comparato e da più parti invocata, alla definizione di un sistema di regole rivolte, in modo differenziato ma sostanzialmente comune, tanto al personale politico che a quello dipendente, comunque incaricato di pubbliche funzioni. In termini complessivi, assistiamo ad una gradazione di interventi: la gran parte rivolti al personale dipendente, talora estesi al personale legato all'amministrazione da rapporti di tipo diverso (incarichi, consulenze), infine, in misura minore, orientati verso il personale politico.*»

[26] Vgs. B.G. MATTARELLA, *Controllo della corruzione amministrativa e regole di etica pubblica*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit*., 5, 2002, 1029 ss., in cui l'A. fa cenno al «*problema aperto, in Italia* […] *delle regole di condotta per il personale politico*», precisando che, già a partire dal 1993, ai tempi del governo Ciampi, era nota l'esigenza di elaborare i codici di condotta non solo per il personale di carriera, ma anche per il personale elettivo. Le dichiarazioni programmatiche pronunciate all'atto dell'insediamento del citato governo non hanno avuto seguito «*nonostante la corruzione politica venga normalmente considerata non meno grave e diffusa di quella amministrativa*». Come sottolineato anche dall'A., peraltro, «*le regole stabilite per i dipendenti pubblici potrebbero essere utilmente applicate anche ai funzionari elettivi* [mentre] [p]*er altri aspetti*, […] *i problemi di etica pubblica del personale politico sono diversi, e richiedono regole specifiche: si pensi al rapporto con gli elettori, al comportamento in campagna elettorale, al finanziamento della politica*».

indistintamente il patrimonio di doveri di comportamento individuato in ragione della sua valenza comune[27] e, anche se il nucleo essenziale degli obblighi in questione potrebbe essere implementato da precisazioni in rapporto alle diverse competenze attribuite o alla rilevanza attribuita all'incarico[28], le generali regole di etica pubblica dovrebbero riguardare a maggior ragione i rappresentanti politici, esempio e punto di riferimento per tutta l'amministrazione nella quale operano[29].

La scelta di escludere dalla disciplina dei codici i funzionari onorari nella considerazione che il corpo politico, essendo depositario della fiducia popolare, debba rendere conto del proprio operato soltanto all'elettorato – anche sotto il profilo dell'etica – assicura la compattezza dell'impianto di prevenzione della corruzione grazie all'omogeneità delle categorie di personale cui si riferisce, ma un reale rischio di frammentazione della disciplina non sussisterebbe in ogni caso, come sopra evidenziato. Per converso, se si osserva il contenuto di alcune previsioni del Codice di condotta, come quelle riferite al dirigente in ordine all'obbligo di comunicazione – prima dell'assunzione delle funzioni – della sussistenza di proprie situazioni di conflitto d'interesse o di parenti/affini entro un determinato grado[30], si rileva che le stesse sono del tutto similari a quelle riportate nella legge n. 215/2004 sul conflitto di interesse delle cariche governative, nel punto in cui si statuisce l'obbligo per queste ultime di dichiarare «*entro trenta giorni dall'assunzione della carica di governo* […] *le situazioni di incompatibilità.*»[31] Si può, pertanto, ritenere un'occasione mancata la riforma del Codice di comportamento, che rimanda ad un tempo indefinito il tema della predisposizione di una specifica disciplina per gli incarichi politico-elettivi.

---

[27] Si pensi al tema delle ineleggibilità e incompatibilità dei parlamentari. Per analisi sul punto si veda V. DI CIOLO – L. CIAURRO, *Il diritto parlamentare nella teoria e nella pratica*, Milano, Giuffrè, 2013, 171-255 e L. GIANNITI – N. LUPO, *Corso di diritto parlamentare*, Bologna, Il Mulino, 2018.

[28] Vgs. sul tema G. SIRIANNI, *Etica pubblica e prevenzione della corruzione: il problema del personale politico*, in *Diritto pubblico*, 3, 2014, 927-952 e G. SIRIANNI, *L'etica del personale politico. Parlamentari e titolari di cariche di governo*, in F. MERLONI – R. CAVALLO PERIN, (a cura di) *Al servizio della Nazione. Etica e statuto dei funzionari pubblici*, Franco Angeli, 2009, 39-65.

[29] Si veda il già citato art. 13, comma 3 del d.P.R. n. 62/2013.

[30] Si vedano gli artt. 5 e 2 della c.d. "Legge Frattini".

[31] «*La violazione dei doveri contenuti nel codice di comportamento, compresi quelli relativi all'attuazione del Piano di prevenzione della corruzione, è fonte di responsabilità disciplinare*». Nel medesimo comma si precisa, altresì, che «*La violazione dei doveri è altresì rilevante ai fini della responsabilità civile, amministrativa e contabile ogniqualvolta le stesse responsabilità siano collegate alla violazione di doveri, obblighi, leggi o regolamenti*».

3. Il rilievo giuridico della violazione di disposizioni dei codici dicomportamento.

Uno degli elementi di novità in ordine al nuovo Codice di comportamento attiene all'esplicita previsione contenuta sia nell'art. 1, comma 44 della Legge n. 190/2012[32], sia nel medesimo d.P.R. n. 62/2013, circa la rilevanza disciplinare dell'inosservanza dei doveri ivi indicati[33], a tal punto che gravi o reiterate violazioni degli obblighi contemplati comportano l'applicazione della sanzione del licenziamento disciplinare[34]. Tale aspetto ha costituito un elemento innovativo stante la riforma avviata a partire dagli anni novanta del secolo scorso[35], preordinata a uniformare un'ampia parte dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazione a quelli di diritto privato, demandando alla contrattazione collettiva il ruolo della negoziazione della disciplina sanzionatoria [36] e, quindi, della definizione delle condotte del lavoratore rilevanti in tale ambito. La strada della privatizzazione del pubblico impiego nonché il rinvio pieno alla contrattazione collettiva e individuale hanno

[32] All'art. 16, comma 1 del Codice nazionale si statuisce parimenti che «*Ferme restando le ipotesi in cui la violazione delle disposizioni contenute nel presente Codice, nonché dei doveri e degli obblighi previsti dal piano di prevenzione della corruzione, dà luogo anche a responsabilità penale, civile, amministrativa o contabile del pubblico dipendente, essa è fonte di responsabilità disciplinare accertata all'esito del procedimento disciplinare, nel rispetto dei principi di gradualità e proporzionalità delle sanzioni*».

[33] Nel già citato art. 1, comma 44 della L. 190/2012, si statuisce, altresì, che le «*Violazioni gravi o reiterate del codice comportano l'applicazione della sanzione di cui all'articolo 55-quater, comma 1*» del TUPI, disposizione, quest'ultima che contiene l'elencazione delle ipotesi in cui si applica la sanzione del licenziamento.

[34] R. CAVALLO PERIN, *Codice di Comportamento e sistema disciplinare*, in A. CORPACI – R. DEL PUNTA – M.P. MONACO (a cura di), *La riforma del lavoro pubblico. Riflessioni a due anni dalla legge Madia*, Franco Angeli, 2019, 143, ove l'A. afferma che «*La materia disciplinare, più in generale la disciplina del rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, ha visto alternarsi negli anni modelli c.d. pubblicistici e modelli c.d. privatistici, che hanno coinvolto il riparto degli oggetti di disciplina tra fonti legislative o di contratto collettivo di lavoro*», precisando, altresì, che «[n]*ell'impostazione meno recente si era riservata alla legge e agli atti normativi unilaterali dell'amministrazione pubblica la disciplina del potere disciplinare* […] *sui propri dipendenti, con una soluzione che all'origine è fondata sulla speciale soggezione del dipendente*», approccio che, come si evidenzierà, è ritornato *in auge*.

[35] Anche nella seconda versione del Codice di comportamento (quella disposta con decreto ministeriale del 28 novembre 2000) si rimandava al contratto collettivo (e non alla fonte unilaterale governativa) il recepimento degli obblighi da esso scaturenti.

[36] R. CAVALLO PERIN, *Codice di Comportamento e sistema disciplinare*, in A. CORPACI – R. DEL PUNTA – M.P. MONACO (a cura di), *La riforma del lavoro pubblico. Riflessioni a due anni dalla legge Madia*, cit. «*È noto che le leggi di riforma degli anni Novanta del secolo scorso hanno cercato di imprimere una "svolta" al rapporto di lavoro nelle pubbliche amministrazioni, riunendo la disciplina di quest'ultimo a quella posta per l'impresa nel codice civile* […] *demandando al contratto collettivo di lavoro la definizione d'infrazioni e sanzioni disciplinari*», ma si «*è trascurato il carattere di specialità del rapporto di lavoro con le amministrazioni e i conseguenti obblighi costituzionali che discendono dalla qualità di essere funzionari posti al servizio della Nazione*».

tentato di assorbire sia la questione della definizione degli obblighi comportamentali del dipendente pubblico, sia la correlata disciplina delle responsabilità disciplinari conseguenti alle infrazioni del Codice, ma tale assetto non ha sortito il successo auspicato in ragione della persistente specialità del rapporto di pubblico impiego e dell'impossibilità di una piena equiparazione tra i due regimi[37]: quello pubblicistico (seppur contrattualizzato) e quello privatistico[38].

La contrattazione collettiva non ha esercitato pienamente la propria funzione in tale ambito e non ha valorizzato lo strumento offerto dai codici di comportamento nonché dai meccanismi disciplinari[39]. La riformulazione di alcune regole già previste dai suddetti codici e l'affievolimento dell'efficacia delle sanzioni disciplinari, a seguito del "livellamento verso il basso", hanno annacquato le potenzialità che potevano essere da loro espresse se non vi fosse stato un arretramento generalizzato[40]. Ciò ha creato anche inevitabili incertezze interpretative circa il rilievo giuridico del Codice stesso e, per porre rimedio a tali criticità, si è assistito a un processo inverso, consistente nella "ripubblicizzazione" dei presupposti per l'irrogazione delle sanzioni disciplinari, che ha riappropriato alla legge gli spazi sottratti dall'autonomia contrattuale e determinato così l'assunzione di determinazioni in via unilaterale, con limitazioni della libertà negoziale. Ciò è stato realizzato, dapprima, con la riforma Brunetta, il d.Lgs 27 ottobre 2009, n. 150, in

---

[37] «*Da un lato, vi è chi vede nel pieno dominio del contratto rispetto agli aspetti inerenti il rapporto di lavoro, un inveramento di un modello di privatizzazione che richiede di essere portato alle sue piene conseguenze anche in termini di omologazione al regime del lavoro privato; dall'altro chi segnala, e lamenta, l'irriducibile differenza tra il rapporto di lavoro con amministrazioni pubbliche e quello con datori privati, per la presenza di elementi non negoziabili relativi alla prestazione lavorativa*» in E. CARLONI, *Il nuovo Codice di comportamento ed il rafforzamento dell'imparzialità dei funzionari pubblici,* in *Istituzioni del federalismo*, cit., 386.

[38] Sull'impronta pubblicista dell'azione disciplinare del personale privatizzato si veda F.M. NOCELLI, *La contestazione disciplinare tra regole, valori e nuove responsabilità,* in *Foro Amministrativo*, 6, 2019, 1151, nel punto in cui si afferma che: *«Nonostante i molteplici interventi riformatori registrati negli ultimi anni, si può sostenere che la fase iniziale del procedimento disciplinare risulta ancora permeata da un sistema ordinamentale tipico dell'ambito pubblicistico. Infatti, sebbene la cd. privatizzazione del rapporto di lavoro pubblico abbia realizzato una crescente declinazione di istituti privatistici, l'azione disciplinare ha conservato comunque una propria autonoma caratterizzazione».*

[39] E. D'ALTERIO, *I codici di comportamento e la responsabilità disciplinare*, in B.G. MATTARELLA - M. PELLISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione*, 2013, 218.

[40] E. CARLONI, *Il nuovo Codice di comportamento ed il rafforzamento dell'imparzialità dei funzionari pubblici*, in *Istituzioni del federalismo*, cit., 384: «*In questo quadro, pur tra evidenti diversità di approccio, è evidente un solco di continuità tra le (in questo, "contro") riforme del 2009 e del 2012, segnate l'una come l'altra da una sottrazione di spazi all'autonomia contrattuale in favore di una disciplina legislativa di fenomeni inerenti, anche, la disciplina del rapporto di lavoro*».

attuazione della Legge 4 marzo 2009, n. 15, in materia di ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico, di efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni, che ha implementato le previsioni di cui all'art. 55-*quater* del d.Lgs. 165/2001, recante le ipotesi in cui si procede con la sanzione "espulsiva"; poi, più recentemente, con l'esplicita previsione circa la rilevanza disciplinare delle violazioni del codice di comportamento [41] . Non solo, dunque, si è assistito ad una riappropriazione da parte della legge di alcune materie riguardanti il pubblico impiego, ma si è disposto che la violazione di una fonte unilaterale del governo, quale è il Codice di comportamento, generi responsabilità disciplinare anche in assenza di un eventuale recepimento dei suoi obblighi all'interno dei contratti collettivi.

In realtà, con l'applicazione dell'art. 54-*quater* del d.Lgs. n. 165/2001 e dell'art. 16 del Codice nazionale è sorto un dibattito circa la sussistenza o meno di un obbligo per l'amministrazione di licenziare, per giusta causa o con preavviso, in presenza di uno dei comportamenti di cui alla citata disposizione del TUPI. Infatti, sebbene il dato testuale della norma deponga per l'obbligatorietà della sanzione massima ogniqualvolta si verifichino le condizioni previste, il principio di proporzionalità, che dovrebbe sempre informare l'esercizio della funzione disciplinare, imporrebbe una valutazione caso per caso, basata sull'effettiva gravità della condotta, così come specificato nell'art. 16 del d.P.R. n. 62/2013[42]. In altri termini, nonostante il tenore letterale dell'art. 54-*quater*, una valutazione sistemica dell'impianto normativo generale sul tema della disciplina vieterebbe automatismi.

La volontà del legislatore di "sottrarre" alla fonte negoziale la definizione delle condotte del funzionario che debbano essere sanzionate disciplinarmente è, peraltro, temperata dalla facoltà dei singoli soggetti pubblici di escludere il rilievo disciplinare

---

14 [41] In merito si veda A. BOSCATI, *Responsabilità disciplinare e responsabilità dirigenziale: alla ricerca della fattispecie*, in *Lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni*, cit.: «*Se si compara la formulazione dell'art. 55-quater del decreto 165 con quanto previsto dall'art. 16 del Codice di comportamento emerge una significativa differenza, con una previsione (la prima) protesa all'irrogazione del licenziamento sulla scorta della sola sussistenza della situazione descritta ed un'altra (la seconda) in cui emerge chiara l'indicazione di valutare le specificità del caso concreto*.»

[42] Il codice di comportamento delinea anche "obblighi di astensione" che attengono ad una sfera più propriamente privata, apparentemente esorbitante l'ambito del conflitto di interesse rilevabile nell'esercizio delle funzioni. Ci si riferisce alla tematica dei regali, compensi e altre utilità, disciplinata dell'art. 4 del d.P.R. n. 62/2013 nonché quella della partecipazione ad associazioni e organizzazioni che, però, hanno entrambe riflessi indiretti sul servizio.

dagli obblighi previsti nel codice di comportamento adottato, prerogativa astrattamente esercitabile quanto meno dalle amministrazioni che appartengono al novero di cui all'art. 3 del TUPI, per le quali sussistono specifici assetti normativi nell'ambito dei rispettivi ordinamenti. Inoltre, nella maggior parte dei casi, non sono specificati gli effetti che possono derivare da un'acclarata situazione di conflitto, né il soggetto deputato all'applicazione del codice appare dotato di poteri di autonomo accertamento delle situazioni di conflitto. A fronte dei limiti appena delineati, è possibile, però, ravvisare anche dei punti di forza, come la più puntuale disciplina dei conflitti di interessi affidata ai codici deontologici.

La norma di cui all'art. 6-*bis* della L. n. 241/1990, infatti, non specifica i casi di conflitto di interesse in cui si debba reputare sussistente l'obbligo di astensione e non individua l'ufficio destinatario della segnalazione, né dettaglia gli esiti del relativo subprocedimento destinato all'esame della situazione di possibile conflitto da parte di chi riceve la segnalazione. Per tutti i citati profili soccorre l'art. 7 del Codice di comportamento di cui al d.P.R. n. 62/2013, che elenca specificamente le ipotesi di astensione[43], mutuandole – di fatto – dall'art. 51 c.p.c. e precisa che "*Sull'astensione decide il responsabile dell'ufficio di appartenenza*". L'astensione non può, quindi, essere decisa autonomamente dall'interessato, il quale deve solo comunicare la situazione di conflitto al responsabile del proprio ufficio, che valuterà se sussistano o meno i presupposti, stabilendo se l'interessato debba astenersi o meno. Nonostante, però, la genericità dell'art. 6-*bis* della Legge sul procedimento amministrativo, non risulta pacifica l'applicabilità della disposizione in questione anche ai funzionari onorari e, pertanto, rimane insoluta la questione dell'estensione di una disciplina generale sul conflitto di interesse anche alle "cariche politiche"[44], giacché la Legge "Frattini" non può considerarsi tale in quanto riferita ai soli incarichi governativi.

---

[43] In senso favorevole all'applicazione della disposizione sul conflitto di interessi nell'attività amministrativa (ma con limiti) si veda R. CANTONE – F. MERLONI, *Conflitti di interesse: una diversa prospettiva*, in *Dir. pubbl.*, 2019, 890: «*L'introduzione della norma generale dell'art. 6-bis nella legge n. 241 del 1990, fa ritenere applicabile in via generale il dovere di astensione anche alle cariche politiche. In molti casi, però, può apparire non stretto il nesso tra la partecipazione ad una decisione legislativa (o di grande indirizzo politico nazionale) e specifici interessi particolari che possano indurre ad un vero e proprio dovere di astensione*».

[44] Sul tema si consenta di rinviare, per un'analisi del contesto universitario, a CIMINI S., *Potere sanzionatorio e riparto delle competenze nel sistema universitario italiano*, in M. D'ORSOGNA – E.P. GUISELIN – S. CIMINI – A.F. DI SCIASCIO (a cura di) *Finanziamento, competizione ed accountability nel governo dell'università*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013, 199-201.

4. Considerazioni conclusive.

L'esperienza italiana ha dimostrato che la codificazione di regole etiche in quelle prettamente giuridiche è resa necessaria in un tessuto sociale che fatica ad interiorizzare gli obblighi di buona condotta, specie quando le stesse assumono un rilievo decisivo per l'orientamento dell'agire pubblico secondo i canoni dell'imparzialità e del buon andamento. Appare sconfortante riconoscere che solo la deterrenza della sanzione, tipica delle regole giuridiche, abbia una certa efficacia nell'effettivo rispetto da parte dei soggetti cui sono affidate funzioni pubbliche. Per queste ragioni ci si è sempre interrogati su vie alternative da perseguire per inculcare modi di essere virtuosi, evitando, da un lato, lo spauracchio delle conseguenze giuridiche delle azioni, dall'altro, l'adozione – come parametro – di meri principi astrattamente condivisibili, ma privi di un concreto riscontro in termini di spontanea adesione.

Il codice di comportamento, inoltre, sembra carente di una propria identità in considerazione delle sovrapposizioni tra le previsioni ivi contenute e le disposizioni che stigmatizzano le medesime condotte a livello disciplinare. I due piani, infatti, quello afferente all'etica e a quello attinente alla disciplina, si confondono determinando inevitabili duplicazioni[45], che sterilizzano l'efficacia del codice, recessivo dinnanzi ad un impianto normativo che regoli gli ulteriori specifici profili dei medesimi comportamenti. Tali ambiguità sono frutto di un'imprecisa "delimitazione delle aree di competenza" e di una non chiara definizione di ciò che sia rilevante unicamente dal punto di vista etico.

Per porre rimedio a quanto sopra delineato, occorrerebbe conferire al codice di comportamento un'effettiva carica innovativa con l'inserimento di preclusioni ulteriori rispetto a quanto già vietato dalle norme presenti nell'ordinamento. L'introduzione di sanzioni tipiche delle "violazioni etiche" potrebbe implementare il novero di quelle già previste in altri ambiti, generando una stratificazione di effetti giuridici a seconda della gravità delle condotte. È noto, infatti, che un comportamento penalmente rilevante ha connotazioni di diverso profilo, come quello civilistico, amministrativo-contabile e disciplinare. Si tratterebbe, quindi, di conferire un'autonomia al rilievo etico delle condotte, attribuendo allo stesso non solo un carattere residuale nel caso di comportamento meramente inopportuno, in quanto

privo di rilevanza in altri ambiti giuridici, ma anche un'autonoma portata che si aggiunga eventualmente agli altri profili scaturenti dalla condotta del funzionario, ove esistenti.

Un'ulteriore soluzione potrebbe essere quella di operare una limitata ma dettagliata "tipizzazione" dei comportamenti che possano considerarsi esigibili senza riserve da parte del funzionario pubblico. Il legislatore si è fatto ispirare da tale idea, come evidenziato dall'art. 54 del d.Lgs. 30 marzo 2001, nella versione novellata dalla Legge. n. 190/2012, che, al comma 3, ha sancito la rilevanza delle violazioni dei doveri contemplati nel Codice di comportamento di pubblici dipendenti anche sotto il profilo della «*responsabilità civile, amministrativa e contabile ogniqualvolta le stesse responsabilità siano collegate alla violazione di doveri, obblighi, leggi o regolamenti*»[45], prevedendo una specifica sanzione (quella del licenziamento) nel caso di gravi e reiterate sanzioni[46]. Bisognerebbe rifuggire, quindi, da previsioni generiche, che pecchino di chiarezza e concretezza.

Per conferire un'autonoma dimensione al Codice di comportamento e assicurarne l'auspicata efficacia si potrebbe percorrere fino in fondo la via già tracciata, prescrivendo in maniera ancor più rigorosa e dettagliata i comportamenti vietati, ma circoscrivendoli a quelli che effettivamente impattano sul buon andamento. Si delimiterebbe così il raggio d'azione ad un novero ben delineato di condotte del funzionario, le cui conseguenze - in caso di violazioni del Codice - sarebbero prevedibili *ex ante*, senza sfociare in un bieco automatismo e sempre nel rispetto del principio di proporzionalità. La previsione, dunque, di sanzioni "tipiche" per il

---

[45] La violazione del Codice di comportamento ha rilievo anche sotto il profilo amministrativo-contabile, potendo fungere, altresì, da parametro di valutazione per la sussistenza di profili di responsabilità in questo ambito. Vgs. C. GIUSTI, *Danno all'immagine e pubblica amministrazione*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, 3, 2019, 998, ove si specifica che: «*Un primo riferimento normativo, sia pure indiretto, al danno all'immagine era rinvenibile nel codice di comportamento dei pubblici dipendenti, adottato con decreto ministeriale del 28 novembre 2000 che all'art. 2, comma 2, impegnava i pubblici dipendenti ad evitare situazioni e comportamenti che potessero nuocere agli interessi o all'immagine della P.A., con il corollario dell'astensione da dichiarazioni pubbliche che potessero pregiudicare l'immagine della stessa P.A.. Tali prescrizioni, tuttavia, sono state abrogate e sono ora riscontrabili nel d.P.R. del 16 aprile 2013, n. 62.*»

[46] S. CIMINI, *Potere sanzionatorio e riparto delle competenze nel sistema universitario italiano*, in M. D'ORSOGNA – E.P. GUISELIN – S. CIMINI – A.F. DI SCIASCIO (a cura di) *Finanziamento, competizione ed accountability nel governo dell'università*, cit., 186: «*il legislatore […] con riferimento alla responsabilità disciplinare del personale contrattualizzato, ha tipizzato alcune ipotesi di illecito*», come nell'art. 55 *quater* del d.Lgs. n. 165/2001, introdotto dall'art. 69 del d.Lgs. n. 150/2009, che «*tipizza i casi nei quali va applicata la sanzione del licenziamento disciplinare*».

profilo meramente "anti-etico" di condotte specifiche e ben delineate potrebbe arricchire il sistema, completandolo secondo un'ottica di gradualità, che attribuirebbe un separato rilievo alle violazioni del Codice di comportamento (sia quello nazionale che quello singolarmente adottato dalle amministrazioni) a prescindere dalla valenza disciplinare della condotta.

AmbienteDiritto - Editore©

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 sottosettori 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, Accreditamento (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.